

Aix-Marseille Université

Faculté de droit et de
science politique

Centre d'études et de recherches
internationales et
communautaires
(CERIC -CNRS UMR7318)

LA BIOETHIQUE ET LES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL

**Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit public
présentée le 22 juillet 2013**

par Romain MARECHAL

JURY

Louis DUBOUIS, Professeur émérite à la Faculté de droit et de science politique de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III

Brigitte FEUILLET-LIGER, Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1, Rapporteur

Ludovic HENNEBEL, Professeur, Chercheur qualifié au Fond National de la Recherche Scientifique (F.N.R.S.), Université Libre de Bruxelles, Rapporteur

Marie Pierre LANFRANCHI, Professeur à la Faculté "Affaires Internationales" de l'Université du Havre

Rostane MEHDI, Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université Paul Cézanne Aix Marseille III et au Collège d'Europe de Bruges, Directeur de thèse

REMERCIEMENT

Je tiens à remercier chaleureusement le professeur Rostane Mehdi pour l'ouverture d'esprit dont il a fait preuve et pour ses conseils, toujours précis et précieux. Je le remercie encore pour la liberté qu'il a su me laisser tout en me renouvelant sa confiance dans les épreuves qui me paraissaient insurmontables.

Je remercie infiniment mes Parents, pour leur soutien infaillible, leur patience et leur tendresse inépuisable. Je remercie également ma compagne, Linsey, qui a su endurer quotidiennement mes doutes et mes craintes, et a su me transmettre avec tant de douceur la sérénité et le courage nécessaires pour accomplir ma tâche. Je tiens à leur faire part de mon éternelle gratitude.

Enfin, je partage une pensée émue pour les nombreux Amis qui m'ont supporté dans ce long périple. Dora, Ophélie, Benjamin, Jérémie, Mathieu et Jean-Philippe, sans vous ce long chemin eu été attristé d'une insupportable solitude.

SOMMAIRE

Introduction générale

PARTIE 1 : LES CONTRADICTIONS NORMATIVES : LA STRUCTURE DYNAMIQUE DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

**TITRE 1 : LES CONFLITS DE VALEURS ET LES CONFLITS DE DROITS : LES
CONTRADICTIONS NORMATIVES INTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA
BIOÉTHIQUE**

*CHAPITRE 1 : L'internormativité et les conflits de valeurs : Des relations structurantes du droit
international de la bioéthique*

CHAPITRE 2 : Les conflits de droits en bioéthique ou la résurgence des conflits de valeurs

**TITRE 2 : LES CONFLITS DE NORMES ET LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES
JURIDIQUES INTERNATIONAUX : LES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT
INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE**

*CHAPITRE 3 : La bioéthique : Une discipline promotrice d'une approche substantialiste des
conflits de normes juridiques*

*CHAPITRE 4 : La concurrence des systèmes juridiques internationaux : Étude des contradictions
entre le système des droits de l'homme et celui de l'OMC*

PARTIE 2 : LES MÉTHODES DE NEUTRALISATION ET DE RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

**TITRE 3 : LA FONCTION DES PROCÉDURES EN DROIT DE LA BIOÉTHIQUE :
LÉGITIMATION DES DÉCISIONS ET NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS
NORMATIVES**

*CHAPITRE 5 : Les méthodes procédurales de neutralisation des contradictions normatives dans la
production et l'application non contentieuse du droit international de la bioéthique*

*CHAPITRE 6 : Les méthodes procédurales paracontentieuses et contentieuses de la neutralisation
des contradictions normatives*

**TITRE 4 : LES PROCÉDURES JURIDICTIONNELLES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
ET LA RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT
INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE**

*CHAPITRE 7 : Les méthodes juridictionnelles de résolution des contradictions internes du droit
international de la bioéthique*

*CHAPITRE 8 : Les méthodes juridictionnelles de résolution des contradictions externes du droit
international de la bioéthique*

CONCLUSION GÉNÉRALE

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AAI : Autorité Administrative Indépendante
ACIL : Amsterdam Center of International Law
ACFAS : Association Francophone pour le savoir
ADN : Acide désoxyribonucléique
APD : Archive de Philosophie du Droit
ADPIC : Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
ADR : Alternative Dispute Resolution
AFDI : Annuaire Français du Droit International
AGCS : Accord Général sur le Commerce des Services
Aff. : Affaire
AFDI : Annuaire Français de Droit International
AFSSAPS : Agence Française de Sécurité Sanitaire des Aliments et Produits de Santé
AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif
AJIL : American Journal of International Law
Al. : Alinéa
AMM : Autorisation de Mise sur le Marché
AMT : Association Mondiale du Transhumanisme
API : Autorités Publiques Indépendantes
Arb. : Arbitre
Art. : Article
Berkley J. INT'L L. : Berkley Journal of International Law
BISD : Basic Instruments and Selected Documents
BMJ : British Medical Journal
BUL Rev.: Boston University Law Review
Bull. Med. Eth : Bulletin of Medical Ethics
BYIL : British Yearbook of International Law
bverfGE : Bundesverfassungsgerichtentscheidung
CA : Cour d'Appel
CAA : Cour Administrative d'Appel
CACJ : Cour de Justice d'Amérique Centrale
Can. J. L. And Jurisprudence : Canadian Journal of Law and Jurisprudence
CBDI : Comité Directeur pour la Bioéthique
CCNE : Comité Consultatif National d'Éthique
CDE : Cahier de Droit Européen
CDI : Commission du Droit International
CE : Conseil d'État
CEE : Communauté économique Européenne
CEDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH : Cour Européenne des Droits de l'homme

Com. EDH : Commission Européenne des Droits de l'Homme
 CERIC : Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires
 Cf. : se référer à
 ch. : Chambre
 Chr. : Chronique
 CIB : Comité International de Bioéthique
 CIADH : Cour Inter-Américaine des Droits de l'Homme
 CICR : Comité International de la Croix Rouge
 CIJ : Cour Internationale de Justice
 CIRDI : Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements
 Civ. : Civil(e)
 CJCE ; Cour de Justice des Communautés Européennes
 CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
 CNRS : Centre National de la Recherche Scientifique
 Coll. : Collection
 Cons. Const. : Conseil Constitutionnel
 Cour de Cass. : Cour de Cassation
 CPI : Cour Pénale Internationale
 CPJI : Cour Permanente de Justice Internationale
 CPP : Comité de Protection des Personnes
 CRDF : Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux
 CREC : Central Research Ethics Committee
 CREDIMI : Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements
 CRIDHO : Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droit de l'Homme
 Crim. : Criminelle
 CRJO : Centre de Recherche Juridique et Judiciaire de l'Ouest
 CSP : Code de la Santé Publique
 D. : Dalloz
 DDASS : Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales
 Déc. : Décision
 Dir. : Dirigé par
 DPI : Diagnostique Pré-Implantatoire
 DRASS : Direction Générale des Affaires Sanitaires et Sociales
 DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
 DSU : Dispute Settlement Understanding
 ECHR : European Court of Human Rights
 Ed./éd. : Éditions
 Eg. : Également
 ELJ : European Law Journal
 EJIL : European Journal of International Law
 EMA : European Medicines Agency
 FAO : Food and Agriculture Organization

FMI : Fond Monétaire International
 GATT : General Agreement on Tariffs and Trades
 Gaz. Pal. : Gazette du Palais
 GCP : Good Clinical Practice
 GEE : Groupe Européen d'Ethique
 Geo Wash Int'l L Rev. : Georges Washington International Law Review
 GMP : Good Manufacturing Practice
 GLP: Good Laboratory Practice
 GS : Groupe Spécial
 GYIL: German Yearbook of International Law
 HFEA : Human Fertilisation and Embryology Authority
 HLA : Human Leucocyte Antigen
 Ibid : Ibidem
 ICLQ : International Comparative Law Quarterly
 Id. : Idem
 IDEDH : Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme
 Infra : Voir postérieurement
 INSERM : Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale
 IRERP : Institut de Recherche sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles
 IRPI : Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
 Int'l. J. Const. L : International Journal of Constitutional Law
 ICSID : International Center for Settlement of Investment Disputes
 IPPF : International Penal and Penitentiary Foundation
 JCP : Semaine Juridique
 JCPG : Semaine juridique Edition générale
 JDI : Journal du Droit International
 JIB : Journal International de Bioéthique
 JIEL : Journal of International Economic Law
 JO : Journal Officiel
 JORF : Journal Officiel de la République Française
 JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes
 JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne
 Leiden JIL: Leiden Journal of International Law
 LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
 Loy. L.A. Int'l and Comp. L. Rev. :Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
 LPA : Les Petites Affiches
 LPICT: Law and Policy of International Courts and Tribunals
 MARC : Mode Alternatif de Règlement des Conflits
 MARL : Mode Alternatif de Règlement des Litiges
 MIC : Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce
 Mich.JIL : Michigan Journal of International Law

Mod. L. Rev. : Modern Law Review
 MSH Paris : Fondation Maison des Sciences de l'Homme
 NB : Nota Bene
 NYIL : Netherlands Yearbook of International Law
 N.Y.J.I.L : New York Journal of International Law
 NYUJILP : New York University Journal of International Law and Politics
 OA : Organe d'Appel
 OCDE/OECD : Organisation de Coopération et de Développement économique
 OGM : Organisme Génétiquement Modifié
 OI : Organisation Internationale
 OMC : Organisation Mondiale du Commerce
 OMS : Organisation Mondiale de la Santé
 ONG : Organisation non gouvernementale
 ONU : Organisation des Nations Unies
 Op. Cit. : Opus Citatum
 OPECST : Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Techniques
 Ord. : Ordonnance
 ORD : Organe de Règlement des Différends
 OTC : Obstacles Techniques au Commerce
 PCIJ : Permanent Court of International Justice
 PMA : Procréation Médicalement Assistée
 PNUE : "Programme des Nations Unies pour l'Environnement
 PUF : Presses Universitaires de France
 PUAM : Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
 PUQ : Presses Universitaires du Québec
 RBDI : Revue Belge de Droit International
 RCADI : Recueil des Cours de l'Académie du Droit International
 RCJB : Revue Critique de Jurisprudence Belge
 RCP : Résumé des Caractéristiques du Produit)
 RDC : République Démocratique du Congo
 RDP : Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
 RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social
 RDUS : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
 Rec. : Recueil
 REC : Research Ethics Committee
 RFAP : Revue Française d'Administration Publique
 RFDA : Revue Française de Droit Administratif
 RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel
 RGDI : Revue Générale de Droit International Public
 RGDM : Revue Générale de Droit Médical
 RICR : Revue Internationale de la Croix Rouge
 RIDA : Revue Internationale du Droit d'Auteur

RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
 RIDE : Revue Internationale de Droit économique
 RIEJ : Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques
 Rev. Int ' L. and Pol : Revue International Law and Politics
 RJE : Revue Juridique de l'Environnement
 RJT : Revue Juridique Thémis
 RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
 RMCUE : Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
 RPDB : Répertoire Pratique du Droit Belge
 RRJ : Revue de la Recherche Juridique
 RTD. civ/RTDC : Revue Trimestrielle de Droit Civil
 RTDE : Revue Trimestrielle de Droit Européen
 Rev.Trim.DH/RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
 RUDH : Revue Universelle des Droits de l'Homme
 s.d. : Sous la Direction de
 SEDI : Société Européenne de Droit International
 SER : Self-Enforcing Regime
 Spéc. : Spécialement
 SPS : Sanitaire et Phyto-Sanitaire
 SSRN : Social Science Research Network
 STAN. L. Rev: Stanford Law Review
 Y.B. Com. Dr. Int. : Annuaire de la Commission du Droit International
 Supra : Voir précédemment
 TGI : Tribunal de Grande Instance
 TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
 Trad. : Traduction
 ULB : Université Libre de Bruxelles
 UNESCO : United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
 UNJF : Université Numérique Juridique Francophone
 UQAM : Université du Québec à Montréal
 U. PA. J. INT' L ECON. L. : University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
 UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law
 UE : Union Européenne
 Vol. : Volume
 Voy. Voyez
 Voy. not. : Voyez Notamment
 WTO: World Trade Organization
 WIDENER L. SYMP. J. : Widener Law Symposium Journal

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le droit international de la bioéthique rassemble sous un vocable commun l'ensemble des instruments de protection des droits de l'homme vis-à-vis des nouvelles technologies nées du développement des sciences biologiques et médicales. Ce corpus normatif, qui consacre une nouvelle génération de droits de l'Homme, résulte d'un processus d'élaboration pluraliste et interdisciplinaire et constitue un ensemble hétérogène de normes juridiques, de principes éthiques, de procédures et de droits qui promeuvent un système flexible à vocation universelle et visent à réguler les pratiques sociales liées aux biotechnologies. L'hétérogénéité du droit international de la bioéthique suscite de nombreuses incertitudes au regard de sa structuration, de son interprétation et de son application concrète¹. Quelle est la cohérence interne du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire quelles sont les relations qu'entretiennent ses éléments, et quels mécanismes la garantissent ? En particulier, son mode d'élaboration, consensuel et pluraliste, comme son contenu hétérogène suscite des craintes relatives tantôt à l'émergence de contradictions entre les principes susceptibles de guider l'action technologique en situation d'incertitude tantôt à l'indétermination desdits principes et leur coordination de laquelle résulte une incapacité à guider l'action technologique.

2. Les biotechnologies², telles que la procréation médicalement assistée³, la thérapie génique⁴, le clonage thérapeutique⁵, la recombinaison de l'ADN⁶ ou les nanotechnologies⁷,

¹ BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP, La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 7, 16 février 2005, pp.315-317

² L'article 2 de la Convention sur la diversité biologique définit le terme de biotechnologie : « *Toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique* ».

³ ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., Paris, 1996, 372p.

⁴ L'Institut national de la santé et de la recherche médicale (I.N.S.E.R.M.) définit la thérapie génique comme une technique qui « *a pour but d'introduire chez un patient la copie normale du ou des gènes déficients responsables de sa maladie, ou bien de modifier l'expression du ou des gènes délétères impliqués dans une pathologie* ». Voy. Le dossier thématique sur le site de l'INSERM :

<http://www.inserm.fr/thematiques/immunologie-hematologie-pneumologie/dossiers-d-information/therapie-genique> ; Bertrand Jordan considère que la thérapie génique humaine « *consiste (...), non pas à réparer un gène malade, mais à rajouter un exemplaire (ou plusieurs) de son homologue normal, sans que l'on maîtrise son site d'intégration ni, en général, son niveau d'expression* ». JORDAN (B.), *Thérapie génique : espoir ou illusion ?* Odile Jacob, Paris, 2007, p.34 ; Marie Bitar précise que « *la thérapie génique consiste à corriger les défauts de fonctionnement de l'organisme dus aux altérations des gènes, ces fragments du patrimoine génétique qui gouvernent la synthèse des protéines. Théoriquement, la thérapie génique peut revêtir*

suscitent des espoirs importants en terme d'amélioration de la santé et des conditions de vie, mais génèrent également des menaces nouvelles qui pèsent sur l'individu, l'humanité ou l'environnement⁸. Le développement de ces biotechnologies transforme les concepts de *risque* et de *responsabilité* dans la mesure où l'échelle et la nature des menaces suscitées par les pratiques scientifiques et technologiques ont évolué, au point que certains de leurs effets apparaissent moins prévisibles, mais également irréversibles⁹. La responsabilité ne procède « *plus seulement de la réparation a posteriori d'un dommage survenu, mais elle*

plusieurs formes dont l'addition génique, la modification génétique in situ et le remplacement génique. Cependant, [en 2001] dans les applications médicales actuelles du génie génétique, seule l'addition de gènes est praticable ». In BITAR (M.), « Terminologie de la thérapie génique », *Meta : Journal des traducteurs*, vol. 46, n° 1, 2001, pp.183 (183-191) ; MISSA (J.-N.) et SUSANNE (C.), *De l'Eugénisme d'état à l'eugénisme privé*, De Boeck Supérieur, 1999, p.90 et s., (183p.) ; HOTTOIS (G.), MISSA (J.-N.), PINSART (M.-G.) et CHABOT (P.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2001, 815-823 et s. (924p.)

⁵ L'article 1 du Protocole additionnel à la *Convention européenne de biomédecine* portant interdiction du clonage des êtres humains définit le clonage humain comme « *toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort* ». BYK (C.), « Le protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains », *JIB*, 2001-3, vol.12, pp.93-97 ; La Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains invite les États Membres « *à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine* ». Néanmoins, cette formulation qui laisse entendre, a contrario, que certaines formes de clonages pourraient ne pas porter atteinte à la dignité ou à la vie humaine encourage la distinction entre le clonage reproductif, qui vise la naissance d'un être humain identique à un autre, et le clonage thérapeutique qui consiste à créer un embryon dont le patrimoine génétique est identique à celui d'un individu vivant, non en vue de la faire naître, mais en vue de le détruire pour prélever et utiliser à des fins thérapeutiques les cellules souches pluripotentes qu'il recèle. Voy. Ég. ARZ DE FALCO (A.), « Clonage reproductif versus clonage thérapeutique : le but recherché fait-il la différence du point de vue éthique ? » In MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantômes, raisons, défis*, Labor et Fides, 2005, Paris, 272-281 (333p.) ; JORDAN (B.), *Thérapie génique : espoir ou illusion?*, Odile Jacob, Paris, 2007, pp. 201 et s. (273p.)

⁶ JONAS (H.), *Le principe de responsabilité*, Flammarion, Paris, 1995, pp.22-45

⁷ Le ministère français de l'Industrie précise la définition de cette technologie : « *Les nanosciences se réfèrent à l'étude des phénomènes observés dans des structures, systèmes-objets dont la taille est de quelques nanomètres et dont les propriétés physiques, chimiques, voire biologiques découlent spécifiquement de cette taille nanométrique* ». Les nanotechnologies « *traitent aussi bien de la manipulation des atomes et des molécules (dont la dimension typique est le nanomètre), de la miniaturisation des structures et de l'exploitation des nouvelles propriétés, phénomènes et procédés spécifiques à l'échelle nanométrique* ». Dossier préparé par la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services, 5 mars 2008. Disponible en ligne sur le site du Ministère du redressement progressif :

http://www.industrie.gouv.fr/portail/politiques/index_nanotech.html

⁸ Bertrand Mathieu précise : « *Alors que la science était conçue comme un instrument de libération de l'homme et que les droits fondamentaux s'attachaient à opérer un partage équitable de ses bienfaits, il s'agit aujourd'hui, et également, de préserver l'être humain et l'espèce humaine de nouvelles menaces. (...) Face à une certaine conception du devenir de l'humanité, face à la tentation de l'homme de libérer Prométhée ou de goûter à nouveau à la pomme, la dignité de la personne humaine érigée comme figure matricielle des droits fondamentaux apparaît comme la barrière infranchissable qui limite tant la pratique biomédicale que la liberté du chercheur. (...) C'est la protection de l'homme, dans sa nature ontologique, contre l'instrumentalisation dont il peut être l'objet du fait de la science qui peut seule, aujourd'hui, justifier les bornes posées à l'action de celle-ci* ». MATHIEU (B.), « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international » in HERMITTE (M.A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, édition Romillat, 2001, Paris, p.59 (pp.57-78)

⁹ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, pp.120 et s.

relève d'un acte de prévoyance et de prudence, consistant à anticiper la survenance d'un risque dans un contexte où les effets du développement technologique sont de moins en moins prévisibles, et peuvent être irréversibles »¹⁰.

3. Ces menaces ne sont pas sectorielles, mais globales dans la mesure où le développement et l'utilisation des biotechnologies s'inscrivent dans le contexte de la mondialisation, conçue comme « le processus, ou groupe de processus, qui représente une transformation dans l'organisation spatiale des relations sociales et des transactions — du point de vue tant de leur étendue, que de leur intensité, ou de leur vitesse¹¹ et de leur impact — qui ont provoqué des flux transcontinentaux ou interrégionaux (flux de personne, de biens, de capitaux, mais aussi de normes éthiques et juridiques) et le développement de réseaux d'activité, d'interaction et d'exercice de pouvoirs »¹². En outre, les pratiques biotechnologiques sont très diverses, présentent une dimension transnationale et impliquent des acteurs publics, privés, des personnes physiques et morales. Ces pratiques interviennent dans des champs d'activités très divers tels que la médecine, la recherche scientifique, l'agriculture, l'industrie et constituent également des activités économiques et commerciales. La régulation¹³ des comportements des acteurs publics et

¹⁰ Sophie Monnier se réfère à Paul Ricoeur pour expliquer cette transformation : « La responsabilité implique désormais, non plus de réparer une action accomplie, mais de précéder et prévenir la survenance de faits dommageables. C'est pourquoi Paul Ricoeur différencie l'imputabilité et la responsabilité dans la mesure où la responsabilité n'est plus tournée vers le passé, mais vers le futur, de ce fait elle ne repose plus sur une morale d'imputation, mais sur une morale de préservation du futur ». MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.127 ; Pour Paul Ricoeur : « L'impératif est nouveau par rapport à la simple idée de respect de la personne, en ce sens qu'il excède une éthique de la proximité, scellée par le souci de réciprocité. La responsabilité, à l'âge technologique, s'étend aussi loin que le font nos pouvoirs dans l'espace et dans le temps et dans les profondeurs de la vie ». Cité in *Éthique et responsabilité*. P. Ricoeur, AESCHLIMANN (J.C.) s.d., Éd. La Baconnière, Neuchâtel, 1994, p.84 ; voy. Ég. TESTART (J.), « Il ne faut pas confondre progrès scientifique et progrès humain », in *Mots, Les langages du politique*, n° 44, sept. 1995, p.145

¹¹ Il est intéressant de remarquer que cette conception de la mondialisation en tant que processus qui consiste en une reconfiguration des rapports relatifs d'« étendue » et de « vitesse » est précisément une conception inspirée de la mécanique spinoziste et de l'Éthique.

¹² Voy. Ég. HELD (D.) et al., *Global Transformation*, Cambridge, Polity Press, 1999, pp.16 et s., trad par Francis Snyder in SNYDER (F.), « Les sites de gouvernance », in BOISSON-DE-CHAZOURNES (L.) et MEHDI (R.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruylant, coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, 2005, pp.300-301 (pp.399-326)

¹³ Le concept de régulation se définit, dans son acception générique, comme une « œuvre » ou une entreprise, « qui consiste à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégral déroulement, donc sans exclure des changements ». Ainsi, la régulation « englobe l'ensemble des procédés assurant un équilibre ou une harmonie au sein d'un système social. À ce titre, le droit est un instrument de régulation ». cf. JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in CLAM (J.) et MARTIN (G.) s.d., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, Paris, p.53 et pp.50-70. ; MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.39 ; « Dans un sens plus restrictif, la notion de régulation recèle la particularité d'évoquer « une réorganisation du mode normatif de la société contemporaine » dans la mesure où elle fonctionne selon une logique flexible, évolutive, dialectique et ouverte à la représentation des intérêts professionnels et économiques ». Id., p.40 ; Voy. Ég. MIAILLE (M.), « La régulation : enjeux d'un choix », in MIAILLE (M.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp.21 et s.

privés à l'égard des biotechnologies suppose nécessairement, à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale, la mobilisation de multiples dispositifs juridiques et parajuridiques qui répondent à des logiques et des objectifs différents. L'encadrement biotechnologique intervient dans une situation de crise de la régulation étatique et juridique en ce qui concerne la « *maîtrise de l'essor technologique* »¹⁴.

4. Cette crise peut être appréciée d'un point de vue spatial et temporel qui appelle des questionnements politiques et juridiques conséquents. D'un point de vue spatial, l'encadrement des biotechnologies témoigne d'une crise de la régulation dans la mesure où, au sein de ce réseau mondialisé de relations sociales et de transactions, « *une multiplicité d'autres sites de gouvernance complète, s'ajoute ou concurrence l'État* »¹⁵ et caractérise l'ordre juridique international sous la figure d'un « *pluralisme juridique mondial* »¹⁶. D'un point de vue temporel, Hartmut Rosa évoque l'idée selon laquelle, la « *modernité tardive* » se caractérise par la « *spirale de l'accélération sociale* »¹⁷. Selon cet auteur, les technologies mécaniques, numériques et biologiques impliquent une accélération technique, c'est-à-dire la condensation du nombre de séquences d'actions contenues dans une même unité de temps¹⁸. Cette accélération technique implique un écart entre le rythme de développement des pratiques sociales et le rythme de développement des dispositifs de régulation. Cet écart permanent crée une *accélération des transformations sociales*¹⁹, c'est-à-dire un accroissement du *rythme*²⁰ des transformations des structures institutionnelles et

¹⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.120

¹⁵ SNYDER (F.), « Les sites de gouvernance », op. cit., p.301. L'auteur précise : « *Cependant, afin de comprendre comment les réseaux de l'économie mondiale sont gouvernés en pratique, nous devons réviser un certain nombre de nos schémas de pensée de base relatifs à la forme de l'ordre juridique global. Leur croissance spectaculaire a remis fondamentalement en cause la thèse des juristes relative à la nature hiérarchique de l'a gouvernance économique mondiale* ». ; Pour une analyse de la pluralité des sites de gouvernance en matière de bioéthique à l'intérieur de l'UE : PUPPINCK (G.), « Bioéthique et gouvernance dans l'Espace européen de la recherche », *RTDH* n° 22, 2007, pp.201-229

¹⁶ *Id.* p.306

¹⁷ ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, La Découverte, Paris, 2010, pp.90-130

¹⁸ L'accélération technique implique une révolution du régime spatio-temporel, qui prend la forme d'une compression spatio-temporelle ou d'un rétrécissement de l'espace. ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, La Découverte, Paris, 2010, pp.127-129

¹⁹ Hartmut Rosa définit l'accélération des mutations sociales : « *On peut donc définir l'accélération du changement social comme une augmentation du rythme d'obsolescence des expériences et des attentes orientant l'action et comme un raccourcissement des périodes susceptibles d'être définies comme appartenant au présent, pour les diverses sphères des fonctions, des valeurs et des actions* ». *Id.*, p.101

²⁰ L'auteur détermine l'accroissement du rythme des transformations sociales : « *L'érosion des certitudes sur le "monde vécu" atteint alors un nouveau stade qualitatif qui ne peut laisser intactes ni la reproduction culturelle ni la forme du rapport à soi. (...) Le changement n'est, au bout du compte, plus perçu comme la transformation de structures stables, mais comme indétermination fondamentale et potentiellement chaotique. (...) La thèse que je soutiens, celle d'une accélération croissante du changement social au cours du processus de modernisation, peut être, en forçant le trait, formulée de la manière suivante : tandis que la vitesse du changement, au début de la modernité, était intergénérationnelle, en, passant par une synchronisation approximative avec la succession des générations dans la "modernité classique", elle a*

normatives qui assurent la régulation, juridique et parajuridique, des pratiques sociales²¹. Si ce processus d'accélération sociale est rendu possible, dans la modernité classique, par l'élaboration de structures institutionnelles et normatives qui stabilisent les attentes sociales²², la modernité tardive se distingue de la période précédente par le fait qu'elle franchit un nouveau seuil d'accélération par delà lequel les dispositifs de stabilisation sont eux-mêmes dynamisés et fluidifiés²³. Dans ce contexte, *« l'instabilité constitutive des conditions sociales et matérielles du contexte, de l'action et des décisions, impose par conséquent aux individus comme aux institutions une révision permanente de leurs attentes, une réinterprétation de leurs expériences, une redéfinition constante de leurs priorités, et l'accomplissement répété d'actes de coordination et de synchronisation. La flexibilisation et la dérégulation de nombreuses pratiques sociales dans le cadre de la "mondialisation" néolibérale, ont sans aucun doute encore renforcé ce processus, dans le sillage de la révolution de l'accélération numérique et politique qui a marqué la fin du XXe siècle »*. Dès lors, l'auteur constate, dans la modernité tardive, que des *« symptômes de la désynchronisation lourds de conséquences, dus à des vitesses distinctes du changement et de l'adaptation, n'apparaissent pas seulement entre les systèmes fonctionnels (les vitesses de transformation et d'innovation sont par exemple plus faibles dans les domaines de l'éducation [du droit] ou de la politique que dans l'économie et la technologie), mais aussi*

augmenté jusqu'à atteindre un rythme tendanciellement intragénérationnel dans la modernité tardive ». Id., p.139

²¹ Hartmut Rosa précise : *« Les transformations du régime spatio-temporel de nos relations sociales, de nos rapports avec notre environnement ne sont pas simplement une conséquence des inventions technologiques ; elles ne sont pas impliquées logiquement par ces dernières, mais, dans leurs manifestations empiriques, indissociablement liées à l'accélération du changement social et du rythme de vie. (...) L'accélération technique n'est donc que la base matérielle et la condition de possibilité de la multiplicité de processus d'accélération qui sont au fondement de ces transformations et qui font aujourd'hui l'objet de débat à propos de ce que l'on appelle la mondialisation ; elle constitue en même temps la base matérielle des deux autres formes de l'accélération sociale, qui activent elles-mêmes à leur tour le processus de l'accélération technologique sur le plan des "motivations". Une fois de plus, on constate que la distinction entre les trois dimensions de l'accélération sociale n'est qu'une distinction analytique : pour comprendre les manifestations et les effets empiriques de l'accélération sociale, la prise en compte simultanée des trois dimensions, et en particulier l'étude de leurs interactions, est absolument indispensable »*. Ibid., p.136

²² Hartmut Rosa considère que *« l'accélération n'a été possible que parce que des institutions sociales centralisées — comme le droit, les mécanismes de gouvernance politique, le régime stable du (temps) de travail industriel —, accompagnées par des formes culturelles très puissantes, principalement centrées sur les valeurs et les idées de progrès, de rationalisation, d'individualisme, d'universalisme et d'action, ont elles-mêmes été soustraites au changement. Elles ont donc permis une sécurisation des attentes, une stabilité autorisant la planification, et des possibilités de prévoir l'avenir qui sont au fondement de l'accélération économique, technique et scientifique, mais peut-être aussi d'une conduite de vie individuelle elle aussi accélérée »*. Id., p.114

²³ L'auteur estime : *« De même que l'accélération technique a transformé, dans une perspective phénoménologique, notre relation avec l'espace, le temps, les objets et la société, l'accélération du changement social et la "fluidification" des relations sociales et matérielles ont d'importantes répercussions sur notre manière "d'être-dans-le-monde" dans la modernité (tardive) »*. Id., p.147

entre des groupes sociaux distincts et, en particulier, entre les différentes générations au sein de la société »²⁴.

5. Compte tenu de ce diagnostic de dispersion spatiale et de désynchronisation temporelle des institutions sociales et des dispositifs de régulation juridiques et parajuridiques, comment s'organise la coopération entre les États et la coordination de l'activité des organisations internationales ? Au sein de l'ordre juridique international, les institutions et les ensembles normatifs qui participent à la régulation des pratiques biotechnologiques agissent-ils selon les mêmes rythmes et les mêmes temporalités où, sont-ils également soumis au processus d'accélération et de fluidification de la modernité tardive ? Les États assurent-ils la coordination spatiale et la synchronisation temporelle de leurs politiques afin de répondre aux défis que présentent l'encadrement juridique des biotechnologies et la garantie effective des droits de l'homme en la matière ? Quelles sont les institutions compétentes pour mettre en œuvre de tels dispositifs et de quels moyens disposent-elles pour contrôler le comportement de ces acteurs ? Comment s'articulent, dans le temps et dans l'espace, ces multiples dispositifs juridiques et parajuridiques de régulation des pratiques biotechnologiques qui poursuivent des objectifs parfois contradictoires et s'appliquent à des contextes différents ? En particulier, il s'agira de déterminer les rythmes d'activité des organisations internationales et le degré d'effectivité des normes et des décisions qu'elles produisent. Ces dispositifs, normatifs et institutionnels, sont-ils efficaces ? En d'autres termes, ces dispositifs limitent-ils suffisamment, compte tenu de leurs moyens, la puissance des acteurs de manière à transformer le contexte social en fonction des objectifs légitimes qu'ils poursuivent ? En outre, il s'agira également de s'interroger sur la manière dont s'organisent les relations entre les acteurs étatiques, institutionnels ou privés dans le cadre de ces dispositifs concurrents de régulation. Quelles stratégies poursuivent-ils ? Enfin, ces dispositifs rendent-ils possibles la stabilisation des attentes des acteurs sociaux et la sécurisation de leurs relations juridiques ?

6. Cette crise de la régulation correspond également à une crise de la démocratie représentative²⁵, c'est-à-dire une crise de légitimité²⁶ de l'action publique et des processus

²⁴ L'auteur constate encore : « Lorsque le changement social atteint un rythme intragénérationnel, on peut s'attendre à des conséquences importantes sur les possibilités et les formes de l'intégration sociale et de la reproduction culturelle ». *Id.*, p.145

²⁵ ROSANVALON (P.), *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, Paris, 1998, 384p ; SUPLOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris, 2009, 178p ; SUPLOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, Paris, 2005, 333p ; COPPENS (Ph.) et LENOBLE (J.), « Les enjeux d'une question : Théorie du Droit et de l'État, Théorie de la norme et Procéduralisation contextuelle », in COPPENS (Ph.) et LENOBLE (J.) s.d., *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, Travaux des XVI^e Journées d'Études Juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.1-23

décisionnels des organes de l'État et des organisations internationales. De quelle manière assurer la qualité, la légitimité et l'efficacité des décisions et des actions publiques dans un contexte scientifique, technique et social marqué par un haut degré d'incertitude et par des processus d'évolution rapides ? Philippe Coppens et Jacques Lenoble formulent ainsi la question : « *quels sont les modes d'intervention normative qui permettent au mieux d'assurer une régulation qui soit efficiente et légitime au regard des objectifs axiologiques que lui imposent la contrainte démocratique et les droits fondamentaux qui lui sont associés* »²⁷ ? Telle pourrait être la formulation de la problématique qui anime les réflexions menées sur l'adoption de normes juridiques relatives à la régulation des pratiques biotechnologiques au sein des ordres juridiques nationaux ou dans l'ordre juridique international²⁸. La relation qui unit les concepts de légitimité et d'efficacité de la décision et de l'action est particulièrement saillante dans le champ de la bioéthique²⁹. Les appareils institutionnels et les modes d'intervention, nationaux et internationaux, de l'État tendent à se transformer et s'adapter au regard de ces impératifs de légitimité et de performance. Ces transformations aboutissent notamment au développement de dispositifs

²⁶ Sophie Monnier précise la nature de cette crise de légitimité : « *la crise du système de valeurs sur lequel s'est constitué le droit et l'existence d'un environnement moral et éthique où s'affrontent des conceptions concurrentes de l'homme et des rapports de l'individu avec la société, rendent plus difficile l'adoption d'une position commune à l'égard de ces défis. L'étiollement d'un modèle commun conduit à la recherche de nouvelles légitimités qui ne peuvent devenir communes que dans la casuistique et la recherche d'une position consensuelle, évolutive et compassionnelle* ». In. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.29

²⁷ COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), « Les enjeux d'une question », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.4-5

²⁸ Lucien Sève évoque les affrontements entre conservateurs et libéraux auxquels donnent lieu les débats politiques relatifs à la bioéthique et précise que les réflexions menées au sein du Comité consultatif national de bioéthique ne se sont pas limitées à cette opposition : « *Loin des redoutables naïvetés scientistes, elle n'en partait pas moins de certitude éprouvée que socialement parlant le savoir est toujours préférable à l'ignorance, et que rien ne devait venir gêner l'essor de la recherche fondamentale non plus que de l'innovation biomédicale bien méditée : la bioéthique n'avait pas à cousiner avec l'antiscience. Mais ce progressisme résolu, imperméable aux non-possumus dogmatiques, allait de pair avec le souci extraordinairement vigilant "de tout homme et de tout l'homme", de sa liberté, ses droits, sa dignité. Oui sans réserve à l'avancement de la biomédecine, pourvu qu'elle se montre hautement responsable de ses actes et de ses projets envers l'individu et le genre humain, en mettant toute sa lucidité au service de cette visée — le rôle d'un comité d'éthique n'étant que de l'y aider. En présence de chaque dossier, la question des questions à se poser devait donc être : à s'engager dans cette voie, qu'en résultera-t-il prévisiblement, de façon directe ou indirecte, pour le respect des personnes et de l'humanité ? Forte leçon de raison pratique* ». SÈVE (L.) *Qu'est-ce que la personne humaine ? Bioéthique et démocratie*, La Dispute, Paris, 2006, p.12

²⁹ En effet, Sophie Monnier analyse cette problématique, dans le contexte de la bioéthique, au regard des catégories de droit naturel et de droit positif : « *les apories du droit positif et du droit naturel sont particulièrement saillantes. Conçu comme neutre et scientifique, le droit positif coupé de toute référence axiologique apparaît incapable de faire face à l'enjeu des valeurs, indissociable de la problématique bioéthique. Quant au droit naturel, il est contesté en tant qu'il pose des valeurs transcendantes et prédéterminées alors qu'elles devraient émerger de la délibération, de la confrontation des différents systèmes de valeurs. Même si la dichotomie entre positivisme et jusnaturalisme ainsi présentée est dépassée, dans la mesure où le droit positif a intégré les notions d'État de droit, de dignité et des droits de l'homme ; l'articulation des normes et des valeurs constitue sans doute le plus grand défi que doit relever le droit en bioéthique* ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.27

parajuridiques de la régulation des pratiques sociales et à la création d'autorités administratives indépendantes, telles que les comités d'éthique et les agences sanitaires, dotées de fonctions et de compétences hybrides qui brouillent l'équilibre républicain des pouvoirs et emportent des effets sur l'architecture et le fonctionnement des ordres et des systèmes juridiques nationaux et internationaux³⁰. Sophie Monnier constate notamment qu'« il y a lieu de se demander si la convergence des deux systèmes parajuridique et juridique ne l'a pas emporté sur ce qui les distingue, car ils semblent marqués par les mêmes modes de légitimation des normes »³¹. En effet, celle-ci précise que « la logique substantielle fondée sur les valeurs et la logique procédurale attachée au mode d'élaboration des normes et à la teneur des normes sont deux logiques qui ont pour objet la légitimation de la norme tant parajuridique que juridique. Or de tels modes de légitimation affectent le système juridique, dont la conception traditionnelle repose sur une conception formelle et matérielle laquelle évoluerait vers une conception procédurale et substantielle »³². Ces deux conceptions de la légitimité, formelle/matérielle et procédurale/substantielle, ne s'opposent pas. Néanmoins, la seconde résulte d'un « glissement qui traduit une évolution du système juridique »³³. Ce sont ces évolutions et ces transformations qu'il s'agit pour nous d'étudier dans le champ particulier de la bioéthique afin de déterminer leurs conséquences sur le fonctionnement des systèmes juridiques, sur les relations entre les normes juridiques, et de manière plus générale, sur la conception de la Démocratie.

³⁰ DROBENKO (B.), « De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *P.A.*, 7 septembre 2006, n° 179, p.3 ; MASSERA (A.), « La crise du système ministériel et le développement des établissements publics et des autorités administratives indépendantes », *RFAP*, 1er Juillet 1993, n° 67, pp.345 et s; ROQUES-BONNET (M.-C.), « Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs », VII Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27septembre 2008; TABUTEAU (D.), « Les agences sanitaires : balkanisation d'une administration défaillante ou retour de l'État hygiéniste ? », *Les Tribunes de la santé* 2003-1 n° 3, pp.34-46, spé., p.37

³¹ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.30

³² *Id.*

³³ « Dans le cadre de la conception procédurale, contrairement à la conception formelle, ce qui compte ce n'est pas tant l'organe compétent (l'auteur de la norme), ni le support de la norme, ni son mode d'adoption, mais l'ensemble de son processus d'élaboration et d'application : c'est-à-dire que l'attention est portée à la phase préparatoire et à la phase de réalisation des normes dans le but de rationaliser le système normatif, de le rendre plus pragmatique et ouvert aux influences d'autres normativités grâce au phénomène d'internormativité. Au regard de la conception matérielle du droit, qui correspond à l'essor de l'État-Providence, les normes ne sont plus seulement justifiées par l'organe et la procédure de leur création, mais aussi par leur contenu. La conception substantielle s'en démarque. Elle va plus loin dans la mesure où elle associe au contenu la référence à des valeurs. (...) C'est un système de référence commun à la régulation juridique et au droit. (...) Ce fondement substantiel commun à l'éthique et au droit brouille la frontière entre le parajuridique et le juridique. Par l'intermédiaire des droits fondamentaux transparaît la perméabilité du juridique et du parajuridique, car ils recourent à des notions communes. Les droits fondamentaux passent de l'éthique au droit, du droit à l'éthique, les valeurs offrent un lieu propice de confusion et d'échange entre l'éthique et le droit ». In. *Id.*, pp.35-36

7. Dans ce contexte de complexification du droit, des ordres et des systèmes juridiques, où prolifèrent les normes juridiques nationales et internationales et les dispositifs de régulation des pratiques sociales liées aux biotechnologies, il convient de s'interroger simultanément sur la *complétude* de l'ordre juridique international et du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire sur l'applicabilité ou l'opérabilité intégrale des normes juridiques internationales, et sur leur *cohérence*, c'est-à-dire le caractère non-contradictoire des relations entre les normes et les institutions qui composent l'ordre juridique international³⁴. Apprécier ces questions nécessite de concevoir les relations d'interprétation entre les normes non seulement du point de vue de la validité formelle, mais aussi du point de vue de la validité axiologique, ou en fonction des objectifs légitimes qui les justifient, et de la validité empirique, c'est-à-dire en fonction des conséquences concrètes qu'engendrent leur application dans un certain contexte³⁵. Les instruments internationaux du droit de la bioéthique constituent un corps de normes juridiques qui intègre un ordre juridique existant et complexe. Dès lors, de quelle manière les normes du droit international de la bioéthique s'insèrent-elles dans l'ordre juridique international et quelles conséquences emportent-elles vis-à-vis de l'interprétation et l'application d'autres normes juridiques du droit international ? Inversement, quels effets emporte leur insertion dans l'ordre juridique international sur leur interprétation et leur application ? L'effectivité des normes juridiques du droit international de la bioéthique, des principes éthiques et des

³⁴ Jacques Lenoble et Philippe Coppens considèrent que les deux problèmes qui traversent la théorie du droit, c'est-à-dire celui de la validité des normes et celui de l'interprétation des normes. « *Le premier relève des conditions d'existence de la norme tandis que le second relève de ses conditions d'application* ». La théorie contemporaine et positive du droit repose sur une « *double dichotomie épistémologique (...), celle de l'être et du devoir-être d'une part et celle de la justification et de l'application des normes d'autre part* ». Ces auteurs insistent sur la nécessité nouvelle, pour repenser nos modes d'organisation institutionnels et appréhender les mutations qui affectent le phénomène juridique, de déstabiliser les paradigmes dominants de la science juridique et penser corrélativement la problématique de la validité et la problématique de l'interprétation. *In Id.*, pp.1-5. Ces auteurs précisent : « *La monstration du lien indissoluble entre le langage et l'action est un acquis des Investigations philosophiques de Wittgenstein. Et lorsque le langage exprime des règles d'actions, ce qui est le cas, par excellence, du langage normatif, la perception du lien entre le langage et l'action permet de mieux appréhender les conditions que mobilise l'effectuation des objectifs dictés par une norme* », p.17. Voy. Ég. COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Parix-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1998.

³⁵ Jacques Lenoble et Marc Maesschlack précisent cette exigence épistémologique : « *We seek to establish how we must construct the cognitive operation which every normative judgement involves, and which is judged to be justified (at the individual or collective level of a rule of law), but also the operation of application which will govern the ultimate real consequences resulting from the use made of the norm. Only such a reconstruction of the theory of action allows us to cope with the respective impasses and insufficiencies to which the proposed moral of economic approaches to the reform of the governance arrangements appear to lead* ». Les auteurs poursuivent : « *Our theoretical proposition will also allow us more particularly to emphasize the « reflexive » insufficiency of these two approaches and, as a consequence, the reflexive insufficiency of the governance arrangements to which they lead. Reflexivity is an operation specific to every act of judgement which consists in grasping this act itself in its activity, in its semantic productivity with regard to a determined context, that is, as a power of « potentiation »* ». *In* LENOBLE (J.) et MAESSCHLACK (M.), *Toward a Theory of Governance : The Action of Norms*, op. cit., p.5; à propos des trois critères de la validité : OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, pp.225-226, 257 et s., 287 et s.

droits consacrés dans ces dernières, est-elle affectée par l'effectivité d'autres normes du droit international ou affecte-t-elle les conditions d'interprétation et d'application des autres normes juridiques internationales ? Comment qualifier ces relations d'interprétation et d'application entre les normes juridiques du droit international ? En d'autres termes, quelle conception de la mécanique normative adopter afin d'apprécier les relations d'interprétation entre les normes non seulement d'un point de vue formel, mais aussi relativement à leurs objectifs axiologiques et aux effets concrets résultant de leur application ?³⁶

8. Si elle n'est pas une réponse à l'ensemble de ces problématiques, la bioéthique constitue néanmoins un terrain d'étude privilégié des transformations des structures normatives et institutionnelles au sein des sociétés démocratiques et des modalités de fonctionnement des ordres juridiques contemporains, nationaux et international. Cette « *crise de la régulation* »³⁷ juridique et étatique en ce qui concerne les pratiques technologiques découle ainsi, selon Jacques Lenoble et Philippe Coppens, d'une certaine incapacité à fonder la théorie de la norme sur une théorie de l'action³⁸. Or c'est précisément

³⁶ Philippe Coppens et Jacques Lenoble tentent de construire une telle conception : « *Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même, mais est commandé par les représentations préexistantes qui définissent les équilibres sociaux propres à la forme de vie acceptée au sein d'une collectivité. En conséquence, toute réalisation d'un objectif normatif implique non seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable, mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquels seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application. Tant que l'on croit que le choix des diverses interprétations de la norme est uniquement commandé par les contraintes proprement herméneutiques liées aux règles du discours, on manque le processus qui limite le choix des possibles effectifs et qui concerne les représentations culturelles et donc la forme culturelle des rapports sociaux. Or, c'est précisément celle-ci qui fournit les éléments en fonction desquels les conséquences sociales de la norme seront définies. (...) Les cultures existantes définissent les singularités de nos sociétés et se caractérisent (...) par les différentes représentations qu'elles ont des exigences d'organisation de la vie collective et de la nature des rapports sociaux. La norme, par elle-même, ne commande pas laquelle de ces représentations culturelles en conflit au sein de la communauté sera sélectionnée au moment de l'application effective de la norme. Il faut donc insister sur le fait que toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables, mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée* ». in Id. pp.18-19

³⁷ LENOBLE (J.), « La procéduralisation contextuelle du droit », in Id., p.99

³⁸ Jacques Lenoble et Marc Maesschalck précisent que « *the current revision of theories of governance in the social sciences poses major theoretical and epistemological questions, which oblige in return a redefinition of certain fundamental positions in legal theory* ». Ces auteurs précisent : « *We can usefully cite an example linked to the contemporary themes of the debate on governance. It is concerned with the approach adopted by experts who have guided the bulk of policies of international cooperation implemented in recent years with a view in transforming societies of Central and Eastern Europe. The action carried out in recent years by international experts in these societies is often based on the idea that their transformation into democratic liberal regimes and market economies will be achieved by their adoption of the legal rules and mechanisms which define the formal framework of such regimes. Underpinning such a policy we find the belief that the rule, in all its formal power itself, ensures the transformation of social context that it aims to govern so as to institute the form of life required by its normative prescription. Everything is supposed to happen as if the logic governing the effectuation of the rule was identical to that governing its justification and its formal adoption. But, as the effective results of this policy appear today to demonstrate, the factors which condition the effectuation of a rule, and thus which govern the way in which the effective transformation of social*

l'enjeu de l'Éthique dans sa dimension démocratique et c'est en ce sens que l'analyse du droit international de la bioéthique présente, à notre sens, un intérêt capital au regard de la théorie de la gouvernance et de la théorie du droit. En effet, la diffusion de l'éthique à l'ensemble de la sphère sociale et des domaines d'activités humaines que décrit Alain Etchegoyen comme *la valse des éthiques*³⁹ démontre que ces questionnements nouveaux naissent de la nécessité de limiter la puissance de certains acteurs sociaux. Eu égard à « la portée ontologique », à l'ampleur et la nature des risques qu'emportent les pratiques professionnelles et sociales liées aux biotechnologies, « la bioéthique se démarque de la déontologie dans la mesure où incombe à la bioéthique une tâche démocratique, car les répercussions concernent la vie de tous individuellement et collectivement »⁴⁰. Dans cette perspective, « démocratique signifie ici que les choix doivent faire l'objet de débats nécessairement publics, ouverts à la participation de la société civile (...), car la question posée : quelle humanité serons-nous demain ? Est éminemment du ressort de la société »⁴¹. Ainsi, « la nécessité cruciale de vraie démocratie bioéthique »⁴² consiste en une tentative de conciliation des enjeux technologiques à la fois des points de vue individuels et collectifs, publics et privés, universels et particuliers⁴³.

9. Définir la bioéthique est « une entreprise périlleuse »⁴⁴. L'enjeu philosophique et politique de la réflexion bioéthique concerne la définition de la Vie et des principes

contexts on the basis of an objective pursued operates, are much more complex than is suggested by the formalistic approach ». In LENOBLE (J.) et MAESSCHLACK (M.), *Toward a Theory of Governance : The Action of Norms*, Kluwer Law International, LaHaye, 2003, pp.3-4

³⁹ ETCHEGOYEN (A.), *La valse des éthiques*, Paris, Éd. François Bourin, 1991, pp.72 et s.

⁴⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.130 ; Voy. Ég. JONAS (H.), *La technique moderne comme sujet de réflexion éthique*, in NEUBERG (M.) s.d., *La responsabilité. Questions philosophiques*, PUF, Paris, 1997, pp.231 et s. (286p.) ; HABERMAS (J.), *La technique et la science comme « idéologie »*, Gallimard, Paris, 1990, 211p.

⁴¹ Id.

⁴² SÈVE (L.), *Bioéthique et démocratie, Qu'est-ce que la personne humaine?*, op. cit., p.27

⁴³ Sophie Monnier considère notamment : « La bioéthique est confrontée à un autre défi qui consiste à prendre en compte l'enjeu à la fois individuel et collectif du développement de techniques qui permettent non seulement de mieux soigner l'individu, de transcender les limites de la vie, mais aussi d'exploiter le matériel humain au service de la collectivité. Or cette double visée pose inévitablement la question de l'articulation et de la conciliation au niveau individuel et collectif sachant que la poursuite d'un objectif collectif se réalise souvent au prix d'un sacrifice de l'individu. La protection de l'individu se trouve menacée par la mise à disposition du corps humain au service des intérêts collectifs ». MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit : Éléments d'analyse du système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Paris, 2005, p.28 ; Voy. Ég. LABRUSSE-RIOU (C.), « La maîtrise du vivant : matière à procès », in *Pouvoirs*, Bioéthique, n°56, 1991, p.94 (pp.87-107)

⁴⁴ Gilbert Hottois et Jean-Noël Missa définissent la bioéthique comme « un ensemble de recherches, de discours et de pratiques généralement pluridisciplinaires, ayant pour objet de clarifier ou de résoudre des questions à portée éthique suscitées par l'avancement et l'application des technosciences biomédicales ». In HOTTOIS (G.) et MISSA (J.-N.), PINSART (M.-G.) et CHABOT (P.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologies*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2001, pp.124 et s ; HOTTOIS (G.) et PARIZEAU (M.-H.), *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck, 1993, V ° « Bioéthique ».

susceptibles de guider la décision et l'action collective des Hommes et des institutions des communautés humaines au regard de celle-ci. À ce titre, la bioéthique constitue dès l'origine une entreprise spinoziste⁴⁵. En effet, chez Spinoza « *l'éthique est la vitesse qui nous conduit le plus vite possible à l'ontologie, c'est-à-dire à la vie dans l'être* »⁴⁶. Dans cette perspective, Éthique et Bioéthique apparaissent comme des termes interchangeables. *L'Éthique* de Spinoza constitue une recherche sur l'ontologie fondée sur une critique de Descartes et de la mécanique classique, novatrice d'un point de vue méthodologique et d'un point de vue épistémologique. Les prémisses d'une épistémologie constructiviste sont en germes dans la pensée de Spinoza. L'Éthique apparaît comme un processus de production de relations *adéquates* de l'Homme à la Vie⁴⁷ qui combine « *trois genres de connaissances* », ⁴⁸ dont chacune, correspond à l'un des trois niveaux de la théorie spinoziste de l'individuation⁴⁹. Il conçoit en effet les corps ou les individus comme des modes d'être singuliers. Ceux-ci constituent des complexes d'éléments matériels, hétérogènes et extérieurs les uns aux autres, unis d'un point de vue fonctionnel par les rapports relatifs de vitesse et de lenteur qu'ils entretiennent. Leur unité se constitue, s'actualise et se recompose, en permanence au regard des rapports que ce corps entretient avec les autres corps qui le délimitent et limitent sa puissance d'agir⁵⁰.

10. Hadi Rizk précise la pensée de Spinoza : « *L'individualité est, pour Spinoza, la seule réalité concrète : l'individu est inséparable des relations qui déterminent de part en part les ensembles de corps que ce même individu "contient", en les reconfigurant sans*

⁴⁵ Van Reusselaer Potter, qui employa le premier le terme « *bioethics* », concevait celle-ci comme une combinaison « *des connaissances biologiques et des valeurs humaines (éthique)* » ou comme « *l'éthique de tout le vivant, animaux et végétaux compris* ».

⁴⁶ DELEUZE (G.), Cours du 2 décembre 1980 relatif à l'Éthique de Spinoza, enregistrement audio disponible en ligne sur le site de l'université Paris 8 : http://www2.univ-paris8.fr/deleuze/article.php3?id_article=131/

⁴⁷ Hans Jonas redéfinit l'impératif catégorique « *Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre. Agis de façon à ce que les effets de ton action ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d'une telle vie* ». JONAS (H.), *Le principe de responsabilité*, trad. de l'allemand par Jean Greisch, Paris, Éd. du Cerf, 3e édition, 1995, pp.30-31

⁴⁸ Deleuze explicite ces trois genres et distingue, dans la conception spinoziste, la connaissance des parties élémentaires, la connaissance des rapports qu'elles entretiennent entre elles et avec leur environnement, la connaissance des essences ou des fonctions identitaires et existentielles qu'exercent les corps. In DELEUZE (G.), Cours du 2 décembre 1980 relatif à l'Éthique de Spinoza, *op. cit.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Hadi Rizk précise la pensée de Spinoza : « *Chaque essence singulière ne peut être actualisée que par la conjonction de sa propre force d'exister et de celles des autres essences singulières* » p.81 « *un corps fini a pour limite un autre corps, qu'il n'est pas, mais avec lequel il est en relation* » p.60 Spinoza cité par Rizk : « *Pour ce qui est de cette idée que la figure est une négation, mais non quelque chose de positif, il est manifeste que la pure matière considérée comme indéfinie ne peut avoir de figure et qu'il ne peut y avoir de figure que dans des corps finis et limités. Qui donc dit qu'il perçoit une figure, montre par là qu'il perçoit une chose limitée, et en quelle manière elle l'est. Cette détermination donc n'appartient pas à la chose en tant qu'elle est, mais au contraire indique à partir d'où la chose n'est pas. La figure donc n'est autre chose qu'une limitation étant une négation, la figure ne peut être, comme je l'ai dit, autre chose qu'une négation* ». note p.60 In RIZK (H.), *Comprendre Spinoza*, Armand Colin, Paris, 2008, pp.60-85

cesse selon des structures invariantes de stabilité et de changement. (...) L'existence est ici une opération : elle renvoie à la manière dont chaque chose existante existe avec d'autres choses existantes, en modulant en quelque sorte la manière dont telle autre chose existe et opère par elle-même. Nous retrouvons ici la tension de l'activité et de la passivité au cœur de chaque persévérance individuelle : chaque être fini, dans ce réseau transindividuel, est en même temps agissant et agi »⁵¹. Spinoza ne propose pas une ontologie dualiste et une épistémologie « disjonctive »⁵² qui distingue, comme Descartes, le corps et l'esprit, mais assoit au contraire sa philosophie sur l'univocité de l'Être et de la vie et sur la nécessité de penser conjointement existence et essence, praxis et ontologie⁵³, *res extensa* et *res cogitans*⁵⁴. En effet, Spinoza prend le contre-pied du dualisme cartésien des substances qui

⁵¹ RIZK (H.), *Comprendre Spinoza*, Armand Colin, Paris, 2008, p.78

⁵² LEMOIGNE (J.L.), « Épistémologie de l'interdisciplinarité : la complexité appelle des stratégies de reliance », Ce texte a été rétabli (en juillet 2007) à partir du script d'enregistrements audio et vidéo d'une conférence donnée à l'Université Européenne d'été, Université de Nantes, 2002, script réalisé par M. Pascal Frion, Directeur d'Acrie Nantes — Animateur d'Acrie Réseau ; MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, ESF, 1990, Paris, 158p. ; MORIN (E.) et LE MOIGNE (J.L.), *L'intelligence de la complexité*, L'Harmattan, Paris, 1999, (332p.) pp.130 et s

⁵³ Spinoza considère : « Toute chose naturelle peut-être conçue adéquatement, qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas. Toutefois, le principe en vertu duquel les choses naturelles existent et persèverent dans leur existence, ne peut se conclure de leur seule définition, car leur essence idéale reste après qu'elles ont commencé d'exister, la même avant qu'elles existassent. Puis donc que le principe par lequel elles existent ne peut suivre de leur essence, le maintien de leur existence n'en découle pas non plus ; elles ont besoin pour continuer d'être de la même puissance qui était nécessaire pour qu'elles commençassent d'exister. De là cette conséquence que la puissance par laquelle les choses de la nature existent et aussi agissent, ne peut être aucune autre que la puissance éternelle de Dieu. Si quelque autre puissance avait été créée en effet, elle ne pourrait pas se conserver elle-même et par suite elle ne pourrait pas non plus conserver les choses naturelles, mais elle-même aurait besoin pour persévérer dans l'existence, de la même puissance qui était nécessaire pour qu'elle fût créée ». In SPINOZA, *Traité politique*, chapitre II, §2, in *Oeuvre IV, Traité politique*, Lettres, Flammarion, Paris, 1966, p.15 et s. ; Hadi Rizk précise l'objet de l'entreprise spinoziste : « Tenter de définir le Dieu de Descartes est une entreprise à la limite sans objet et il est préférable de définir la fonction que la philosophie lui assigne. Le divin s'oppose à l'ordre des choses connues, aux choses de ce monde. Nul besoin de l'expliquer ou de le justifier, puisqu'il constitue l'absolu, c'est-à-dire ce qui tient tout seul. Et l'absolu permet une totalisation, une fermeture de tout processus dérivatif. Dans l'ordre de la connaissance, d'une part, le divin intervient comme fondation transcendante du savoir puisque la transcendance est totalisation ou raison de toutes les raisons, raison première, absolue et non dérivée. (...) De même, l'objectivité des idées et le fondement de la connaissance vraie des corps impliquent l'exposition en acte, par la création continuée, d'une réalité conforme aux exigences de la raison. La nature, principe de production et d'intelligibilité des choses, est donc garantie par Dieu, lequel unifie l'être et le connaître. Dans l'ordre des phénomènes, d'autre part, le divin constitue la cause de toutes choses, qui achève la série des causes. Il s'agit d'une raison qui n'est plus elle-même effet, qui n'a pas besoin à son tour d'être expliquée ». In RIZK (H.), *Comprendre Spinoza*, 2e éd. Armand Colin, Paris, 2008, p.15

⁵⁴ Hadi Rizk considère que « Spinoza nous invite à penser l'unité du corps et de l'esprit, à comprendre leur égalité d'être, qui est impliquée par leur distinction, étant donné que ces modes appartiennent à des attributs différents, l'étendue et la pensée. Le corps comme l'esprit s'expliquent, dans l'attribut auquel chacun d'entre eux appartient, par une série déterminée, mais homogène de causes : il s'agit d'autres corps et de leur affection pour le corps, ainsi que d'idées et d'idées d'affection pour l'esprit. De même, corps et esprit produisent chacun des effets, qui suivent nécessairement de leurs propriétés. L'individu apparaît ainsi comme un mode singulier de la puissance d'être et de produire, ce qui implique une nouvelle conception de la finitude : loin d'être une privation, ou encore le statut d'une créature qui dépend d'un être transcendant, l'individu est le résultat du processus infini de causes finies. (...) Comme la relation de la cause et l'effet est identique dans tous les attributs, la même modification de puissance d'être s'exprime comme idée et comme

fonde l'épistémologie des sciences positives et le positivisme juridique sur la seule méthode analytique. Au contraire, concevant les individus et les corps comme l'union d'éléments matériels entretenant des relations de vitesses et de lenteur, Spinoza adopte une conception ontologique unitaire du temps et de l'espace et construit la conjonction de la méthode analytique, de la méthode analogique et de la méthode dialectique ou synthétique⁵⁵. Spinoza pense en connexion le corps et l'esprit et assimile totalement l'Être à la puissance d'agir. Autrement dit, il assimile l'Être à sa capacité à affecter d'autres corps et à être affecté par eux⁵⁶. Dès lors, il n'est pas étonnant, comme Hans Jonas le constate, que l'accroissement considérable du pouvoir scientifique et technologique d'agir sur l'homme et la nature implique réflexivement une transformation de l'ontologie qui prend la forme d'une réélaboration éthique⁵⁷. En d'autres termes, l'accroissement de la puissance d'agir sur l'Homme et la nature implique une perturbation des catégories juridiques et réclame l'élaboration d'un processus collectif d'évaluation spéculative des choix scientifiques et technologiques qui repose sur une démarche interdisciplinaire, consensuelle et pluraliste. L'objet de ce processus consiste en la combinaison de certaines connaissances issues de

corps. Il est pour cette raison inutile, voire dangereux, de chercher à isoler par la pensée le corps et l'esprit comme deux choses séparées que nous devrions ensuite unir réellement sous une troisième substance. Une telle opération expose à l'illusion inhérente à tout dualisme, qui est d'en arriver à parler corporellement des idées et spirituellement du corps, c'est-à-dire les mélanger. L'esprit par conséquent n'est rien d'autre qu'une idée, ou mode de la pensée, ayant pour objet le corps, qui est un mode de l'étendue ». Id., p.105

⁵⁵ Joël de Rosnay qualifie cette approche de systémique : « À la différence de l'approche analytique, l'approche systémique englobe la totalité des éléments du système étudié, ainsi que leurs interactions et leurs interdépendances. (...) L'approche systémique dépasse en englobe l'approche cybernétique (N. Wiener, 1948) qui a pour but principal l'étude des régulations chez les organismes vivants et les machines. Elle se distingue de la théorie générale des systèmes (L. Von Bertalanffy) dont le but ultime consiste à décrire et englober, dans un formalisme mathématique, l'ensemble des systèmes rencontrés dans la nature. Elle s'écarte encore de l'analyse de système. Cette méthode ne présente qu'un des outils de l'approche systémique. Prise isolément, elle conduit à la réduction d'un système en ses composants et en interactions élémentaires. Enfin l'approche systémique n'a rien à voir avec une approche systématique, qui consiste à aborder un problème ou à effectuer une série d'actions de manière séquentielle (une chose après l'autre), détaillée, ne laissant rien au hasard et n'oubliant aucun élément. La démarche de la pensée [système] est à la fois analytique et synthétique détaillante et englobante ». ROSNAY (J.), *Le Macrosocpe : Vers une vision globale?*, Seuil, Paris, 1975, pp.22-93

⁵⁶ Rizk précise encore : « La thématique spinoziste de l'individu est exclusive de toute finalité interne, qui serait censée relier les parties de l'organisme les unes aux autres en fonction de la totalité qu'elles forment. L'individu, bien au contraire, est une réalité constituée par l'union de corps qui concourent entre eux, selon des lois mécaniques. L'individu par conséquent, ne peut être confondu avec un sujet, au sens d'une substance sous-jacente à ces variations. (...) Dans ces conditions, le raisonnement peut dégager, à partir des choses singulières et de l'unité seulement relative, fonctionnelle qui s'établit entre certaines d'entre elles, l'idée d'un ensemble défini par l'action qu'il exerce. Une pareille unité est d'ordre historique dans la mesure où elle dépend d'une rencontre momentanée entre ces corps. Aussi l'unité qui semble être le caractère de l'individu ne peut-elle persister que pour autant que les conditions extérieures maintiennent le rapport qui forme l'individu. De même, les interactions entre parties au sein de l'individu ne doivent pas mettre en péril la cohésion de l'ensemble. Un rapport purement extérieur s'applique par conséquent entre les parties distinctes qui coexistent entre elles sans cesser d'être déterminées par d'autres relations extérieures. (...) L'idée de tout est relative ». In *Id.*, p.109-110

⁵⁷ JONAS (H.), *Le principe de responsabilité*, Flammarion, Paris, 1995, pp.22 et s. chapitre « la transformation de l'essence de l'agir humain ».

l'expertise scientifique ou technique et d'autres conceptions des rapports de l'Homme à lui-même et à la nature issues de convictions religieuses, morales ou philosophiques différentes.

11. C'est sur le fondement de cette définition de l'Éthique, conçue comme le processus de production de relations adéquates de l'homme à la Vie par la combinaison de divers genres de connaissances, que nous proposons une lecture du droit international de la bioéthique, de sa composition, de sa cohérence interne et des relations qu'il entretient avec d'autres ensembles de normes et d'institutions dans l'ordre juridique international. Dès lors, « *puisque aucune lecture n'est innocente, il nous faut avouer de quelle lecture nous sommes coupables* »⁵⁸. Cette définition de la bioéthique emporte trois exigences épistémologiques et méthodologiques en ce qui concerne l'analyse des normes juridiques qui la consacrent et des relations qu'elles entretiennent, entre elles et avec d'autres normes juridiques internationales. D'une part, cette définition nous amènera à constater, *a contrario*, l'anthropocentrisme méthodologique de la bioéthique contemporaine qui, d'une certaine manière, manque son objectif vitaliste⁵⁹ pour produire une conception normative de l'Homme au fondement du système juridique des droits de l'homme ; d'autre part, l'ontologie unitaire promue par l'Éthique nécessite de recourir à une épistémologie constructiviste capable d'apprécier la composition et le fonctionnement complexes des systèmes et des ordres juridiques ; enfin, cette définition spinoziste de l'éthique rend compte de la dialecticité et de l'internormativité interne et externe comme des caractéristiques constitutives et fonctionnelles du droit international de la bioéthique. En effet, l'utilité majeure de l'Éthique pour la théorie du droit consiste précisément en ce qu'elle participe à l'élaboration d'une théorie non-linéaire et non exclusivement formelle de l'interprétation, ou, en d'autres termes, une théorie alternative de la mécanique des normes juridiques.

1. L'anthropocentrisme méthodologique du droit international de la bioéthique

12. La bioéthique naît de la nécessité de construire, compte tenu de l'essor du pouvoir scientifique et technologique, des rapports adéquats de l'homme et de l'humanité à l'égard de la vie. À ce titre, le champ de la bioéthique « *comprend l'éthique médicale et*

⁵⁸ ALTHUSSER (L.) et BALIBAR (E.), *Lire le Capital*, tome II, Maspero, Paris, 1973, p3

⁵⁹ Sur l'objectif vitaliste de l'entreprise philosophique que représente la bioéthique : cf. JONAS (H.), *Le phénomène vie, Vers une biologie philosophique*, De Boeck et Larcier, Bruxelles, 2001, pp.13-50

l'éthique écologique »⁶⁰. Le préambule de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme rappelle cette nécessité : « *Considérant les progrès rapides des sciences et des technologies, qui influencent de plus en plus l'idée que nous avons de la vie et la vie elle-même, et suscitent donc une forte demande de réponse universelle à leurs enjeux éthiques* »⁶¹. Pourtant, les instruments juridiques adoptés dans le domaine de la bioéthique révisent cet objectif ambitieux. Les lignes suivantes du préambule trahissent un double glissement, épistémologique puis sémantique, qui s'opère à propos du concept de Vie⁶².

13. D'un point de vue épistémologique, la déclaration adopte un anthropocentrisme méthodologique : « *Reconnaissant que les questions éthiques que posent les progrès rapides des sciences et leurs applications technologiques devraient être examinées compte dûment tenu de la dignité de la personne humaine et du respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁶³. Dès lors ce détour opéré, les rédacteurs du préambule substituent au concept de « Vie », objet des responsabilités de l'Humanité au regard de la bioéthique, le concept neutralisé d'« environnement »⁶⁴. Ce raisonnement est réitéré dans le préambule. Les États se déclarent en effet conscients « *que les êtres humains font partie intégrante de la biosphère et qu'ils ont un rôle important à jouer en se protégeant les uns les autres et en protégeant les autres formes de vie, en particulier les animaux* »⁶⁵. Néanmoins, ici encore, le préambule remplace implicitement le concept de « Vie » par celui de « vie humaine » comme objet de la responsabilité des êtres humains. Le préambule reconnaît « *que, fondés sur la liberté de la science et de la recherche, les progrès des sciences et des technologies ont été, et peuvent être, à l'origine de grands bienfaits pour l'humanité, notamment en augmentant l'espérance de vie et en améliorant la qualité de la vie, et soulignant que ces progrès devraient toujours tendre à promouvoir le bien-être des individus, des familles, des groupes ou communautés et de*

⁶⁰ TAGUIEFF (P.A.), « L'espace de la bioéthique. Esquisse d'une problématisation », *Mots. Les langages du politique*, n° 44, sept. 1995, p.7

⁶¹ Préambule de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

⁶² Une analyse similaire est possible en ce qui concerne la *Convention européenne de biomédecine*. En effet, l'intitulé de la Convention trahit de lui-même l'anthropocentrisme de la bioéthique européenne. Le préambule de la *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, affirme ainsi que les États sont « *convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine* », « *conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine* » et « *résolus à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne* ».

⁶³ Préambule de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

⁶⁴ *Id.* Le préambule précise : « *Persuadés qu'il est nécessaire et qu'il est temps que la communauté internationale énonce des principes universels sur la base desquels l'humanité pourra répondre aux dilemmes et controverses de plus en plus nombreux que la science et la technologie suscitent pour l'humanité et l'environnement* ».

⁶⁵ *Id.*

l'humanité dans son ensemble, dans la reconnaissance de la dignité de la personne humaine et dans le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁶⁶. L'« espérance de vie » et « l'amélioration de la qualité de la vie », qui sont les concepts qui justifient la liberté de la science et de la recherche par les progrès qu'elles peuvent leur apporter sont des concepts qui déplacent l'enjeu originel de la réflexion bioéthique, depuis un champ sémantique vitaliste vers un champ sémantique humaniste. Par ce biais, le préambule substitue, de nouveau, le concept de « vie humaine » à celui de « Vie ». Dès lors, il n'y a plus à s'étonner de constater que le préambule reconnaît que « la santé ne dépend pas uniquement des progrès de la recherche scientifique et technologique, mais également de facteurs psychosociaux et culturels »⁶⁷ et omet de préciser que la santé dépend principalement et intensément des facteurs environnementaux. Ces derniers sont absorbés au sein des facteurs psychosociaux et culturels.

14. Le préambule insiste enfin sur « l'impact sur les individus, les familles, les groupes ou communautés et sur l'humanité tout entière » que peuvent engendrer « les décisions portant sur les questions éthiques que posent la médecine, les sciences de la vie et les technologies qui leur sont associées »⁶⁸. In fine, il n'est plus question de responsabilité de l'humanité à l'égard de la vie, de la biosphère ou de la biodiversité, mais de la responsabilité de l'humanité vis-à-vis d'elle-même et de la vie humaine : « Considérant qu'il est souhaitable de développer de nouvelles approches de la responsabilité sociale pour faire en sorte que le progrès scientifique et technologique aille dans le sens de la justice, de l'équité et de l'intérêt de l'humanité »⁶⁹. L'article 17, pourtant intitulé « Protection de l'environnement, de la biosphère, et de la biodiversité » ne déclare aucune responsabilité de l'Homme, de l'humanité ou de la communauté internationale des États à cet égard, mais se contente de reconnaître « un rôle des êtres humains »⁷⁰ et de préciser : « Il convient de prendre dûment en considération l'interaction entre les êtres humains et les autres formes de vie, de même que l'importance d'un accès approprié aux ressources biologiques et génétiques et d'une utilisation appropriée de ces ressources, le respect des savoirs traditionnels, ainsi que le rôle des êtres humains dans la protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité »⁷¹.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Il est d'autant plus étonnant de reconnaître le rôle de l'« être humain » à cet égard que ce concept, à l'inverse de la personne humaine, est un terme qui semble renvoyer à une catégorie juridique dont nous verrons qu'elle n'est pas nécessairement dotée de la personnalité ou de la capacité juridique ni même susceptible de se voir imputer une responsabilité.

⁷¹ Article 14 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

15. Il y a ainsi une transformation latente de la question philosophique et politique qui anime la réflexion bioéthique et l'élaboration des instruments normatifs en la matière. La question n'est plus de savoir quelles sont les responsabilités de l'Humanité à l'égard de la Vie, mais plutôt de savoir quelles sont les responsabilités de l'Humanité à l'égard de l'Homme et de la vie humaine⁷². L'anthropocentrisme de la bioéthique est éloquent. Le droit international de la bioéthique affirme une certaine conception normative de l'Homme et de la vie humaine au fondement des droits de l'Homme et de la démocratie. Les droits fondamentaux sont conçus comme une « *source de légitimité substantielle commune* »⁷³ pour les systèmes juridiques et parajuridiques et comme le « *fondement commun de l'éthique et du droit* »⁷⁴. Mais dès lors, que nous apprend la bioéthique sur l'Homme ? Et que nous apprend-elle sur les droits fondamentaux ? Quelles conséquences emporte cette conception normative de l'Homme au fondement du droit de la bioéthique au regard de sa composition, de sa structure, de son interprétation et de son application effective ? Plus largement, compte tenu du lien de filiation entre les instruments juridiques de la bioéthique et le système juridique des droits de l'homme, quelles conséquences emporte-t-elle sur l'application et l'interprétation des droits fondamentaux ? En d'autres termes, quelles sont les conséquences de la conception normative de l'Homme en ce qui concerne sa protection, c'est-à-dire la limitation des puissances, institutions publiques ou personnes privées, qui sont susceptibles d'agir, directement ou indirectement, sur les individus, les communautés humaines ou leur environnement ? Et donc, enfin, au sein des ordres juridiques nationaux et dans l'ordre juridique international, quelles conséquences emporte cette conception normative de l'Homme au fondement de la démocratie au regard de l'organisation, la séparation et l'exercice des pouvoirs politiques ou des puissances d'agir des institutions et des personnes privées sur la personne humaine et sur la vie humaine ? Quelle économie générale des rapports de pouvoir produit cette conception de l'Homme dans le système des droits de l'homme ? Enfin, si des contradictions émergent dans les relations entre les normes et les systèmes juridiques internationaux, que nous apprennent-elles au regard des axiologies différentes de ces derniers et des économies générales différentes des rapports de pouvoir qu'ils promeuvent ?

16. D'un point de vue général, la critique spinoziste de la philosophie cartésienne permet de mettre à jour la théologie politique que véhicule le dualisme des substances et la

⁷² Alain PAPAUX fait état d'un détournement épistémologique et méthodologique identique en matière de droit de l'environnement à propos du concept de biosphère. PAPAUX (A.), *Biosphère et droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2011, p.25-27, pp.20-51

⁷³ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.281

⁷⁴ *Id.*, p.285

conception normative de l'homme ainsi produite⁷⁵. En effet, par la séparation du corps et de l'âme comme celle du règne des fins ou des valeurs et du règne des moyens ou des faits, Descartes, ouvre la voie à l'émergence des sciences positives, mais reproduit également la scission, au cœur de la philosophie politique occidentale, entre le gouvernement divin des âmes et la gouvernance humaine et gestionnaire du monde⁷⁶. Cette dernière prend la forme d'une économie gestionnaire fondée sur le désir qui justifie que l'homme se place comme possesseur et maître de la nature⁷⁷. À ce titre, la conception de l'Homme ainsi promue emporte également une certaine conception du rapport de l'Homme au monde, de l'homme à l'homme et de l'homme à la nature. En d'autres termes, cette conception de l'Homme évoque un rapport général de l'Homme à la Vie.

17. Le projet théologique et politique de la philosophie spinoziste est radicalement différent. En effet, cette philosophie n'est pas anthropocentrique, mais vitaliste. Elle affirme l'univocité de l'Être et de la Vie et dénonce le décrochage épistémologique de la méthode cartésienne. À son sens, le caractère strictement analytique de cette méthode fondée sur la logique formelle et une épistémologie disjonctive⁷⁸ la conduit à produire une connaissance partielle ou erronée des individus et des choses. Au contraire, Spinoza tente de penser en connexion méthode analytique, méthode analogique et méthode dialectique en vue de produire une connaissance globale et adéquate de la réalité. Il produit, à ce titre, une conception fonctionnaliste de la Vie et de l'essence des êtres qui affectent et sont affectés par les autres êtres existants. Dans cette perspective, il distingue deux principes, l'un d'optimisation de la puissance d'agir des êtres via l'élaboration de relations adéquates aux autres choses existantes, qu'il nomme Joie, et l'autre de dévaluation de la puissance d'agir des êtres via l'élaboration de relations inadéquates aux autres êtres et choses existants, qu'il nomme Tristesse. L'Éthique consiste ici en un processus de production de relations

⁷⁵ Muriel Fabre-Magnan considère avec Catherine Labrusse-Riou qu'« une normativité cachée est à l'oeuvre sous l'apparente neutralité de la science et de la technique, qui conduit à une normalisation de l'être humain. Sur les animaux et les plantes, on voit bien à quelle perte exponentielle de biodiversité ont conduit les progrès scientifiques : dès lors qu'une race de vache laitière démontre ces capacités productives, qu'une catégorie d'huîtres présente une résistance à une bactérie (...) la tentation est grande de les sélectionner. Il en résulte une uniformisation des espèces animales et végétales fort appauvrissante ». In FABRE-MAGNAN (M.), Catherine Labrusse-Riou : *écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007, p.11

⁷⁶ SCHAFFER (), *La fin de l'exception humaine*, Gallimard, 2007, Paris, 446p.; AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer* tome II, Le Seuil, Paris, 2011, 480p

⁷⁷ EDELMAN (B.), *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, 550p. ; LABRUSSE-RIOU (C.), « La maîtrise du vivant, matière à procès », in MAGNAN-FABRE (M.), Catherine Labrusse-Riou, *Écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007, pp.126-153

⁷⁸ MORIN (E.) et LE MOIGNE (J.L.), *L'intelligence de la complexité*, L'Harmattan, Paris, 1999, 332p.; MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, E.S.F., 1990, Paris, 158p. ; LEMOIGNE (J.-L.), « Systémique et complexité. Étude d'épistémologie systémique », *Revue Internationale de Systémique*, vol.4, n° 2, 1990, pp.107-117

adéquates de l'Homme aux autres êtres et choses existants par la mobilisation de divers ordres de connaissances.

18. L'épistémologie positiviste disjonctive et la méthode analytique limitent l'étude du mouvement à une conception formelle de la mécanique. À ce titre, cette perspective produit une théorie formelle de l'interprétation et de la mécanique normative. Dans le cadre des sciences dures, le paradigme positiviste-analytique a été largement critiqué et complété par la révolution relativiste et l'émergence de la mécanique quantique. Dans les sciences sociales, les travaux de l'école de Iéna, en particulier ceux de Jürgen Habermas⁷⁹, Axel Honneth⁸⁰ et Hartmut Rosa⁸¹ s'inscrivent dans cette perspective de refondation de la théorie de la critique sociale. Dans le cadre de la science juridique et de la doctrine du droit international, une perspective spinoziste prend forme notamment, auprès des défenseurs de l'interprétation vivante ou évolutive ou dans les travaux d'Alain Papaux⁸², de François Ost et Michel Van de Kerchove⁸³, de Claire Kelly⁸⁴ ou de Serge Diebolt⁸⁵. En outre, l'épistémologie constructiviste se développe comme une réponse à la crise de la régulation et se diffuse dans les sciences sociales, politiques et juridiques⁸⁶. Dans son ouvrage relatif

⁷⁹ HABERMAS (J.), *Droit et Démocratie : entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997, 551p. ; HABERMAS (J.), *La technique et la science comme idéologie*, trad. de l'allemand par Jean René Ladmiraal, Gallimard, Paris, 1973, 211p.

⁸⁰ HONNETH (A.), *La Lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Paris, Le Cerf, 2000, 350p. ; HONNETH (A.), *La société du mépris*, trad. O. Voirol, P. Rusch et A. Dupeyrix, Paris, La Découverte, 2006, 349p. ; HONNETH (A.), *Les pathologies de la liberté : Une réactualisation de la philosophie de Hegel*, trad. F. Fischbach, Paris, La Découverte, 2008, 127p.

⁸¹ ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, La Découverte, Paris, 2010, 474p.

⁸² PAPAUX (A.), *Biosphère et droits fondamentaux*, op. cit., 221p.

⁸³ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, 602p. ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, 2002, Bruxelles, 596p. ; OST (F.), et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988 ; 254p.

⁸⁴ KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.*, vol.24, n°1, 2006, p.77 et s. ; KELLY (C.), « Value vacuum: Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.695 et s. ; KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.* n°24, 2006, pp 79 et s. ; KELLY (C.), « Institutional Alliances and Derivative Legitimacy », *Michigan Journal of International Law*, vol.29, pp.606 et s. ; KELLY (C.), « The Politics of International Economic Law : Legitimacy and the UNCITRAL Working Methods », *Brooklyn Law School Legal Studies*, Research Paper n°140, Mars 2009, pp.20 et s.

⁸⁵ DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement : Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse réalisée sous la direction de André Jean Arnaud, Université Paris X, Nanterre, soutenue le 28 septembre 2000, 916p., thèse disponible en format numérique sur le site de la MSH Paris : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/diebolt/thesesd.pdf>

⁸⁶ Joël de Rosnay propose notamment de construire un outil capable d'appréhender « l'infiniment complexe », et qu'il nomme macroscopie, par analogie vis-à-vis de microscope qui permet d'observer l'infiniment petit et le télescope qui permet d'observer l'infiniment grand. L'auteur précise : « Le macroscopie n'est pas un outil comme les autres. C'est un instrument symbolique, fait d'un ensemble de méthodes et de techniques empruntées à des disciplines très différentes. Évidemment, il est inutile de le chercher dans les laboratoires ou les centres de recherche. Et pourtant, nombreux sont ceux qui s'en servent aujourd'hui dans les domaines

au concept de biosphère, Alain Papaux s'interroge : « le droit international de l'environnement laisse encore à désirer dans ses fondements théoriques, épistémologiques et éthiques, et pas seulement dans ses lacunes (plus ou moins qualifiées) et ses instruments d'application, de contrôle et de sanction. S'agit-il, en partant de l'évolution historique des droits humains, d'élargir la doctrine des droits fondamentaux aux êtres et aux choses de l'univers non-humain que nous appelons l'environnement, ou s'agit-il d'opérer un renversement copernicien par rapport à l'anthropocentrisme biblique qui est à la base de l'humanisme théologicojuridique de l'Homo juridicus de la civilisation moderne occidentale ou occidentalisée »⁸⁷ ? C'est cette seconde voie que nous avons choisie d'arpenter en vue de comprendre les implications structurelles et fonctionnelles du caractère dialectique de la conception normative de l'Homme au fondement du système juridique des droits de l'Homme. À cette fin, il nous est apparu nécessaire d'élaborer une grille de lecture épistémologique spécifique qui s'émancipe des canons de la logique formelle et du positivisme juridique afin de concevoir toutes les dimensions des relations d'interprétation entre les normes et produire, en ligne de mire, une ontologie unitaire du droit international.

2. La bioéthique : vecteur d'une ontologie unitaire du concept Droit

19. Muriel Fabre-Magnan analyse la pensée de Catherine Labrusse-Riou qui dénonce l'ambiguïté du positivisme juridique dans la mesure où celui-ci dévalue gravement la fonction anthropologique du droit : « Si le droit est mal connu et mal perçu, la faute en revient beaucoup aux juristes. Depuis quelques années, oubliant les leçons de l'histoire, nombre d'entre eux s'affirment et se revendiquent comme des positivistes et de purs techniciens, maniant des outils idéologiquement neutres. Par réflexe mimétique, une grande part de la doctrine juridique pense le droit comme scientifique et objectif, ne devant dès lors pas prendre en considération les "valeurs" qui sont propres à chacun. La société sent bien cependant, même confusément, que d'autres enjeux, autrement plus lourds, sont présents dans le droit. Mais si les juristes eux-mêmes ne perçoivent plus la spécificité de leur rôle, il serait bien injuste de reprocher aux autres, et en particulier aux médecins et aux chercheurs, de ne pas le percevoir. La promotion de l'éthique peut alors là encore être lue comme une saine réaction à l'égard d'un droit purement technique qui s'est désinvesti des enjeux et des fondements, et n'a pas su articuler la technique et les valeurs ». Or si la bioéthique et le droit des sciences de la vie sont emblématiques de

les plus variés. Car le macroscopie peut être considéré comme le symbole d'une nouvelle manière de voir, de comprendre et d'agir » ? In ROSNAY (J.), *Le Macroscopie : Vers une vision globale*, Seuil, Paris, 1975

⁸⁷ PAUPAUX (A.), *Biosphère et droits fondamentaux*, op. cit., p.42

quelque chose, c'est précisément de cette dichotomie entre principe et technique⁸⁸ et de cette volonté de combiner technique juridique et valeur éthique en vue de maîtriser les pratiques sociales et les risques liés aux biotechnologies. Ainsi, Muriel Fabre-Magnan affirme : « *la technique juridique permet pourtant de prendre en permanence en considération la question du sens et des finalités. Cela suppose cependant de redonner toute leur importance aux fictions, en veillant à ne pas “trop les abstraire de la réalité” (...). De même que les qualifications tiennent toujours compte des enjeux et des finalités, tandis que dans l'écart entre la chose et le mot s'incorpore un jugement de type axiologique. Si le droit et la technique juridique sont à prendre au sérieux, c'est que, à la différence des concepts philosophiques ou moraux, “il n'y a pas de spéculation juridique sans effet opératoire sur le réel”, et c'est en ce sens que le droit exerce, selon la formulation d'Alain Supiot, une fonction anthropologique* »⁸⁹. Cette fonction anthropologique du Droit consiste dès lors dans la combinaison de sa fonction symbolique et de sa fonction coercitive et dans l'association des règles substantielles et des règles procédurales.

20. L'épistémologie positiviste et la méthode analytique, appliquées au droit, produisent une conception des normes juridiques indifférente à leurs contenus et aux valeurs qu'elles promeuvent. La fonction normative est réduite au caractère logique de l'énoncé normatif. Dès lors, cette théorie positive du droit s'autolimité à une conception formelle des relations entre les normes. En d'autres termes, une telle théorie se cantonne à produire une théorie formelle de l'interprétation et une conception linéaire de la mécanique normative. Au contraire, nous avons affirmé l'ambition d'aborder le droit du point de vue de l'éthique, et, ainsi, focalisé notre attention sur les relations entre les normes plutôt que sur chaque norme considérée individuellement. Par delà les relations formelles entre les normes juridiques, il s'agissait également de percevoir ces relations du point de vue de leurs fondements justificatifs, des objectifs qu'elles poursuivent, mais également du point de vue des effets qu'elles produisent et des fonctions qu'elles accomplissent. Notre objectif consiste à penser, grâce à cette grille épistémologique spinoziste et au sein d'un même

⁸⁸ BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? » *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, pp.16 et s ; Le plan des ouvrages consacrés au droit de la bioéthique ont quasi systématiquement la même structure, débutant par l'affirmation des principes bioéthiques et des valeurs et objectifs consacrés par les normes du droit de la bioéthique, ils comprennent généralement une seconde partie consacrée à la régulation des techniques médicales souvent problématisée de manière thématique. Une telle structuration ne rend, à notre sens, absolument pas compte de la spécificité de l'éthique qui consiste à penser ces deux éléments en corrélation, de manière synthétique, et non de les découper de manière analytique pour les décrire, individuellement, de manière détaillée.

⁸⁹ FABRE-MAGNAN (M.), « Présentation », in Catherine Labrusse-Riou, *Écrit de bioéthique*, op. cit., pp.36-37 ; voy. ég. SUPIOT (A.), « La fonction anthropologique du droit », entretien publié dans la revue *Esprit*, janvier 2001, p.151, puis *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, Paris, 2005

mouvement, les problématiques éthiques — liées aux relations entre les principes substantiels et les valeurs consacrées par les instruments juridiques —, les problématiques juridiques — liées aux relations, formelles et non formelles, entre les normes juridiques du droit international au regard des biotechnologies — et les problématiques institutionnelles — liées aux relations de pouvoirs entre les États et entre les institutions de l'ordre juridique international au regard de la régulation des pratiques biotechnologiques.

21. La bioéthique promeut une épistémologie constructiviste⁹⁰ et une approche systémique⁹¹. Celles-ci consistent à combiner, d'un double point de vue statique et dynamique, des connaissances complémentaires produites, par la méthode analytique⁹², par la méthode analogique et par la méthode synthétique⁹³, à propos d'un objet ou d'un problème. En ce sens, elles participent profondément d'une réflexion éthique spinoziste. Appliquée à l'étude du Droit et de l'ordre juridique international, l'approche éthique conduit à s'émanciper partiellement du positivisme juridique qui concentre son attention sur les éléments premiers des systèmes ou des ordres juridiques et les relations élémentaires entre

⁹⁰ Jean-Louis Lemoigne conçoit « les épistémologies constructivistes » comme des « conventions épistémologiques correctement formées et susceptibles de constituer une alternative plausible à la convention positiviste ». Le propre de ces conventions épistémologiques est de « relier la connaissance à l'action, situant sur les mêmes plans multiples le sujet et l'objet ». LEMOIGNE (J.L.), « De Jean Piaget à Ernst Von Glasersfeld retour sur un itinéraire épistémologique », *Constructivist Foundation*, March 2011, vol.6, n° 2, pp.152-156. Ernst Von Glasersfeld précise également que « le constructivisme radical (...) développe une théorie de la connaissance, dans laquelle la connaissance ne reflète pas une réalité ontologique objective, mais concerne exclusivement la mise en ordre et l'organisation d'un monde constitué par notre expérience. Le constructivisme radical a abandonné une fois pour toutes le "réalisme métaphysique", et se trouve en parfait accord avec Piaget quand il dit : "L'intelligence organise le monde en s'organisant elle-même". L'objectif de cette épistémologie est alors de "ne plus considérer la connaissance comme la recherche de la représentation iconique d'une réalité ontologique, mais comme la recherche de manière de se comporter et de penser qui convienne. La connaissance devient alors quelque chose que l'organisme construit dans le but de créer de l'intelligibilité dans le flux de l'expérience ». Le lien entre éthique et constructivisme est particulièrement ténu comme le remarque Ernst Von Glasersfeld : « Il n'est pas nécessaire d'explorer très profondément la pensée constructiviste pour se rendre compte qu'elle mène inévitablement à l'affirmation que l'être humain... est responsable de sa pensée, de sa connaissance et donc de ce qu'il en fait ». VON GLASERSFELD (E.), *L'introduction au constructivisme radical*, 1978, cité par LEMOIGNE (J.L.), in *Id.*

⁹¹ ROSNAY (J.), *Le Macroscopie*, op. cit., p.90-130

⁹² Joël Rosnay rassemble les caractéristiques de la méthode analytique : La méthode analytique : « Isole : se concentre sur les éléments. Considère la nature des interactions. S'appuie sur la précision des détails. Modifie une variable à la fois. Indépendante de la durée : les phénomènes considérés sont irréversibles. Les modèles sont précis et détaillés, mais difficilement utilisables dans l'action. Approche efficace lorsque les interactions sont linéaires et faibles. Conduit à un enseignement par discipline (Justa disciplinaire). Conduit à une action programmée dans son détail. Connaissance des détails, buts mal définis ». In. *Id.*, p.119

⁹³ L'auteur détermine les caractéristiques de la méthode synthétique : « Relie : se concentre sur les interactions entre les éléments. Considère les effets des interactions. S'appuie sur la perception globale. Modifie les groupes de variables simultanément. Intègre la durée et l'irréversibilité. La validation des faits se réalise par comparaison du fonctionnement du modèle avec la réalité. Modèle insuffisamment rigoureux pour servir de base aux connaissances, mais utilisable dans la décision et l'action. Approche efficace lorsque les interactions sont non-linéaires et fortes. Conduit à un enseignement pluridisciplinaire. Conduit à une action par objectifs. Connaissance des buts. Détails flous ». In, *Id.* L'auteur intègre la méthode analogique au sein de la méthode synthétique.

ces derniers. L'épistémologie positiviste et la méthode analytique découpent la réalité ou séquentent le temps afin de décrire une chose ou un mouvement comme une succession linéaire d'éléments ou d'évènements⁹⁴. Au contraire, l'approche éthique repose sur une épistémologie constructiviste qui dépasse cette conception élémentaire pour accorder une place centrale, non pas aux éléments premiers des systèmes et à la description de leurs propriétés, mais aux relations que ces éléments entretiennent et à la totalité systémique, aux fonctions et aux objectifs remplis par cet ensemble. L'approche éthique du droit consiste alors à penser ensemble les différents aspects de la crise de la régulation étatique et juridique et de l'organisation démocratique des pouvoirs. Ainsi, il s'agit de lier dans un raisonnement à la fois analytique et synthétique la dispersion spatiale des sites de gouvernance, la densification des référentiels normatifs qui résulte de cette structure pluraliste de l'ordre juridique international, la complexification des mécanismes de régulation des pratiques sociales et, enfin, la désynchronisation des rythmes d'activité et d'évolution des systèmes juridiques et institutionnels qui tentent encore de stabiliser les relations sociales et les relations à l'environnement dans le contexte d'une modernité tardive soumise aux contraintes de l'accélération technique et de l'accélération du changement social.

22. Appliquée au droit international en tant qu'ordre juridique, cette conception conduit à le considérer comme un complexe de relations et d'interactions entre des corps spécialisés de règles et d'institutions qui se reconfigurent sans cesse selon des structures invariantes de stabilité et de changement⁹⁵. À partir du droit international de la bioéthique, de sa structure, de sa cohérence dynamique interne et des relations externes que ces éléments entretiennent avec d'autres normes, institutions et systèmes juridiques spécialisés dans l'ordre juridique international, notre ambition est de parvenir à mettre en lumière une certaine ontologie unitaire du droit international. Cette ontologie unitaire consiste, pour reprendre les mots de Hadi Rizk à propos de Spinoza, à considérer que « *l'univers [juridique] n'est pas un tout, mais un processus de production et de relation entre des systèmes différenciés, eux-mêmes composés* »⁹⁶. Cette conception implique de considérer l'univers juridique non pas d'un point de vue spatial et statique, comme un plan ou un contenant sur ou dans lequel reposeraient des ensembles différenciés de normes et

⁹⁴ Pierre Legendre décrit la conception sous-jacente à la science positive et à la médecine expérimentale moderne comme une « *conception bouchère de la vie* ». In LEGENDRE (P.), *Le crime du caporal Lortie*, Fayard, 1999, cité par Catherine Labrusse-Riou qui ajoute que le projet de la science et de la technique modernes consiste en la « *gestion biocratique du vivant* ». cf. LABRUSSE-RIOU (C.), « La maîtrise du vivant, matière à procès », in MAGNAN-FABRE (M.), *Catherine Labrusse-Riou, Écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007, p.133

⁹⁵ RIZK (H.), *Comprendre Spinoza*, op. cit., p.78

⁹⁶ *Id.*, p.77

d'institutions, mais d'un point de vue temporel et dynamique, comme un processus de production de relations entre des ensembles différenciés de normes et d'institutions. Ces systèmes sont composés d'une part, de principes éthiques, de valeurs axiologiques et d'intérêts consacrés comme légitimes, et d'autre part, de règles procédurales qui déterminent les conditions de production, de changement et d'application des principes éthiques et des valeurs axiologiques. Hart a longuement décrit cette ontologie des systèmes juridiques en distinguant dans leurs structures des normes primaires ou normes de comportement et des normes secondaires ou normes d'adjudication et de changement⁹⁷.

23. Nous verrons que cette conception doit être discutée eu égard notamment à l'émergence d'éléments dont la fonction spécifique est d'articuler les tensions entre règles primaires et règles secondaires : les méthodes modernes ou évolutives d'interprétation. En outre, il nous semble utile de requalifier la nature des relations que ces normes entretiennent, en particulier d'un point de vue temporel. Cette conception systémique du phénomène juridique conduit également à apprécier la composition interne des systèmes juridiques comme des ensembles d'éléments hétérogènes, dont les relations, qui constituent des rapports relatifs de vitesse et de lenteur, s'actualisent en permanence au regard des contingences que ces systèmes rencontrent et vis-à-vis desquelles ils opèrent. En effet, notre analyse du droit international de la bioéthique mettra en lumière sa composition comprise comme la combinaison fonctionnelle de normes substantielles, qui en fondent la légitimité sur un temps long, et de normes procédurales, qui réalisent ces objectifs téléologiques par une effectuation en actes dont l'efficacité dépend de sa rapidité d'exécution. De même, l'efficacité des normes substantielles s'évalue au regard de leur capacité à guider et à légitimer, de manière stable, la décision et l'action ; l'efficacité des normes procédurales s'évalue par rapport à leur capacité à fournir une réponse ou une transformation rapide de l'action vis-à-vis des contingences du contexte. Au sein de ces systèmes juridiques, les éléments premiers sont de nature identique, en ce sens que les normes substantielles ou primaires et les normes procédurales ou secondaires constituent deux types de normes juridiques. À ce titre, les critères permettant de déterminer la juridicité d'une norme substantielle sont identiques à ceux permettant d'établir la juridicité d'une norme procédurale. Ces normes constituent cependant deux modalités d'être différentes d'une même réalité, la norme juridique, qui correspondent aux deux attributs distincts du concept de Droit, c'est-à-dire aux deux fonctions sociales distinctes du phénomène juridique, une fonction symbolique et l'autre coercitive.

⁹⁷ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, 2e édition, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2005, pp.99 et s.

24. Ces deux types de normes juridiques correspondent aux invariants de stabilité et de changement au sein des systèmes juridiques. Les normes substantielles expriment l'axiologie et la rationalité propres à chaque système juridique tandis que les normes procédurales se réfèrent aux modalités de la décision et aux moyens de l'action au sein de ces systèmes. Les normes substantielles se réfèrent au temps long, mais également à la fonction symbolique du Droit et des systèmes juridiques. Cet attribut et cette fonction consistent dans la capacité de qualifier la réalité, les êtres et les choses et déterminer le régime des relations que l'Homme et la société entretiennent avec ces derniers. De cette manière, le Droit et les systèmes juridiques stabilisent, dans l'espace et dans le temps, les expectations sociales et les comportements des acteurs sociaux envers les uns et les autres et envers leur environnement naturel. La fonction symbolique ou ordinatrice du Droit constitue un principe conservateur exprimant la stabilité. Nous constaterons également que cet attribut correspond au concept d'autorité. Les normes procédurales correspondent à un autre attribut et une autre fonction du Droit et des systèmes juridiques, la fonction coercitive, c'est-à-dire la fonction de contrainte ou transformation des comportements sociaux et du régime des relations sociales. La procéduralité constitue un principe proactif et dynamique du Droit et correspond au concept de puissance ou de force. Il fait état de la capacité du Droit de maîtriser la transformation des pratiques sociales et d'agir sur ces dernières par la sanction et par la discipline.

3. La Dialecticité et l'internormativité comme caractéristiques constitutives du droit international de la bioéthique

25. L'adoption d'instruments juridiques de protection des droits de l'homme dans ce domaine, à l'échelle nationale, internationale⁹⁸ et régionale⁹⁹, est le résultat de réflexions pluralistes visant à déterminer, dans le domaine des sciences de la vie et de leurs applications techniques, la responsabilité des individus, de l'Humanité et des États à l'égard de la Vie en général, et la vie humaine en particulier. À l'échelle internationale, l'UNESCO

⁹⁸ *La Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme*, adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 29e session de la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997. L'Assemblée générale des Nations Unies adoptera cette déclaration par la *Résolution AIRES/53/152* du 9 décembre 1998, 53e session ; *La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 32e Conférence générale de l'UNESCO le 16 octobre 2003 ; *La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* adoptée par acclamation lors de la 33e session de la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005.

⁹⁹ *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine*, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997 sous l'égide du Conseil de l'Europe.

s'imposait comme l'acteur naturel d'une telle entreprise¹⁰⁰. L'objectif poursuivi par ces instruments consiste en la consécration de principes éthiques, de droits et de procédures susceptibles d'encadrer et de guider l'action des autorités publiques, des décideurs privés et des individus¹⁰¹ au regard des progrès de la science et de la technologie. Néanmoins, ces questions éthiques sont complexes et comprennent des dimensions individuelles, sociales, culturelles, juridiques, économiques et environnementales¹⁰². Concevoir et réussir à faire adopter des normes communes dans un contexte culturellement pluraliste, où coexistent une vaste diversité de convictions philosophiques et religieuses et une multitude d'intérêts contradictoires, constituait une tâche particulièrement difficile. Comment répondre au défi du pluralisme culturel et philosophique ? Quels principes éthiques et quelles valeurs promouvoir afin d'obtenir l'assentiment d'une large majorité d'États ? Quelle forme juridique retenir afin de concilier la nécessaire plasticité de l'éthique et la non moins nécessaire effectivité des droits de l'homme ? Telles sont quelques-unes des innombrables questions auxquelles le Comité international de la bioéthique comme les comités d'éthiques et les législateurs nationaux ont été confrontés¹⁰³.

26. Le droit de la bioéthique se construit au confluent de plusieurs ordres normatifs. La consécration, au sein d'instruments juridiques, de principes directement issus de l'éthique ou la symbolisation¹⁰⁴ d'objets scientifiques, tels que le génome humain et les

¹⁰⁰ Michèle S. Jean, Présidente du Comité international de bioéthique de 2002 à 2005, considère qu'« indépendamment même de l'actualité brûlante des questions éthiques relatives aux avancées des sciences de la vie et leurs applications, la profondeur et l'extension de leurs racines dans le fonds culturel, philosophique et religieux des diverses communautés humaines justifiaient que l'UNESCO, qui seule intègre les sciences naturelles, sociales et humaines à ses domaines de compétence, soit fidèle à sa vocation éthique, et prenne les devants d'une telle initiative ». JEAN (M.S.), « Le CIB et le processus d'élaboration de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.16 (pp.15-19)

¹⁰¹ Article 1§1 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme

¹⁰² Le préambule de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme reconnaît et explicite cette complexité. Voy. Ég. ALTAVILLA (A.), « Le droit européen de la bioéthique entre progrès scientifique, intérêts économiques et... principes éthiques », *RGDM* n° 21, 2006, pp.87- 107 : « Le droit de la bioéthique européen, apparemment construit sur le fondement des droits fondamentaux, semble de fait obéir à des logiques utilitaristes et économiques, dont la limite ne tiendrait en dernier lieu qu'aux exigences de respect du principe de précaution ainsi que des principes éthiques fondamentaux enracinés dans les diverses traditions éthiques, philosophiques et religieuses des États membres, comme en témoigne le débat public sur la recherche sur les cellules souches embryonnaires ». spé. p.97

¹⁰³ JEAN (M.S.), « Le CIB et le processus d'élaboration de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, p.15-19 ; BEDJAOUI (M.), « Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme », in *Id.*, pp.3-12 ; IDA (R.), « Portée et objectifs de la Déclaration : harmonie universelle et diversité des valeurs », in *Id.*, pp.15-22 ; SIMONOVIC (D.), « L'expérience de la Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme », in *Id.*, pp.29-33 ; ANDORNO (R.), « Comment concilier une bioéthique universelle et le respect de la diversité culturelle ? », in *Id.*, pp.55-61

¹⁰⁴ L'article 1 de la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme consacre la valeur symbolique du génome humain et transforme cet objet scientifique en objet d'une protection juridique. « Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la

données génétiques, témoignent des échanges entre le Droit et des ordres normatifs différents, notamment l'éthique et la science. Ces différents ordres normatifs conçoivent l'être humain de façon radicalement contraire. La science le conçoit, sur le fondement d'une épistémologie positiviste, comme un objet d'étude, comme un fait. Au contraire, l'éthique le valorise au rang de sujet rationnel et moral. Quelles conséquences emportent ces échanges entre le droit, l'éthique et la science vis-à-vis de la conception normative de l'homme que promeut le droit international de la bioéthique ? En d'autres termes, qui est cet Homme que protège le système des droits de l'Homme ? Cette conception plurivoque du sujet de la protection a-t-elle des conséquences sur la structure ou l'interprétation du droit international de la bioéthique et sur le fonctionnement du système juridique des droits de l'homme ? Étant donné qu'il intègre des principes éthiques issus d'horizons philosophiques et religieux différents, comment le droit international de la bioéthique assure-t-il, entre eux, une coordination ?

27. Le droit de la bioéthique consacre des principes différents qui, dans les situations où règne un haut degré d'incertitude vis-à-vis des conséquences de l'action, peuvent impliquer l'adoption de comportements contradictoires. En outre, les droits reconnus dans le contexte des biotechnologies légitiment et protègent des intérêts divers qui, dans certains contextes, peuvent s'opposer et donner lieu à des prérogatives juridiques qui s'opposent. À ce titre, il paraît essentiel de qualifier ces relations d'interprétation qui se nouent entre des principes et des droits contradictoires. En particulier, il s'agira de s'interroger sur les catégories de « conflit de normes » ou de « conflit de droits » afin de déterminer si celles-ci sont susceptibles, en l'état actuel de leurs définitions, de rendre compte de l'ensemble de ces relations d'interprétation. Enfin, par delà les principes et les droits susceptibles de se contredire, nous tenterons de mettre en lumière la structure dialectique du droit de la bioéthique.

28. En effet, le droit de la bioéthique dispose d'une structure axiologique se fondant sur une dualité de valeurs opposées, la dignité humaine et l'autonomie de la volonté¹⁰⁵. Les principes de dignité et d'autonomie apparaissent comme des principes théologiques sécularisés qui portent la trace de leur origine religieuse sous la forme d'une

reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité ».

¹⁰⁵ La dignité humaine apparaît comme un fondement axiologique du système des droits de l'homme, particulièrement dans le contexte bioéthique. Néanmoins, le débat demeure vif sur le contenu de ce concept et des questions demeurent. Faut-il déduire du respect de l'impératif catégorique kantien « *qu'il revient à chaque personne de déterminer souverainement ce qu'elle considère comme conforme, ou non, à sa dignité ? Ou, au contraire, que la dignité humaine constitue un attribut de la personne dont la détermination doit être objective et dont le respect s'impose y compris à l'intéressé, le cas échéant, contre sa propre volonté* » ? cf. DUBOUIS (L.), « La bioéthique en débat », *L'information psychiatrique*, 2011, vol.87, n° 7, pp.551-555

« signature »¹⁰⁶. Mais, en outre, le droit de la bioéthique dispose d'une structure normative qui combine des normes substantielles et des normes procédurales. Or, comme Sophie Monnier le remarque : « l'accent mis sur la procédure semble en fait prendre le contre-pied de la logique substantielle. En effet, ces deux logiques, pourtant conjuguées sont d'une certaine manière antinomiques puisque la logique procédurale est indifférente au contenu. Elle dénie donc la possibilité de légitimer une norme par sa substance »¹⁰⁷. Ainsi, nous verrons que la structure normative du droit de la bioéthique peut être qualifiée de dialectique non seulement en raison de ses fondements axiologiques contradictoires, mais également en raison de l'utilisation de modes de légitimations antinomiques.

29. Les nombreux échanges entre le droit, l'éthique, l'économie ou la science dans le domaine de la bioéthique comme l'influence et la concurrence des dispositifs de régulation parajuridique sur les dispositifs de la régulation juridique constituent des phénomènes d'internormativité. Mais, de plus, la filiation du droit de la bioéthique au système des droits de l'homme implique l'indivisibilité des droits reconnus et l'interdépendance des principes éthiques qui guident l'action et la décision. Ainsi, à la complexité des relations qui se nouent entre le droit et d'autres ordres normatifs répond, en matière de bioéthique, la complexité des relations qui se nouent, au sein des ordres et des systèmes juridiques, entre des normes juridiques de plus en plus nombreuses. Ainsi, comme le remarque Sophie Monnier :

« La question de l'articulation de l'ensemble de ces normes se pose au regard de la cohérence même du système normatif sachant que les relations entre normes parajuridiques et juridiques peuvent revêtir la forme d'un développement parallèle, concurrent ou complémentaire. Le phénomène d'interpénétration se produit non seulement entre le système parajuridique et le système juridique, mais aussi entre les différents ordres juridiques. Il y a donc deux types d'articulations, celles qui concernent les rapports que le droit entretient avec les autres ordres normatifs, et celles qui concernent les normes juridiques entre elles, sachant que cette dernière se subdivise en deux sous-articulations, celles liant les normes émanant de différents ordres juridiques, et celles liant les normes au sein d'un même ordre juridique »¹⁰⁸.

C'est sur ce second type de relations, celles qui se nouent entre les normes et les systèmes juridiques, et ces deux sous-divisions, que ce concentrera notre analyse. Ainsi,

¹⁰⁶ cf. AGAMBEN (G.), *Le règne et la gloire*, Homo Sacer, tome III, Le Seuil, Paris, 2008, pp.18 et s.

¹⁰⁷ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.36

¹⁰⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.277

d'une part, l'analyse de la structure normative interne du droit international de la bioéthique, que nous qualifierons de dialectique, et des relations externes qu'elle entretient dans l'ordre juridique international avec d'autres normes ou systèmes juridiques nous permettra de rendre compte de l'existence et du développement dynamique de contradictions normatives, de conflits de valeurs ou de droits et de conflits de normes ou de systèmes juridiques, qui innervent le droit de la bioéthique comme l'ordre juridique international (Partie 1). D'autre part, l'élucidation des mécanismes et des méthodes qui permettent de prévenir ou de résoudre ces contradictions, c'est-à-dire l'explicitation des mécanismes qui assurent de manière dialectique la complétude formelle, la cohérence axiologique et l'effectivité des systèmes et des ordres juridiques, nous conduira à préciser la nature non-linéaire des processus évolutifs qui affectent les systèmes juridiques spécialisés et l'ordre juridique international. (Partie 2)

PARTIE 1 : LES CONTRADICTIONS NORMATIVES : LA STRUCTURE DYNAMIQUE DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

30. Les instruments de protection des droits de l'Homme dans le domaine de la bioéthique sont marqués par un contenu particulièrement hétérogène. Ils consacrent en droit positif des principes éthiques, des procédures et des droits qui ont vocation à protéger l'Homme et l'Humanité à l'encontre des risques que peuvent faire peser sur eux les pratiques liées aux biotechnologies¹⁰⁹. Résultat d'un consensus entre des traditions philosophiques, éthiques et religieuses différentes, le droit international de la bioéthique repose sur la complémentarité de ses éléments très divers. Cette construction juridique s'opère par des échanges entre des ordres normatifs différents, la science, la morale, l'éthique et le droit¹¹⁰. Les valeurs et les droits consacrés dans ces instruments protègent des intérêts pouvant s'avérer contradictoires : les intérêts de la recherche scientifique, des

¹⁰⁹ Voy. not. Préambule de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*, « *Persuadée qu'il est nécessaire et qu'il est temps que la communauté internationale énonce des principes universels sur la base desquels l'humanité pourra répondre aux dilemmes et controverses de plus en plus nombreux que la science et la technologie suscitent pour l'humanité et l'environnement (...) Considérant qu'il est souhaitable de développer de nouvelles approches de la responsabilité sociale pour faire en sorte que le progrès scientifique et technologique aille dans le sens de la justice, de l'équité et de l'intérêt de l'humanité* ». Article 2 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*, Objectifs : « (b) de guider les actions des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des sociétés, publiques et privées ; (c) de contribuer au respect de la dignité humaine et de protéger les droits de l'homme, en assurant le respect de la vie des êtres humains, et les libertés fondamentales, d'une manière compatible avec le droit international des droits de l'homme ; g) de sauvegarder et défendre les intérêts des générations présentes et futures ; (h) de souligner l'importance de la biodiversité et de sa préservation en tant que préoccupation commune à l'humanité ». ; Préambule de Convention d'Oviedo : « *Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité ; Conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine ; Affirmant que les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures ; Soulignant la nécessité d'une coopération internationale pour que l'Humanité tout entière bénéficie de l'apport de la biologie et de la médecine ; Reconnaisant l'importance de promouvoir un débat public sur les questions posées par l'application de la biologie et de la médecine, et sur les réponses à y apporter ; Désireux de rappeler à chaque membre du corps social ses droits et ses responsabilités* »

¹¹⁰ BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP La semaine juridique*, édition Générale, n° 7, 16/02/05, I, p.317 ; BYK (C.), « Progrès scientifiques et droits de l'homme : la rupture », *Rev. Trim. Dr. H.* n° 54, 2003, pp.375 et s ; MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits de fondamentaux*, Economica, Aix-en-Provence, pp.8 et s

chercheurs et des promoteurs, les intérêts collectifs de l'Humanité dans son ensemble ou de communautés humaines particulières, les intérêts individuels des personnes qui participent à une recherche ou sollicitent une intervention médicale impliquant les biotechnologies, enfin ceux des médecins et des personnels soignants.

31. Dès lors, la complémentarité souhaitée entre les principes éthiques ou les valeurs, les procédures et les droits, ne s'opère pas de manière mécanique ou par l'application additionnelle des principes les uns avec autres. Au contraire, il semble que la réflexion bioéthique s'enracine dans la conciliation d'aspects contradictoires de la protection de l'être humain, de la personne humaine et de l'humanité. Les instruments de protection des droits de l'homme dans ce domaine consacrent des valeurs et des droits pouvant se contredire tout en laissant à la libre appréciation des décideurs, publics ou privés, l'articulation entre ces divers éléments lors de leur application aux situations concrètes. Si le droit de la bioéthique constitue un cadre susceptible de guider les pratiques scientifiques, technologiques et médicales, il ne constitue pas un cadre rigide, mais souple. À ce titre, elle nécessite qu'un équilibre soit sans cesse recherché, dans chaque cas d'espèce, entre les différents aspects de cette protection et les divers intérêts et les multiples valeurs en cause. Quels sont les termes de cet équilibre ? Quelles sont les modalités de cette mise en rapport de principes, de valeurs et d'intérêts contradictoires ? Quelles institutions interviennent pour réaliser cette conciliation ? Quels mécanismes permettent d'assurer une légitimité à ces décisions et quels en sont les mécanismes de contrôle démocratique ? En particulier, il convient de s'interroger sur le fait de savoir quelles sont les modalités du contrôle juridictionnel de ces entreprises de conciliation, par des autorités publiques ou des acteurs privés, des valeurs et des intérêts contradictoires.

32. En conséquence, l'interprétation de cet ensemble de normes demeure l'objet de controverses et l'application effective des droits de l'Homme dans le domaine de la recherche scientifique et de la médecine peut faire l'objet de variations importantes en fonction du contexte dans lequel cette décision intervient et de l'autorité, publique ou privée, compétente pour décider d'une action à entreprendre. Des interférences sont susceptibles d'apparaître dans les cas concrets d'application des normes du droit international de la bioéthique où de fortes incertitudes règnent quant aux conséquences de l'utilisation ou de la production d'une biotechnologie. Quelles formes prennent ces interférences ? Comment définir et qualifier les relations qu'entretiennent les éléments normatifs du droit international de la bioéthique, en particulier lorsqu'ils se contredisent ? Si des contradictions peuvent apparaître entre les fondements éthiques consacrés dans les normes juridiques du droit de la bioéthique, que nous apprennent-elles sur la structure de cet ensemble et sur son fonctionnement dynamique ? Quelles difficultés entraînent-elles

dans les phases de justification et d'application des normes ? De quelle manière influencent-elles la cohérence interne du droit de la bioéthique ? Quelles sont leurs conséquences au regard de l'effectivité des droits de l'Homme en matière biomédicale ? Par ailleurs, les analyses menées au regard du droit de la bioéthique ne constituent-elles pas également une étude privilégiée de la conception normative de l'Homme au fondement du système juridique des droits de l'Homme ? Dès lors, les informations recueillies par l'analyse du corpus juridique de la bioéthique et des relations que ces éléments entretiennent sont-elles utiles en vue de comprendre la cohérence interne du système juridique des droits de l'Homme pris dans son ensemble ? En d'autres termes, que nous enseigne la bioéthique au sujet de l'Homme, de ses droits ?

33. Les instruments juridiques internationaux spécialement consacrés à la protection des droits de l'Homme au regard des sciences de la vie et des biotechnologies ont été adoptés à partir de la fin des années 1990¹¹¹. Ils intègrent un ordre juridique international déjà largement développé dans lequel coexistent de nombreux ensembles de normes et de nombreuses institutions. Par ailleurs, la régulation des pratiques transnationales liées aux biotechnologies s'avère complexe et mobilise un vaste ensemble de dispositifs juridiques et parajuridiques. Il convient dès lors de s'interroger sur les relations que les instruments de protection des droits de l'homme dans ce domaine entretiennent avec d'autres dispositifs juridiques et non juridiques. En d'autres termes, il convient de s'interroger sur la cohérence externe du droit international de la bioéthique. De quelle manière s'insère-t-il dans l'ordre juridique international ? Quels effets emportent l'application de ses normes sur l'application et le fonctionnement d'autres régimes juridiques du droit international ? Inversement, de quelle manière les normes juridiques internationales existantes influencent-elles l'interprétation et l'application des normes du droit de la bioéthique ? Enfin, si les contradictions éthiques au fondement du droit de la bioéthique structurent sa construction et son fonctionnement, il convient également de s'interroger sur le fait de savoir si des contradictions éthiques existent entre les fondements du droit international des droits de l'Homme et ceux d'autres régimes juridiques spécialisés du droit international. Enfin, il apparaît nécessaire de vérifier si ces contradictions éthiques externes emportent des conséquences sur les relations du droit international des droits de l'Homme et d'autres systèmes juridiques du droit international. Ces contradictions éthiques entre des ensembles de normes juridiques consacrés à la régulation d'activités diverses

¹¹¹ *La Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme*, adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 29e session de la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997. L'Assemblée générale des Nations Unies adoptera cette déclaration par la *Résolution A/RES/53/152* du 9 décembre 1998, 53e session. Avant cette date, seul le code de Nuremberg, élaboré par le Tribunal militaire américain lors du procès des médecins nazis et les Déclarations déontologiques adoptées par l'Association Mondiale de Médecine servaient de références.

toutes liées aux biotechnologies sont-elles susceptibles d'aboutir à des relations de concurrence entre ces ensembles qui poursuivent des buts différents et s'interprètent selon des logiques parfois contradictoires ?

34. Afin de vérifier l'hypothèse selon laquelle les contradictions normatives constituent la structure dynamique du droit international de la bioéthique, il conviendra d'étudier la cohérence interne du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les relations qu'entretiennent les principes, les valeurs, les procédures et les droits qu'il consacre, ainsi que sa cohérence externe, c'est-à-dire la manière dont il s'insère dans l'ordre juridique international et les modalités selon lesquelles il interagit avec les autres ensembles de normes qui composent cet ordre.

TITRE 1 : LES CONFLITS DE VALEURS ET LES CONFLITS DE DROITS : LES CONTRADICTIONS NORMATIVES INTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

35. Le droit international de la bioéthique est un corpus normatif récemment développé afin de garantir une protection juridique à la personne humaine par rapport aux nouveaux pouvoirs qu'impliquent certaines utilisations des biotechnologies. Il se construit, principalement sous l'égide de l'UNESCO, dans le contexte pluraliste de la société internationale. À ce titre, il combine une vocation à l'universalité et le respect de la diversité culturelle. Il s'incorpore dans le système normatif des droits de l'homme tout en intégrant des principes issus de conceptions éthiques ou morales différentes, voire contradictoires. Dans quelle mesure cette construction combine-t-elle une vocation universelle et le respect du pluralisme culturel ? En d'autres termes, de quelle manière met-elle en relation l'universel et le relatif ? Une telle tentative ne s'avère-t-elle pas contradictoire ? Et, si tel est le cas, quelles en sont les conséquences pour le contenu et le fonctionnement et l'évolution du droit international de la bioéthique ?

36. Ce droit en construction apparaît comme un carrefour où se rencontrent des disciplines, des acteurs et des champs normatifs différents : ceux de la science, de l'économie, de l'éthique et du droit. Dès lors soumis à des influences diverses, le droit international de la bioéthique est le siège de phénomènes d'internormativité constants et intenses. De plus, il tend à réguler des pratiques scientifiques et technologiques souvent régies par des dispositifs de régulation parajuridiques qui le concurrencent et l'influencent. Ce corpus de normes juridiques mobilise des ordres juridiques multiples et des branches diverses des droits nationaux. Comment décrypter ces phénomènes et en prévoir les effets quant à l'évolution et l'application du droit international de la bioéthique ? Conçu ainsi comme une interface, le droit international de la bioéthique conserve-t-il une cohérence générale suffisante ? Comment s'articulent les éléments de ce système juridique soumis à des forces contraires ?

37. Afin d'étudier cette cohérence, il semble utile de considérer ce droit en construction comme un tout. Celui-ci comporte des éléments très divers. Les normes du

droit international de la bioéthique consacrent, par exemple, des principes, des droits et des procédures. Ces droits nouveaux sont relatifs aux prérogatives reconnues à la personne sur son corps¹¹². Certains auteurs ont pu les qualifier de *biodroits*¹¹³. D'autres ont considéré le droit de la bioéthique comme l'avènement d'un *bioDroit*¹¹⁴ pour faire écho aux analyses foucaaldiennes du pouvoir disciplinaire ou biopolitique¹¹⁵. Les instruments du droit international de la bioéthique contiennent deux types de dispositions. Les premières que l'on qualifiera de substantielles, car elles énoncent des principes éthiques destinés à guider les pratiques et l'interprétation générale des droits consacrés. En outre, elles fondent la légitimité axiologique du droit de la bioéthique. Les secondes, que l'on peut qualifier de procédurales, établissent des garanties formelles à l'exercice des droits et au respect des principes. Cependant, intégrer des principes éthiques issus d'idéologies contraires ne se traduit-il pas par des contradictions au sein de la structure axiologique du droit international de la bioéthique ? L'exemple des relations logiques qu'entretiennent les principes de dignité et d'autonomie permettra de mettre en lumière ces contradictions éthiques ou substantielles. Ces contradictions dans la structure axiologique du droit de la bioéthique n'emportent-elles pas des conséquences sur les relations entre les droits reconnus sur la base de ces principes ? Par ailleurs, le droit international de la bioéthique combine des logiques d'interprétations contradictoires. Ces logiques contradictoires ne conditionnent-elles pas l'émergence de relations conflictuelles entre les droits ?

38. Si les conflits de valeurs sont au fondement du droit de la bioéthique, il en constitue l'un des facteurs essentiels d'adaptation et d'évolution. Ces conflits de valeurs, animés par des logiques contradictoires, donnent lieu à des interprétations différentes du système des biodroits et trouvent leur nécessaire et inévitable traduction dans les conflits de droits.

¹¹² HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, Paris, 447p.

¹¹³ BAUDOUIN (J.-L.) et LE BRIS (S.) s.d., *Droits de la personne. « Les biodroits » : aspects nord-américains et européens*. Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'Études juridiques supérieures 1996, éd. Yvon Blais, Québec, 1997, 522p. ;

¹¹⁴ HENNETTE-VAUCHEZ (S.) s.d., *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, coll. Droit et Société n° 43, 2006, Paris, 160p. ; DUPRAT (J.-P.), « Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur », *JIB*, 2004/2-3, vol.15, pp.37-50 ;

¹¹⁵ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976 ; *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France, 1975-1976 ; voy. Eg du même auteur « L'extension sociale de la norme », *Dits et écrits*, t.2, n° 173, p.75 ; SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance : Foucault, Deleuze, Derrida, Althusser*, L'Harmattan, Paris, 2007, pp.70 et s. ; AGAMBEN (G.), *Homo sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, traduction de Marilène Raiola, L'ordre philosophique, Seuil, 1997, p.102. Pour cet auteur, « nous sommes des citoyens dans le corps naturel desquels est en jeu leur être politique même » ; GENEL (K.), « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Méthodos*, 2004 n° 4, article disponible en ligne sur le site de la revue *Méthodos* : <http://methodos.revues.org/131> ; MAZABRAUD (B.), « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, n° 42, pp.127-189

CHAPITRE 1 : L'INTERNORMATIVITÉ ET LES CONFLITS DE VALEURS : DES RELATIONS STRUCTURANTES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

39. Soumis à des influences diverses quant à son contenu, le droit de la bioéthique se place au carrefour de l'éthique, de la science et du droit. Il affiche sa vocation à l'universalité dans sa filiation aux droits de l'homme, pourtant il aspire également à concilier dans un même corpus normatif des principes issus de philosophies, d'éthiques, ou de convictions morales, différentes, voire radicalement opposées. Sur le fondement de ces principes, les déclarations internationales, la Convention européenne de biomédecine, comme les lois nationales relatives à la bioéthique de nombreuses démocraties, consacrent un certain nombre de droits de l'être humain et de la personne humaine dans le domaine des activités médicales et scientifiques. Toutefois, la filiation au système des droits de l'homme implique, notamment, l'indivisibilité des droits reconnus qui a pour conséquence l'interdépendance des principes bioéthiques retenus dans les textes de droit.

40. C'est précisément cette interdépendance substantielle des principes bioéthiques qui, bien qu'elle puisse conduire à une complémentarité souhaitée entre les éléments du système normatif des droits de l'homme, induit un certain nombre de contradictions et de phénomènes d'internormativité. Ces phénomènes peuvent se répartir entre ceux relevant d'une forme d'internormativité interne au système des droits de l'homme, à proprement parler juridique, et ceux relevant d'une forme d'internormativité externe exprimant les rapports réciproques du droit et de l'éthique, du droit et de la science, en matière d'activités médicales et scientifiques. Ces phénomènes d'internormativité, dont il est difficile, ou impossible, de prévoir les conséquences, représentent des facteurs déterminants de l'évolution de la protection des droits de l'homme dans le contexte de la médecine et des biotechnologies. Ce sont ces phénomènes qui conditionnent, souvent, la pondération des intérêts contradictoires en présence. Ils permettent ainsi le développement dynamique de ce système normatif et sont particulièrement observables dans le domaine de la bioéthique. Cependant, l'imprévisibilité de ce développement, notamment par l'émergence de conflits entre les droits, marque le caractère dynamique et non linéaire du système de protection des droits de l'homme.

41. Enfin, parmi les principes consacrés, les principes de dignité et d'autonomie occupent une place prépondérante. Ces deux principes, dont chacun peut être choisi

comme la référence cardinale du système normatif des droits de l'homme, se présentent comme les deux pôles d'une unité dialectique. Le choix de l'un ou l'autre principe au fondement du système est un choix axiologique, c'est-à-dire un choix idéologique sur les valeurs, qui aura pour conséquence de déterminer l'ensemble des relations entre les éléments de ce système normatif. Or, les instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine et des biotechnologies laissent ce choix à la libre appréciation des États. Ainsi, plutôt que l'un ou l'autre, il nous semble que c'est la relation que l'un et l'autre entretiennent – relation qui peut être qualifiée de dialectique – qui doit être considérée comme la structure axiologique cardinale du système des droits de l'homme et qui est mise en lumière par la réflexion critique¹¹⁶ que constitue la bioéthique. Cette structure est contradictoire dans la mesure où elle met en perspective deux agencements opposés entre les droits consacrés. Cette contradiction fondamentale favorise l'émergence de conflit de droits.

Section 1 : Interdépendance et complémentarité des principes bioéthiques : L'internormativité comme caractère essentiel du droit de la bioéthique

42. L'insertion des biodroits au sein du système des droits de l'homme suppose leur indivisibilité. L'indivisibilité des droits se présente à la fois comme une nécessité logique et comme un objectif éthique du système des droits de l'homme. En effet, le Programme d'action et la Déclaration de Vienne, élaborés au cours de la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme en juin 1993¹¹⁷, disposent que « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés* »¹¹⁸. Ainsi, l'indivisibilité s'affirme comme un « *principe rationnel (éthique et méthodologique) qui repose sur l'unité de la dignité humaine que les droits humains expriment et garantissent. Très concrètement, l'indivisibilité des droits correspond à l'individualité de leur sujet :*

¹¹⁶ BERNARD (J.), *De la biologie à l'éthique*, Buchet/Chastel, Paris, 1990, p.31 (310p.) ; DUBOIS (L.), « La bioéthique en débat », *L'information psychiatrique*, 2011, vol.87, n° 7, pp.551-555 ; BEN HAMIDA (F.), « Islam et bioéthique », in Réseau européen de coopération scientifique « Médecine et droits de l'homme », *La Santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales, cent vingt cas examinés sous l'angle des normes juridiques, des repères éthiques internationaux et européens, des morales catholique, protestante, juive, musulmane, bouddhiste et agnostique comme outil d'aide à la décision et à la pédagogie* ; éditions du Conseil de l'Europe, 1996, 500p., voy. spé. p.80 (79-92) ; MISRAHI (R.), *La signification de l'éthique : pour l'application de l'éthique aux problèmes de la vie et de la santé*, Synthélabo, Paris, 1995, p.179 (185p.)

¹¹⁷ BOUTROS-GHALI (B.), « Introduction », in *Les Nations unies et les droits de l'homme, 1945-1995*, Département de l'information, Nations-Unies, New York, 1995, p.97

¹¹⁸ Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, I, §5, A/CONF.157/3

*l'être humain vivant hic et nunc. Ne pas respecter l'indivisibilité des droits et l'entremêlement des violations, c'est oublier l'homme concret, sa qualité de sujet de droits et de responsabilités »*¹¹⁹. L'affirmation de l'indivisibilité des droits engendre toutefois quelques difficultés de raisonnement, qui sont notamment dues au « *fait que l'interdépendance proclamée ne peut dissimuler l'hétérogénéité qui caractérise le contenu des diverses catégories de droits de l'homme, tels qu'ils sont définis dans les conventions et déclarations en vigueur* »¹²⁰.

43. Dans le contexte de la médecine et des biotechnologies, l'indivisibilité des droits se double d'une interdépendance des principes bioéthiques. Ainsi, chaque principe doit se lire, s'interpréter et s'appliquer à la lumière de tous les autres. Chaque principe jouissant d'une égale normativité, la recherche complexe d'un équilibre fragile entre ceux-ci s'opère principalement de manière casuistique. La multiplicité, l'hétérogénéité et le caractère parfois contradictoire ou dialectique des principes énoncés découlent logiquement de la pluralité des communautés morales, éthiques ou religieuses, mobilisées dans le processus d'élaboration normative. Pluralité des acteurs, pluralité des systèmes de références morales et éthiques, pluralité des interprétations disponibles et des agencements possibles entre les principes et les droits énoncés : le fait du pluralisme se révèle comme un caractère essentiel de la réflexion bioéthique et du développement du système des droits de l'homme dans les domaines de la biologie et de la médecine.

44. Ces diverses dimensions du pluralisme façonnent le champ normatif de la bioéthique en un lieu propice au développement des phénomènes d'internormativité. Ces phénomènes, qu'ils soient externes ou internes, constituent l'un des facteurs principaux d'évolution dynamique du système des droits de l'homme. Souvent imprévisibles, dans leur survenance ou dans leurs effets, ces phénomènes d'internormativité affectent tant le contenu des principes que leurs relations. Ainsi, il nous semble que le caractère dynamique du droit international des droits de l'homme dans le contexte de la bioéthique devrait être qualifié de non-linéaire.

¹¹⁹ MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.48

¹²⁰ GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits, Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2007, p.148 (256p.)

§1. La multiplicité et l'interdépendance des principes bioéthiques : le fait du pluralisme éthique et juridique

45. La notion de pluralisme exprime l'idée selon laquelle une multitude d'éléments hétérogènes coexistent dans un même système. En anthropologie et en sociologie, les théories pluralistes s'accordent pour reconnaître comme postulat que « *toute société est sociologiquement plurale, qu'elle valorise cette pluralité dans ses systèmes de représentation et ses dispositifs juridiques, ou qu'au contraire elle choisisse de s'en remettre au principe d'uniformité* »¹²¹. En droit, la réflexion sur le pluralisme prend naissance en Europe, suite aux divers mouvements de colonisation du XIXe siècle, avant de se développer en Amérique et en Afrique¹²². Les sociologues du droit, notamment Georges Gurvitch¹²³, Eugen Ehrlich¹²⁴ et L. Petrazycki¹²⁵, découvrent le pluralisme au sein même des sociétés occidentales, en dehors du contexte colonial ou du fait autochtone minoritaire. Ils qualifient de juridiques, par exemple, les règles de jeux, les codes sportifs, les règlements intérieurs de diverses institutions. Les théories pluralistes tendent à relativiser le rôle de l'État dans la production, l'interprétation et l'application du droit et à minorer le rôle du droit étatique dans la régulation juridique de la société¹²⁶. *A contrario*, elles tendent à valoriser une conception polycentrique de la production et de l'application des normes juridiques et une conception polymorphique de la règle de droit et de la régulation juridique¹²⁷.

¹²¹ ROULAND (N.), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *RRJ* 1993-2, pp.568

¹²² Le juriste hollandais Van Vollenhoven semble le fondateur de la théorie pluraliste en droit. En 1901, créant la société de l'école du droit coutumier indonésien, il analyse les différents systèmes de droit utilisés par les populations colonisées pour mieux les faire respecter par les autorités coloniales. Sur ce courant de pensée voy. ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, pp.54 et 68

¹²³ GURVITCH (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935, Paris, Pedonne, 299p.

¹²⁴ EHRLICH (E.), *Über Lücken im Rechte* (Sur les lacunes en droit), *Juristische Blätter*, 1888

¹²⁵ PETRAZYCKI (L.), *Law and Morality*, trad. H. W. BABB, Harvard University Press, 1955 ; Voy. Ég. GORECKI (J.) s.d., *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana, University of Illinois Press, 1976 ; PODGORECKI (A.), « Unrecognized Father of Sociology of Law : Reflection based of Jan GORECKI »s *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* », *Law and Society Review*, 15 (1980-1981), 1, pp.183-202

¹²⁶ BERGEL (J.L.), « Rapport Introductif », in BERGEL (J.L.) s.d., *Le Plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, Aix-en-Provence, p.11

¹²⁷ Une question, souvent évitée par les théoriciens du pluralisme juridique, mérite tout de même d'être posée. Si l'on considère, d'une part, que la spécificité du Droit repose, à la différence des autres ordres normatifs, sur le fait que ses règles sont sanctionnées et garanties par la contrainte, alors ne faut-il pas considérer que la multiplication des foyers de production et d'application du droit en dessus, en deçà et à côté de l'État, révèle une multiplication des autorités détentrice d'une forme de violence légitime ? Les travaux de Michel Foucault sur le pouvoir disciplinaire ou biopouvoir pourraient être utilement étudiés selon cette perspective. cf. FOUCAULT (M.), *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Paris, 2004, 355 p. ; Du même auteur, « *Il faut défendre la société* », Gallimard, Paris, 1997, 283p ; GENEL (K.), « le biopouvoir chez Foucault et Angamben », *Rev. Methodos*, 2004 n° 4, disponible en ligne sur le site de la revue : <http://methodos.revues.org>

46. Toutefois, le pluralisme juridique en tant que réalité phénoménale préexistait largement à sa conceptualisation. La période du haut Moyen-âge connaissait en effet une pluralité d'ordres juridiques coordonnés dans la mesure où l'on pouvait distinguer le droit canonique du droit seigneurial, tous deux valables sur un même territoire et sur les mêmes sujets. Le pluralisme juridique peut ainsi se définir de plusieurs manières. On peut considérer d'une part qu'il met l'accent sur l'existence « *au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* »¹²⁸. On peut le voir, d'autre part, comme un courant doctrinal « *insistant sur le fait que toute société, à des degrés dont la variabilité dépend essentiellement de sa structuration sociale, pratique une multiplicité hiérarchisée d'ordonnements juridiques, lesquels établissent ou non entre eux des rapports de droit. Le droit étatique reconnaît, ignore, ou combat la pluralité de ces ordres juridiques suivant les mythes juridiques fondateurs propres à la société dominante qui l'a produit* »¹²⁹. Enfin, déplaçant la perspective de l'État au sujet de droit, on peut considérer le pluralisme juridique comme « *la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation* »¹³⁰. Le droit international de la bioéthique est intrinsèquement pluraliste. Il s'agira alors, dans un premier temps, de découvrir les différents aspects, internes et externes, que revêtent les phénomènes pluralistes dans les instruments internationaux du droit de la bioéthique, avant d'étudier plus précisément le pluralisme des principes bioéthiques et ses conséquences.

A. Les divers aspects du pluralisme en droit international de la bioéthique

47. Le Pluralisme en droit de la bioéthique s'exprime à travers plusieurs aspects qui découlent notamment des conditions de production et d'application des normes juridiques qui le composent. En effet, les normes internationales du droit de la bioéthique sont nées d'un consensus entre une pluralité d'acteurs, institutionnels ou non, dont les conceptions morales et éthiques divergent fortement¹³¹. Certains auteurs estiment que la Déclaration sur

¹²⁸ VANDERLINDEN (J.), « Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971, pp.19-56.

¹²⁹ ROULAND (N.), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *op. cit.*, p.568

¹³⁰ VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ* 1993-2, p.583

¹³¹ DOUCET (H.), « Religion et bioéthique. Réflexion sur l'histoire de leur relation : Questions d'éthique en sciences des religions », *Religiologiques*, 1996, vol.113, pp.99-113 ; D'AGOSTINO (F.), *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit*, traduit par BAUZON (E.), Presses Universitaires de Laval, Saint-Nicolas (Québec), 2005, (137p.) voy. notamment chapitre VIII, pp.75 et s. ; FABRI DOS ANJOS (M.) et LEPARGNEUR (H.F.), « Bioethics and Christian Theology in Brazil », *JIB*, 2008-1, vol.19, pp.43-53 ; KAPLAN (F.), « La philosophie juive contemporaine et la morale. La découverte d'autrui », *Revue des Sciences Morales et Politiques*, 1997, n° 2, pp.1-18 ; LOBEL (B.), « Le statut de l'embryon – La position

la bioéthique et les droits de l'homme¹³² décline « *l'universalisme dans le respect du pluralisme* »¹³³. En effet, le droit de la bioéthique se construit d'une manière originale, selon une logique consensuelle et au sein d'instances spécifiques, dont le but est de créer une synergie entre différents acteurs de la société civile. La norme juridique est préparée, négociée, proposée et évaluée par les comités d'éthique afin d'assurer une meilleure adaptabilité à la réalité sociale et garantir une acceptabilité accrue de la norme par ses destinataires¹³⁴. C'est ainsi par la production de normes parajuridiques que les comités d'éthique ou les instances professionnelles influencent la production de la norme juridique. Enfin, l'interprétation et l'application de la norme juridique dans les cas concrets font intervenir des acteurs nouveaux, aux compétences décentralisées qui concurrencent parfois celles du pouvoir judiciaire¹³⁵. L'exigence pluraliste de la réflexion bioéthique se retrouve principalement dans la composition des comités d'éthique. Néanmoins, cette exigence transparaît également sur le contenu des normes juridiques dans la mesure où le système normatif du droit de la bioéthique consacre en son fondement une série de principes multiples et hétérogènes issus de réflexions éthiques, morales et politiques divergentes.

juive », in s.d. FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Economica, Paris, 1996, pp.313-318 ; DURAND (J.-P.), « Droit canonique et corps humain, XIXe et XXe siècles », *RTDH*, n° spécial droit santé, 2002, pp.51-64. ; DIJON (X.) et HENNAU-HUBLET (C.), « les droits de l'homme, corps et âme : la déchirure bioéthique », in s.d. MARCUS-HELMONS (S.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Université catholique de Louvain, Bruylant, 1999, pp.11-32 ; BOUBAKEUR (D.), « L'embryon pour l'Islam », in s.d. FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Economica, Paris, 1996, pp.297-302 ; MULLER (D.), « Le débat sur le statut et la protection de l'embryon en éthique protestante », in s.d. FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Economica, Paris, 1996, pp.303-312 ;

¹³² *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005

¹³³ BEDJAOUI (M.), « De la dignité humaine aux principes de bioéthique : décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme », in BYK (C.) s.d., *Bioéthique et droit international*, Litec, 2007, Paris, pp.67 et s. ; voy. Ég. BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP La semaine juridique*, édition générale, n° 7, 16/02/05, I, p.317

¹³⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit, éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp.184-192, 421-455 ; HÖLAND (A.), « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », in MORAND (C.-A.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, pp.23 et s.

¹³⁵ En France, par exemple, à la différence du principe de séparation des blocs de pouvoir, il n'existe aucun principe équivalent de séparation des autorités administratives et judiciaires. cf. ROQUES-BONNET (M.-C.), « Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs », VII Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27 septembre 2008 ; RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1er décembre 2001, n° 16, pp.2209-2221 ; DROBENKO (B.), « De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *P.A.*, 7 septembre 2006, n° 179, p.3

1. Le pluralisme normatif : le droit de la bioéthique au carrefour de la science, de l'éthique et du droit

48. La réflexion sur l'éthique médicale est certainement aussi ancienne que l'art médical lui-même. Qu'il s'agisse de la médecine orientale ou occidentale, toutes reposent sur des postulats philosophiques et des principes éthiques appréhendant la personne et le corps.¹³⁶ Toutes ces éthiques conçoivent le plus souvent le soin non seulement comme un acte technique, mais également comme un type de relation humaine spécifique qui s'instaure entre le soignant et le soigné¹³⁷. Néanmoins, en occident, sous l'influence du rationalisme cartésien et du dualisme des substances, la médecine se transforme. La dichotomie opérée entre le corps défaillant et l'esprit divin permet et légitime la transposition au traitement du corps humain de la méthode expérimentale. Donnant naissance à un ensemble nouveau d'activités et de pratiques, à de nouvelles techniques d'investigation et de soin, la médecine expérimentale impose, de fait, de nouvelles questions philosophiques et morales aux médecins. Les prémisses de la réflexion bioéthique se font jour, qu'on songe aux écrits de Francis Bacon¹³⁸ sur la méthode scientifique en médecine, Claude Bernard¹³⁹ sur la médecine expérimentale, jusqu'à Canguillem¹⁴⁰ et l'éthique médicale du XXe siècle.

49. La bioéthique prolonge la réflexion sur l'éthique médicale, mais se situe, dès son apparition, à l'intersection d'activités humaines et de champs de connaissances multiples et divers. Elle s'interroge sur un ensemble de technologies non exclusivement médicales, nées du développement exponentiel de la connaissance scientifique et des applications techniques. Celles-ci ne visent plus seulement à traiter l'affliction dont souffre le corps, mais aussi à la prévoir¹⁴¹, ou la prédire dans l'interprétation du code génétique et même à

¹³⁶ La Grèce connaît deux écoles de pensée en art médical, l'école de Cos et l'école de Cnide qui reproduisent déjà à l'époque antique le clivage entre Holisme et Réductionnisme. Les premiers considèrent la personne et son corps comme un tout tandis que les seconds ne s'intéressent qu'au corps et à la maladie qu'ils tentent d'expliquer exclusivement par ses causes premières et directes. cf. GODIN (C.), *La totalité*, vol.5 *Totalité réalisée Les Sciences*, Éd. Champ Vallon, Seyssel, 2002, p.495

¹³⁷ Ceci tient, selon toutes hypothèses, au type de relation qui s'instaure entre l'homme de l'art et le patient dans un contexte d'incertitude

¹³⁸ JOURDAN (A.-J.-L.), *Dictionnaire des sciences médicales, Biographies médicales*, vol.1, CLF Panckoucke Éditeur, Paris, 1825, pp.467 et s.

¹³⁹ BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, J.B. Ballières et fils, Paris, 1865, pp.442 et s. notamment Chapitre IV « Des obstacles philosophiques que rencontre la médecine expérimentale ». Ouvrage numérisé.

¹⁴⁰ CANGUILLEM (G.), *Le normal et le pathologique*, PUF, 11e édition, Paris, 2005, 224p. ; cf.

BRAUNSTEIN (J.-F.) s.d., *Canguilhem : Histoire des sciences et politique du vivant*, avec des textes de François Dagognet, Claude Debru, François Delaporte, Ian Hacking, Dominique Lecourt, Arild Utaker, Paris, PUF, 2007

¹⁴¹ DAUSSET (J.), « La médecine prédictive », in s.d. MATTEI (J.-F.), « *Regard éthique : Le génome humain* », Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, p.61-75 ; De BOUVET (A.), BOITTE (P.) et AIGUIER (G.), *Questions éthiques en médecine prédictive*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, 153 p.

régénérer¹⁴² le corps infirme ou produire le corps désiré¹⁴³. La réflexion bioéthique crée une interface entre des espaces normatifs différents et parfois concurrents : la déontologie, l'éthique médicale et scientifique, la morale. Elle met également en perspectives des types différents de rationalisme : d'une part, le rationalisme moral, et d'autre part le rationalisme instrumental de la science qui, par ses normes et ses standards relatifs au traitement empirique de la réalité, influence les représentations sociales et politiques.

50. Si l'on fait remonter au procès de Nuremberg le premier point de rencontre originel entre l'éthique médicale et le droit, on oublie souvent que les premières lois réglementant l'expérimentation sur l'être humain ont été adoptées en Allemagne entre 1900 et 1930 à la suite de divers scandales sanitaires impliquant des médecins. Le droit international de la bioéthique, construit lentement à partir des déclarations de l'UNESCO, s'inspire très largement du Code de Nuremberg, qui comprend dix principes éthiques d'inspiration hippocratique adoptés par le tribunal afin d'établir des règles permettant de juger les faits commis par les médecins nazis. Toutefois, contrairement à ce Code, adopté unilatéralement par un tribunal militaire américain, les déclarations de l'UNESCO sont produites à la suite d'un processus multilatéral et pluraliste. En effet, les déclarations sont longuement préparées par le Comité international de bioéthique au sein duquel des représentants des États, mais aussi ceux des professions médicales et paramédicales, des divers ordres confessionnels, divers experts scientifiques et philosophes, élaborent, de manière dialogique et consensuelle, des principes à vocation universelle. Le travail de discussion, de sélection, et de négociation de l'instrument normatif qui en découle est largement facilité par cette procédure pluraliste et pluridisciplinaire. La pluridisciplinarité et le pluralisme constituent deux mécanismes de représentation au sein des comités. La pluridisciplinarité assure la représentation des compétences, de professions diverses, et le pluralisme, la représentation de courants de pensée ou d'opinion. Cette méthode, reposant sur le travail d'une instance pluraliste, est également promue par les déclarations comme méthode de neutralisation et d'anticipation d'éventuels conflits.

51. Le droit de la bioéthique subit donc les influences de champs normatifs variés qui eux même sont pluriels et pluralistes. L'éthique et la morale ne sont ni uniformes ni univoques, mais donnent lieu à de multiples constructions théoriques. Le droit de la

¹⁴² OCDE, *La bioéconomie à l'horizon 2030, Quel programme d'avenir ?*, OECD Publishing, 2009, 368p., notamment pp.293 et s. ; TURHAN (A.) et BENNACOEUR-GRISCELLI (A.L.), « Stem Cells and their Therapeutic Promise for Tomorrow » s Regenerative Medicine », in HERVE (P.), MULLER (J.-Y.) et TIBERGHEIN (P.), *Transfusion Medicine : Looking to the Future*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, pp.150-160.

¹⁴³ TESTART (J.), *Des hommes probables. De la procréation aléatoire à la reproduction normative*. Seuil, Paris, 1999 ; TESTART (J.) et GODIN (C.), *Au bazar du vivant : Biologie, médecine, bioéthique sous la coupe libérale*, Seuil, Paris, 2003

bioéthique est fortement marqué par ce pluralisme normatif. En conséquence, le contenu des déclarations de l'UNESCO est lui-même hétérogène, prend en compte des intérêts parfois contradictoires et énumère des principes multiples et interdépendants.

2. Pluralisme juridique et « plurijuridisme » en droit international de la bioéthique

52. Le pluralisme normatif en droit de la bioéthique associe un pluralisme éthique et culturel à un pluralisme juridique. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme a expressément pour objectif « *d'encourager un dialogue pluridisciplinaire et pluraliste sur les questions de bioéthique entre toutes les parties intéressées et au sein de la société dans son ensemble* »¹⁴⁴. En effet, cette déclaration prévoit, en son douzième article, qu'« *il devrait être tenu dûment compte de l'importance de la diversité culturelle et du pluralisme* »¹⁴⁵. Cet article tente de prendre en considération la relativité culturelle des droits de l'homme et de reconnaître un pluralisme éthique au fondement du droit de la bioéthique. Afin de ne pas imposer de manière unilatérale l'éthique universaliste occidentale, le droit de la bioéthique laisse ouverte l'interprétation des principes de la déclaration. Toutefois, cet article prévoit une limite au respect du pluralisme et de la diversité culturelle. Ainsi, « *ces considérations ne doivent pas être invoquées pour porter atteinte à la dignité humaine, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ou aux principes énoncés dans la présente Déclaration, ni pour en limiter la portée.* »¹⁴⁶

53. Par ailleurs, le droit international de la bioéthique est également marqué par un pluralisme juridique particulièrement intense. Afin d'être opérationnel, il mobilise une pluralité de sources formelles, qu'il s'agisse des déclarations internationales, des normes communautaires et régionales, des lois et des jurisprudences. Il mobilise également certaines sources dont la juridicité pose encore question, tels que les avis des comités d'éthique internationaux, européen ou nationaux. De manière générale, les déclarations de l'UNESCO délèguent aux droits nationaux, et notamment à la loi, le pouvoir de porter des limitations aux principes de la déclaration. C'est la loi nationale qui est sollicitée pour définir et articuler les principes des déclarations. L'article 27 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, intitulé « *Limites à l'application des principes* » dispose que : « *si l'application des principes énoncés dans la présente Déclaration doit être limitée, ce devrait être par la loi, y compris les textes législatifs qui concernent la sécurité publique, l'enquête, la détection et les poursuites en cas de délit pénal, la*

¹⁴⁴ Article 2 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.

¹⁴⁵ Article 12 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.

¹⁴⁶ *Id.*

protection de la santé publique ou la protection des droits et libertés d'autrui. Toute loi de ce type doit être compatible avec le droit international des droits de l'homme ». On peut remarquer à ce titre que l'article 27 de la Déclaration se réfère à une pluralité de domaine du droit : le droit pénal, le droit de la santé publique, le droit des droits de l'homme. Ceci dénote le rôle d'interface rempli par le droit de la bioéthique qui met en relation, coordonne, des branches du droit et des autorités multiples et variées.

54. Il est cependant possible de pousser plus loin l'analyse. Par delà le pluralisme des sources formelles, le droit international de la bioéthique fait intervenir une pluralité d'ordres juridiques et de systèmes juridiques. Chaque État restant libre d'interpréter, de limiter et d'organiser les principes contenus dans la déclaration en fonction de son propre système culturel de valeurs ; la régulation des pratiques biomédicales est susceptible de varier radicalement d'un ordre juridique national à l'autre. Certaines pratiques interdites d'un côté de la frontière pourront être permises de l'autre côté. L'absence de coordination d'un ordre juridique à l'autre favorise le *forum shopping* et le « *tourisme thérapeutique* », surtout dans les régions du monde où la libre circulation des biens et des personnes d'un État à l'autre est facilitée. On assiste ainsi à une forme de mise en concurrence des ordres juridiques tant par les personnes physiques désireuses de bénéficier d'une technologie médicale interdite dans leur pays d'origine, que par les personnes morales souhaitant faire commerce de certains services ou biens de santé. Ainsi, une entreprise pourra choisir d'effectuer les recherches et la production d'un bien ou d'un service dans des États aux législations bioéthiques libérales tandis qu'elle assurera simplement la distribution de ce produit ou service dans les États qui interdisent ou limitent ces types de recherches ou de productions, mais acceptent la commercialisation des biens et services en résultant.

55. Le droit international de la bioéthique n'est pas seulement juridiquement pluraliste, il est également fortement empreint de « *plurijuridisme* »¹⁴⁷. Le « *plurijuridisme* » diffère du pluralisme juridique dans la mesure où il ne se limite pas au pluralisme des sources formelles, mais « *s'attache plus précisément, au pluralisme des systèmes juridiques, voire au pluralisme des ordres juridiques, susceptibles de coexister en un même lieu et en un même temps* »¹⁴⁸. La notion de « *plurijuridisme* » ou de « *multijuridisme* »¹⁴⁹ peut ainsi correspondre à deux séries d'hypothèses : la première correspond à « *une pluralité de systèmes juridiques au sein d'un même ordre juridique* » ;

¹⁴⁷ BERGEL (J.-L.) s.d., *Le Plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2005, Aix-en-Provence, 365 pages

¹⁴⁸ BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », in *Ibid.* pp.11 et s.

¹⁴⁹ LE ROY (E.), « l'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (A.) et al. s.d., *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Éd. Thémis Bruylant, 1998, p.29 et s.).

la seconde à « *une pluralité d'ordres juridiques, coordonnés ou non entre eux* »¹⁵⁰. Cette construction théorique s'appuie sur une conception extensive¹⁵¹ de la juridicité dans les systèmes considérés qui n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine juridique, notamment par les courants normativistes.

56. Sans entrer dans le détail des analyses relatives à la systématique et la juridicité du droit international de la bioéthique, on peut d'ores et déjà constater que celui-ci suppose, quant à son application, l'intervention d'une pluralité d'ordres juridiques. Cette considération se comprend d'un point de vue général, les déclarations de l'UNESCO ne pouvant s'appliquer directement dans les ordres juridiques nationaux, elles supposent une transposition en droit interne. Mais, de plus, les déclarations de l'UNESCO prévoient, parfois expressément, la coordination de plusieurs ordres ou systèmes juridiques. C'est notamment le cas des alinéas 1 et 5 de l'article 21 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme qui prévoient ce type de coordination en ce qui concerne les pratiques transnationales. L'alinéa 1^{er} dispose que « *les États, les institutions publiques et privées et les professionnels associés aux activités transnationales devraient s'employer à faire en sorte que toute activité relevant de la présente Déclaration, entreprise, financée ou menée d'une autre façon, en totalité ou en partie, dans différents États, soit compatible avec les principes énoncés dans la présente Déclaration* ». En effet, de telles pratiques qui se déroulent sur les territoires de plusieurs États supposent que ces situations soient appréhendées par une pluralité d'ordres juridiques, ne serait-ce qu'en vertu de la compétence territoriale des droits nationaux. En outre, l'alinéa 5 de l'article 21 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme est plus explicite encore puisqu'il dispose que « *les États devraient prendre des mesures appropriées, aux niveaux tant national qu'international, pour combattre le bioterrorisme et le trafic illicite*

¹⁵⁰ BERGEL (J.-L.) s.d., « Rapport introductif », in *Le Plurijuridisme*, op. cit., p.12 ; L'auteur précise notamment que le concept de « *plurijuridisme* » « *implique forcément l'idée d'une pluralité de systèmes juridiques qui coexistent dans un État ou un groupe d'États, à un moment donné, ou celle d'une pluralité d'ordres juridiques qui se côtoient et sont susceptibles de s'appliquer, avec ou sans rapports entre eux, dans un même État ou dans un même groupe d'États. Il ne s'agit donc pas seulement d'une pluralité de sources différentes (...), mais d'une pluralité d'ensembles cohérents de règles et d'ordonnancements juridiques, dotés à la fois d'une unité qui en relie les éléments et d'une autonomie, sociale, organique ou organisationnelle qui en consacre la spécificité* ».

¹⁵¹ Pour Jean Louis Bergel, « *par système [juridique] il faut entendre un ensemble structuré, organisé et interdépendant de règles et de mécanismes juridiques applicables dans une société. Autrement dit il ne s'agit pas seulement de règles éparses applicables à un groupe social, mais d'un complexe juridique structuré d'éléments coordonnés, destiné à atteindre certains objectifs. (...) cela doit correspondre à un ensemble de pratique, de méthodes et d'institutions formant à la fois une construction théorique et une méthode pratique* ». In BERGEL (J.-L.), *Le plurijuridisme*, op. cit., p.12. Par ailleurs, l'auteur s'appuie sur les travaux de François Ost et Michel Van de Kerchoeve, qui caractérisent la systématique d'un ensemble de règles par l'interdépendance de ses éléments et par l'autonomie qui cristallise sa spécificité, OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruylant, Bruxelles, p.188

d'organes, de tissus, d'échantillons et de ressources et matériels génétiques ». Cette formulation suppose que des mesures soient prises dans plusieurs ordres juridiques distincts et spécifiques bien qu'ils entretiennent des relations ; l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes. Enfin, le corpus normatif du droit international de la bioéthique s'intègre dans un ensemble plus large, le droit international public, composé d'une pluralité de systèmes conventionnels de normes juridiques qui nouent des relations d'indifférence, de coordination ou de contradiction. Toutes ces remarques mettent en lumière l'inévitable interdépendance des systèmes et ordres juridiques en ce qui concerne la régulation des pratiques biotechnologiques transnationales. Ainsi, on peut constater que le « *plurijuridisme* » est une condition essentielle tant de l'efficacité, que de la raison d'être, du droit international de la bioéthique.

B. Des principes multiples et interdépendants : entre contradiction et complémentarité

57. Les Déclarations de l'UNESCO consacrent et juridicisent un grand nombre de principes éthiques. Cette incorporation d'éléments extérieurs au champ classique de la normativité juridique s'opère par la « *répétition* »¹⁵² de ceux-ci dans une multitude de sources formelles et par la « *convergence* » de ces sources internationales, européennes et nationales¹⁵³. Parmi ceux-ci on compte le principe de respect de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne, de son intégrité corporelle et de son éventuelle vulnérabilité, mais également le principe de bienfaisance, de non-malveillance, du calcul risques/bénéfices, de non-patrimonialisation du génome humain en son état naturel... etc. Ces principes sont multiples et hétérogènes. Ils font référence à toutes les facettes du respect dû à l'être humain et à la personne en matière d'activité biomédicale. Ainsi, leurs champs d'application se recoupent et il est fréquent qu'une pluralité de principes dû être mobilisée afin de déterminer la décision ou l'action éthiquement acceptable en situation d'incertitude. L'enchevêtrement des champs d'application des principes bioéthiques n'est pas dû au hasard de la négociation, mais relève bien d'un choix volontaire des concepteurs des déclarations. À ce titre, l'article 26 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, dont l'intitulé « *interdépendance et complémentarité des principes* » est

¹⁵² Les réitérations des principes de respect de la dignité humaine et de l'autonomie de la personne dans des instruments de soft law au niveau européen et international et leur rattachement aux droits de l'homme ont permis une consécration constitutionnelle et conventionnelle. cf. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Paris, 2005, p.305

¹⁵³ Sur la question de la judiciarisation des valeurs et principes éthiques voir notamment : DUPRAT (J.-P.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, Publications de la Sorbonne, Droit économique, 2002 ; . MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit, op. cit.*, p.305 et s.

particulièrement clair, précise que « *la présente Déclaration doit être comprise comme un tout et les principes doivent être compris comme complémentaires et interdépendants. Chaque principe doit être considéré dans le contexte des autres, dans la mesure qui est appropriée et pertinente selon les circonstances* ».

58. En effet, chaque principe n'a pas vocation à régler une situation ou une pratique particulière. Au contraire, la Déclaration et les principes bioéthiques doivent être compris « *comme un tout* ». Ceci justifie une approche systémique du droit de la bioéthique. Les principes bioéthiques déclinent les différents aspects du respect de la personne, leur interdépendance et leur complémentarité dénotent une conception holiste de la personne humaine. Par ailleurs, l'interdépendance de ces principes hétérogènes et nombreux met en lumière un fort degré de complexité du système normatif qu'ils composent¹⁵⁴. Le refus du dogmatisme et le respect du pluralisme impliquent nécessairement l'interactivité des principes sélectionnés. Toutefois, si l'interdépendance des principes bioéthiques se comprend aisément, leur complémentarité emprunte parfois, selon les cas d'espèce, les voies de la contradiction.

59. Les Déclarations de l'UNESCO ont pour objectif « *d'offrir un cadre universel de principes et de procédures pour guider les États dans la formulation de leur législation, de leurs politiques ou d'autres instruments en matière de bioéthique* »¹⁵⁵ et « *dans la mesure appropriée et pertinente, de guider les décisions ou pratiques des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des sociétés, publiques et privées* »¹⁵⁶. Cependant, la complémentarité des principes dans la prise de décision ou dans la réflexion sur l'action et les pratiques ne s'opère pas de manière directe et évidente, par addition des principes les uns aux autres. Au contraire, la complémentarité des principes s'opère plutôt, sur un mode dialectique, par limitations et retranchements réciproques. Chaque principe se présente souvent, dans les cas limites, comme le contrepoids d'un autre. Ainsi, l'interprète

¹⁵⁴ La multiplicité, l'hétérogénéité et l'interdépendance des éléments sont les facteurs permettant de qualifier un système de complexe. cf. GUESPIN-MICHEL (J.) et RIPOLL (C.) ; « Systèmes dynamiques non linéaires, une approche de la complexité et de l'émergence », in SÈVE (L.), GUESPIN-MICHEL (J.), CHARLIONET (R.), GASCUEL (P.), GAUDIN (F.), GAYOSO (J.), RIPOLL (C.), *Émergence, complexité et dialectique*, Odile Jacob, 2005, pp. 15-47 ; SIMON (H. A.), « Sur la complexité des systèmes complexes », in *Revue Internationale de Systémique*, vol.4, n° 2, 1990, pp.125-145 ; Sur les aspects épistémologiques et méthodologiques de l'étude de la complexité : cf. LEMOIGNE (J.L.), « Épistémologie de l'interdisciplinarité : la complexité appelle des stratégies de reliance », Ce texte a été rétabli (en juillet 2007) à partir du script d'enregistrements audio et vidéo d'une conférence donnée à l'Université Européenne d'été, Université de Nantes, 2002, script réalisé par M. Pascal Frion, Directeur d'Acrie Nantes - Animateur d'Acrie Réseau, Aéroport Nantes - Atlantique ; ALHADEFF-JONES (M.), « Three Generations of Complexity Theories : Nuances and Ambiguities », *Educational Philosophy and Theory*, vol.40 n°1, pp.66-82 ; MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, ESF, 1990, Paris, 158p.

¹⁵⁵ Article 2 a) de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*.

¹⁵⁶ Article 1 alinéa 2 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*.

recherchera cette complémentarité, non pas en cumulant les principes les uns aux autres, mais plutôt, par équilibration, en relativisant la portée des uns à la lumière de celles des autres, et réciproquement.

60. Il faut donc remarquer que le droit international de la bioéthique mobilise des champs normatifs pluriels qui interagissent les uns avec les autres. L'application et l'effectivité du droit de la bioéthique supposent l'intervention, à l'échelle clinique, régionale, nationale et internationale, d'acteurs nombreux et de niveaux de compétences différents. Il est donc affecté par une forme de pluralisme externe. Néanmoins, ce pluralisme externe se double d'un pluralisme interne. En effet, mobilisant des principes interdépendants issus de conceptions éthiques différentes, et parfois opposées, le droit de la bioéthique est traversé par divers systèmes d'interprétation. Chaque principe ayant vocation à s'appliquer concurremment des autres dans toute situation, le droit de la bioéthique semble marqué par une forme de « *polysystémie simultanée* ». On ne peut dire, par avance, qu'elles seront l'interprétation et la décision retenues concernant tel ou tel cas d'espèce. Cette plasticité opérationnelle du droit de la bioéthique est cependant problématique pour l'observateur extérieur. En effet, cette polysystémie simultanée place l'observateur du droit en situation d'incertitude. Ne sachant quelle interprétation retenir, on ne peut déterminer par avance les relations qu'entretiendront les principes bioéthiques lors de leur application au cas d'espèce. Au mieux pourra-t-on recourir à une logique probabiliste. Mais il semble qu'en tout état de cause, ce sera le destinataire de la norme, ou plutôt du complexe de normes que constitue le droit de la bioéthique, qui, sous le contrôle éventuel du juge ou du législateur, en dessinera les contours, mettant en cause l'exigence classique de sécurité juridique.

61. Cette problématique n'est pas sans rappeler, métaphoriquement, l'expérience du chat de Schrödinger qui est à la base de la réflexion sur la physique quantique et probabiliste et dont la polysystémie simultanée est l'une des hypothèses fondamentales.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Les travaux de Schrödinger portaient sur la théorie des orbitales où il cherchait à déterminer la position des électrons par rapport au noyau de l'atome. Ses expériences l'amenèrent à conclure que cette position est indécidable et que l'on ne peut que s'en approcher de manière approximative par une probabilité de présence de l'électron au sein d'une couche énergétique. De manière très simplificatrice, on peut présenter l'expérience du « chat de Schrödinger » de la manière suivante. Plaçant son chat dans une boîte close, Schrödinger y dépose un mécanisme qui doit libérer un poison lorsqu'il détecte la désintégration d'un atome d'un corps radioactif. Si les probabilités indiquent qu'une désintégration a une chance sur deux d'avoir eu lieu au bout d'une minute, la mécanique quantique indique que, tant que l'observation n'est pas faite, l'atome est simultanément dans les deux états (intact/désintégré). L'expérience de Schrödinger lie l'état du chat à celui de l'atome. Elle consiste à ne pas ouvrir la boîte et à calculer les probabilités que le chat soit vivant ou mort. La conclusion à laquelle aboutit le scientifique est la suivante : les deux situations se produisent simultanément dans la boîte. **C'est l'hypothèse de la polysystémie simultanée. Nul ne peut décider du caractère vivant ou mort du chat sans ouvrir la boîte. Ce qu'il démontre ainsi, C'est que l'observateur n'est jamais**

Il ne s'agira pas, pour le juriste qui commente le droit de la bioéthique, de déterminer la probabilité que le poison ait été ou non libéré, mais de savoir quels principes sont susceptibles de recevoir une application préférentielle de la part du décideur ou de l'acteur dans tel cas concret. Avant l'intervention de l'acteur ou du décideur nul ne pourra déterminer la cohérence systémique interne du droit de la bioéthique. Au surplus, la révision périodique prévue par de nombreuses législations nationales comme par les instruments internationaux accroît cette imprévisibilité de l'évolution du système du droit de la bioéthique. L'imprévisibilité du droit de la bioéthique est une caractéristique radicalement novatrice par rapport aux conceptions classiques de la pensée juridique.¹⁵⁸ Il nous semble que cette problématique nouvelle dans le champ de l'épistémologie juridique encourage et justifie le recours à des outils nouveaux de description et d'analyse des systèmes juridiques. De tels outils épistémologiques pourraient, selon nous, être fournis par les sciences fondamentales qui, depuis le tournant relativiste et quantique, élaborent un ensemble de concepts et de méthodes aptes à décrire les objets complexes et le mouvement et à faire face à l'imprévisibilité et à l'indécidabilité.

§2. L'internormativité : Le moteur d'une dynamique non-linéaire du système normatif de la bioéthique

62. Le droit de la bioéthique se trouve à l'intersection du droit, de la science et de l'éthique. Les normes du droit de la bioéthique consacrent des éléments nombreux, de nature hétérogène : des principes ou valeurs, des droits dont la personne est titulaire, des procédures garantissant l'effectivité des droits et des principes. Ces éléments entretiennent des relations diverses, de l'interdépendance à la complémentarité, en passant par la contradiction. Le droit international de la bioéthique est donc marqué par un fort degré d'influence réciproque, tant de manière externe, en ce qui concerne l'influence de champs normatifs différents, que de manière interne, en ce qui concerne l'influence réciproque des éléments du droit de la bioéthique et de la pratique qu'en font les acteurs sociaux. Les phénomènes d'internormativité, externes et internes, sont nombreux et sont les facteurs

extérieur à l'objet de son étude, et qu'il est impliqué non pas seulement dans l'interprétation des données, mais également dans la production de celles-ci.

¹⁵⁸ Le courant constructiviste tente d'intégrer ses nouveaux outils. C. f. LEMOIGNE (J.-L.), « Systémique et complexité. Étude d'épistémologie systémique », *Revue Internationale de Systémique*, vol.4, n° 2, 1990, pp.107-117 ; LEMOIGNE (J.-L.), « Les enjeux éthiques de la recherche et de l'intervention en éducation et formation n'appellent ils pas un 'nouveau discours de la méthode ? », Conférence au XV ° Colloque de l'AFRISE, Portugal, février 2007. ; VON GLARSEFELD (E.), « Introduction à un constructivisme radical », in WATZLAWICK (P.) s.d., *L'invention de la Réalité. Contribution au constructivisme*, Le Seuil, Paris, 1988, p.41 ; DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement : éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, s.d. ARNAUD (A.-J.), Université Paris X, 2000, pp.6-88.

déterminants de l'évolution dynamique du système du droit international de la bioéthique. Cependant, de tels phénomènes sont difficilement prévisibles, autant dans leur survenance, que dans leur développement ou même leurs effets. Ils sont susceptibles de bouleverser les relations que peuvent entretenir les éléments du droit de la bioéthique. Tout le moins, ces phénomènes d'internormativité concourent à la flexibilité et l'adaptabilité du droit de la bioéthique.

A. La dynamique internormative du droit international de la bioéthique

63. Le droit international de la bioéthique est le résultat d'une dynamique d'échange entre des champs normatifs différents : le droit international des droits de l'homme en tant que producteur de normes juridiques qui régulent les comportements sociaux, les sciences naturelles et leurs applications en tant que productrice de normes techniques, la déontologie et l'éthique médicale en tant que productrice de normes professionnelles et/ou personnelles. Par ailleurs, les destinataires du dispositif juridique relatif à la bioéthique sont multiples et interviennent dans des champs d'activités très différents. Enfin, la production du droit international de la bioéthique est dispersée entre diverses institutions qui se concurrencent¹⁵⁹ pour occuper ce champ normatif aux frontières encore incertaines. Afin d'étudier cette dynamique d'échange qui anime le droit de la bioéthique, il s'agira en premier lieu de définir l'internormativité et d'en apprécier les différentes manifestations avant de s'interroger sur les conséquences de celles-ci sur l'évolution du droit international de la bioéthique.

1. Définitions

64. L'internormativité est un terme dont l'utilisation en sociologie et en doctrine juridique est récente et remonte à une quarantaine d'années. Santi Romano avait longuement développé la réflexion sur les rapports que peuvent entretenir des ordres juridiques différents¹⁶⁰. Néanmoins, le vocable « *internormativité* » fut utilisé pour la

¹⁵⁹ DUPRAT (J.P.), « Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur », *JIB* vol. 15, 2004 n° 2-3, pp.37-50

¹⁶⁰ Pour cet auteur, l'internormativité est une caractéristique essentielle des systèmes juridiques. Si pour lui, l'ordre juridique se compose de normes et de règles, il comprend également « *les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci. En d'autres termes, l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes, mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure* ». In ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, p.10

première fois par le Doyen Carbonnier en 1977 pour qualifier « *l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes* »¹⁶¹. Concernant le droit, l'internormativité illustre le fait « *qu'entre le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent* »¹⁶². Néanmoins, une telle définition reste incomplète et ne lève pas toutes les ambiguïtés sur le concept d'internormativité. En effet, deux significations relativement différentes peuvent lui être attribuées.

65. Dans un premier temps, ce terme fait référence « *au transfert ou au passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre* » et l'internormativité « *se reconnaît alors à ce qu'une règle qui a été produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif donné se retrouve telle quelle, ou à peu près telle quelle, dans un autre ordre normatif* »¹⁶³. Cette hypothèse correspond, par exemple, à la situation dans laquelle le juge ou le législateur accepte de recevoir une règle technique dans le corpus des règles juridiques et de lui donner une force normative dont elle était jusqu'alors dépourvue. Un autre exemple peut être fourni par l'importation dans un texte juridique de principes éthiques ou de valeur morale, tel est le cas du droit international de la bioéthique. Cette forme d'internormativité « *peut résulter soit du fait qu'un ordre normatif s'approprie et accueille une règle issue d'un autre ordre* »¹⁶⁴, tel est le cas du principe de dignité par exemple, « *soit du fait qu'une règle d'un ordre normatif est imposée à un autre ordre* »¹⁶⁵, tel est le cas de la règle de droit en général par rapport aux règles de la déontologie. En second lieu, l'internormativité « *fait référence à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs* »¹⁶⁶. Dans ce cas, l'internormativité du droit de la bioéthique pourra concerner les relations que ce système juridique entretient, dans l'ordre international, avec d'autres systèmes juridiques tels que le droit de l'OMC ou celui de l'environnement.

¹⁶¹ CARBONNIER (J.), « internormativité », in ARNAUD (A.J.) et al. s.d., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., LGDJ-EJA, Paris, 1993, pp.313 et s. ; v. Ég. CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'internormativité », in *European Year Book in Law and Sociology*, 1977, pp.42-45

¹⁶² CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1994, p.317

¹⁶³ *Id.* p.27

¹⁶⁴ ROCHER (G.), « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », in BELLEY (J.-G.) s.d., *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1996, p.26

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.* p.28

2. Internormativité externe et internormativité interne

66. On peut distinguer, parmi les phénomènes d'internormativité, ceux qui proviennent de l'extérieur d'un système considéré et ceux provenant de l'intérieur. En ce qui concerne le droit international de la bioéthique, « *il y a donc deux types d'articulations, celles qui concernent les rapports que le droit entretient avec d'autres systèmes normatifs, et celle qui concerne les normes juridiques entre elles* »¹⁶⁷. Concernant ce second aspect, interne, celui-ci « *se subdivise en deux sous-articulations, celle liant les normes émanant de différents ordres juridiques, et celle liant les normes au sein d'un même ordre juridique* »¹⁶⁸.

a. Internormativité externe

67. Les phénomènes d'internormativité externes englobent toutes les relations que peuvent entretenir l'ordre normatif du droit avec les autres ordres normatifs mobilisés dans la réflexion bioéthique. En effet, entre le droit et l'éthique médicale se nouent des rapports d'influences réciproques. Le droit intègre des principes issus de la réflexion éthique et leur permet d'accéder à une forme supérieure de normativité. L'enrichissement est mutuel : le droit tire de l'éthique une souplesse, une plasticité qui lui permettent de mieux s'adapter aux contingences, aux situations concrètes et à l'incertitude ; inversement, les principes éthiques consacrés par le droit de la bioéthique voient leurs contenus précisés, enrichis, par les interprétations que pourront en faire les divers acteurs de la vie juridique, mais accèdent également à une forme d'effectivité par le biais de leur juridicisation. Par ailleurs, la logique juridique, principalement formelle dans le cadre théorique du positivisme, semble intégrer une appréciation substantielle de la qualité des normes, propre à l'éthique et la morale.¹⁶⁹

68. Il en va de même entre la science et le droit. Le droit de la bioéthique se construit en réaction face au pouvoir, symbolique ou effectif, que les détenteurs de la connaissance scientifique et des technologies médicales sont susceptibles d'acquérir sur l'homme. Le droit ne peut déterminer par avance les champs de recherches ou les pratiques illicites, celui-ci n'intervient qu'*a posteriori* par rapport à la science et la technologie. Il en est donc largement dépendant et l'évolution du droit dépend également de l'évolution des techniques et des connaissances. Mais, de plus, les normes juridiques sont susceptibles d'intégrer en leur sein, certaines hypothèses scientifiques, certaines normes techniques,

¹⁶⁷ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.278

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Infra.*, Chapitre 2, section 1

voire certains objectifs de comportement déterminés par l'expertise scientifique. Qu'on songe par exemple aux instruments juridiques internationaux qui concernent l'hypothèse d'un réchauffement climatique et les mesures nécessaires pour le limiter ; dans ce cadre, le droit international consacre et légitime l'hypothèse d'un réchauffement climatique engendré et régulé exclusivement par l'activité humaine. Pourtant, au sein même de la communauté scientifique, cette hypothèse comme les études menées sur le sujet sont loin de recueillir l'unanimité. En ce qui concerne la mise sur le marché et la consommation d'organismes génétiquement modifiés, la Commission européenne et les autorités nationales se basent sur des avis scientifiques produits par des Agences spécialisées sur ce type d'expertise. Ainsi s'opère une forme de légitimation réciproque entre l'avis scientifique et la norme juridique qui s'appuie sur elle et la consacre ou l'officialise. Néanmoins, nombre de critiques s'élèvent au sein de la communauté scientifique contre la qualité de ses expertises, le degré d'information sur lequel elles reposent, et même, parfois, sur l'indépendance des experts¹⁷⁰. Il est par ailleurs étonnant de constater que, si l'expertise scientifique trouve une place de choix dans le traitement juridique et institutionnel du risque sanitaire, la contre-expertise ne semble pas revêtir la même importance.

69. Enfin, le droit international de la bioéthique est un ensemble de normes spécifiques qui entretient, dans l'ordre juridique international, des rapports d'influence avec d'autres ensembles de normes, telles que certaines normes du droit de l'OMC qui recoupent sa compétence¹⁷¹. Tous ces phénomènes d'internormativité externe révèlent combien les frontières entre les différents champs normatifs que mobilise le droit de la bioéthique sont mouvantes et perméables.

b. Internormativité interne

70. L'internormativité interne fait référence à l'ensemble des rapports pouvant se créer entre les éléments du système normatif du droit international de la bioéthique. En effet, ce dernier se compose de normes, celles-ci n'en sont pas l'unique élément. Le contenu de ces normes consacre des valeurs éthiques qu'elles transforment en principes juridiques, mais également des droits dont les individus sont titulaires. Tant l'interdépendance et la complémentarité des principes bioéthiques que l'indivisibilité des droits supposent que les normes qui leur servent de support soient elles-mêmes interdépendantes et complémentaires. S'enrichissant les uns les autres, limitant de manière

¹⁷⁰ Voy. BRUNET (P.), « L'expert en technoscience : figure "critique" ou "gestionnaire" de la civilisation industrielle contemporaine ? », in GUESPIN-MICHEL (J.) et JACQ (A.), *Le vivant, entre science et marché : une démocratie à inventer*, Syllepse, Paris, 2006, pp.99-135

¹⁷¹ Cette problématique sera l'objet du chapitre 2 du titre 2 de la Partie 1.

réci-proque leur portée et leurs effets respectifs, nuançant l'interprétation de l'une par l'autre, ou entrant en conflits les unes avec les autres, les normes, les principes et les droits du droit de la bioéthique entretiennent des relations complexes et multiples qui dénotent l'intensité du phénomène internormatif. Ainsi, l'internormativité interne du droit de la bioéthique opère par l'enchevêtrement des champs d'application des normes juridiques.

71. Ces phénomènes d'internormativité, internes et externes, sont des facteurs essentiels de l'évolution dynamique du droit international de la bioéthique, tant dans son contenu que dans ses méthodes et ses institutions. La détermination de ces phénomènes, de leur survenance, du processus de leur développement et de leurs effets, est difficile et réclame une approche pluridisciplinaire. De plus, ces phénomènes ne peuvent être appréciés, en l'état actuel des méthodes et des connaissances juridiques, que rétrospectivement, *a posteriori*. C'est, de sorte, l'imprévisibilité du système, de son évolution et de l'évolution des relations qu'entretiennent ses éléments, qui caractérise le droit international de la bioéthique.

B. L'internormativité : facteur principal de l'évolution non linéaire du droit de la bioéthique

72. D'un point de vue internalisant¹⁷², le droit international de la bioéthique peut se concevoir comme un système juridique. En effet, l'approche systémique se justifie par une disposition de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. L'article 26 est une règle générale d'interprétation qui précise que la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme doit être comprise comme un tout dont les éléments sont interdépendants.

73. Par ailleurs, l'approche systémique doit être précisée, car si le droit international de la bioéthique peut être conçu comme tel, une telle conception est cependant difficile. Le droit international de la bioéthique est une construction normative qui mobilise un grand nombre d'éléments présentant des qualités différentes. Ainsi, au sein des instruments du droit international de la bioéthique, on trouve des règles axiologiques et des règles procédurales, des principes éthiques juridicisés et des exceptions, des droits accordés aux individus, des règles d'interprétations, des règles de compétences reconnues à certaines institutions. Certaines études récentes nous invitent à intégrer parmi les instruments du droit de la bioéthique les contrats, voir les chaînes de contrats, qui organisent « l'accès » et

¹⁷² Sur les distinctions épistémologiques entre point de vue interne ou internalisant et externe dans l'étude des systèmes juridiques : cf. OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, Paris, pp.26-28 (254p)

« l'usage du matériel biologique » ou « la diffusion des résultats de recherches »¹⁷³. D'autres, défenseurs de « l'éthique animale »¹⁷⁴ ou du droit des générations futures¹⁷⁵, pourraient voir dans les articles 16¹⁷⁶ et 17¹⁷⁷ de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme une opportunité pour relier les instruments relatifs à la protection de l'environnement, de la biodiversité, et des générations futures, avec le droit international de la bioéthique. Ce dernier faisant office d'interface entre des structures normatives diverses. Les éléments du droit de la bioéthique sont donc multiples et fortement hétérogènes. De plus, ils sont reconnus par l'article 26 comme « *interdépendants et complémentaires* ». Interdépendants, ils entretiennent donc des relations d'influence réciproque. Complémentaires, ces relations d'influence réciproque tendent à réaliser des objectifs qui les dépassent individuellement, c'est-à-dire qu'ils tendent à réaliser la raison d'être de l'ensemble ou les propriétés du tout.

74. En outre, nous avons vu que le droit international de la bioéthique fait intervenir une pluralité d'acteurs, à des échelles diverses. Il importe des éléments de systèmes normatifs extérieurs au Droit. Il mobilise des ordres juridiques divers pour trouver une application concrète. Il est fortement emprunt de pluralisme. Les phénomènes d'internormativité externes agissent sur ses éléments et les formes que peuvent prendre les relations qu'ils entretiennent. Mais, surtout, l'internormativité interne propre au droit de la bioéthique est un phénomène dynamique qui permet la mise en réseau, la création de relations entre les divers éléments normatifs de ce système. L'internormativité est un facteur « *entropique* », créateur de désordre, dans la mesure où il perturbe, selon les lieux, les temps et les acteurs concernés, les interprétations et les relations d'inférences entre les différents éléments du système de la bioéthique. L'internormativité interne notamment,

¹⁷³ BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), s.d. GHESTIN (J.), *Contrats et vivant*, LGDJ, Paris, 2006, pp.141-191 ; Les auteurs mettent à jour la relation dialectique du contrat « *relais de la loi* » et de la loi « *nécessaire relais du contrat* ». Une telle relation s'apparente à la relation dialectique que nous évoquons entre règles substantielles et règles procédurales au sein des déclarations et conventions internationales du droit de la bioéthique. La loi ou la règle substantielle assure la protection des choix communs sur les valeurs et l'intérêt général qui renvoient à la cardinalité du principe de dignité, tandis que la règle procédurale ou le contrat permet de garantir l'effectivité et le caractère opératoire de la règle substantielle en la corrigeant pour l'adapter aux nécessités de la pratique et aux contingences du réel et de l'action.

¹⁷⁴ JEANGÈNE VILMER (J.-B.), *Éthique animale*, PUF, Paris, 2008, 304p. ; L'ouvrage offre un panorama de ce courant philosophique et de l'histoire du traitement juridique des animaux dans le monde occidental.

¹⁷⁵ BROWN-WEISS (E.), *Justice pour les générations futures*, Éditions de l'UNESCO, Paris, 1995, 356p.

¹⁷⁶ Article 16 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, intitulé « *Protection des générations futures* » dispose que : « *L'incidence des sciences de la vie sur les générations futures, y compris sur leur constitution génétique, devrait être dûment prise en considération* ».

¹⁷⁷ Article 17 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, intitulé « *Protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité* » dispose que : « *Il convient de prendre dûment en considération l'interaction entre les êtres humains et les autres formes de vie, de même que l'importance d'un accès approprié aux ressources biologiques et génétiques et d'une utilisation appropriée de ces ressources, le respect des savoirs traditionnels, ainsi que le rôle des êtres humains dans la protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité* ».

dans la mesure où elle est susceptible de créer une polysystémie simultanée, accroît le degré d'imprévisibilité des interprétations et des applications du droit international de la bioéthique. La révisibilité du droit de la bioéthique renforce encore l'incertitude quant à son évolution. Le droit de la bioéthique est ainsi un système marqué par une forme d'historicité. Enfin, l'interdépendance même des principes suppose des variations multiples des degrés d'influence de chacun d'entre eux et une certaine capacité autoorganisationnelle de l'ensemble face à des situations concrètes.

75. La sécurité juridique comme la logique formelle sont mises à mal par cette complexité dynamique. En effet, selon les conceptions classiques, le droit est un système formel au sein duquel les relations entre les normes qui le constituent peuvent être déduites par la logique aristotélicienne. La prévisibilité des relations juridiques est une donnée essentielle du fonctionnement de nos ordres juridiques. Le système du droit international de la bioéthique s'avère néanmoins être un système complexe et dynamique dont le développement interne¹⁷⁸ et externe¹⁷⁹ est imprévisible ou difficilement prévisible dans l'échelle de temps depuis laquelle on l'observe. Cette dynamique peut être qualifiée de non linéaire, dans le sens de non prévisible. Concevoir le droit international de la bioéthique comme un système dynamique non-linéaire permet de mobiliser un ensemble d'outils épistémologiques permettant de décrire notamment des relations de contradiction entre les éléments du droit de la bioéthique, notamment les normes et/ou les droits.

Section 2 : La relation dialectique entre les principes de dignité et d'autonomie : la structure axiologique contradictoire du droit de la bioéthique

76. La Déclaration sur la bioéthique et les droits de l'homme reconnaît l'interdépendance des principes et l'indivisibilité des droits qu'elle consacre. Cependant, bien qu'interdépendants, les différents principes ne disposent pas tous d'une aura identique au sein de l'ensemble créé. En effet, les principes de dignité et d'autonomie semblent doués de la capacité de surdéterminer l'interprétation des autres principes. Ils apparaissent comme des principes essentiels ou primordiaux du droit de la bioéthique et du système des droits de l'homme. L'un comme l'autre a vocation à être le principe cardinal du droit de la bioéthique ; c'est d'ailleurs l'enjeu fondamental des débats actuels. La doctrine

¹⁷⁸ Les relations entre ses éléments et les propriétés du système qui en découlent.

¹⁷⁹ L'influence des autres systèmes et de l'environnement général du droit international de la bioéthique sur les relations qu'entretiennent ses éléments et les propriétés systémiques qui en découlent.

philosophique et la doctrine juridique relatives à la bioéthique et aux droits de l'homme sont fortement marquées par ce clivage, chacun s'échinant à argumenter en faveur de la dignité¹⁸⁰ ou de l'autonomie¹⁸¹.

77. La réactualisation de ce débat philosophique se comprend aisément dans la mesure où, les biotechnologies, notamment les technologies génétiques, opèrent une transformation fondamentale de notre expérience morale, puisqu'elles déplacent la frontière entre le hasard et le libre choix qui est à la base de nos critères de valeurs. Dès lors, à l'urgence d'établir des règles encadrant l'utilisation de ces technologies ne répond que la difficulté d'en justifier le fondement. « *Les difficultés essentielles résultent du manque de clarté quant à l'orientation des solutions futures. Cette orientation dépend de l'acceptation de principes axiologiques, de concepts philosophiques et de la hiérarchie des valeurs qui en découle* »¹⁸². C'est dans cette perspective que se place le droit de la bioéthique. Il consacre en droit positif et judiciarise un certain nombre de principes sans pour autant trancher la question de leur articulation et de leur place respective dans l'ensemble normatif ainsi créé.

78. De plus, il faut remarquer que les principes de dignité et d'autonomie ne disposent pas d'une définition formelle inscrite dans un texte juridique et qu'aucune disposition n'indique le rapport qu'ils entretiennent, si bien que leur articulation logique reste en suspens. Si des éléments de ces définitions ne peuvent être recherchés du côté du Droit, il semble que les discours philosophiques qui ont accompagné la conceptualisation de ces notions sont susceptibles d'informer les contenus des principes juridiques de dignité et d'autonomie. Ce travail de définition permettra d'éclairer le caractère contradictoire de ces deux principes et la relation dialectique qu'ils entretiennent. À ce titre, il nous semble qu'à défaut de choisir l'un ou l'autre des principes à son fondement, c'est la relation qu'ils entretiennent qui forme la structure axiologique du droit international de la bioéthique.

¹⁸⁰ MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits fondamentaux*, Economica, Aix-en-Provence, 1997, pp.39 et s., 68 et s., MATHIEU (B.), « La Dignité, principe fondateur du Droit », *JIB*, 2010-3, vol.21, pp.77-83 ; EDELMAN (B.), *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, 550p. ; SÈVE (L.), *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, Paris, 1994, pp.72 et s., 113 et s., 135 et s. ; SÈVE (L.), *Qu'est-ce que la personne humaine : bioéthique et démocratie*, La dispute, 2006, 155p. ; DORAY (B.) s.d., *La dignité : Les debouts de l'utopie*, La Dispute, Paris, 2006, 394p.

¹⁸¹ SINGER (P.), *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 3e édition, New York, 2011, 352p. Pour cet auteur, « *the fact that a being is a human being, in the sense of a member of the species Homo sapiens, is not relevant to the wrongness of killing it ; instead, characteristics like rationality, autonomy and self-awareness make a difference. Infants lacks these characteristics. Killing them, therefore, cannot equated with killing normal human being of any other self-aware beings* ». p.160 ; ENGELHARDT (T.H. Jr.), *The Foundation of Bioethics*, Oxford University Press, 1986, p.377. Pour une analyse de la pensée de cet auteur : cf. MISSA (J.-N.) et SUSANNE (Ch.), *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, Éditions De Broeck et Larcier, Paris, Bruxelles, 1999, 183p., spé. pp.33 et s.

¹⁸² SAFJAN (M.), « Le droit au regard des conflits de valeurs nés de l'application des biotechnologies modernes », *JIB* vol.11, n° 3-4-5, (septembre-décembre) 2000, p.82 (pp.81-94)

Leur unité dialectique constitue une conception normative de l'Homme inscrite au coeur du système des droits de l'homme. Tels les deux brins d'un ADN normatif, les principes de dignité et d'autonomie, permettent l'interprétation dynamique du droit de la bioéthique et du système des droits de l'homme appréhendé comme un tout.

§1. Éléments de définition des principes de dignité et d'autonomie

79. Le droit international des droits de l'homme ne définit pas les termes autonomie et dignité. Les instruments de protection des droits de l'homme dans le contexte de la bioéthique n'apportent aucune précision. L'incertitude quant au contenu exact de ces concepts rend plus difficile la détermination de leur portée respective et des relations qu'ils entretiennent. Cependant, les éléments d'une définition de ces concepts peuvent être recherchés, d'une part au sein des différents courants philosophiques qui ont permis la maturation de ces notions, et d'autre part au sein des travaux préparatoires qui ont accompagné l'adoption des instruments internationaux de protection des droits de l'homme en matière de bioéthique.

A. La dignité humaine

80. L'apparition historique du concept de dignité et la maturation dont il fit l'objet dans différents discours philosophiques présentent des éléments permettant d'affiner sa définition. Sa consécration internationale et la fonction attribuée à ce concept dans le système des droits de l'homme comme dans le droit de la bioéthique permettent d'en préciser la portée.

1. L'apparition et la maturation du concept de dignité

81. À notre connaissance, la première définition formelle du concept de dignité remonte, dans la Rome antique, à l'époque cicéronienne. Cicéron, que l'on évoque pour avoir inventé l'humanisme philosophique, donne, dans *de Inventionne II*¹⁸³, une définition de la *dignitas* : « *dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas* »¹⁸⁴ ; « *La dignité consiste en une influence honorable, qui mérite les*

¹⁸³ Le texte complet de *De Inventionne II* est disponible en ligne sous le lien : <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventionne2.shtml>

¹⁸⁴ CICÉRON, *De Inventionne II*, 2, maxime 166 : <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventionne2.shtml>

hommages, les marques d'honneur et le respect »¹⁸⁵. Pour Cicéron, qui proclamait la vertu du doute, l'absence de certitude dogmatique quant à l'existence du divin renvoie le citoyen de la Rome républicaine à une construction permanente du monde humain qui passe par des devoirs pratiques et une éthique de l'honnêteté et de la mesure¹⁸⁶. Dans cette conception, se découpe la silhouette d'une dignité fondée sur une responsabilité citoyenne, une idée dont l'actualité atteste la longue continuité idéologique du monde occidental¹⁸⁷ : « *L'être humain vit en société, en cité. Il considère tous ces semblables comme des fins, qu'il préfère au besoin à lui-même. Cette doctrine [...] lie la dignité à la caritas et à l'amitié. [...] Chaque individu cherche la liberté des autres ; la cité doit lui fournir les possibilités nécessaires pour atteindre un tel but* »¹⁸⁸. La dignitas est toutefois une qualité exclusive du citoyen romain¹⁸⁹. On aperçoit ici la fonction du concept de dignité qui se présente comme la « *valorisation relative d'une entité par rapport à une autre en fonction d'un principe discriminatoire qui change selon les sociétés et qui peut se décliner selon les titulaires auxquels on accorde cette préséance* »¹⁹⁰.

82. Le concept de dignité reçut une influence décisive grâce au développement de la religion chrétienne. Au sein de l'Ancien Testament et dans la religion hébraïque, seul le peuple occupe la place de sujet¹⁹¹. L'apport de la doctrine chrétienne réside dans la complétion de la pensée juive par la pensée rationaliste grecque¹⁹². L'Imago Dei et l'incarnation du Christ en l'humanité fondent la dignité des membres de l'espèce humaine¹⁹³. Le lien entre dignité et responsabilité s'estompe au profit d'une dignité

¹⁸⁵ PAULIAT (H.), « De la dignitas à la dignité », in *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges (Pulim), Boulac, 2006, p.30

¹⁸⁶ DORAY (B.), *La dignité : les debouts de l'utopie*, La Dispute, Paris, 2006, p.42.

¹⁸⁷ BIOY (X.), « La dignité : question de principes », in textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges, Boulac, 2006, pp.48-64.

¹⁸⁸ MICHEL (A.), « La dignité humaine chez Cicéron », in MAGNARD (P.) s.d., *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne (Paris-IV) en novembre 1992, Honoré Champion, Paris, 1992, p.20 et s.

¹⁸⁹ PAULIAT (H.), « De la dignitas à la dignité », in *Op. cit. Justice éthique et dignité*, p.31 : La dignitas est « *une garantie absolue, le sentiment d'appartenir à une classe qui implique un certain mérite, mais qui, par là même, impose un indiscutable respect. (...) On voit à l'époque cicéronienne, la différence entre ce qui peut être licite envers des étrangers, mais interdit envers un Romain, investi de la dignitas inhérente à sa condition* ».

¹⁹⁰ BIOY (X.), « La dignité : question de principes », in *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges, Boulac, 2006, p.49

¹⁹¹ DEBERGE (P.), « La notion de personne dans la bible », in III^e journées d'étude : la personne humaine, Univ. Toulouse I et Institut catholique de Toulouse, 9 octobre 1997, cité par BIOY (X.), « La dignité : question de principe », in *Justice éthique et dignité*, op.cit., p.54. « *L'élection du peuple juif se comprend comme une reconnaissance particulière, une dignité dont la contrepartie est une immense responsabilité pour l'humanité tout entière* ».

¹⁹² *Ibid.* p.57

¹⁹³ Selon cette doctrine, « *origine et fin étant communes à tous, tous les hommes participent également à la dignité qu'elles fondent : C'est l'affirmation de l'égalité de tous les hommes dans une même dignité, telle que*

exclusivement ontologique, c'est-à-dire que chaque homme est considéré comme un être digne¹⁹⁴. Le gigantesque débat « *sur les sublimes mystères de la théologie chrétienne, sur les questions les plus profondes de la philosophie et sur des doctrines inconnues* »¹⁹⁵, organisé à Florence par Pico della Mirandola¹⁹⁶ au XVe siècle, permet à la réflexion sur la dignité humaine de prendre un tournant décisif. Pico della Mirandola met en doute que la nature humaine soit de bout en bout un chef d'œuvre du divin créateur. Il insiste au contraire sur le décalage de l'humain d'avec les formes déjà données par la nature. Pour lui l'homme est doué d'une *énergie créatrice autogène*¹⁹⁷. « *L'accent est alors mis sur l'absence de détermination essentielle de l'homme, sur ce choix de lui-même par lequel il n'est que ce qu'il se fait dans son devenir volontaire* »¹⁹⁸. Ici peut-être, sont identifiés pour la première fois les liens complexes existant entre dignité humaine et autonomie de la volonté conçue comme force créatrice autogène.

83. L'école du droit naturel, qui, à partir de la renaissance, redécouvre le droit romain classique intègre l'ontologie et la métaphysique à l'étude du *droit des gens*. Bien que la notion de dignité apparaisse dans les écrits de De Vattel ou de Grotius¹⁹⁹, son sens ne diffère pas de celui qu'elle prenait à l'époque de Cicéron. Cependant, De Vattel établit un lien intéressant entre la dignité et la souveraineté et utilise à ce propos une métaphore qui révèle la conception ontologique du droit propre aux défenseurs du droit naturel²⁰⁰. L'école espagnole du *nouveau droit des gens* va plus loin avec Francisco de Vitoria et Francisco Suarez qui anticipent, dans la pensée juridique, l'apport de la philosophie kantienne. Pour Vitoria en effet, « *de même qu'il ne peut y avoir de liberté sans intelligence, on ne peut pas concevoir qu'il y ait des devoirs sans droits — droits et devoirs*

Saint Paul la formule dans l'épître aux Galates (III, 28) : « *il n'y a plus ni juif, ni grec, il n'y a plus ni esclave, ni homme libre* » ». cf. SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3e éd., PUF, Paris, 1997, p.36

¹⁹⁴ BIOY (X.), « La dignité : question de principe », in PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), *Justice éthique et dignité*, op. cit., p.56

¹⁹⁵ HERSANT (Y.), « préface à Giovanni Pico della Mirandola », *De la dignité de l'homme*, Édition l'Éclat, Nîmes 2002.

¹⁹⁶ Giovanni Pico della Mirandola (24/02/1463 -17/11/1494) a pour projet de « *refonder la dignité de l'homme non pas sur une abondance de dons garantis qui ferait de lui l'enfant gâté de l'œuvre divine, mais sur son contraire* ». ; cf. *Ibid.*

¹⁹⁷ DORAY (B.), *La Dignité : les debouts de l'utopie*, op. cit. p.46

¹⁹⁸ QUERON (J.), *Pic de la Mirandole. Contribution à la connaissance de l'humanisme philosophique renaissant*, université de Provence, 1986, p.41

¹⁹⁹ GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (de jure pacis et belli)*, traduit du latin par P. Pradier-Fodéré, Quadrige/PUF, Paris, 2005, 868 p.

²⁰⁰ DE VATTEL (M.), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, tome 2, p.310. « *La dignité souveraine mérite, dans la Société des Nations, une considération distinguée. Nous avons montré que la dignité des nations indépendantes est essentiellement la même ; qu'un prince faible, mais souverain, est aussi bien souverain et indépendant que le plus grand monarque, comme un nain n'est pas moins homme, qu'un géant* ».

étant innés »²⁰¹. L'école espagnole du droit des gens définit ainsi le devoir comme « la norme de l'intelligence appliquée à la liberté, Le devoir nous fait tendre à une fin ; le droit nous offre les moyens d'y parvenir »²⁰². De plus, « l'application de son raisonnement à la liberté extérieure est la source du droit qui, par conséquent, est inhérent à l'individu et se fonde sur sa personnalité dans ses rapports avec ses congénères »²⁰³. Une telle conception n'est pas éloignée de certains écrits actuels²⁰⁴. Enfin, Vitoria considère qu'étant donné que « les humains sont des êtres créateurs, qu'ils sont des causes "secondes libres et que leur personnalité s'étend aux effets qu'ils produisent", ils ont tous des droits à la mesure de leurs facultés. C'est de cela que doit se charger la justice (équitable, distributive) : de reconnaître cette nature, semblable pour tous, de résoudre cette équation, de concrétiser cette équité »²⁰⁵. Les défenseurs contemporains de cette thèse lient directement le principe de respect de la dignité, avec les objectifs et la fonction primordiale du droit naturel. En effet, pour Ernst Bloch, dans son ouvrage *Droit naturel et dignité humaine* : « L'utopie sociale visait au bonheur de l'homme, le droit naturel à la dignité humaine. L'utopie dépeignait des rapports dans lesquels les opprimés et les exploités cessent d'exister ; le droit naturel construisait des rapports où il n'y a plus ni humiliés ni offensés »²⁰⁶.

84. La philosophie des Lumières ne fait pas grand cas de la notion de dignité. Celle-ci, encore trop fortement marquée du sceau de la religion, n'a pu d'un seul pas franchir la frontière internormative entre la théologie et la philosophie politique. L'individualisme des Lumières s'accommode mal du caractère transcendant de la dignité qui apparaît comme liberticide²⁰⁷. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁰⁸ et celle de

²⁰¹ MORATIEL VILLA (S.), « L'école espagnole du nouveau droit des gens », *RICR*, n° 797, septembre-octobre 1992, p.430. Article disponible en ligne sur le site du CICR :

<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH8C>

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ Stéphane BAUZON, dans son ouvrage *La personne biojuridique*, développe l'idée selon laquelle la « relationnalité » de la personne humaine, sa capacité à entrer en relation avec autrui fonde la dignité humaine comprise comme une « densité ontologique ». cf. BAUZON (S.), *La personne biojuridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2006, 192p.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, coll. Critique de la politique, 1976, p.13

²⁰⁷ Paul Martens s'interroge sur la jurisprudence du Conseil d'État en matière de « lancer de nain » : « Les arrêts du Conseil d'État (...) ont surmonté l'objection déduite du droit du nain à la libre disposition de sa personne en désignant comme titulaire du droit au respect de la dignité humaine, non la personne concernée, mais la communauté humiliée des personnes de petite taille et, en sous-entendant que la dignité des spectateurs était elle aussi en cause. Cette jurisprudence marque une rupture avec une conception individualiste des droits de l'homme. Il ne s'agit plus de droits reconnus à l'individu, mais de droits contre l'individu. Une telle conception rejoint le communautarisme : elle procède d'une logique qui accorde la prééminence du collectif sur l'individuel. (...) Ne peut-on y voir [dans la consécration de cette conception de la dignité par le Conseil d'État] l'amorce d'une nouvelle conception holiste et l'apparition d'un bien commun au nom duquel les libertés individuelles peuvent être obscurcies ? », MARTENS (P.), *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Bruxelles, 2003, pp.75 et s. ; Dans le même sens, voy. JORION

1791²⁰⁹ font référence aux « dignités », au sens cicéronien de charge ou d'office rétribuant un mérite. Parmi les philosophes des Lumières, les philosophes italiens de l'école de Milan²¹⁰ et principalement Cesare Beccaria préfigurent la conception kantienne de la dignité humaine et les relations complexes entre la loi, la dignité et la liberté. Dans un cours passage, d'une brûlante actualité, Beccaria énonce un principe capital²¹¹ pour la compréhension de sa pensée : « *il n'y a plus de liberté dès lors que les lois permettent qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être une personne pour devenir une chose* »²¹². Il révèle ainsi un aspect fondamental de la portée du concept de dignité humaine : le refus de la réification.

85. Sans doute doit-on à Emmanuel Kant le travail le plus conséquent sur le concept de dignité humaine. Le philosophe allemand puise de son analyse de la relation entre la liberté et la loi morale naturelle une définition de la dignité humaine. La dignité est une loi morale universelle des êtres rationnels, un impératif catégorique qui implique une obligation de comportement : « *agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien en ta personne qu'en celle d'autrui toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen* »²¹³. Il précise qui est titulaire de cette dignité : « *Dans le règne des fins, tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité* »²¹⁴. Il lie ainsi à l'idée de dignité celle de singularité radicale et d'altérité, mais également et surtout à la faculté particulière des êtres rationnels ; celle de s'extraire de la causalité naturelle, d'être « *un membre*

(B.), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », RDP, 1999, p.231 et s.

²⁰⁸ L'Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « *La loi est l'expression de la volonté générale. [...] Tous les citoyens, étant égaux à ces yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

²⁰⁹ L'Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791 dispose que : « *Les électeurs nommeront [...] un citoyen éligible [...], auquel ils donneront [...] un mandat spécial borné à la seule fonction d'élire le citoyen qu'il jugera [...] le plus digne d'être régent du royaume* ».

²¹⁰ Les frères Pietro et Alessandro Verri et Cesare Beccaria notamment ont commencé à théoriser la relation dialectique entre dignité et liberté. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette sensibilité particulière au concept de dignité : le rayonnement de l'Église de Rome, l'écho du travail critique du colloque organisé deux siècles plus tôt par Pico Della Mirandola, l'occupation napoléonienne qui leur permit d'apprécier avec un regard critique le régime français.

²¹¹ PIRES (A. P.), « L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol.2 La rationalité pénale et naissance de la criminologie*, Larcier, Belgique, 2008, p.127

²¹² BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par CHEVALIER (M.), introduction et notes VENTURI (F.), Éd. Droz, Paris, 1965, p.73 §40

²¹³ KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction DELBOS (V.), Delgrave, Paris, réédition 1981, p.160

²¹⁴ *Id.*

législateur dans le règne des fins »²¹⁵, d'être son propre législateur, c'est-à-dire un être libre. La dignité se présente donc en définitive comme une qualité inhérente à la condition de l'être humain, c'est-à-dire, un être rationnel capable de reconnaître en lui-même la loi morale universelle de respect envers sa propre humanité comme envers celle des autres. Il précise ainsi que « *la moralité, et l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité* »²¹⁶. Cependant, la philosophie de Kant a reçu récemment de vives critiques, son système²¹⁷ pouvant être qualifié de paralogique²¹⁸. Récemment, le courant relativiste, en philosophie, renverse le système kantien en faisant de l'autonomie le centre de leur système de pensée²¹⁹.

86. L'histoire de la longue maturation de la notion de dignité démontre sa perpétuelle réactualisation en fonction des menaces qui peuvent peser sur son inconditionnel respect. Ces menaces naissent des rapports que l'homme entretient avec ses congénères, lui-même et son environnement et qui sont induits par le développement des diverses activités humaines. En ce sens, la notion de dignité participe au processus d'humanisation autant qu'elle s'en enrichit. Parce qu'elle implique l'inconditionnel respect de la personne, elle est « *la résultante d'un incessant agir civilisationnel* »²²⁰ pris dans un devenir historico-social. Une telle conception de la dignité rappelle la théorie de l'imaginaire juridique d'Ernst Bloch et amène à penser que cette dignité présente une qualité particulière, celle de contenir une forme de *juridicité immergée*²²¹. Pour lui, d'ailleurs, « *l'histoire du droit et l'histoire de la doctrine du droit naturel se conjuguent dans une herméneutique de lecture (une interprétation) émancipatrice* »²²². Ernst Bloch projette ainsi « *le droit naturel vers l'imaginaire d'un "droit" que nous réalisons dans notre lutte pour marcher debout.*

²¹⁵ Ibid. p.153

²¹⁶ Id.

²¹⁷ Pour Kant en effet, « *le Devoir, l'impératif catégorique, la loi morale est là présente. Elle est là, intérieure à moi, comme le ciel étoilé est là, extérieur à moi. Je n'ai point à les « conjecturer » ; « je les vois devant moi, immédiatement liés à la conscience de mon existence. La loi est un fait de la raison, non pas un fait empirique, mais le fait unique de la raison pure, laquelle s'annonce par là comme source originare de législation* ». In Synthèse de la Critique de la raison pratique, I, 1, §7, in VIALATOUX (J.), *La morale de Kant*, PUF, Paris, 1956 ; Lucien Sève précise à ce titre que pour Kant, la loi morale « *n'est pas l'obéissance à la factualité de décrets extérieurs, mais bien l'assentiment interne à des valeurs inconditionnelles* ». SÈVE (L.), *Qu'est-ce que la personne humaine ?*, op. cit., p.18

²¹⁸ DORAY (B.), *La Dignité ; les debouts de l'utopie*, op. cit. p.95. Les auteurs considèrent en effet que le système kantien apparaît comme « paralogique » dans la mesure où il « *n'a comme fondation que la pointe fragile d'une expérience mystique ininterrogeable et qui condense ce que le système qu'elle porte dénierait presque jusqu'au bout, à savoir la valeur de l'expérience et de la sensibilité dans l'entendement du monde* ».

²¹⁹ cf. SINGER (P.), *Practical Bioethics*, op. cit. ; ENGELHARDT (T.H. Jr.), *The Foundation of Bioethics*, op. cit.

²²⁰ SÈVE (L.), *Qu'est-ce que la personne humaine ?*, op. cit., p.20

²²¹ Sur le concept de *juridicité immergée*, voy. Notamment CALVO (J.), « *Identité culturelle et ethnologie juridique* », in *Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, vol.13, 2000, p.432 et BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, coll. Critique de la politique, 1976, p.13 et s.

²²² MELKEVIK (B.), *Considérations juridico-philosophiques*, Presses Universitaires de Laval, coll. Dikè, Québec, 2005, p.80

Autrement dit, le droit naturel imaginaire ne se réalise que dans (et par) des luttes concrètes et réelles »²²³. Cette juridicité immergée du concept de dignité est l'un des facteurs permettant d'expliquer sa consécration progressive dans l'ordre juridique international comme dans les ordres constitutionnels nationaux.

2. La consécration du principe juridique de dignité en droit international

87. Le Code de Nuremberg n'en fait pas mention, néanmoins, le jugement du tribunal militaire ayant eu à connaître du procès des médecins nazis « affirme la dignité de la personne humaine, dans son essence même, en interdisant qu'elle soit traitée comme un objet, quels que soient les circonstances et les buts poursuivis »²²⁴. La première référence à la dignité dans un instrument juridique international se trouve dans le Préambule de la Charte des Nations Unies²²⁵ du 26 juin 1945 et sera reprise par la Déclaration universelle des droits de l'homme²²⁶. Cette dernière y consacre son premier article : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »²²⁷.

88. Le droit international de la bioéthique consacre la dignité au rang de principe juridique duquel découlent certains droits. Négociées et adoptées sous l'égide de l'UNESCO²²⁸ trois déclarations universelles²²⁹ posent les fondations de ce système en

²²³ *Id.* p.79-80 Ernst Bloch semble ainsi inspirer certaines réflexions actuelles en philosophie du droit.

François D'Agostino, qui insiste sur l'idée selon laquelle « la lutte pour la dignité acquiert, en somme, un statut analogue à celui qu'avait il y a un siècle, la lutte pour le droit aux yeux du grand Rudolf Jhering. En effet, tout comme le droit qui risque toujours d'être réduit à un formalisme normatif creux, la dignité est elle aussi toujours soumise au risque d'une sorte d'implosion capable de la vider de tout sens pour ne laisser finalement d'elle qu'une désolante et stérile image ». In D'AGOSTINO (F.), *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit*, coll. Diké, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2005, p.46

²²⁴ LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Que Sais-Je, Paris, 2e éd., 2004, pp.22-23

²²⁵ Préambule de la Charte des Nations-Unies, 26 juin 1945 : « résolu à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ».

²²⁶ Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies le 10 décembre 1948 : « considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

²²⁷ Article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, in LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Le droit international de la bioéthique*, PUF, Que Sais-Je, Paris, 1998, p.6

²²⁸ Le Préambule de l'Acte constitutif de l'UNESCO invoque « l'idéal démocratique de dignité, d'égalité et de respect de la personne humaine » et précise « que, la dignité de l'homme exigeant la diffusion de la culture et de l'éducation de tous en vue de la justice, de la liberté et de la paix, il y a là, pour toutes les nations, des devoirs sacrés à remplir dans un esprit de mutuelle assistance ». Le texte complet de l'Acte constitutif de l'UNESCO est disponible sur le site <http://portal.UNESCO.org>

²²⁹ La Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme, adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 29e session de la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997. L'Assemblée générale des Nations Unies adoptera cette déclaration par la Résolution A/RES/53/152 du 9

construction. Au sein de ces Déclarations, le principe de respect de la dignité humaine se voit accorder une place d'une particulière importance. Il apparaît de manière désormais classique, dans les préambules des déclarations où il joue le rôle de fondement éthique des règles juridiques²³⁰. Cependant, les Déclarations du droit international de la bioéthique consacrent également le respect de la dignité humaine comme un objectif²³¹ principal des normes juridiques qui réglementent les activités biomédicales. Enfin, ces déclarations offrent une force opératoire au principe de respect de la dignité humaine et l'élèvent au rang de principe juridique, en l'insérant dans une norme de nature juridique et en s'assurant qu'il produise des effets en l'assortissant de règles procédurales²³². La déclaration ne laisse aucun doute sur la positivité et la juridicité des principes qu'elle contient²³³. On constate ainsi un double mouvement initié par le droit de la bioéthique : d'une part celui-ci judiciarise²³⁴, par répétition et convergence, un certain nombre de principes appartenant au champ de l'éthique, et, d'autre part, il renforce l'appréciation éthique du contenu des droits fondamentaux²³⁵. De même dans le cadre du système européen de protection des droits de l'homme, le concept de dignité se voit reconnaître une place prépondérante.

décembre 1998, 53e session. La *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*²²⁹ adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 32e Conférence générale de l'UNESCO le 16 octobre 2003 et de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* adoptée par acclamation lors de la 33e session de la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005.

²³⁰ Le préambule de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'Homme* souligne que les recherches sur le génome humain et les applications qui en découlent « doivent en même temps respecter pleinement la dignité ». Le préambule de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* précise que « la collecte, le traitement, la conservation des données génétiques humaines peuvent présenter des risques pour le respect et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le respect de la dignité humaine ». Enfin le préambule de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* reconnaît que « les questions éthiques que posent les progrès rapides des sciences et leurs applications technologiques devraient être examinées compte dûment tenu de la dignité de la personne humaine et du respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

²³¹ La *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* dispose en son article 2 : « la présente déclaration a pour objectif : (c) de contribuer au respect de la dignité humaine et de protéger les droits de l'homme, en assurant le respect de la vie des êtres humains, et les libertés fondamentales, d'une manière compatible avec le droit international des droits de l'homme » ; l'article 1^{er} de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* dispose : « la présente déclaration a pour objectif d'assurer le respect de la dignité humaine et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation des données génétiques humaines, des données protéomiques humaines et des échantillons biologiques à partir desquels elles sont obtenues... ».

²³² L'article Article 3 al. 1 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*, figurant dans le titre intitulé « principes » dispose : « La dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectés ».

²³³ Article 3 al.1 a. de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* « À l'intérieur du champ d'application de la présente Déclaration, les principes ci-après doivent être respectés par ceux à qui elle s'adresse, dans les décisions qu'ils prennent ou dans les pratiques qu'ils mettent en œuvre ».

²³⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit : éléments d'analyse du système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 2005, p.305 et s.

²³⁵ *Ibid.* p.307

89. Toutefois, aucune définition formelle ou matérielle de la dignité humaine ne figure dans les instruments de protection des droits de l'homme. Bien qu'elle apparaisse comme « *l'invariant majeur* »²³⁶, le socle sur lequel repose les droits de l'homme en matière bioéthique, un « *impératif juridique catégorique* »²³⁷, les déclarations ne précisent pas, *a priori*, l'étendue de son champ d'application. Il nous semble qu'il s'agit là d'un choix des rédacteurs des déclarations qui s'explique par plusieurs raisons. En premier lieu, il est plus aisé d'obtenir un consensus sur un principe commun si on entoure d'un certain flou²³⁸ sa définition. En second lieu, donner une définition positive et fermée à la notion de dignité aurait pour conséquence de stopper le devenir historico social dans lequel elle se réactualise en permanence comme une notion dynamique. Enfin, l'idée selon laquelle la dignité disposerait d'une « *normativité immergée* », que l'on découvrirait au gré du développement des activités humaines, suppose qu'on ne puisse la définir que de manière négative en fonction des violations dont elle fait l'objet. En définitive, la dignité humaine présente à la fois une dimension immuable qui insiste sur le nécessaire respect dû à l'être humain, et à la fois une dimension dynamique qui l'adapte aux nouvelles menaces dont elle peut faire l'objet. Les différentes déclarations semblent confirmer cette hypothèse. En effet, plusieurs dispositions offrent des indices quant à la place du principe de dignité humaine. L'article 3 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* qui traite du principe de dignité dispose en son second alinéa 2 : « *Les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société* ». Cette formulation implique un principe de primauté de la personne humaine²³⁹.

90. Néanmoins, il faut remarquer que « *si le principe de dignité tend à se définir, de manière très générale, comme induisant l'obligation de traiter l'homme comme un sujet et non comme un objet, la détermination du sujet de la protection est beaucoup plus floue* »²⁴⁰. En effet, le droit positif offre à l'observateur un éventail déroutant de termes

²³⁶ BEDJAOUI (M.), « De la dignité humaine aux principes de bioéthique : décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme », in s.d. BYK (C.), *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, p.67

²³⁷ GABORIAU (S.), « Avant-propos », in *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges (Pulim), Boulac, 2006, p.16

²³⁸ CAYLA (O.), « Dignité humaine : le plus flou de tous les concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003 : l'auteur qualifie la dignité de « *plus flou de tous les concepts* » et il remarque que le principe de dignité est un « *abracadabra dont la prolifération liturgique accompagne l'édiction de toute loi pour fonder symboliquement l'autorité de celle-ci grâce au ressort magique de sa forme sacré* ».

²³⁹ SEBAG (V.), *Droit et bioéthique*, Larcier, Bruxelles, 2007, p.69 ; pour l'auteur, ce principe de primauté de la personne humaine semble indiquer qu'en « *cas de conflit d'intérêts qui opposerait des droits patrimoniaux à des droits extrapatrimoniaux, ces derniers, en ce qu'ils sont associés à la personne, doivent être considérés comme supérieurs aux premiers* ».

²⁴⁰ MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1999, p.32

désignant tous, *a priori*, « le sujet humain du dispositif normatif »²⁴¹. Ainsi, Les textes internationaux « se caractérisent par la référence symbolique au concept général de personne humaine en ce qu'il englobe tout à la fois l'idée d'individu sans la mettre en avant, l'idée d'humanité sans en faire un tout, l'idée de communauté comme facteur de construction de l'identité personnelle, sans lui accorder de préséance ; également elle englobe les deux sexes »²⁴². À ce titre, Xavier Bioy discerne dans le droit international de la bioéthique une « oscillation du sujet (...) entre être humain et personne humaine »²⁴³. Dans ce cadre, la référence à l'être humain permet une identification de l'être au corps, tandis que la référence à la personne est présentée « comme la valeur au nom de laquelle le droit protège l'être humain »²⁴⁴. Ce faisant, le système des droits de l'homme semble rompre avec la conception classique dans laquelle ces droits ne s'adressaient qu'à l'individu, « sujet politique et catégorie désincarnée », pour s'intéresser « au contact de la médecine et des biotechnologies, à l'homme en chair, rappelant le corps au-devant de la scène »²⁴⁵. Pierre Murat situe la distinction entre personne humaine et être humain sur le plan de l'essence et de l'existence²⁴⁶. Il faut noter cependant que c'est la valeur donnée à la qualification de l'action, de l'existence, qui étoffe et renseigne sur la valeur reconnue à l'essence de l'homme juridique, sa dignité. La personne humaine est un concept qui englobe celui d'être humain, « sujet/objet corporel du droit de la bioéthique »²⁴⁷, pour le placer dans un contexte social. En ce sens, « personnification juridique de l'être humain et humanisation de la personne juridique se télescopent sous le signe du concept de personne humaine »²⁴⁸.

91. Cette oscillation du sujet de la protection, entre l'être humain et la personne humaine, emporte une conséquence sur la nature et le rôle du principe juridique de respect de la dignité humaine. En effet, celui-ci pourra revêtir, tantôt le caractère d'un droit

²⁴¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, p.3 Pour l'auteur, « l'affirmation de la présence dans les discours juridiques de la figure de la personne humaine, s'opère dans un contexte où coexistent d'autres termes désignant eux aussi des sujets réels ou potentiels du droit : l'être humain, l'Homme, l'humanité, les "personnes" "physiques", "morales", les "chacun", "tous", "en sa personne" ou "en son corps", sans oublier le "non-sujet" qui n'est "personne" ».

²⁴² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit. p.84

²⁴³ Id, p.90

²⁴⁴ Id.

²⁴⁵ BYK (C.), « Progrès scientifiques et droits de l'homme : la rupture », *Rev. Trim. Dr. H.* n° 54, 2003, pp.375 et s.

²⁴⁶ MURAT (P.), « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique. À propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 », *Droit de la famille* sept. 1997, p.5 : « Les qualifications de personnalité juridique et d'existence humaine sont en définitive de nature assez différente, quoiqu'elles forment l'une et l'autre l'homme comme être juridique : la personnalité est tournée vers l'action ; la qualification d'être humain vers l'essence ».

²⁴⁷ Id.

²⁴⁸ Ibid. p.150

subjectif lorsqu'il concernera la personne humaine, tantôt le caractère d'un droit objectif lorsqu'il sera attaché à la protection de l'être humain qui n'est pas une personne. Ainsi, pour conclure, on peut considérer que « *la dignité de la personne humaine repose sur la dignité de l'être humain, mais la dépasse en lui adjoignant la dignité propre à la personne, celle de l'intégration sociale, du rôle social que consacre l'attribution de la personnalité juridique proprement dite, la qualité de sujet de droit* »²⁴⁹.

92. En toute hypothèse, la dignité humaine est un principe essentiel du droit de la bioéthique. Certains auteurs ont pu considérer ce principe comme cardinal²⁵⁰, d'autres, telle Mireille Delmas Marty, établissent une distinction entre le droit à la vie « *qui renvoie à l'homme biologique* »²⁵¹ et le droit à la dignité « *qui fonderait cet « irréductible humain » qui se cherche dans le processus d'humanisation* »²⁵². Elle constate à partir de cette distinction qu'une hiérarchie existe entre les droits « *à protection absolue* », qui ne souffrent aucune limitation, et les autres droits, assortis soit de dérogations, soit d'exceptions ou de restrictions. Elle remarque ainsi que le droit à la vie comporte des exceptions, telles que la peine de mort, la légitime défense ou la possibilité de tuer un ennemi en temps de guerre, tandis que la dignité n'en comporte aucune dans la mesure ou l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ne souffre aucune limitation même temporaire, par exemple en cas de guerre²⁵³. Nous verrons cependant que cette appréciation doit être relativisée notamment eu égard aux dérogations procédurales organisées en faveur du principe d'autonomie de la personne ou de liberté de la recherche scientifique qui peuvent donner l'impression d'excréter ou de dessécher le principe de dignité de sa substance²⁵⁴.

3. La fonction et la portée du principe juridique de dignité humaine

93. La consécration du principe de respect de la dignité humaine induit deux conséquences quant à sa portée symbolique pour le droit de la bioéthique et pour le système des droits de l'homme. Celui-ci, en effet, justifie autant la *summa divisio* entre les

²⁴⁹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, p.370. « Ainsi le concept de personne humaine semble rassembler en une universalité les éléments qui font le sujet de droit : son individualité physique et sociale, sa socialisation par le corps et par sa capacité relationnelle ».

²⁵⁰ MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits de fondamentaux*, pp.39 et s., pp.68 et s.

²⁵¹ DELMAS-MARTY (M.), « Certitudes et incertitudes du droit », in *Le clonage humain*, s.d. ATLAN (H.), AUGÉ (M.), DELMAS-MARTY (M.), DROIT (R.-P.), FRESCO (N.), Éd. Seuil, Paris, 1999, p.74

²⁵² *Id.*

²⁵³ *Ibid.* p.75

²⁵⁴ *Infra*, Section 2 §2 de ce chapitre.

personnes et les choses qu'il la remet en cause. D'autre part, le principe de dignité remplit, dans le système du droit international de la bioéthique, une fonction de fondement axiologique. Enfin, la consécration de ce principe emporte l'interdiction de trois types de pratiques dans le traitement de l'être humain et de la personne humaine : le rejet de la discrimination, l'interdiction de l'instrumentalisation de la personne humaine et l'interdiction de la réification de l'être humain.

94. En premier lieu, le principe de dignité est doté d'une portée symbolique contradictoire. Le principe de dignité humaine est un principe ségrégationniste dans la mesure où il distingue deux classes d'êtres vivants : l'homme digne et le reste du monde animal qui ne l'est pas²⁵⁵. Il s'appuie ainsi, du point de vue ontologique, sur la pensée de Descartes et sur le dualisme des substances²⁵⁶. Le principe de dignité est un principe de valorisation, c'est-à-dire qu'il surdétermine ce qu'il qualifie par rapport à ce qu'il ne qualifie pas. À ce titre, la dignité est avant tout l'apanage de l'humanité et celui de chacun de ses membres. L'article premier de la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme peut sûrement être interprété en ce sens. En effet, celui-ci dispose que « *le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* »²⁵⁷. Toutefois, si le principe de dignité justifie l'octroi de la personnalité juridique aux êtres humains vivants, il perturbe néanmoins la conception classique de la *summa divisio* entre les personnes et les choses. Le facteur principal de cette perturbation repose sur l'oscillation entre l'être humain et la personne dans la détermination du sujet de cette dignité. Ainsi, alors que le régime de protection de la dignité de la personne humaine est subjectif et repose principalement sur le consentement informé, celui associé à la protection de l'être humain est objectif et repose sur un régime d'interdictions de certaines pratiques à son égard. Dès lors, il apparaît que le droit international de la bioéthique ne dissocie pas seulement les statuts des êtres vivants

²⁵⁵ SCHAFFER (), *La fin de l'exception humaine*, Gallimard, Paris, 2007, pp.15-35

²⁵⁶ Descartes distingue parmi les choses de la nature les *res cogitans*, c'est-à-dire la parcelle d'âme divine en chacun ou l'esprit, des *res extensa*, c'est-à-dire les corps ou les supports exclusivement biologiques de la vie. Les travaux de Giorgio Agamben démontrent que cette distinction entre l'être et l'agir remonte bien plus profondément dans la culture de l'occident et trouve son origine au fondement de la pensée chrétienne. Ensemble, être et agir, forme une théologie du pouvoir politique. cf. AGAMBEN (G.) *Le règne et la Gloire, Homo sacer III*, Le Seuil, Paris, pp.5-25 ; voy. Ég. *Infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2

²⁵⁷ Mireille Delmas-Marty critique la formulation de cet article, car il présente le risque d'exclure *a contrario* la dignité d'être né suite à des manipulations génétiques. Donner un fondement biologique à la dignité humaine ne lui apparaît pas seulement comme dangereux, mais également comme contraire à l'esprit de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. En effet, pour cet auteur, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* « *ne se donne pas un fondement biologique : à l'évidence les hommes ne naissent pas libres et égaux dans la nature, mais ils sont "reconnus" tels quant à leur dignité et leurs droits* ». cf. DELMAS-MARTY (M.), « Certitudes et incertitudes du droit », in *Le clonage humain*, s.d. ATLAN (H.), AUGÉ (M.), DELMAS-MARTY (M.), DROIT (R.-P.), FRESCO (N.), Éd. Seuil, Paris, 1999, pp.69 et s.

dignes et non dignes, mais encore, parmi les êtres dignes il distingue la personne humaine autonome et l'être humain non autonome. En second lieu, le principe de dignité, commun à l'être humain et la personne, est celui par lequel se justifie la reconnaissance d'une obligation éthique dans le traitement social de l'humain. Il est le principe qui légitime les autres principes et le système de droits qui en découle. Il prend ainsi la place d'un principe central qui constitue un fondement axiologique du droit de la bioéthique.

95. Enfin, la reconnaissance de la dignité de la personne et de l'être humain implique l'interdiction de certaines pratiques qui lui sont attentatoires. L'article 2 de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme précise l'inconditionnalité de la reconnaissance de la dignité humaine et interdit de ce fait le réductionnisme génétique²⁵⁸. L'article 6²⁵⁹ de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme et l'article 11²⁶⁰ de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme lient la reconnaissance de la dignité humaine et le principe de non-discrimination. Enfin, l'article 11²⁶¹ de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme interdit les pratiques attentatoires à la dignité humaine en donnant l'exemple du clonage à des fins reproductives. Bien que le texte de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme n'explicite pas les motifs de cette interdiction, les travaux préparatoires à la rédaction de la déclaration et les avis du CIB indiquent que de telles pratiques sont attentatoires à la dignité humaine dans la mesure où elles induisent une instrumentalisation de la personne et une réification de l'être humain, c'est-à-dire le traitement de l'humain comme une chose. En outre, l'article 4 de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme semble exclure de la patrimonialité le génome humain en son état naturel²⁶². Au contraire du principe de dignité qui promeut une conception ontologique de l'Homme et qui fixe dans l'ordre symbolique le régime de l'interdit, le concept d'autonomie de la

²⁵⁸ Article 2 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « (a) Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques. (b) Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ».

²⁵⁹ Article 6 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits individuels et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité ».

²⁶⁰ Article 11 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* : « Aucun individu ou groupe ne devrait être soumis, en violation de la dignité humaine, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une discrimination ou à une stigmatisation pour quelque motif que ce soit ».

²⁶¹ Article 11 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telle que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises. Les États et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente Déclaration ».

²⁶² L'article 4 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « Le génome humain, en son état naturel, ne peut donner lieu à des gains pécuniaires ».

personne n'est pas un principe stabilisateur, mais transformateur, un principe qui fixe le régime de l'agir humain en totale contradiction avec la passivité véhiculée dans le concept de dignité.

B. L'autonomie de la personne

96. Le principe de respect de l'autonomie de la personne est consacré par l'article 5 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme²⁶³. Concernant le droit international de la bioéthique et le système des droits de l'homme, le principe d'autonomie est le principe de liberté²⁶⁴. Ce principe revêt une importance capitale, dans la doctrine philosophique comme dans la doctrine juridique. Définir ce principe n'est pas chose aisée tant il peut s'avérer être un concept subjectif dont l'expérience est, pourtant, partagée universellement. Au sein des droits de l'homme, ce principe occupe une place prépondérante en ce qui concerne la protection de la personne humaine, notamment vis-à-vis des biotechnologies, qu'il s'agisse de la personne subissant une intervention sur son corps à des fins médicales ou scientifiques ou de la personne menant une activité médicale ou de recherche. Le droit international de la bioéthique s'adresse tant aux patients et participants à une recherche qu'aux scientifiques, aux médecins, aux personnels soignants, aux décideurs publics ou aux promoteurs privés de recherches biomédicales ou biotechnologiques.

1. Définitions du principe d'autonomie en doctrine

97. La définition du concept de liberté est un problème philosophique classique. Cette liberté est une préoccupation constante des sociétés humaines. Elle revêt une double nature paradoxale ; à la fois celle d'un fait et celle d'une valeur toujours désirable²⁶⁵. La liberté, « *comme concept et comme réalité individuelle ou sociale ont une histoire et se déploient à travers une histoire* »²⁶⁶. Celle-ci peut se concevoir comme un concept « *néгатif* », qui ne se définit que par « *l'absence de tout ce qui fait obstacle ou empêche (...) [et] selon la nature de cette entrave, le concept se divise en trois sous-*

²⁶³ Article 5 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme dispose que : « L'autonomie des personnes pour ce qui est de prendre des décisions, tout en en assumant la responsabilité et en respectant l'autonomie d'autrui, doit être respectée. Pour les personnes incapables d'exercer leur autonomie, des mesures particulières doivent être prises pour protéger leurs droits et intérêts ».

²⁶⁴ KEMP (P.), « Four Ethical Principles in Biolaw », in *Bioethics and Biolaw*, Vol.II, Copenhague, 2000, pp.13-22.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ MISRAHI (R.), *Qu'est-ce que la liberté ?*, Armand Colin, Paris, 1998, p. p.10

espèces très différentes : la liberté physique, intellectuelle et morale »²⁶⁷. Si la liberté physique est l'apanage des êtres vivants, la liberté intellectuelle et la liberté morale sont spécifiques à la personne humaine. Le principe d'autonomie intègre ses trois conceptions de la liberté. Il entretient à ce titre des liens ténus avec les concepts de volonté, de conscience de soi et d'action. Dans son sens commun, liberté signifie « conforme à la volonté ». Ainsi on peut définir la liberté comme « *un POUVOIR de FAIRE ce que l'on VEUT* »²⁶⁸. Vue sous cet angle, la liberté est la condition de l'éthique, « *l'affirmation de la liberté est la condition préliminaire, la condition de possibilité à la fois de la pertinence de l'interrogation éthique (comment vivre ? Que faire ?) et de la signification de l'action elle-même (qui doit être tenue pour possible)* »²⁶⁹. Éthique et politique comme réflexion et comme action supposent l'affirmation de la liberté humaine. Cette conception, fidèle à Érasme et Descartes, culmine avec la philosophie kantienne où le concept d'autonomie prend un sens spécifique. Kant « *opère le partage entre ce qui est soumis dans le temps et l'espace aux déterminations causales, phénoménales, et de ce qui est puissance de commencer, par sa propre initiative, une série d'actions qui ne relève que de la volonté morale (obéissance à la loi morale, réalisation dans le règne sensible de la nature, et en utilisant ses moyens, du règne intelligible de la liberté, lequel s'anticipe dans l'État de droit sans se confondre avec lui)* »²⁷⁰. L'autonomie se conçoit ainsi comme la possibilité des êtres rationnels de s'autodéterminer, de choisir leur propre loi. Cependant, le libre arbitre procédant de la raison, il ne peut que reconnaître l'impératif catégorique comme une loi morale déjà intériorisée.

98. Une autre tradition philosophique, issue du stoïcisme, refuse le dualisme des substances et le partage en deux ordres de la réalité. Au contraire, cette tradition cherche à comprendre la sphère de l'action humaine à l'intérieur de la nature. Spinoza, défenseur de ce courant, critique la notion de libre arbitre, « *hypothèse plus occulte que toute qualité occulte* », et l'explique comme une croyance : « *les hommes se croient libres pour la seule raison qu'ils sont conscients de leurs actions et ignorants des causes par lesquelles ils sont déterminés* »²⁷¹.

99. Hegel, qui « *se situe au point de rencontre et de critique réciproque de ces deux traditions* », conçoit la liberté comme « *la nécessité comprise* »²⁷² ou comme une action

²⁶⁷ SCHOPENHAUER (A.), *Les deux problèmes fondamentaux de l'éthique*, Gallimard, Paris, 2009, p.47

²⁶⁸ *Id.*

²⁶⁹ MISRAHI (R.), *Qu'est-ce que la liberté ?*, Armand Colin, Paris, 1998, p.8

²⁷⁰ LABICA (G.) s.d. et BENSUSSAN (G.), *Dictionnaire critique du marxisme*, 1982, PUF, Paris, pp.511 et s. sous le titre Liberté/Nécessité.

²⁷¹ SPINOZA, *Éthique II*, Scolie de la proposition 35

²⁷² LABICA (G.) et BENSUSSAN (G.) s.d., *Dictionnaire critique du marxisme*, PUF, Quadrige, Paris, 1999 p.512 (1240p.)

raisonnable rendue possible par l'intériorisation de la nécessité dans le concept de liberté. Marx critique le présupposé « *d'individus sujets abstrait d'une liberté d'indifférence* »²⁷³ et conçoit l'agir humain d'une manière particulière. En effet, « *tout en étant possibilité réelle d'une activité radicalement différente, l'acte de modification propre à l'action humaine dépend des possibilités réelles produites par ces conditions (naturelles et sociales) déjà déterminées* »²⁷⁴. Ainsi conçoit-il la liberté de la volonté comme ne signifiant « *pas autre chose que la faculté de décider en connaissance de cause* ». Il conclut donc que « *plus le jugement d'un homme est libre sur des questions déterminées, plus grande est la nécessité qui détermine la teneur du jugement... La liberté consiste dans l'empire sur nous-mêmes et sur la nature extérieure, fondée sur la connaissance des réalités naturelles : elle est nécessairement un produit du développement historique* »²⁷⁵.

100. En matière de bioéthique, on retrouve le clivage entre les successeurs de Kant et ceux de la tradition opposée. Celui-ci se réactualise et concerne principalement aujourd'hui les philosophies substantialistes ou objectivistes et les philosophies relativistes ou procédurales. Pour les premiers, le concept de dignité doit être considéré comme le fondement du droit de la bioéthique ; tandis que pour les seconds, le concept d'autonomie à lui seul suffit à garantir une protection suffisante à la personne humaine. Pour les premiers, la dignité de l'être humain est inconditionnelle et fonde l'autonomie de la personne. Pour les seconds, l'autonomie procède uniquement de la conscience de soi et de la capacité de faire des choix rationnels. Dans cette perspective, la dignité est relativisée au regard de l'usage que chacun fait de sa liberté. La médiation dialectique de ces positions antagonistes n'a, cependant, pas encore été effectuée. Cette question sera spécifiquement traitée dans la section suivante.

2. Le principe d'autonomie en droit international de la bioéthique

101. Le principe d'autonomie est la traduction du concept de liberté dans le contexte de la bioéthique²⁷⁶. L'autonomie prend des formes différentes selon que la personne concernée est en position de patient moral²⁷⁷ – c'est-à-dire celui qui subit l'action d'autrui,

²⁷³ *Id.* p.513

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw*, Vol.I *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project 1995-1998, Center of Ethics and Law, Copenhagen, et Institut Borja de Bioética, Barcelone, 2000, pp.25-30.

²⁷⁷ Le patient moral est celui dont les actions qu'il subit de la part d'un agent moral peuvent également être sujettes à une évaluation morale.

qu'il s'agisse d'un acte médical ou d'une activité de recherche – où selon qu'il est en position d'agent moral²⁷⁸ – c'est-à-dire celui qui mène une activité de recherche ou intervient médicalement sur une autre personne²⁷⁹. Dans le cas où la personne est patient moral, le respect de son autonomie prendra la forme du respect de sa volonté par une procédure de recueil préalable de son consentement éclairé. Dans le cas où la personne est agent moral, le respect de son autonomie prendra la forme d'une absence d'entrave extérieure à sa liberté physique et intellectuelle. Dans le premier cas, le respect du principe d'autonomie, et donc le recueil du consentement, tend à garantir à la personne d'être une finalité de l'action entreprise et non seulement un moyen de mener celle-ci. En ce sens, le principe d'autonomie s'attache à garantir le respect de la dignité de la personne qui subit l'action. Dans le second cas, le principe d'autonomie assure à l'agent moral la possibilité de fixer lui-même les finalités et les modalités de son action, en ce sens il est marqué par une tendance à s'émanciper de toute fins extérieures à sa volonté.

102. Le droit international de la bioéthique consacre ainsi le principe d'autonomie en le reliant au concept de responsabilité individuelle²⁸⁰. Le droit international de la bioéthique consacre les deux modalités différentes du respect de l'autonomie de la personne : le consentement et l'absence d'entrave. D'une part, les instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine consacrent tous le principe d'autonomie de la personne qui subit l'intervention sur son corps et l'obligation du respect du consentement de celle-ci²⁸¹. D'autre part, ces instruments ont pour objectif « *de reconnaître l'importance de la liberté de la recherche scientifique et des bienfaits découlant des progrès des sciences et des technologies, tout en insistant sur la nécessité pour cette recherche et ces progrès de s'inscrire dans le cadre des principes éthiques énoncés dans la présente Déclaration et de respecter la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales* »²⁸². L'article 12 de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'Homme, qui s'adresse aux promoteurs et aux chercheurs, consacre expressément la liberté de la recherche²⁸³. *

²⁷⁸ L'agent moral est celui dont les actions qu'il mène peuvent être évaluées en termes de bien ou de mal.

²⁷⁹ JEANGENE VILMER (J.-B.), *L'éthique animale*, PUF, Paris, 2008, p.19

²⁸⁰ L'article 5 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, intitulé « Autonomie et responsabilité individuelle » dispose que : « L'autonomie des personnes pour ce qui est de prendre des décisions, tout en assumant la responsabilité et en respectant l'autonomie d'autrui, doit être respectée. Pour les personnes incapables d'exercer leur autonomie, des mesures particulières doivent être prises pour protéger leurs droits et intérêts ».

²⁸¹ L'article 5 alinéa b) et c) de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'Homme* ; L'article 6 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* ; L'article 8 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*

²⁸² Article 2 d) de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*

²⁸³ Article 12 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme* dispose que : « a) Chacun doit avoir accès aux progrès de la biologie, de la génétique et de la médecine, concernant le génome humain, dans le respect de sa dignité et de ses droits. b) La liberté de la recherche, qui est

a. Le recueil du consentement de la personne sur laquelle
porte l'intervention médicale ou la recherche

103. La procédure de recueil du consentement est la technique permettant de garantir le respect de l'autonomie de la volonté de la personne humaine qui subit une intervention sur son corps. Cette procédure prévoit que le consentement doit être personnel, préalable, libre, éclairé et fondé sur des informations suffisantes²⁸⁴. Ainsi, le consentement doit être obtenu « *sans tentative de persuasion par un gain pécuniaire ou autre avantage personnel* »²⁸⁵. Les travaux préparatoires à la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme précisent la portée de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin ou l'expérimentateur. En effet, « *l'individu concerné doit recevoir des informations pertinentes, cohérentes et adaptées à son cas personnel qui lui permettent de prendre une décision et d'accepter ou non un traitement médical, ainsi que de comprendre et d'assumer le diagnostic* ». ²⁸⁶ Le consentement peut être retiré à tout moment et à toute fin sans qu'il en résulte un préjudice ou un désavantage pour la personne²⁸⁷. La procédure de consentement peut s'analyser à la fois comme un élément de protection de l'autonomie de la personne qui subit une intervention sur son corps, et à la fois comme une limite à la liberté du médecin ou de l'expérimentateur²⁸⁸. Enfin, le consentement peut revêtir une forme collective lorsque des recherches sont menées sur un groupe de personnes ou une communauté²⁸⁹.

nécessaire au progrès de la connaissance, procède de la liberté de pensée. Les applications de la recherche, y compris celles en biologie, en génétique et en médecine, doivent tendre à l'allègement de la souffrance et à l'amélioration de la santé de l'individu et de l'humanité tout entière ».

²⁸⁴ L'article 6 alinéa 1 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* distingue très précisément les caractères que doit revêtir le consentement. Il dispose en effet que « *Toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice* ».

²⁸⁵ Article 8 a) de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, Unesco, 16 octobre 2003.

²⁸⁶ *Note explicative sur l'élaboration de l'avant-projet d'une déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique*, Doc. UNESCO SHS/EST/05/CONF.203/4, Paris, 21 février 2005, p.10 §. 66

²⁸⁷ L'article 6 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* prévoit que le retrait du consentement n'a pas à être motivé. L'article 9 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* prévoit les effets du retrait du consentement quant à l'utilisation et le traitement des données et des échantillons biologiques qui ne sont pas dissociés de manière irréversible d'une personne identifiable.

²⁸⁸ Les alinéas 1 et 2 de l'article 6 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* concernent respectivement « *toute intervention médicale* » et « *des recherches scientifiques* » et prévoient qu'elles « *ne doit(vent) être mise en œuvre qu'avec le consentement (...) de la personne concernée* ».

²⁸⁹ L'article 6 alinéa 3 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* prévoit que : « *dans les cas pertinents de recherches menées sur un groupe de personnes ou une communauté, l'accord des représentants légaux du groupe ou de la communauté concerné peut devoir aussi être sollicité. En aucun cas, l'accord collectif ou le consentement d'un dirigeant de la communauté ou d'une autre autorité ne devrait se substituer au consentement éclairé de l'individu* ».

104. Il semble que le consentement soit un élément « *déclencheur* »²⁹⁰ de la procédure médicale puisqu'il est conditionné en premier lieu par une demande de soin et en second lieu par des critères médicaux relatifs à l'opportunité de l'intervention et que seul le médecin est à même d'apprécier. Dans cette perspective, le consentement, comme expression de la volonté, est une condition nécessaire, mais non suffisante à la licéité de l'atteinte à l'intégrité corporelle²⁹¹. En outre, l'emploi du mode impératif, « *ne doit être mise en œuvre* », semble indiquer qu'il s'agit d'une condition *sine qua non* à la licéité de la procédure de soin. Cette exigence n'est pas aussi clairement affirmée dans le cadre d'une recherche scientifique. En effet, le second alinéa de l'article 6 de la Déclaration dispose que « *des recherches scientifiques ne devraient être menées qu'avec le consentement préalable (...) de la personne concernée* ». Ici, l'emploi du mode conditionnel atténue quelque peu l'exigence du consentement préalable. Cependant, le consentement volontaire n'est pas seulement un acte déclenchant de l'acte médical ou de l'atteinte à l'intégrité corporelle dans le cadre d'une recherche ou d'un prélèvement d'échantillon biologique, il se perpétue tout au long du traitement médical, de la recherche ou de l'utilisation des échantillons. Il implique la participation de la personne aux décisions qui concernent son corps et sa santé ou les informations génétiques et échantillons biologiques la concernant²⁹². La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines semble confirmer cette analyse puisqu'elle dispose que le consentement doit être réitéré en cas de changement de la finalité de l'utilisation ou de la conservation des échantillons biologiques prélevés sur la personne concernée²⁹³.

105. En ce qui concerne les personnes incapables d'exprimer leur consentement, le droit international de la bioéthique prévoit un régime spécifique²⁹⁴. Ce régime, fondé sur la représentation légale de l'incapable, délègue au droit interne la détermination de procédures particulières²⁹⁵. Par ailleurs, la détermination des personnes considérées comme incapables relève également du droit interne²⁹⁶. Cependant, les dispositions des

²⁹⁰ EGEA (P.), « Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, s.d. HENNETTE-VAUCHEZ (S.), LGDJ, Paris, EJA, 2006, p.135

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Note explicative sur l'élaboration de l'avant-projet d'une déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique*, Doc. UNESCO SHS/EST/05/CONF.203/4, Paris, 21 février 2005, p.10 §. 67.

²⁹³ Article 16 al. a) de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*.

²⁹⁴ cf. Article 7 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*, article 8 alinéa b) et c) de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, article 5 alinéa e) de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme*.

²⁹⁵ L'article 7 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* dispose que : « *En conformité avec le droit interne, une protection spéciale doit être accordée aux personnes qui sont incapables d'exprimer leur consentement* ».

²⁹⁶ L'article 8 alinéa b) de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, emploie de manière redondante la référence au « *droit interne* » et confirme cette double délégation de pouvoir en faveur

Déclarations de l'UNESCO prévoient que l'autorisation donnée par le représentant légal de l'incapable « *devrait être obtenue conformément à l'intérêt supérieur de la personne concernée* » et que « *la personne concernée devrait être associée dans toute la mesure du possible au processus de décision conduisant au consentement ainsi qu'à celle conduisant à son retrait* »²⁹⁷. Enfin, la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines indique que l'autonomie est une notion relative dont le degré varie d'une personne à l'autre et selon les périodes de la vie de chacun²⁹⁸. Ainsi, le principe d'autonomie doit se conjuguer avec les autres principes du droit de la bioéthique et du système des droits de l'homme, notamment avec le principe de vulnérabilité²⁹⁹ qui justifie un régime spécifique de protection pour les incapables.

106. Toutefois, dans la mesure où aucun des instruments internationaux relatifs à la bioéthique ne définit cette notion « *d'intérêt supérieur de la personne* », on peut légitimement se demander qui déterminera la supériorité de l'intérêt en cause et selon quels critères. Le renvoi au droit interne est à ce titre intéressant. Il appartient au droit interne de déterminer quel est l'intérêt qui prévaut dans ces situations. Concrètement, dans le cas d'une personne atteinte d'une maladie incurable en phase terminale ayant, précédemment à son état de totale vulnérabilité et de dépendance, exprimé le souhait de voir sa vie abrégée, quel intérêt sera-t-il retenu comme supérieur ? La sauvegarde de sa vie, au prix d'une agonie plus longue, ou le respect de son souhait volontaire de mourir ? Il apparaît que les instruments de protection des droits de l'homme relatifs à la bioéthique évitent d'avoir à trancher cette question et s'en remettent aux États pour décider de la possibilité ou non de l'euthanasie en droit interne. On se trouve ici en présence d'un exemple topique illustrant

de celui-ci. « (b) Lorsque, conformément au droit interne, une personne est incapable d'exprimer son consentement éclairé, une autorisation devrait être obtenue de son représentant légal, conformément au droit interne. Le représentant légal devrait agir en tenant compte de l'intérêt supérieur de la personne concernée ». Le droit international de la bioéthique délègue ainsi au droit interne à la fois le pouvoir de qualification de l'incapacité et le pouvoir d'élaborer un régime spécifique de procédures.

²⁹⁷ Article 7 alinéa a) de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*. L'article 8 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* est formulé en des termes identiques.

²⁹⁸ L'article 8 alinéa c) de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* précise par exemple que « *L'opinion d'un mineur devrait être prise en considération comme un facteur dont le caractère déterminant augmente avec l'âge et le degré de maturité* ».

²⁹⁹ L'article 8 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* consacre le principe du respect de la vulnérabilité et de l'intégrité corporelle : « *Dans l'application et l'avancement des connaissances scientifiques, de la pratique médicale et des technologies qui leur sont associées, la vulnérabilité humaine devrait être prise en compte. Les individus et les groupes particulièrement vulnérables devraient être protégés et l'intégrité personnelle des individus concernés devrait être respectée* ». ; Sur le principe de Vulnérabilité voy. MOULIN (M.), « La vulnérabilité, entre sciences et solidarité ». In s.d. DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw*, Vol.II *Partners Research*, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project 1995-1988, Center for Ethics and Law, Copenhagen et Institut Borja de Bioética, Barcelonne, 2000, pp.195-201 ; Sur les relations complexes qu'entretiennent les principes d'autonomie et de vulnérabilité voy. BOTBOL-BAUM (M.), « The Necessary Articulation of Autonomy and Vulnerability », in *Ibid.* p.57-64

le fonctionnement du système des droits de l'homme en matière de bioéthique. Ce dernier énonce et judiciarise un certain nombre de principes éthiques et de valeurs morales sans trancher la question de leur hiérarchie ou de leur articulation.

107. Cet exemple illustre également la question de la portée du principe d'autonomie appliquée à la personne humaine. En effet, ce consentement, expression de la volonté autonome de la personne, doit-il être compris au sens d'une liberté de choisir sa destinée corporelle ? Drape-t-il de légalité n'importe quelle intervention sur le corps souhaitée par la personne ? Ou s'agit-il d'une simple garantie du respect de la dignité, ne permettant pas à lui seul de légitimer l'atteinte à l'intégrité corporelle ? La réponse à cette question est complexe et varie selon que l'on se trouve dans le cadre d'une relation médicale ou dans celui d'une recherche scientifique. Dans le cadre d'un acte médical, la volonté de la personne n'est pas constituante de la relation médecin-patient qui est prédéterminée par des conditions objectives extérieures à la volonté des parties : la maladie³⁰⁰. Dans ce cas « *le principe d'inviolabilité agit comme une limite à la liberté corporelle et interdit toute atteinte à l'intégrité corporelle, fut-elle consentie, sans nécessité médicale pour la personne* »³⁰¹. Le consentement ne suffit donc pas dans ce cas à légitimer et rendre licite l'atteinte à l'intégrité corporelle, mais doit être accompagné de critères médicaux objectifs justifiant l'acte médical. Ici, le consentement joue comme garantie du respect de la dignité et comme élément déclencheur de la procédure de soin. L'intrusion du consensualisme dans la relation médecin-patient met un terme au paternalisme qui a longtemps accompagné l'exercice de la profession médicale et calque partiellement cette relation sur le modèle du contrat³⁰².

108. Cette position doit être nuancée dans la mesure où le système des droits de l'homme ne prévoit, en tant que tel, aucune sanction au non-respect du consentement. La question de la responsabilité des professions médicales est laissée à l'appréciation souveraine des États et au droit interne. De plus, on constate que le droit interne lie souvent la possibilité d'engager la responsabilité du médecin à la survenance d'un dommage, « *si bien qu'en son absence le devoir d'information et même le consentement éclairé ne sont pas en eux-mêmes sanctionnés s'ils n'ont pas été respectés* »³⁰³. En outre, lorsque

³⁰⁰ EGEA (P.), « Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit. p.136

³⁰¹ *Id.*

³⁰² MEMETEAU (G.), « Le Contrat médical », *RTDH*, 2004, n° 13, pp.27-40 ; Voy. Également GIRER (M.), « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM*, 2004, n° 13, pp.41-58

³⁰³ LABRUSSE-RIOU (C.), « La vérité dans le droit des personnes », in *L'Homme, la nature et le droit*, présenté par EDELMAN (B.) et HERMITTE (M.-A.), C. Bourgeois, 1988, pp.194 et s.

dommage il y a, il est souvent difficile d'établir un lien de causalité direct entre le préjudice et le défaut de consentement³⁰⁴.

109. Par contre, dans le cadre d'une recherche sans but thérapeutique direct on peut s'interroger sur la portée du principe d'autonomie et sa traduction consensualiste. En effet, pour ces recherches, les atteintes à l'intégrité corporelle et au principe d'inviolabilité du corps humain ne sont en aucun cas justifiées par une quelconque nécessité médicale et leur licéité semble découler directement de la rencontre de deux volontés libres, comme dans le modèle du contrat, celle de la personne qui consent à participer à une recherche et celle du chercheur de mener librement une activité scientifique. On remarquera à ce titre que l'introduction du contractualisme comme modèle de la relation médecin-patient et de la relation sujet de recherche-chercheur induit nécessairement une disposition relative du corps qui entre dans le commerce juridique, du fait qu'on peut passer des conventions particulières à son sujet³⁰⁵.

110. L'exigence du recueil du consentement comme l'interdiction de mener, sur une personne incapable, des recherches sans bénéfice direct pour sa santé peuvent cependant être limitées ou assorties d'exceptions par voie légale et pour des raisons impérieuses³⁰⁶. Les déclarations prévoient expressément la possibilité de déroger à ces deux dispositions à la condition de respecter certaines obligations procédurales. De telles exceptions vident de sa substance le principe de respect de la dignité humaine³⁰⁷.

b. La liberté de la recherche : le droit à connaître et le droit à expérimenter

111. L'affirmation de la liberté de la recherche découle également du principe d'autonomie de la personne, et notamment de la liberté de penser. Cette liberté concerne les chercheurs et les promoteurs de recherches. La liberté de la recherche s'est longtemps distinguée des libertés publiques classiques. Elle n'est consacrée positivement que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁰⁸ est le fondement originel sur lequel s'appuie la reconnaissance de la liberté

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ EGEA (P.), « Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p.135

³⁰⁶ Article 9 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « pour protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales, des limitations aux principes du consentement et de la confidentialité ne peuvent être apportées que par la loi, pour des raisons impérieuses et dans les limites du droit international public et du droit international des droits de l'homme ».

³⁰⁷ cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

³⁰⁸ Article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* : « 1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique

de la recherche comme droit fondamental. En effet, le droit à la libre participation au progrès scientifique peut être entendu comme le droit de participation à la réalisation de ce progrès. Le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux semble confirmer cette analyse puisqu'il range sous le même article 15, d'une part un récapitulatif de l'article 27 de la DUDH en son alinéa premier, et, d'autre part une consécration formelle de la liberté de la recherche en son troisième alinéa³⁰⁹.

112. Cependant, la liberté de la recherche est longtemps apparue comme une liberté implicite³¹⁰, a-juridique³¹¹ et ne souffrant, *a priori*, aucune limitation³¹². Certains auteurs remarquent que « *la liberté de la recherche est un continent ignoré des études juridiques, ce qui est sûrement une lacune grave dans un monde où la science à l'importance qu'on lui connaît* »³¹³. Ce statut atypique, « *paradoxal* »³¹⁴, de la liberté de la recherche, s'explique par le fait que cette liberté est polymorphe et consubstantielle à d'autres libertés fondamentales³¹⁵. Ce statut reposait également sur l'idée d'une neutralité de la science et de la technique. Lucien Sève³¹⁶ et Gilbert Hottois³¹⁷ dénoncent cette apparente neutralité et rejoignent la pensée de Jurgen Habermas³¹⁸ et de Hans Jonas³¹⁹. La technoscience,

et aux bienfaits qui en résultent. 2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

³⁰⁹ Article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux : « 1. Les États parties au présent pacte reconnaissent à chacun le droit : a) De participer à la vie culturelle ; b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ; c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique et la diffusion de la science et de la culture. 2. Les mesures que les États parties au présent pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture. 3. Les États parties au présent pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices. 4. Les États parties au présent pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture ».

³¹⁰ BLAIZOT-HAZARD (C.), *Droit de la recherche scientifique*, PUF, Paris, 2003, pp.21-44 ; voy. le titre intitulé « la liberté de la recherche : mythe ou norme ? »

³¹¹ Michel Vivant donne l'exemple de la liberté de la recherche comme hypothèse de non-droit. VIVANT (M.) in *Science et démocratie*, s.d. BORILLO (D.), Presses Universitaires de Strasbourg 1993, p.22

³¹² HERMITTE (M.-A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, Éd. Romillat, Paris, 2001, p.20

³¹³ *Id.* p.14

³¹⁴ Le juriste P. Sieghart s'interroge dès 1980 : « *Nous revendiquons le droit de réguler la recherche appliquée tout en prônant la liberté absolue de la recherche fondamentale. On peut se demander s'il est possible de respecter cette distinction dans la pratique* ». Conseil de l'Europe, Affaires juridiques, *La recherche scientifique et le droit*, Actes du 10e Colloque de droit européen, 23-25 sept.1981 in *Ibid.*

³¹⁵ MATHIEU (B.), « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international : Variation sur le thème dans le champ de la bioéthique », in HERMITTE (M.-A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, op. cit., p.59

³¹⁶ SÈVE (L.), *Pour une critique de la raison bioéthique*, Éd. Odile Jacob, 1994, chapitre 2.1 La querelle du progrès.

³¹⁷ HOTTOIS (G.), *Au fondement d'une éthique contemporaine : H. Jonas et H.T. Engelhardt en perspective*, Vrin, Paris, 1993, p.103

³¹⁸ HABERMAS (J.), *La technique et la science comme idéologie*, trad. de l'allemand par Jean René Ladmiral, Gallimard, Paris, 1973, 211p.

³¹⁹ JONAS (H.), *Le principe de responsabilité*, trad. de l'allemand par Jean Greisch, Paris, Éd. du Cerf, 3e édition, 1995, p.58. L'auteur précise en effet que « *ce qui n'était que jeux hypothétiques et peut-être*

imbrication inextricable de la science et de la technique, permet l'avènement de l'*homo faber*³²⁰, l'homme ingénieur de l'homme, et, « *face à cette explosion scientifique et technologique, notre humanité, gagnée par le doute éthique, craint de ne plus disposer que d'une morale en miettes, en quête d'une urgente refondation* »³²¹. Car pour mieux se rendre compte de la formidable ampleur de la révolution biotechnologique, « *il faut se représenter que la maîtrise génétique offre à l'homme, non seulement ce pouvoir gigantesque de se remodeler lui-même, mais encore celui de recomposer, pour le meilleur ou pour le pire, la famille, la relation conjugale, le rapport parental ou filial, le groupe humain, la société, l'État, la démocratie, bref tout le montage social, politique et juridique de la relation de l'homme avec l'homme* »³²².

113. Il est impératif de prendre la mesure de ce pouvoir naissant. En effet, en l'absence de règles morales et juridiques consacrant une responsabilité non plus seulement individuelle, mais également collective, le risque de dérives démiurgiques est omniprésent. Ces risques ne concernent pas seulement la personne, l'homme isolé, mais bien la société dans son ensemble et les relations humaines qui en assurent le fonctionnement juridicopolitique. Mohamed Bedjaoui s'interroge sur les objectifs d'une telle technoscience et les risques qui en découlent : s'agit-il de « *produire l'homme, créer l'homme comme pure transparence sociale, faire l'homme "parfait", l'homme socialement doux, débarrasser de toutes ses pulsions, faire l'homme économiquement rentable, politiquement discipliné, socialement malléable ? Que deviendrait alors la relation humaine ? L'échange serait privé de sens, le dialogue serait inutile, la parole vaine, le débat absent, la liberté captive, la démocratie creuse* »³²³.

114. Pourtant, la neutralité de la science et de la technique est encore une idée largement promue par les déclarations internationales relatives à la bioéthique. En effet, alors que la recommandation de l'UNESCO de 1974 concernant la condition des chercheurs scientifiques précisait dans son préambule que les découvertes scientifiques et les innovations techniques pouvaient présenter certains dangers et représenter une menace pour l'humanité³²⁴, les déclarations relatives à la bioéthique n'en font plus mention et se

éclairants de la raison spéculative, le pouvoir technologique les a transformés en des esquisses concurrentes de projets exécutables et, en faisant notre choix, nous devons choisir entre les extrêmes. (...) nous vivons aujourd'hui en permanence dans l'ombre d'un utopisme non voulu, automatique, faisant partie de notre mode de fonctionnement ».

³²⁰ Ibid. p.55

³²¹ BEDJAOUÏ (M.), « Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme », in s.d. BYK (C.), *Bioéthique et droit international*, Litec, Paris, 2007, p.6

³²² Ibid. pp.3-4.

³²³ Ibid. p.5

³²⁴ Recommandation de l'UNESCO du 20 novembre 1974 relative à la condition des chercheurs scientifiques, adoptée par la Conférence générale 18e Session, du 19 au 23 novembre 1974. Le premier

contentent de souligner les enjeux éthiques et juridiques complexes. Il semble donc que l'on puisse distinguer le champ d'application *ratione materiae* conçu *in abstracto*, soit l'acquisition de connaissances, du champ d'application *in concreto*, soit les pratiques et applications issues de ces connaissances. Dans le premier champ, la liberté de la recherche ne souffrirait d'aucune limitation, tandis qu'elle serait limitée dans le second. L'ambivalence du progrès scientifique et technique n'apparaît plus dans les déclarations internationales relatives à la bioéthique³²⁵. Si la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme se donne pour objectif de reconnaître et promouvoir la liberté de la recherche tout en insistant sur la nécessité qu'elle soit guidée par les principes éthiques ; la déclaration ne justifie nulle part cette nécessité et perpétue l'idée de la neutralité de la connaissance scientifique³²⁶.

115. La doctrine, rare sur ce sujet, distingue quatre droits découlant de la liberté de la recherche : le droit à connaître, le droit à expérimenter, le droit aux moyens et aux conditions nécessaires à la recherche et le droit à la production scientifique ou droit à informer le public et diffuser les résultats de la recherche³²⁷. Si les régimes applicables aux

« reconnaissant » du préambule précise : « a. Que les découvertes scientifiques et les innovations et applications technologiques qui y sont liées ouvrent d'immenses perspectives de progrès qui résultent en particulier de l'utilisation la plus efficace de la science et des méthodes scientifiques pour le bien de l'humanité et pour contribuer à la préservation de la paix et à la réduction des tensions internationales, mais peuvent, en même temps, présenter certains dangers qui constituent une menace, surtout au cas où les résultats des recherches scientifiques sont utilisés contre les intérêts vitaux de l'humanité pour la préparation de guerres de destruction massive ou pour l'exploitation d'une nation par une autre, et en tout état de cause, poser des problèmes éthiques et juridiques complexes, b. Que, pour faire face à cette situation, les États membres devraient mettre en place ou concevoir des mécanismes pour l'élaboration et la mise en œuvre de politiques scientifiques et technologiques adéquates, c'est-à-dire de politiques qui viseraient à éviter les dangers éventuels et à tirer pleinement parti des aspects positifs des découvertes scientifiques et des innovations et applications technologiques, »

³²⁵ Le préambule de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme considère par exemple que « les progrès rapides des sciences et des technologies, qui influencent de plus en plus l'idée que nous avons de la vie et la vie elle-même, et suscitent donc une forte demande de réponse universelle à leurs enjeux éthiques » reconnaît que « les questions éthiques que posent les progrès rapides des sciences et leurs applications technologiques devraient être examinées compte dûment tenu de la dignité de la personne humaine et du respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ou encore que « des comportements scientifiques et technologiques contraires à l'éthique ont eu un impact particulier sur des communautés autochtones et locales ».

³²⁶ Article 2 alinéa d) et f) de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme : La présente déclaration a pour objectif : « (d) de reconnaître l'importance de la liberté de la recherche scientifique et des bienfaits découlant des progrès des sciences et des technologies, tout en insistant sur la nécessité pour cette recherche et ces progrès de s'inscrire dans le cadre des principes éthiques énoncés dans la présente Déclaration et de respecter la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales » et « f) de promouvoir un accès équitable aux progrès de la médecine, des sciences et des technologies, ainsi que la plus large circulation possible et un partage rapide des connaissances concernant ces progrès et le partage des bienfaits qui en découlent, en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement ».

³²⁷ MATHIEU (B.), « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international – Variation sur le thème dans le champ de la bioéthique », in HERMITTE (M.-A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, op. cit., p.60-65

modalités d'exercice³²⁸ de cette liberté comprennent des limites relatives notamment aux droits et libertés d'autrui, le régime du droit à connaître n'est pas clairement défini. La question qui se pose est alors : existe-t-il une solution de continuité entre la liberté du chercheur-découvreur dans la solitude du laboratoire et la liberté du chercheur-expérimentateur et réalisateur ? Autrement dit « *la science fondamentale, la connaissance elle-même est-elle hors du champ des droits fondamentaux et de leurs limites, alors même que l'application des procédés techniques y rentrerait* »³²⁹. Des recherches fondamentales peuvent-elles être limitées ou interdites en raison de leur finalité en termes d'acquisition de connaissances nouvelles ? Longtemps le droit à connaître a été considéré comme illimité. La puissance publique n'intervenait que pour réguler les recherches par des moyens indirects agissant en amont tel que le financement, ou en aval telles les autorisations de mise sur le marché des produits et services issus de ces recherches, la responsabilité civile délictuelle ou la responsabilité du fait des produits défectueux³³⁰. Compte tenu de l'interdiction des recherches sur le clonage reproductif, on pourrait considérer que le droit international de la bioéthique accepte les limitations du droit à l'acquisition de connaissances nouvelles. Néanmoins, on constate qu'il interdit les recherches sur le clonage reproductif, et en même temps, il n'interdit pas celles sur le clonage thérapeutique. On peut se demander s'il est ici question de limiter le droit à connaître ou seulement d'interdire une application particulière de ces connaissances tendant à la création d'un individu. L'ambivalence de la liberté de la recherche perdure dans le droit international de la bioéthique et les instruments de protection des droits de l'Homme autant que perdure une certaine idéologie du progrès scientifique et technologique et un certain régime des relations de l'homme à la nature.

116. Pour s'exercer librement en pratique, l'activité de recherche, notamment dans le domaine des sciences « *dures* », doit pouvoir recueillir des données empiriques selon les méthodes scientifiques et procéder à des expérimentations pour valider des hypothèses. À ce titre, les conditions d'exercice de cette activité sont essentielles. La reconnaissance de cette liberté implique d'une part que les scientifiques assument des responsabilités inhérentes aux activités de recherches et respectent des règles déontologiques³³¹, et d'autre part que les États prennent « *les mesures appropriées pour favoriser les conditions intellectuelles et matérielles propices au libre exercice des activités de recherche sur le*

³²⁸ Recommandation de l'UNESCO du 20 novembre 1974 relative à *la condition des chercheurs scientifiques*, adoptée par la Conférence générale lors de sa 18e Session, du 19 au 23 novembre 1974.

³²⁹ MATHIEU (B.), « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international – Variations sur le thème dans le champ de la bioéthique », *op. cit.*, p.60

³³⁰ HERMITTE (M.-A.), « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in *La liberté de la recherche et ses limites*, s.d. HERMITTE (M.-A.), *op. cit.*, pp.25 et s.

³³¹ Article 13 de la *Déclaration de l'Unesco sur le génome humain et les droits de l'Homme*.

génomique humaine »³³². Ainsi, l'article 13 de la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme dispose qu'une attention particulière devrait être portée aux « *responsabilités inhérentes aux activités des chercheurs, notamment la rigueur, la prudence, l'honnêteté intellectuelle et l'intégrité, dans la conduite de leurs recherches ainsi que dans la présentation et l'utilisation de leurs résultats* ». Cet article dispose également que « *les décideurs publics et privés en matière de politiques scientifiques ont aussi des responsabilités particulières à cet égard* ». Néanmoins, si la Déclaration rappelle les chercheurs et les décideurs à leurs responsabilités et au respect des règles déontologiques et des principes éthiques, elle ne précise cependant pas la nature de cette responsabilité ni ses conséquences. S'agit-il d'une responsabilité morale ou juridique ? Cette question est laissée à la libre appréciation des États dans la mesure où ceux-ci sont invités à « *prendre les mesures appropriées pour fixer le cadre du libre exercice des activités de recherches sur le génome humain dans le respect des principes prévus par la présente déclaration afin de garantir le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine et la protection de la santé publique* »³³³.

117. Le droit de la bioéthique, comme le système des droits de l'homme, tout en reconnaissant l'interdépendance des principes qu'il déclare, n'offre pas d'interprétation univoque quant aux relations qu'ils entretiennent. Le recours à la logique casuistique et le respect du pluralisme culturel supposent que les États restent libres d'organiser ces relations en fonction de leurs propres systèmes de valeurs. Pourtant, savoir quel rapport de priorité doit s'instituer entre le principe d'autonomie de la personne et le principe de respect de la dignité humaine est fondamental pour apprécier la portée de chacun des droits et libertés reconnues. Cette aporie relative quant à l'articulation des fondements métajuridiques du système des droits de l'homme est particulièrement visible en ce qui concerne les questions bioéthiques. Cette aporie semble avoir été introduite volontairement afin d'obtenir un consensus international sur un système de normes minimales. Néanmoins, elle conduit à s'interroger sur les relations complexes et parfois conflictuelles qu'entretiennent les principes de dignité et d'autonomie. Ensemble, ils constituent une conception normative de l'Homme et forment le centre d'inertie, la structure axiologique essentielle, du système des droits de l'homme

³³² Article 14 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* : « *Les États devraient prendre les mesures appropriées pour favoriser les conditions intellectuelles et matérielles propices au libre exercice des activités de recherche sur le génome humain et pour prendre en considération les implications éthiques, juridiques, sociales et économiques de ces recherches, dans le cadre des principes prévus par la présente Déclaration* ».

³³³ Article 15 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme*.

§2. La relation dialectique des concepts de dignité et de l'autonomie : la structure axiologique du droit de la bioéthique et du système des droits de l'Homme

118. Le principe de respect de la dignité de l'être humain et celui de l'autonomie de la personne sont les principes primordiaux du droit international de la bioéthique et du système des droits de l'homme. Le premier, qui concerne la protection de l'être de l'homme, est complété par le second qui concerne la protection de sa liberté d'autodétermination et d'action. Ces deux principes entretiennent une relation que l'on peut qualifier de dialectique. Tous deux pris ensemble forment une unité dialectique, un couple de valeurs ou de principes contradictoires au fondement même du système normatif de la bioéthique. Après avoir défini ce que l'on entend par unité des contraires, par dialectique et par contradiction, nous étudierons plus en détail les caractères et les modalités que prend cette relation. Enfin, nous tenterons de mettre en lumière le rôle structurel d'une telle relation pour le droit international de la bioéthique et pour le système des droits de l'homme.

A. La dialectique : un outil logique pour penser les contradictions du droit de la bioéthique

119. Afin de démontrer l'existence d'une relation dialectique entre dignité et autonomie au fondement du droit de la bioéthique, il nous semble utile de procéder de la manière suivante : définir les concepts et les catégories logiques mobilisés avant d'étudier comment la relation des principes de dignité et d'autonomie s'intègre dans cette perspective.

1. La philosophie dialectique

120. Dans sa forme moderne, la philosophie dialectique est marquée par la division. En effet, d'abord conceptualisée par Hegel selon une approche idéaliste, cette philosophie fut radicalement transformée par Karl Marx qui opéra son renversement matérialiste. Entre Hegel et Marx, il semble que la pensée de Spinoza serve de pivot³³⁴. Notre approche consistant à mettre en lumière une relation dialectique entre les valeurs au fondement du droit de la bioéthique afin de déterminer ses implications dans l'émergence de conflit de

³³⁴ FISCHBACH (F.), « Activité et négativité chez Marx et Spinoza », in *Archives de Philosophie*, Tome 68, 2005 n° 4, pp.593-610

droits, semble plutôt s'inscrire dans la perspective hégélienne. Néanmoins, la construction et le développement du droit international de la bioéthique sont largement dépendants de facteurs matériels tels que les progrès technologiques et scientifiques, l'évolution des mœurs et des revendications individuelles et/ou collectives face à ce progrès, l'usage réel de leur autonomie par les individus et les institutions. Par ailleurs, le droit ne remplit pas qu'une fonction symbolique dans l'ordre social, mais également une fonction concrète, de contrôle des rapports sociaux par la contrainte. À cet égard, il apparaît que le versant matérialiste de la philosophie dialectique peut également être utilisé afin de produire des connaissances relatives à la production et l'application des droits de l'homme. Nous constaterons par exemple que le concept d'effectivité, dont le développement récent, dans la doctrine juridique, présente des perspectives épistémologiques radicalement nouvelles, est susceptible d'opérer, du point de vue de la philosophie du droit, une forme de complétion entre ses deux versants de la philosophie dialectique³³⁵. Ainsi, compte tenu des spécificités de l'objet juridique et des fonctions ambivalentes du Droit, à la fois symbolique et concrète, il semble que le droit de la bioéthique soit un terrain propice pour penser ensemble et dialectiquement les versants idéalistes et matérialistes de cette philosophie.

121. Étymologiquement, le terme « *Dialectique* » présente déjà une ambivalence puisqu'il provient de deux mots grecs : « *dialegesthai* » qui signifie « *conserver* », et « *dialegein* » qui signifie « *trier* », « *séparer* ». La dialectique est l'art de penser les contradictions. Ce courant philosophique prend naissance dans la Grèce antique où cette méthode apparaît chez les penseurs présocratiques³³⁶. La dialectique se présente, dès l'époque grecque comme une méthode d'interprétation du monde dont le principe de base consiste à considérer que dans l'ordre naturel tout est dans un état de flux et de changement constant et perpétuel. À ce titre, la dialectique complète la logique formelle³³⁷.

122. La philosophie dialectique considère que tout est mouvement et que ce mouvement n'existe que par les contradictions qu'il recèle et le potentiel interprétatif qu'il implique. C'est en ce sens qu'elle peut s'avérer un outil très fécond pour penser le droit en mouvement³³⁸ et l'évolution du droit de la bioéthique. Dans une perspective dialectique,

³³⁵ Cf *infra*. Chapitre 7, Section 2, §3

³³⁶ Au Vème Siècle av. J.-C., Parménide en développe les prémisses dans ses travaux sur l'un et le multiple. Elle sera reprise par son élève Zénon d'Élée, puis par Héraclite, penseur de l'harmonie des contraires. Enfin, Platon en fera usage dans ses Dialogues, ainsi qu'Aristote qui l'utilise comme méthode de raisonnement sur les opinions probables ou contraires. cf. CHANTEUR (J.), *Dialogue et dialectique chez Platon*, in *APD* Tome 29, 1984, Sirey, pp.43 et s.

³³⁷ SÈVE (L.), *Sciences et dialectiques de la nature*, op. cit. p.13 ; LEFEBVRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, Éditions sociales, Paris, 1982, pp.18-30

³³⁸ DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, s.d. André-Jean ARNAUD, présentée

les choses n'évoluent pas de manière linéaire, régulière et ininterrompue, mais au contraire suivant un développement non-linéaire qui mêle le continu et le discontinu. Hegel, le premier, consacre l'acception moderne de la philosophie dialectique. Il n'est pas étonnant qu'une telle construction philosophique s'opère parallèlement à l'apparition de la biologie et de la chimie moderne. Ce sont les découvertes scientifiques elles-mêmes qui mettent à mal les catégories traditionnelles de la logique formelle et de la philosophie mécaniste³³⁹.

123. La logique dialectique repose sur trois lois fondamentales. La première est directement inspirée de la chimie, c'est « *la loi du passage de la quantité à la qualité et inversement* »³⁴⁰. La seconde est la « *loi d'interpénétration des contraires* »³⁴¹ qui remplit la seconde partie de la Logique de Hegel consacrée à la doctrine de l'Essence. Celle-ci est remarquablement décrite par la métaphore du philosophe Grec Héraclite : « *Route qui monte et route qui descend sont une seule et même* ». Cette loi découle de la critique hégélienne de la restriction de la raison à la logique formelle³⁴². Enfin, la troisième loi de la logique dialectique est celle « *de la négation de la négation* »³⁴³. Cette loi, réduite à la notion de synthèse, est en fait plus complexe qu'il n'y paraît³⁴⁴. Cette nouvelle négation n'est pas un retour au point de départ. La contradiction n'est pas « *le face à face statique*

le 28 septembre 2000 à l'Université Paris X Nanterre, disponible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/diebolt/thesesd.pdf>

³³⁹ ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Paris, 1996, pp.5 et s.

³⁴⁰ Pour un commentaire spécifique sur la loi du passage de la quantité à la qualité, voy. ENGELS (F.), *Dialectique de la nature*, Paris, Éditions Sociales, 1968, p.70

³⁴¹ SPIRKINE (A.) et YAKHOT (O.) définissent cette loi d'interpénétration des contraires. Ce qui caractérise les contraires C'est « *leur liaison indissoluble* » et « *le fait qu'ils constituent ensemble un seul et même processus contradictoire (...)* Les contraires conditionnent leur existence réciproque, c'est-à-dire que l'un n'existe pas sans l'autre ». ; SPIRKINE (A.) et YAKHOT (O.), *Initiation au matérialisme dialectique et matérialisme historique*, traduit du russe par Véra Gopner, Édition du Progrès, Moscou, 1973, pp.69-70 ; Pour reprendre un exemple trivial employé par Hegel : « haut » et « bas » sont déterminés négativement l'un par l'autre, « haut » est déterminé à ne pas être ce qui est « bas » et inversement. Ils n'existent pas l'un sans l'autre et se déterminent négativement l'un par rapport à l'autre. Un rapport similaire anime les relations entre principe et exceptions.

³⁴² Engels reprend comme si elle la critique hégélienne : « *Au lieu d'être une loi vraie de la pensée, ce principe (d'identité) est seulement la loi de l'entendement abstrait* ». In ENGELS (F.), *Anti-Dühring : M.E. Dühring bouleverse la science*, Traduit par Émile Bottigelli, Éditions Sociales, 3e édition, 1977, Paris, p.52 ; Hegel montre la forme contradictoire de l'affirmation du principe d'identité : « *Déjà la forme même de la proposition est en contradiction avec elle, car une proposition promet aussi une différence entre sujet et prédicat ; or celle-là ne fournit pas ce qu'exige sa propre forme* ». cité par Denis COLLIN, *La théorie de la connaissance chez Marx*, L'Harmattan, Paris, 1996, p.113 (203p.)

³⁴³ L'essence de la loi de la négation de la négation réside en ceci : « *dans le processus du développement, chaque degré supérieur nie, élimine le degré précédent, mais en même temps l'améliore et conserve ses éléments positifs acquis au cours de son évolution* ». cf. SÈVE (L.), *Introduction à la philosophie marxiste*, Éditions sociales, 1980, Paris, p.694

³⁴⁴ Si la première négation est « *une détermination conceptuelle d'une limite* » et donc une détermination *a contrario*, la négation de la négation est « *une négation conceptuelle de sa limite* » qui est « *le moment essentiel du mouvement spéculatif de retour à soi* ». ; cf. SÈVE (L.), *Introduction à la philosophie marxiste*, op. cit., p.694 ; cf. voir notamment les sections 5.25 et 6.4 pour la détermination par négation ; sections 2.3, 3.17 et 6.21 pour la négation de la négation.

de deux termes ».³⁴⁵ C'est précisément ce qu'exprime le terme « *Aufhebung* », en lui-même antinomique puisqu'il signifie à la fois « *maintenir, conserver* » et « *faire cesser, mettre un terme* ». Longtemps traduit par dépassement, il semble que le néologisme « *sursomption* »³⁴⁶, par opposition à subsumption, soit une traduction plus adéquate. Ces lois développées par Hegel comme de pures lois de la pensée sont reprises par Marx et Engels après leur avoir donné une base matérialiste. Pour ces auteurs, « *la faute consiste en ce que ces lois sont imposées d'en haut à la nature et à l'histoire comme des lois de la pensée au lieu d'en être déduites* ».³⁴⁷ Finalement, n'expriment-elles pas le renversement qu'opèrent les sciences modernes sur notre conception du monde ?³⁴⁸

124. Concernant le droit, la dialectique est un outil logique quotidiennement utilisé afin d'interpréter les normes et déterminer les relations logiques qu'elles entretiennent. Qu'on songe par exemple au rôle que joue l'interprétation *a contrario* dans la détermination de la portée des normes juridiques. Le Droit, nous le verrons, s'il tend à résoudre les conflits d'intérêts et de revendications contradictoires en permet néanmoins la survenance. L'argumentation contradictoire et la résolution du conflit par le tiers impartial, extérieur aux parties, sont des éléments qui permettent de constater la prégnance de la logique dialectique dans la pensée juridique comme dans la pratique judiciaire. Pour le droit de la bioéthique, qui tente de réguler l'activité humaine face à une situation d'incertitude, la dialectique peut être doublement utile à des fins d'évaluation

³⁴⁵ SÈVE (L.) et ATLAN (H.) s.d., *Sciences et dialectique de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.43 ; Ainsi, « le positif pose la différence qu'il recèle, et par là le négatif (toute détermination est négation) ; le négatif, en tant que son autre, pose à son tour, par une "négation redoublée", l'unité des deux, et dissout la contradiction en rétablissant le positif (retour à soi) (...), mais cette fois à titre de résultat incluant tout le procès dialectique ». C'est ainsi le travail « objectif » du négatif qui fait progresser la contradiction jusqu'à un résultat positif.

³⁴⁶ C'est le terme retenu par Labarrière P.J. et Jarczyk (G.) dans leur traduction de *la Science de la Logique*. Voy. Les développements de Lucien Sève sur ces questions, cf. *Science et dialectique de la nature*, op. cit., pp.43 et s.

³⁴⁷ Karl Marx précise ici la portée du renversement matérialiste de la dialectique hégélienne et du même coup la spécificité de sa méthode : « *Ma méthode dialectique, non seulement diffère de la méthode hégélienne, mais elle en est même l'exact opposé. Pour Hegel, le mouvement de la pensée, qu'il personnifie sous le nom de "l'Idée", est le démiurge de la réalité, laquelle n'est que la forme phénoménale de l'Idée. Pour moi, au contraire, le mouvement de la pensée n'est que le reflet du mouvement réel, transporté et transposé dans le cerveau de l'homme* ». cf. MARX (K.), *Le Capital*, tome 1, Éditions Sociales, Paris, 1975, p.29

³⁴⁸ David Bohm, philosophe et physicien, exprime cette nouvelle interprétation du monde : « *Dans la nature, rien n'est constant. Tout est dans un état de transformation permanente, de mouvement et de changement. Cependant, nous découvrons que rien ne surgit de nulle part, sans rapport avec ce qui existait préalablement. De la même façon, rien ne disparaît sans laisser de traces, C'est-à-dire sans contribuer à des phénomènes existant ultérieurement. Cette caractéristique générale du monde peut être exprimée par un principe qui résume les conclusions d'un vaste domaine d'expériences diverses et qui n'a jamais été contredit par quelque observation ou expérience – scientifiques ou non – que ce soit, à savoir que toute chose dérive d'autres choses et donne lieu à encore autre chose* ». Cf. BOHM (D.), *Causality and Chance in Modern Physics*, University of Pensilvania Press, 1957, p.2, nous traduisons.

« *prospective* »³⁴⁹ et « *rétrospective* »³⁵⁰ de l'application des instruments de protection des droits de l'homme en matière de bioéthique. En premier lieu, la dialectique hégélienne, qui suppose que l'évolution du monde est déterminée par l'évolution des concepts, peut être mobilisée pour étudier le mouvement des contradictions au sein du système de valeurs qui sert de fondement axiologique au droit international de la bioéthique. Cette conception idéaliste permettrait, en outre, de déterminer la manière dont le droit de la bioéthique pourrait évoluer, compte tenu de ces fondations métaphysiques et des interactions entre les valeurs qui le composent. En second lieu, la dialectique matérialiste pourrait être utilisée pour étudier le mouvement des contradictions et leur influence sur l'application effective et concrète des normes du droit de la bioéthique sur la réalité sociale et sur la protection efficace des droits de l'homme.

2. La catégorie logique essentielle de la dialectique : la contradiction

125. La catégorie de « *contradiction* » est présente dans l'histoire de la philosophie depuis Héraclite, inventeur de la dialectique, et Platon qui l'utilise « *comme opérateur logique de prédication des Idées* »³⁵¹. Cependant, l'avènement de la logique formelle d'Aristote comme unique source de la Raison exclut la contradiction de la logique et de l'ontologie classique. L'idéalisme hégélien rénove entièrement l'approche philosophique de la notion de contradiction en prenant le contre-pied d'Aristote.

126. Lecteur de Spinoza, Hegel reprend en le complétant « l'omnis determinatio est negatio »³⁵². Pour Hegel, « la détermination est un moment nécessaire où l'être, pour sortir

³⁴⁹ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.433-447 ; JEAMMAUD (A.) et SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D. Chr.*, 1992, pp.262 et s. ; HÖLAND (A.), « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, MORAND (C.-A.) s.d., Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp.25 et s. ; Pour un exemple d'évaluation prospective à long terme du droit de la bioéthique en France : Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, SERUSCLAT (F.), *Les sciences de la vie et les droits de l'homme. Bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, Paris, Economica, 1992

³⁵⁰ Pour un exemple d'évaluation rétrospective : Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, CLAEYS (A.) et HURIET (C.), *L'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Paris, Assemblée nationale – Sénat, 1999. Sa démarche consiste à apprécier les conditions et les obstacles à la mise en œuvre de la loi, à juger du caractère adéquat des règles de droit en les confrontant à l'évolution des connaissances et des techniques. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit. p.442 et s.

³⁵¹ BENSUSSAN (G.) et LABICA (G.) s.d., *Dictionnaire critique du marxisme*, PUF, Paris, 1982, p.205-206

³⁵² « Toute détermination est négation » : SPINOZA, Lettres à J.Jelles du 2 juin 1667, in *Œuvres complètes*, p.1287 ; Pour Spinoza, la détermination apparaît comme limitation négative de l'attribut, c'est-à-dire une limite au déploiement de la puissance d'agir.

de l'indéterminité, se détermine par ce qui le borne et le nie »³⁵³. Ainsi, c'est par l'examen du concept « d'altérité déterminante »³⁵⁴ que s'amorce la critique de l'entendement. C'est la « détermination réciproque » de la chose et de son contraire, qui consiste d'abord en la négation d'elle-même et ensuite en la négation de cette négation, qui « se présente comme la progression à l'infini... cette progression constitue la contradiction »³⁵⁵. Chez Hegel, la contradiction se traduit par un rapport « d'opposition-inclusion ». Ainsi, à l'inverse de la logique classique qui conçoit la contradiction comme « l'impossibilité logique qui consiste à affirmer et nier une même chose en un même temps et sous un même rapport »³⁵⁶ ; la philosophie dialectique la conçoit comme « l'opposition entre deux contraires polaires qui se nient réciproquement au sein de l'unité qu'ils forment ensemble et que formule le concept de la chose »³⁵⁷. Pour Hegel, la logique formelle appliquée à l'opposition ne perçoit pas le point déterminant : c'est-à-dire, « l'identité des opposés, leur intériorité réciproque »³⁵⁸, dès lors qu'ils ne sont pas les sans-rapports d'une diversité indifférente, mais les pôles connexes d'une unité négative où chaque terme est "l'autre de l'autre" (...) les termes opposés "contiennent la contradiction" en ce qu'ils se rapportent négativement l'un à l'autre et selon la même perspective »³⁵⁹. Enfin, pour le courant marxiste de la philosophie dialectique, la catégorie de contradiction se divise entre contradiction antagonique³⁶⁰ et non antagonique³⁶¹.

³⁵³ BENSUSSAN (G.) et LABICA (G.) s.d., *Dictionnaire critique du marxisme*, PUF, Paris, 1982, p.245
« Par le jeu de la médiation et le mécanisme du dépassement, l'hégélianisme découvre la positivité de la détermination : dans le passage d'une chose à son contraire, de l'être au non-être, à l'être là comme être déterminé, est contenue la détermination dans la modalité de suppression conservation ».

³⁵⁴ Id. p.205 : Pour Hegel, « la relation de complémentarité entre deux opposés implique que chacun soit déjà l'autre de l'autre et accepte en lui-même de l'autre pour se poser, en même temps qu'il l'exclut de soi comme autre ».

³⁵⁵ HEGEL, *Logique*, tome I, Paris, Aubier, p.114

³⁵⁶ SÈVE (L.), *Introduction à la philosophie marxiste*, Éditions Sociales, 1980, Paris, p.468

³⁵⁷ Id.

³⁵⁸ Lucien Sève donne un exemple simple de l'unité dialectique des contraires : « Haut est ce qui n'est pas bas ; haut est déterminé à ne pas être bas ; et n'est que dans la mesure où il y a un bas ; et inversement dans une détermination se trouve son contraire ». In Id. ; Il précise également l'idée d'interpénétration des contraires : « L'aliénation, C'est le procès dialectique universel par lequel, suivant son propre développement nécessaire, la chose s'objective dans une autre où elle semble devenue étrangère à elle-même, bien que cette autre ne soit que l'autre d'elle-même – le procès par lequel elle passe à son contraire qui la nie tout en la développant. Ainsi pourrait on dire (...) le gland disparaît dans le chêne qui n'est pourtant rien d'autre que le gland développé, il s'aliène dans le chêne. Mais le mouvement dialectique ne s'arrête pas là, il dépasse chaque moment particulier. Le contraire passe lui-même à son contraire, retrouvant le point de départ, mais sur un plan supérieur, par une négation de la négation : le chêne produit le gland nouveau », in Id. p.101

³⁵⁹ SÈVE (L.) et ATLANT (H.), *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.41 à propos de HEGEL, *Science de la Logique*, tome II, p.84

³⁶⁰ Est considérée comme antagonique, « la contradiction dans laquelle l'un des contraires est nié par l'autre contraire dans son existence même », et le développement de cette contradiction « suppose la suppression d'un des contraires au-delà d'un certain point, suppression par laquelle l'autre contraire est lui-même libéré ». in Id.

³⁶¹ Dans une contradiction non antagonique, « chaque contraire nie seulement son identité avec l'autre contraire », et le développement de cette contradiction suppose « seulement la séparation transitoire et

B. La contradiction dialectique de la dignité et de l'autonomie : structure axiologique du droit international de la bioéthique et du système des droits de l'Homme

127. Les biotechnologies, et notamment les technologies génétiques, opèrent une transformation fondamentale de notre expérience morale dans la mesure où elles déplacent la frontière entre le hasard et le libre choix. Dès lors, cette perturbation de nos critères de valeurs rend friable le fondement axiologique reconnu aux droits de l'Homme³⁶². Il nous semble que cette difficulté de fonder le droit de la bioéthique et le système des droits de l'homme trouve sa source dans la conception ambivalente du sujet des droits. En effet, la personne de droit est une fiction ethnicojuridique, mais que représente-t-elle ? En d'autres termes, « *quand nous parlons de personne humaine, s'inscrit-elle pour nous dans l'ordre du fait ou dans celui de la valeur ?* »³⁶³ Et, par suite, lorsque l'on accorde une personnalité juridique à l'être humain, cette attribution s'appuie-t-elle sur un jugement de valeur ou sur la constatation d'un ensemble de faits dont l'existence conditionne la reconnaissance d'une personnalité juridique ? Exclure de son champ la réalité empirique de ces êtres réels, pour ne considérer la personne que du côté de la valeur qu'on lui accorde, n'est pas seulement contestable, mais tout simplement impraticable. Ainsi, « *point de personne de droit sans personne de fait* »³⁶⁴. Mais, s'il n'est pas possible d'appréhender la personne que du seul côté de la valeur, il n'est pas non plus possible de ne la traiter que comme un fait. Si nous ne sommes tenus pour personne qu'en fonction de la conscience que nous manifestons de nous-mêmes, ne risque-t-on pas de s'engager sur la voie de l'inacceptable³⁶⁵ ? À ne traiter la personne que comme un fait « *aussi variable que son niveau de conscience n'admettons nous pas de renoncer à l'inconditionnelle entières de son respect* »³⁶⁶ ?

128. Le CCNE français rappelle d'ailleurs cette ambiguïté fondamentale dans son rapport de 1988 intitulé Recherche biomédicale et respect de la personne humaine, Explication d'une démarche : « la personne de droit est aussi un fait, la personne de fait est elle-même une valeur. Comment penser une telle unité d'aspects si contraires ? Ce qui

relative des contraires au sein de leur unité, et la résolution de la contradiction, si elle a lieu, consiste dans l'établissement d'une nouvelle forme d'identité entre les deux contraires ». In Id.

³⁶² SAFJAN (M.), « Le droit au regard des conflits de valeurs nés de l'application des biotechnologies modernes », *JIB* vol.11, n° 3-4-5, (septembre-décembre) 2000, pp.81-94. « *Au sens technique, construire des règles cohérentes, précises et univoques ne constitue pas une tâche qui dépasserait les facultés du législateur contemporain. Les difficultés essentielles résultent du manque de clarté quant à l'orientation des solutions futures. Cette orientation dépend de l'acceptation de principes axiologiques, de concepts philosophiques et de la hiérarchie des valeurs qui en découle* ». p.82

³⁶³ SÈVE (L.), *Qu'est-ce que la personne humaine ? Bioéthique et démocratie*, op. cit., p.35

³⁶⁴ *Ibid.* p.41, « *la personne n'est valeur qu'en valorisant des êtres réels* ».

³⁶⁵ *Id.*

³⁶⁶ *Ibid.* p.45

importe au bout du compte, c'est, de quelque façon qu'on la conçoive, l'évidence d'une unité entre les dimensions majeures de la personne »³⁶⁷. Dans cette perspective, le raisonnement dialectique apparaît comme une évidence pour penser le sujet de droit comme une unité d'aspects contradictoires. Dès lors, penser le sujet des droits de l'homme comme l'unité dialectique de l'être digne et de l'agir autonome permet de reconsidérer la question du fondement axiologique du système des droits de l'homme. Plutôt qu'un fondement axiologique unique résidant dans l'un ou l'autre des principes, considérer, grâce à la réflexion bioéthique, que la relation dialectique les unissant constitue la structure contradictoire du système des droits de l'homme permet d'expliquer l'émergence des conflits de droits.

1. La personne humaine : l'unité dialectique de l'être digne et de l'agir autonome

129. La personne humaine est le sujet des biodroits consacrés dans les déclarations internationales, la Convention européenne de biomédecine et de nombreuses législations nationales. Classiquement, le Droit distingue le monde qu'il régit entre deux catégories fondamentales : les personnes et les choses. Cette dichotomie que l'on retrouve dans les *Institutes* est probablement antérieure au II^e siècle de notre ère³⁶⁸. Cette division comporte deux conséquences ou « corollaires »³⁶⁹ : la spécificité et l'exclusivité. La spécificité renvoie à « *l'essence ontologique des deux réalités considérées* », à la nature propre et intrinsèquement différente des deux catégories représentées. De ce point de vue, ce qui est un être humain doit être reconnu par le Droit comme étant une « *personne* », tandis que tout ce qui n'est pas un être humain ne peut être qu'une chose. L'exclusivité « *correspond au principe logique du "tiers exclu"* »³⁷⁰, c'est-à-dire qu'il existe une frontière intangible et imperméable entre les deux catégories³⁷¹. C'est précisément ces deux corollaires qui sont

³⁶⁷ Rapport du CCNE, *Recherche médicale et respect de la personne*, rédigé par Lucien Sève, la Documentation Française, 1988, p.32 ; Pour un Commentaire de ce rapport : DURAND (G.), *Introduction générale à la bioéthique : histoire, concepts et outils*, Édition Fidès, 2005, Québec, pp.375 et s.

³⁶⁸ VILLEY (M.), *Recherche sur la littérature didactique du Droit Romain*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945, p.34 ; cette division émane, semble-t-il, du groupe de juriconsultes qui gravitaient autour de Cicéron lesquels, à leur tour, l'auraient empruntée à la topique grecque, cf. *Id.* p.38

³⁶⁹ GALLOUX (Ch), « De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », *Revue de la Recherche Juridique*, n° 3, 1989, p.523

³⁷⁰ ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Paris, 1996, p.7

³⁷¹ Roberto Andorno précise : « *Prise dans une perspective éthico-juridique la chose est "la non-personne"* ». Une telle perspective implique un jugement de valeur puisqu'elle « *instaure une opposition entre la personne d'une part et tout le reste du monde matériel de l'autre. L'optique est donc anthropocentrique* ». In *idem.* p.18

aujourd'hui remis en cause, tant par certains aspects de la connaissance scientifique³⁷² que par certaines biotechnologies³⁷³. Par ailleurs, l'objectivation et l'instrumentalisation du corps, de ses éléments et produits, par la science et la technique tendent à perturber la frontière entre ces catégories juridiques.

130. Le droit international de la bioéthique est marqué par cette perturbation qui se traduit par une certaine ambiguïté. À ce titre, Xavier Bioy discerne dans le droit international de la bioéthique une « *oscillation du sujet (...) entre être humain et personne humaine* »³⁷⁴. Dans ce cadre, la référence à l'être humain permet une identification de l'être au corps, tandis que la référence à la personne est présentée « *comme la valeur au nom de laquelle le Droit protège l'être humain* »³⁷⁵. Il semble ainsi que le Droit opère une certaine forme de distinction entre la personne de fait, ou l'être humain, et la valeur de la personne, soit le concept de personne humaine. Pierre Murat situe la distinction entre personne humaine et être humain sur le plan de l'essence et de l'existence. « *Les qualifications de personnalité juridique et d'existence humaine sont en définitive de nature assez différente, quoiqu'elles forment l'une et l'autre l'homme comme être juridique : la personnalité est tournée vers l'action ; la qualification d'être humain vers l'essence* »³⁷⁶. Il faut noter cependant que, dans la perspective de cet auteur, c'est la valeur donnée à la qualification de l'action, de l'existence, qui étoffe et renseigne sur la valeur reconnue à l'essence de l'homme juridique, sa dignité. Pour le droit de la bioéthique, l'être humain se voit reconnaître une dignité sans être doté d'une autonomie alors que la personne humaine est caractérisée par une dignité dont le respect implique le respect de son autonomie. Ainsi, le concept d'être humain implique une vision statique du sujet, tandis que le concept de personne humaine, qui intègre et dépasse celui d'être humain, implique une conception dynamique et active.

131. En effet, si la dignité renvoie à l'être humain dans la personne, au corps, à l'inverse le principe d'autonomie, qui fonde la « *relationalité* » de la personne, s'attache à l'agir humain et renvoie plutôt à la notion de volonté. Alors que la dignité, conçue comme un absolu, fait référence à l'inconditionnel respect de l'être humain, respect qui induit la permanence et l'immutabilité de l'être ; l'autonomie fait référence à l'autodétermination de

³⁷² La découverte de la molécule d'ADN comme structure universelle de la vie tend à remettre en cause le principe de spécificité, au moins d'un point de vue biologique.

³⁷³ Les techniques de manipulation génétiques rendent aujourd'hui possibles l'hybridation des patrimoines génétiques d'espèces différentes et la création de chimères. Cette capacité technique nouvelle tend à remettre en cause le principe d'exclusivité.

³⁷⁴ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public : Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, p.90

³⁷⁵ *Id.*

³⁷⁶ MURAT (P.), « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique. À propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 », *Droit de la famille* sept. 1997, p.5

la personne dans l'action et, par là, légitime ses éventuelles transformations³⁷⁷. Par exemple, le Comité international de bioéthique entretient une position contradictoire en matière d'« *intervention génique germinale* »³⁷⁸. Le respect de la dignité humaine et de la personne fonde l'interdiction de ce type d'expériences sur l'homme. À l'inverse, le respect de la liberté scientifique et de l'autonomie des personnes tend à légitimer ce type de pratiques, au moins à des fins de connaissance et d'amélioration des techniques, faisant ainsi passer l'interdiction catégorique, au moratoire, puis à l'autorisation exceptionnelle³⁷⁹. La dignité se conçoit alors comme un principe conservateur de l'être de l'homme tandis que l'autonomie se conçoit comme un principe qui promeut sa transformation, son évolution. Ainsi, il apparaît que la notion de dignité de l'être, conçue comme un point référentiel statique et immuable, se fonde sur une ligne de fuite, sur le mouvement perpétuel de l'être agissant. La personne humaine se comprend donc comme une unité dialectique de l'être et de l'agir, de la dignité et de l'autonomie. Une telle conception n'est pas sans rappeler la conception spinoziste de l'individu³⁸⁰.

2. la structure axiologique contradictoire du droit international de la bioéthique

132. Les concepts de dignité de l'être humain et d'autonomie de la personne se télescopent pour former le concept de personne humaine, sujet des droits de l'homme et des biodroits. Cependant, ces deux concepts sont relativement indéterminés³⁸¹ dans les instruments internationaux. Ils bénéficient d'une « *marge logique* »³⁸² très souple. Dignité

³⁷⁷ cf. BELAN (J.P.), « L'homme biotech et la dignité humaine », in BELAN (J.P.) s.d., *L'homme biotech : humain ou post humain ?*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2006, p.16 et s. ; POTHIER (F.), « Y a-t-il une limite à la modification biotechnologique de l'être humain ? », in *Id.*, p.95 et s.

³⁷⁸ Le CIB emploie cette expression préférentiellement à l'expression « *thérapie* » génique germinale, car la seconde induirait l'idée que la lignée germinale est « *malade* », ce qui n'est pas le cas. L'intervention génique germinale se définit comme l'intervention « *qui modifie l'ADN des cellules reproductrices* ». cf. CIB, *Rapport sur la thérapie génique humaine*, Paris, 20 octobre 1994, SHS-94/CONF.011/7, Rapporteurs Harold Edgar et Thomas Tursz, pp.18 et s.

³⁷⁹ *Id.* p.22-24

³⁸⁰ Selon l'ontologie unitaire de Spinoza, le corps se conçoit comme la « *permanence d'un rapport de mouvement et de repos à travers tous les changements qui affectent toutes les parties à l'infini du corps considéré* ». cf. DELEUZE (G.), *Cours*, cité par DEMICHEL (S.), « Pour un statut du corps dans le droit », in *RTDH* n° spécial *droit santé*, 2002, pp.83

³⁸¹ Sur la notion de « *Concepts juridiques indéterminés* » : HABA (E.P.), « Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies », in *APD* Tome 29, pp.324 et s. ; HENKE (E.), *Die Tatfrage. Der unvestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Dunker et Humblot, Berlin, 1966, (notamment Partie II) ; ENGISCH (K.), *Einführung in das juristische Denken*, Urban-taschenbuch 20, Kolhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977 (chapitre VI) ; SAINZ MORENO (F.), *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Monografias Civitas, Madrid, 1976, commentaire Enrique P.HABA aux *APD*, t.24, 1979, pp.510-515.

³⁸² POPPER (K. L.), *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1959 ; pour une application spécifique aux DH, cf. TOPITISCH (E.), *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Soziologische Texte 10, Luchterhand, Neuwied am Rhein und Berlin, 1971, pp.80 et s. ; Pour Enrique Haba :

et autonomie sont des concepts mouvants³⁸³, « leur indétermination consistant précisément en cette possibilité dont les interprètes disposent de mouvoir lesdits concepts en direction diverse (...) qui se traduit pour les termes retenus, en ce qu'ils sont utilisés pour leur faire dire des choses assez différentes, sinon opposées »³⁸⁴. Ces principes sont non seulement susceptibles de constituer des droits subjectifs, mais ils peuvent également être considérés comme des principes « matriciels »³⁸⁵.

133. Chacun de ces deux concepts influence le contenu de son opposé. Si l'on se place du point de vue de la dignité, l'autonomie se conçoit selon un mode kantien, comme la soumission à l'impératif catégorique. L'autonomie se trouve donc particulièrement restreinte dans cette perspective puisqu'elle s'identifie à la loi morale. Inversement, si l'on se place du point de vue de l'autonomie, la dignité ne se conçoit plus comme un impératif moral abstrait, mais s'identifie à la volonté de la personne. Ainsi, selon le pôle de la contradiction depuis lequel on se place, deux différents systèmes d'interprétation voient le jour³⁸⁶. Selon le premier, celui qui conçoit la dignité comme principe cardinal, il existe un seuil dans la disposition du corps et dans la transformation de l'être humain par la technique au-delà duquel nous sortirions de l'humanité. Selon le second, la transformation de l'humain en posthumain est éthiquement acceptable, sans limites, dès lors qu'il s'agit d'un choix responsable fondé sur l'autonomie de la personne³⁸⁷.

134. Néanmoins, plutôt que d'opposer ces positions radicales comme s'excluant mutuellement, ne pourrions-nous pas les penser de façon dialectique de manière à ce que l'humanité et le dépassement de celle-ci vers le posthumain apparaissent comme des

« plus les termes clés d'un discours sont peu déterminés sémantiquement, plus les possibilités d'interprétation dont ses locuteurs bénéficient seront nombreuses et variées. (...) Il s'agit d'expression dont la "marge logique" est très souple : elles sont souvent polysémiques, toujours très vagues. Les concepts, si on peut encore les appeler ainsi, auxquels ces expressions renvoient ne sont guère distincts ; ils signifient ou peuvent arriver à signifier des choses assez différentes pour les uns et les autres, parmi les locuteurs d'un langage donné », In HABA (E.P.), « Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies », APD Tome 29, p.325-326

³⁸³ Un concept juridique sera considéré comme mouvant lorsque « les interprètes peuvent le diriger aussi bien dans un sens que dans l'autre sens. Il peut être employé tant pour soutenir une certaine direction de mouvement au sein du corps social que pour tâcher de l'arrêter, tant pour mettre le droit en mouvement que pour faire du droit une digue en face de mouvements ». In HABA (E.P.), « Droits de l'Homme, concepts mouvants, idéologies », in APD Tome 29, p.325-326.

³⁸⁴ Id.

³⁸⁵ Bertrand Mathieu considère que les principes de dignité, d'égalité et de liberté sont « des principes matriciels, en ce qu'ils engendrent d'autres droits, mais aussi des principes essentiels ou (...) substantiels ». MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits fondamentaux*, op. cit., p.27

³⁸⁶ Voy. not. BELAN (J.P.), « L'homme biotech et la dignité humaine », op. cit., pp.15-18 et s. en particulier les développements relatifs au dédoublement du concept de dignité selon les perspectives humanistes et transhumanistes, spé. pp.17-21

³⁸⁷ Pour une interprétation du principe de dignité selon une perspective relativiste et fondée sur le principe d'autonomie : voy. PENCE (G.), « Le clonage humain ne menace pas la dignité humaine ; l'interdire la menacerait », in MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantômes, raisons et défis*, Labor et Fides, Genève, 2005, pp.102-112

facettes indissociables de la liberté et de la dignité humaine³⁸⁸ ? Penser dialectiquement une telle problématique correspond à accepter que « *l'humain et le posthumain puissent être non pas des valeurs immuables (statiques) qui s'excluent mutuellement, mais des valeurs interactives qui nous permettent de "voir" une même continuité de recherche d'un sens de l'humain dans son évolution, son changement, sa métamorphose* »³⁸⁹ ? Il s'opère alors une sorte de dédoublement des concepts d'autonomie et de dignité, dû à leur détermination réciproque, qui débouche sur une situation de paradoxe³⁹⁰. Deux logiques s'affrontent au fondement du droit de la bioéthique et proposent deux interprétations d'ensemble radicalement différentes. Celle qui considère la dignité comme le principe qui surdétermine tous les autres, et celle qui considère que c'est l'autonomie qui doit être le principe primordial. Chacune de ces conceptions induit des relations différentes entre les droits du système des droits de l'homme et déterminera le type de conciliation choisie entre ceux qui peuvent apparaître comme contradictoires.

135. Toutefois, plutôt que l'un ou l'autre des principes, il nous semble que c'est la tension dialectique qui les lie qui devrait être considérée comme le fondement du droit international de la bioéthique et comme la structure axiologique du système des droits de l'Homme. Une telle appréciation permettrait, non pas de trouver une hiérarchie des valeurs pour guider l'action en matière biomédicale, mais au contraire d'assumer l'hétérarchie d'un système normatif dont la construction repose précisément sur une logique de la conciliation entre des droits et des principes tous aussi fondamentaux les uns que les autres.

³⁸⁸ BÉLAND (J.P.), *L'homme Biotech : humain ou posthumain ?*, Presses universitaires de Laval, 2006, Québec, p.15

³⁸⁹ *Id.* p.16

³⁹⁰ *Id.* pp.19-34.

CONCLUSION CHAPITRE 1

136. Le Droit international de la bioéthique, qui s'inscrit dans une relation de filiation avec le système des droits de l'homme, consacre positivement un grand nombre de principes éthiques ou moraux. Construit dans un contexte de pluralisme culturel et philosophique, le droit de la bioéthique occupe une position nodale entre plusieurs champs normatifs différents : la science, l'éthique et le droit. Par ailleurs, la régulation des pratiques biomédicales et de l'usage des biotechnologies mobilise autant des dispositifs juridiques que des dispositifs parajuridiques qui, parfois, se concurrencent. À ce titre, il est soumis aux influences diverses de phénomènes d'internormativité externes. L'enrichissement est mutuel : le droit tire de l'éthique une souplesse, une plasticité qui lui permettent de mieux s'adapter aux contingences et à l'incertitude, tandis que l'éthique voit son contenu précisé et enrichi par les interprétations que pourront en faire les divers acteurs de la vie juridique. Par ailleurs, la logique juridique, principalement formelle dans le cadre théorique du positivisme, semble intégrer une appréciation substantielle de la qualité des normes, propre à l'éthique et la morale³⁹¹.

137. En conséquence, le contenu du droit de la bioéthique est très hétérogène. Les principes qu'il contient sont eux-mêmes multiples et divers. Leurs champs d'application s'entremêlent et se recoupent, tous ont vocation à participer à l'évaluation éthique de l'action en matière biomédicale. Les Déclarations de l'UNESCO en matière de bioéthique, la Convention européenne de biomédecine et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme précisent qu'elles doivent être interprétées comme « *un tout* » et affirment l'interdépendance et la complémentarité des principes qu'elles contiennent. Toutefois, cette complémentarité souhaitée s'opère souvent par limitation réciproque de principes contradictoires. Ainsi, au pluralisme et aux phénomènes d'internormativité externe s'ajoutent un pluralisme et des phénomènes d'internormativité interne. Le droit international de la bioéthique est, à l'image du système des droits de l'homme, intrinsèquement pluraliste. Tentant de réguler des pratiques transnationales, il mobilise plusieurs ordres juridiques nationaux et plusieurs systèmes juridiques internationaux, celui-ci faisant ainsi office d'interface entre des structures normatives diverses. Le « *plurijuridisme* » est, par delà le respect du pluralisme, une condition essentielle de l'efficacité des droits de l'homme et des normes juridiques internationales relatives à la bioéthique.

³⁹¹ *Infra.* Chapitre 2, section 1

138. Toutefois, l'internormativité est un facteur entropique. De tels phénomènes sont difficilement prévisibles et peuvent bouleverser les relations qu'entretiennent les principes et les droits consacrés. L'internormativité interne, dans la mesure où elle est susceptible de créer une polysystème simultanée, accroît le degré d'imprévisibilité des interprétations et des applications des droits de l'homme en matière biomédicale. La révision régulière, tant des législations nationales que des instruments internationaux de protection des droits de l'homme en matière de bioéthique, renforce encore l'incertitude vis-à-vis des évolutions dont elles peuvent faire l'objet. Le droit de la bioéthique est ainsi marqué par une forte historicité. Enfin, l'interdépendance même des principes suppose des variations multiples du degré d'influence de chacun d'entre eux et une certaine capacité autoorganisationnelle de l'ensemble face à des situations concrètes.

139. Le système des droits de l'homme est, à l'image de ce que révèle la réflexion bioéthique, un système complexe et dynamique dont les interactions internes³⁹², entre ses éléments, et externes³⁹³, avec son environnement, sont imprévisibles. La sécurité juridique comme la logique formelle sont mises à mal par cette complexité dynamique. La prévisibilité des relations juridiques est une donnée pourtant essentielle du fonctionnement de nos ordres juridiques. Cette dynamique peut être qualifiée de non-linéaire, dans le sens de non prévisible. Concevoir le droit international de la bioéthique et le système des droits de l'homme comme un système dynamique non-linéaire permet de mobiliser un ensemble d'outils épistémologiques permettant de décrire le mouvement, et notamment le rôle des relations de contradiction entre les normes et/ou entre les droits.

140. Parmi les principes du droit de la bioéthique et du système des droits de l'homme, ceux de dignité et d'autonomie occupent des places prépondérantes. Largement indéterminés dans les instruments internationaux, ces concepts peuvent être utilisés pour appuyer des revendications contradictoires. Dignité et autonomie reposent sur des logiques différentes et même contraires. Placé au centre du système, chacun d'entre eux est susceptible de déterminer les relations qu'entretiennent les autres principes. Ils donnent lieu à des interprétations contraires. Par ailleurs, la relation qu'entretiennent la dignité et l'autonomie peut être qualifiée de dialectique. Tous deux forment les pôles du concept de personne humaine qui se présente comme une unité dialectique qui englobe l'être humain dont la dignité doit être respectée impérativement et le sujet de droit autonome qui ne se détermine que par sa volonté. Partant de ce constat, la quête d'un rapport hiérarchique en faveur de l'un ou l'autre semble vaine et il apparaît que c'est le rapport dialectique qui les

³⁹² Les relations entre ses éléments et les propriétés du système qui en découlent.

³⁹³ L'influence des autres systèmes et de l'environnement général du droit international de la bioéthique sur les relations qu'entretiennent ses éléments et les propriétés systémiques qui en découlent.

unit qui doit être considéré comme la structure axiologique contradictoire du système des droits de l'homme. Une telle approche, qui cristallise une véritable conception normative ambivalente de l'Homme, permet d'expliquer tant l'émergence de conflits de droits que la logique de conciliation propre au système des droits de l'Homme. Ainsi, plutôt qu'une hiérarchie introuvable ou intenable, fonder la légitimité du système des droits de l'homme sur une relation dialectique mettrait en lumière le principe hétérarchique en son fondement.

CHAPITRE 2 : LES CONFLITS DE DROITS EN BIOÉTHIQUE OU LA RÉSURGENCE DES CONFLITS DE VALEURS

141. Les instruments normatifs du droit international de la bioéthique n'ont pas, à l'exception de la Convention d'Oviedo et des Conventions régionales de protection des droits de l'homme, de caractère contraignant pour les États dans l'ordre international. Ces instruments prennent souvent la forme de déclarations de droits, négociées et signées sous l'égide de l'UNESCO. Sans entrer dans le débat sur la positivité, en droit international public, des déclarations de bioéthique, il est possible de s'intéresser au contenu de ces instruments. Il ne s'agira pas, ici, de traiter de conflit de normes dans une perspective internationaliste, mais simplement de mettre en lumière les conflits pouvant intervenir entre les différentes valeurs et les différents droits déclarés dans les instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la bioéthique.

142. Conçus sous la forme de politique de santé publique clé en main en matière de régulation du progrès biomédical, les instruments du droit international de la bioéthique consacrent un domaine spécifique du système normatif des droits de l'homme. Au sein de ce domaine émergent, le droit de la bioéthique consacre de nouveaux droits de l'homme. Ces droits nouveaux sont relatifs aux prérogatives reconnues à la personne sur son corps.

143. Ces textes contiennent deux types de dispositions normatives ; celles qui énoncent des principes et valeurs éthiques qui assurent la légitimité axiologique du système des droits de l'homme et d'où découlent certains droits, celles qui déterminent les procédures afin de garantir les principes et droits énoncés par les premières. Ces droits et procédures, comme les principes qui les sous-tendent, sont complémentaires et interdépendants. Ils s'articulent selon plusieurs logiques qui font varier leurs portées et leurs destinataires. Ces logiques, parfois concurrentes, tracent les grandes lignes de clivages d'une typologie des conflits pouvant émerger entre ces différents droits.

Section 1 : Les logiques éthiques contradictoires du droit international de la bioéthique

144. Le droit international de la bioéthique, qui consacre la protection de la personne humaine dans le domaine de la biomédecine³⁹⁴, s'inscrit dans le système juridique des droits de l'homme³⁹⁵. Le respect de la dignité humaine, valeur éthique ou morale positivée par les instruments du droit de la bioéthique, se trouve au fondement du système des droits de l'homme. Par ailleurs, le respect de la dignité est un droit fondamental consacré dans l'ensemble des démocraties. Les droits fondamentaux, qui par leur nature même constituent un trait d'union entre le monde des valeurs et celui du Droit, apparaissent comme le fondement tant de la protection des droits de l'Homme que de l'éthique biomédicale contemporaine³⁹⁶. Pour certains auteurs, à la différence des droits de l'Homme, la notion de droits fondamentaux ne se limite pas à « une conception individualiste des droits et métaphysique de l'homme, mais intègre une conception collective des droits, associée à une prise en compte de l'homme concret et dont les titulaires ne se bornent pas à la catégorie des individus »³⁹⁷. Ainsi à l'éthique individualiste et subjective des droits de l'homme, le droit de la bioéthique adjoint une éthique collective et objective empruntée aux droits fondamentaux³⁹⁸. Pour d'autres, les principes éthiques du droit de la bioéthique développent le rôle des droits de l'homme, protecteurs de la personne humaine à la fois dans sa dimension individuelle et dans ses dimensions sociales³⁹⁹. La contradiction logique, dans cette seconde perspective, découlerait de cette dualité individuelle et collective du rôle protecteur des droits de l'Homme.

145. Il y a cependant deux conceptions de la « *fondamentalité* » des droits. La première, formelle, privilégie une approche des droits fondamentaux en termes juridiques. La seconde, qualifiée de matérielle ou substantielle par la doctrine, privilégie une approche

³⁹⁴ LENOIR (N.), « Bioéthique, Constitution et Droits de l'homme », *Diogène*, n° 172, oct-déc 1995, p.13

³⁹⁵ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Biomédecine, famille et droits de l'Homme : une même éthique pour tous ? », *RTDH*, n° 43, 2000, p.429

³⁹⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit. pp.282 et s.

³⁹⁷ *Ibid.* p.301

³⁹⁸ Selon S. Monnier : « L'emploi usuel de la notion de droits fondamentaux permet d'englober un ensemble plus large que les droits de l'homme et les libertés publiques. Les droits de l'homme en raison de leur caractère inaliénable et sacré sont fondés sur le droit naturel, droit qui découle de la condition humaine et qui préexiste à la société. Droits génériques, ils s'adressent à l'homme abstrait et universel, alors que les droits fondamentaux comprennent des droits catégoriels, et qu'ils reconnaissent en tant que dépositaires à la fois des entités, ou au contraire, l'individu appréhendé non plus de manière abstraite et égalitaire, mais de manière concrète et identitaire ».

³⁹⁹ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project, Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw 1995-1998, Center for Ethics and Law, Copenhagen, Denmark and Institut of Borja de Bioética, Barcelonne, Espagne, 2000, p.20

en termes de valeurs⁴⁰⁰. Selon la conception formelle, la fondamentale d'un droit est indépendante de celui-ci, de son contenu ou de sa substance ; elle dépend uniquement de sa constitutionnalité ou de sa conventionalité, c'est à dire du rang occupé par le droit ou la liberté considérés dans la hiérarchie des normes d'un certain ordre juridique. L'approche substantielle dissocie la fondamentale d'un droit de la hiérarchie des normes ou de la qualité de sa source formelle. Elle apprécie sa qualité, non au regard de sa validité formelle ou de la compétence de l'organe qui l'édicte, mais au regard de la qualité intrinsèque de la norme et la valeur qu'elle protège. En d'autres termes, la conception substantielle « se rapporte à une hiérarchie des valeurs indépendantes de la hiérarchie des normes »⁴⁰¹. Le principe juridique de respect de la dignité est l'exemple topique d'une correspondance entre les valeurs et le Droit.

146. Néanmoins, « si les caractères formellement constitutionnel ou fondamental d'un droit sont importants, ils ne sont pas cependant décisifs. Au sens profond et initial, un droit fondamental mérite son nom lorsqu'il est constituant – au sens d'établir – l'identité de l'homme dans une société démocratique déterminée »⁴⁰². Ainsi, selon cette perspective, est fondamental tout droit qui participe à définir la conception normative de l'Homme dans les sociétés démocratiques. Cette distinction entre les droits formellement constitutionnels (ou conventionnels) et les droits matériellement constituants nous semble décisive, car elle permet l'appréciation critique tant du contenu des droits que de la relation formelle qu'ils entretiennent entre eux et avec le système normatif dans sa globalité. Elle rend également compte de la fonction de passerelle des droits fondamentaux entre l'éthique et le droit⁴⁰³. Elle met enfin en lumière une certaine relation entre la conception normative de l'homme et l'organisation des pouvoirs qui s'exercent sur lui en société.

147. Ces logiques concurrentes, qui animent par leurs confrontations la réflexion relative à l'éthique de la vie, sont issues de courants philosophiques qui intéressent les fondements du système des droits de l'homme⁴⁰⁴. On peut classer schématiquement ces courants de pensée en deux grandes catégories : l'éthique dite relativiste, procédurale ou

⁴⁰⁰ Sur l'importance et le rôle des jugements de valeur dans le Droit et vis-à-vis de la théorie de l'interprétation voir : PERELMAN (C.), *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, DALLOZ, 2e Éd., 1979, Laloüpe, France, 193 pages, notamment pp.10-12

⁴⁰¹ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.298

⁴⁰² PAVIA (M. L.), « Élément de réflexions sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.*, n° 54, 6 mai 1994.

⁴⁰³ BEIGNIER (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Études offertes à P. Catala*, Paris, Litec, 2001, p.153

⁴⁰⁴ Pour une analyse des courants philosophiques qui parcourent la réflexion bioéthique : voy. BOHRER (R. A.), « Longevity research and bioethics », *Biotechnology Law Report*, october 2004, pp.542-547.

encore subjectiviste et l'éthique dite objectiviste⁴⁰⁵ ou substantialiste⁴⁰⁶. Cette classification schématique est, certes, artificielle et réductrice, de nombreux auteurs se situent plutôt entre ses deux positions radicales. Cependant, cette représentation permet de rendre compte de la polarisation des fondements éthiques du droit international de la bioéthique. En effet, selon chacune de ces approches, individuelle ou collective, subjective ou objective, procédurale ou substantielle, les relations entre les différents principes bioéthiques sont susceptibles de varier. De cette adjonction de logiques éthiques différentes, voire opposées, naissent des rapports contradictoires entre les droits déclarés.

§.1 Le dualisme éthique au fondement du droit de la bioéthique : éthique relativiste et éthique objectiviste

148. Les biotechnologies offrent des perspectives immenses en termes de progrès médical. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur le pouvoir grandissant que ces technologies donnent à l'homme d'aujourd'hui sur l'homme de demain et sur son environnement naturel et culturel. Face à ce constat, le droit de la bioéthique tend à poser des limites. Le risque que l'ingénierie génétique fait courir à l'identité des individus futurs et à leur liberté pose de manière décisive la question du fondement, des bases éthiques, de la protection des droits de l'homme en ce domaine. En d'autres termes « *quelle éthique adopter comme fondement de la bioéthique* »⁴⁰⁷ ? Quelle métaéthique permettra de fonder les limites fixées au progrès technoscientifique ? Entre éthique relativiste et éthique objectiviste, le droit international de la bioéthique et le système des droits de l'homme semblent ne pas avoir choisi tant ils intègrent de manière concomitante ces éthiques contradictoires. En résulte une ambiguïté congénitale⁴⁰⁸, qui si elle n'est pas résolue fait courir le risque que la bioéthique se dissolve dans un assemblage de principes dont l'agencement serait variable en fonction de la mode du jour ou du goût de chacun⁴⁰⁹. Une telle perspective optimiserait l'adaptabilité du droit de la bioéthique et la fluidification des relations de l'homme au corps et à sa nature biologique, mais détériorerait gravement, à notre sens, la capacité du droit de la bioéthique à stabiliser les relations et les attentes sociales.

⁴⁰⁵ Le courant objectiviste ne doit pas être confondu avec l'objectivisme développé par Ayn Rand. L'objectivisme de Rand, bien que rejetant le scepticisme Humien, s'apparente à une déclinaison particulière de l'utilitarisme.

⁴⁰⁶ ANDORNO (R.), *Bioéthique et dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, pp.15-17

⁴⁰⁷ *Ibid.* p.15

⁴⁰⁸ CLAIR (A.), « Éthique : Les ambiguïtés d'un concept », in *Éthique. La vie en question*, n° 1, 1991, p.15

⁴⁰⁹ ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, op. cit., p.15

A. Deux éthiques contradictoires

149. L'éthique relativiste fut largement développée après la seconde guerre mondiale dans la philosophie anglo-saxonne et fut à la base de nombreuses législations relatives aux questions de bioéthique aux États-Unis. L'éthique objectiviste, développée par des auteurs comme Aristote, Kant ou Hegel, a des liens plus ténus avec la culture européenne. Ce lien historique explique certainement l'attachement particulier des États d'Europe au concept de dignité humaine. Éthique relativiste et éthique objectiviste sont contradictoires dans la mesure où elles reposent sur des postulats opposés et fonctionnent selon des logiques antinomiques.

1. Des postulats opposés

150. L'éthique relativiste repose sur la conception selon laquelle les principes éthiques ne sont pas vrais ou faux en tant que tels, mais qu'ils sont une simple affaire de choix ou de convention. Ainsi, pour l'éthique relativiste, la morale ne peut se baser sur des valeurs objectives ou transcendantes, mais seulement sur les choix autonomes du sujet. En fait, pour ce courant de pensée, le choix autonome est le fondement de l'agir moral. La seule limite est la liberté d'autrui. La liberté est le point de référence suprême, mais aussi le but ultime. Selon cette conception matérialiste, « le bien » n'est pas connu ou connaissable par la raison, mais construit par la volonté ou perçu par les sentiments. Il n'y a, dès lors, pas d'action intrinsèquement mauvaise ; toute conception substantielle du bien est mise entre parenthèses. Au sein de ce courant on retrouve le non-cognitivism et l'empirisme sceptique de Hume⁴¹⁰, le néoutilitarisme⁴¹¹ et le néocontractualisme⁴¹². Ces derniers cherchent à dépasser l'individualisme en cherchant des critères partagés par tous les sujets. Cette tendance est illustrée, notamment par Stuart Mill avec l'utilité sociale et la

⁴¹⁰ Selon le courant non cognitiviste, il est impossible d'accéder à une vérité morale quelconque, le choix éthique n'a rien à voir avec la raison, car il n'est pas vérifiable du point de vue empirique. C'est donc au sentiment, plutôt qu'à la raison, de déterminer la bonté des actions humaines. Voy. ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, pp.15 et s. ; HUME (D.), *A Treatise of Human Nature*, in *The Philosophical Works*, éd. T.H. Green and T.H. Grose, vol.2, Darmstadt, Scientia Verlag, 1964, section I, partie I, livre III) ; MICHAUD (Y.), *Hume et la fin de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1983 ; MALHERBE (M.), *La philosophie empiriste de David Hume*, Paris, Vrin, 1976.

⁴¹¹ Le néoutilitarisme s'appuie sur le critère de l'utilité sociale. Il cherche à maximiser le plaisir et minimiser la peine. Le calcul coûts-bénéfices, transposé du plan individuel au plan social, vient à constituer la règle morale valable pour tous. Voy. MILL (J. S.), *L'utilitarisme*, présentation de AUDARD (C.), PUF, Quadriges, 1998, pp.1-143 ; SINGER (P.), *La libération animale*, Grasset, 1993, 382 p. ; SINGER (P.), *Questions d'éthique pratique*, Bayard, 1998, 370 p. ; CHAPOUTHIER (G.) et PARIZEAU (M. H.), *L'être humain, l'animal de la technique*, Presses Universitaires de Laval, 2007, p.32 et s. (241p.)

⁴¹² Le néo-contractualisme fait coïncider le bien moral avec l'accord entre les sujets. Le bien est construit par le biais d'une décision collective ; il n'a pas une substance prédéterminée, mais possède un contenu variable.

maximisation du bonheur, ou par J. Rawls avec le principe de juste égalité des chances et le principe de différence. Pour l'éthique relativiste, le juste a priorité sur le bien. On sait l'importance capitale que Rawls accordait à la justice, « *première vertu des institutions sociales* »⁴¹³. La priorité du juste sur le bien s'affirme en premier lieu par la suspension de toute conception substantielle du « bien » comme condition préalable au débat public et à la décision collective. Elle s'exprime en second lieu par la focalisation sur les conditions et procédures de la discussion rationnelle en vue de la décision consensuelle. Dans cette perspective, « *le sujet est pensé comme premier par rapport aux fins qu'il affirme* »⁴¹⁴ et la justice est conçue « *indépendamment de toute idée préalable de la vie bonne et même de tout jugement moral sur les fins que les droits promeuvent et sur leur contenu* »⁴¹⁵.

151. À l'inverse, l'éthique objectiviste considère que le bien n'est pas affaire de convention, qu'il n'est pas le résultat d'un choix arbitraire, individuel ou collectif, de l'homme. Il n'est pas construit, mais reconnu. La raison humaine est la faculté qui permet à l'homme de distinguer ce qui participe au bien de la personne de ce qui lui nuit. « *Il y a donc des actions intrinsèquement mauvaises, notamment celles qui vont à l'encontre des valeurs essentielles de la personne. Dans ce courant de pensée, la personne demeure la fin de toutes les institutions sociales, politiques, économiques... etc.* »⁴¹⁶. L'impératif catégorique de respect de la dignité y est le point de référence central et absolu. On retrouve dans ce courant toute l'éthique classique depuis Aristote jusqu'à Kant. La moralité d'un acte y est déterminée non seulement par l'intention du sujet, mais également par l'objet de l'action lui-même. La seule bonne intention ne justifie pas une conduite. En d'autres termes, il s'agit de l'application du principe éthique selon lequel « *la fin ne justifie pas les moyens* ». Ainsi, « *le vol d'une banque, même s'il est commis pour faire ensuite la bienfaisance avec le butin, n'est pas admissible ; de même, le but, très noble, de faire avancer les connaissances scientifiques ne justifie pas l'emploi d'embryons humains comme matériau de recherche ; pareillement, vouloir éviter à un patient les souffrances propres à sa maladie n'autorise pas à le tuer* »⁴¹⁷.

2. Des logiques contraires

152. Chacune des deux éthiques concurrentes présente des caractéristiques opposées. En effet, chacune repose sur trois piliers contraires. L'éthique relativiste repose sur

⁴¹³ RAWLS (J.), *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Le Seuil, 1987, 97, p.29

⁴¹⁴ SANDEL (M.), *Le libéralisme et les limites de la justice*, trad. Spitz (J.-F.), Paris, Le Seuil, 1999, p.35

⁴¹⁵ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée, Bioéthique et philosophie*, PUF, Paris, 2009, p.85

⁴¹⁶ ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, 1997, Paris, p.17

⁴¹⁷ *Ibid.*

l'individualisme abstrait, le subjectivisme et la logique procédurale. L'éthique objectiviste repose sur une conception kantienne du sujet⁴¹⁸, sur une forme de collectivisme ou de cosmopolitisme et sur la logique substantielle.

a. L'éthique relativiste et la logique procédurale

153. L'éthique relativiste se présente elle-même comme une réponse à l'échec de la philosophie des Lumières à fonder une morale universelle par la raison. Elle apparaît comme un outil utile pour répondre aux défis du pluralisme dans les démocraties modernes. Cet outil repose sur le présupposé selon lequel le pluralisme des sociétés modernes exige de faire abstraction de toute morale substantielle afin de décider collectivement d'une action. En effet, la mise entre parenthèses de toute conception substantielle du « bien » permet d'éviter d'éternels débats pour arriver à un fragile consensus. En droit international, où la recherche du consensus autour de valeurs communes est souvent cause d'empêchement ou de retard dans l'élaboration d'instruments juridiques, la négociation portant sur une éthique sans contenu est susceptible d'aboutir plus facilement et plus rapidement. Pour un auteur comme J. Rawls, « *le libéralisme politique et la mise entre parenthèses de ces conceptions du bien en vue d'arriver à un consensus par recoupement sont présentés comme la seule réponse pertinente au fait du pluralisme, comme le seul moyen d'élaborer, dans une société séculière, une politique publique* »⁴¹⁹.

154. Chez Rawls, comme chez les tenants de l'éthique relativiste, l'idée d'une priorité du juste sur le bien est le socle sur lequel est bâti leur système de pensée. Dans le domaine de la santé, T. H. Engelhardt a longuement développé l'idée d'une éthique vide de contenu permettant le traitement pacifique des différends et a poussé à l'extrême cette rupture avec Kant. Pour cet auteur, « *il n'y a pas d'arguments séculiers décisifs qui puissent établir qu'une vue concrète de la vie morale est meilleure que sa rivale* »⁴²⁰, l'éthique qu'il propose est laïque et minimaliste. Néanmoins, l'idée d'une priorité du juste sur le bien combinée à une conception du sujet antérieure aux fins qu'il se donne encourage une conception volontariste de la personne, qui n'est liée qu'aux fins et rôles qu'elle choisit⁴²¹. Cette conception du moi « *désengagé* » et cette dépolitisation artificielle du

⁴¹⁸ Le sujet pratique de Kant diffère de l'individualisme abstrait en ce sens que le sujet est conçu comme identitaire, intégré dans une communauté sociale et une réalité concrète. Le sujet pratique est lié par une multitude de relations sociales et transcendantes qui posent des limites à sa liberté par l'exercice de la raison universelle.

⁴¹⁹ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.90

⁴²⁰ ENGELHARDT (T. H.), *The Foundations of Bioethics*, op. cit., p.62-63

⁴²¹ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.87

concept de justice ne vont pas sans conséquence. En effet, détaché de ses fins, mais aussi des attachements ou des rôles que lui confère sa vie dans la société, le sujet est considéré de manière abstraite et atomiste⁴²². Cette conception du sujet empêche de juger, au cas par cas, le contenu des droits et empêche d'évaluer une action morale à l'aune des liens qui renvoient à nos responsabilités en tant que citoyens, en tant que membres d'une famille ou d'une communauté⁴²³.

155. Une telle appréciation conduit à emprunter une approche casuistique ou situationniste. Dans cette perspective, nous l'avons vu⁴²⁴, le concept d'autonomie n'est plus entendu au sens kantien ou néokantien,⁴²⁵ mais se transforme en un principe de permission. Face à l'impossibilité de fonder une morale universelle, « *l'autorité morale séculière est donc celle du consentement* », c'est-à-dire « *l'autorité de la permission* »⁴²⁶. Dès lors, vidé de toute référence à la morale, le concept de consentement s'approche plus de l'indépendance que de l'autonomie. Une telle transformation représente, pour certains, une « *menace paradoxale à l'idée de liberté et de droit* »⁴²⁷ pouvant aboutir à l'émergence d'un sujet « *démiurge* »⁴²⁸. En effet, selon la philosophe Corine Pelluchon, « *les droits individuels étant considérés comme des créances envers la société, la notion de devoir, traditionnellement liée à celle de droit, s'efface en même temps que les limites conférées par le bien commun à la liberté individuelle* »⁴²⁹. L'évaluation de l'action ne s'opère qu'en termes formels et procéduraux. De même, nous avons vu qu'une telle logique mène à une conception minimaliste de la personne humaine qui ne concernerait que les êtres conscients et capables de discernement.

156. La combinaison de l'individualisme abstrait, du subjectivisme éthique et de la logique procédurale, emporte trois conséquences. Premièrement, les défenseurs de l'éthique relativiste ont tendance à se focaliser sur les droits subjectifs. Dans cette perspective, la personne est conçue comme « *liberty-holder* » ou comme « *right-claim*

⁴²² *Id.*, p.85

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2.

⁴²⁵ Le principe d'autonomie dans la perspective kantienne est limité par des valeurs transcendantes, principalement l'impératif catégorique de dignité humaine. Dans la perspective néo-kantienne, le principe d'autonomie est pondéré à l'aune d'intérêts collectifs ou généraux.

⁴²⁶ ENGELHARDT (T. H.), *The Foundations of Bioethics*, *op. cit.*, p.68-69

⁴²⁷ EDELMAN (B.), *La personne en danger*, *op. cit.*, pp. 284 et s. Cet auteur précise cette idée : « *Ce que nous craignons du pouvoir scientifique, ce n'est pas l'accident physique, mais la désarticulation du sujet, l'évanouissement des références symboliques, la perte des limites de la vie, l'angoisse des corps dépecés pour que d'autres soient réparés* ». p.286 ; PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, *op.cit.*, p.80 et s.

⁴²⁸ EDELMAN (B.), *La personne en danger*, *op. cit.*, pp.282-288

⁴²⁹ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, *op.cit.*, p.81

holder »⁴³⁰. Deuxièmement, l'État est considéré comme devant être moralement neutre, cantonné à un rôle défensif des droits subjectifs. La seule fonction de l'État est de garantir et protéger les droits et les libertés individuelles. Enfin, le concept de justice est conçu indépendamment de toute référence préalable à la morale ou au bien commun. Nous verrons que ce présupposé se retrouve dans la tendance des États à consacrer des règles procédurales plutôt que substantielles en matière de bioéthique et de protection des droits de l'homme vis-à-vis des biotechnologies.

b. L'éthique objectiviste et la logique substantielle

157. L'approche objectiviste ou substantialiste en éthique repose sur des postulats opposés à ceux de l'approche relativiste ou procédurale. De plus, l'approche objectiviste fonctionne selon une logique absolument contraire à celle de l'éthique relativiste. Ainsi, alors que l'éthique relativiste récuse toute conception préalable du bien, et même toute possibilité de le connaître rationnellement *in abstracto* ; l'éthique substantialiste présuppose une conception du bien antérieure au sujet. Le bien n'est pas construit par convention entre les sujets, mais révélé par la raison. Il n'est pas relatif et immanent, mais transcende le sujet et se pose comme un absolu rigide auquel on ne peut déroger. C'est notamment le rôle de l'impératif catégorique dans la philosophie de Kant.

158. La logique substantielle, selon laquelle fonctionnent l'éthique objectiviste et la métaphysique, se focalise sur la qualité des normes et sur le système de valeurs qu'elles sous-tendent. Cette logique propre à l'idéalisme abstrait, ne s'intéresse plus spécifiquement aux formes que prennent les énoncés normatifs, mais à leur contenu, au sens des termes des énoncés normatifs et aux objectifs téléologiques de la norme. Contrairement à la logique procédurale qui est tournée exclusivement vers les processus d'adoption et d'application de la norme éthique, c'est-à-dire aux moyens mis en œuvre en vue de son existence ; la logique substantielle est exclusivement focalisée sur le domaine des fins, c'est-à-dire celui des raisons objectives qui justifient et légitiment cette existence.

159. Cependant, dans une société pluraliste où plusieurs conceptions substantielles du bien coexistent, l'approche substantialiste est impuissante pour trouver une solution universalisable. Une négociation sur le fond – c'est-à-dire sur une définition commune des valeurs, de leurs relations et sur le contenu précis des droits, notamment l'étendue de leurs champs d'application – ne peut pas aboutir à un accord ou à un consensus. Cette incapacité

⁴³⁰ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project, Basic Ethical Principle in Bioethics and Biolaw 1995-1998, Center for Ethics and Law, Copenhagen, Denmark and Institut of Borja de Bioética, Barcelonne, Espagne, 2000, p.19

est patente sur des questions telles que le statut de l'embryon humain ou la définition de la vie et de son commencement⁴³¹. En outre, la rigidité des éthiques substantialistes rend plus difficile leur application aux cas concrets en matière médicale. Celles-ci ne présentent pas une adaptabilité suffisante aux conditions de l'action et à l'incertitude vis-à-vis des conséquences pour guider efficacement les praticiens⁴³². D'ailleurs, à supposer qu'un consensus puisse être atteint sur une conception substantielle commune du bien, celui-ci prendrait la forme de l'idéologie au sens marxien et fonctionnerait de la même manière. En d'autres termes, comme le remarque la professeure Monique Castillo, « *le substantialisme, du point de vue éthique, ne reconnaît aux valeurs que leur réalité substantiellement, ou collectivement, positive. Ce qui signifie qu'une valeur ne se fait reconnaître que par la pression qu'elle exerce sur la vie collective, que par son poids communautaire. (...) Une valeur est, en définitive, une unité de domination* »⁴³³. La combinaison de l'éthique relativiste et de l'éthique objectiviste est problématique tant du point de vue logique que du point de vue pratique. En effet, chacune propose une interprétation et un agencement différents des principes bioéthiques. Or, de l'agencement entre les principes bioéthiques et entre les valeurs qui les sous-tendent dépend l'agencement des droits déclarés en vertu de ces principes.

B. Le dualisme interprétatif du droit de la bioéthique : les agencements alternatifs et antinomiques des principes bioéthiques

160. Les instruments du droit international de la bioéthique ne déterminent pas avec précision l'ensemble des relations logiques entre les principes déclarés. L'interprétation des principes, des droits et de leurs relations systémiques est laissée à la libre appréciation des États. Toutefois, dans la mesure où les relations entre les valeurs sont affectées selon que l'on suppose la priorité du bien sur le juste ou le contraire, la hiérarchie des valeurs est susceptible de varier. De même, l'interprétation générale du système des droits de l'homme et des instruments relatifs à la bioéthique, du contenu des principes et des relations qu'ils

⁴³¹ Sur ces questions voy. not. FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, 336p. ; FOLSCHIED (D.), *L'embryon ou notre docte ignorance*, in *Id.*, pp.25-47 ; VERSPIREN (P.), « La protection due à l'embryon – la position catholique », in *Id.*, pp.291-296 ; BOUBAKEUR (D.), « L'embryon dans l'Islam », in *Id.*, pp.297-302 ; MULLER (D.), « Le débat sur le statut de l'embryon en éthique protestante », in *Id.*, pp.303-312 ; LOBEL (B.), « Le statut de l'embryon – la position juive », in *Id.*, pp.313-318 ; à propos des controverses éthiques et théologiques relatives à la distinction entre clonage reproductif et clonage thérapeutique : cf. MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantômes, raisons, défis*, Labor et Fides, 2005, 333p.

⁴³² PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., pp.60-90

⁴³³ CASTILLO (M.), « Les droits de l'homme entre cosmopolitisme et mondialisation », Documents de travail du département de philosophie de l'université de Poitiers, disponible sur le site : <http://www.sha.univ-poitiers.fr/philosophie/>

établissent entre eux, variera selon que l'on adopte une approche plutôt objectiviste ou plutôt relativiste. Toutefois, les agencements alternatifs des principes bioéthiques proposés par chacune de ces perspectives n'offrent qu'une protection inadaptée de l'être humain et de la personne. Dans le cas de l'agencement proposé par l'éthique objectiviste, l'autonomie est réduite à un impératif moral qui la dénature. Dans le cas de l'agencement relativiste, l'autonomie toute puissante permet de légitimer des pratiques aliénantes. Ils sont fortement critiqués par de nombreux courants éthiques. Ces deux agencements possibles semblent antinomiques tant ils transforment en retour le contenu desdits principes.

1. Des agencements alternatifs

161. Selon l'approche choisie par l'interprète des instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la bioéthique, les relations entre les principes éthiques sont susceptibles de changer. La matrice conceptuelle propre à chaque approche présente une configuration radicalement différente de sa concurrente. En effet, les objectivistes considèrent que la dignité est la caractéristique première et fondamentale de l'être humain, celle qui surdétermine toutes les autres. La hiérarchie de valeurs proposée par les relativistes est différente. Ces derniers considèrent le principe d'autonomie comme premier et primordial. Dans un cas, la liberté se verra poser des limites objectives, rationnelles, nécessaires à la sauvegarde du bien commun ; dans l'autre, la seule limite à la liberté de chacun sera la liberté d'autrui.

162. Par exemple, T.H. Engelhardt, un relativiste radical, considère que le consentement n'est rattaché à aucun contenu moral⁴³⁴. À l'inverse, chez Kant, l'autonomie est rattachée à la valeur de la personnalité. Celle-ci découle, chez Kant, non seulement de la valeur du sujet comme source de l'autorité morale, mais aussi de la valeur du sujet comme objet du devoir. C'est toute la différence entre l'éthique classique et l'éthique relativiste qui se cristallise autour du concept d'autonomie. Alors que la possibilité d'une connaissance universelle du bien aboutit, pour l'éthique classique, à la possibilité de devoirs moraux universels et indépendants de la volonté du sujet ; l'impossibilité d'une telle connaissance engendre, pour l'éthique relativiste, une conception individualiste et volontariste du devoir issue d'une privatisation de la morale⁴³⁵. Concrètement, cette distinction amène les uns à proclamer l'indisponibilité du corps humain et les autres à permettre une instrumentalisation du corps par la volonté de la personne.

⁴³⁴ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.92

⁴³⁵ LIPOVETSKY (G.), *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Paris, 2000, 366p.

2. Des agencements antinomiques et critiqués

163. Les deux agencements alternatifs entre les principes bioéthiques que proposent l'approche substantialiste et l'approche relativiste sont contradictoires tant dans la méthode que dans le résultat. En outre, abstraction faite de leur antinomie, chacun des deux agencements possibles présente des incertitudes et des dérives inéluctables. D'autres perspectives éthiques ont porté des critiques non négligeables contre de tels systèmes purement axiologiques ou purement formels. L'analyse des critiques portées contre ses deux formes contradictoires de systématisation des principes éthiques permettra de mieux comprendre la complémentarité possible entre chaque option méthodologique. Cependant, cette complémentarité n'opère pas directement, mais ne peut intervenir qu'à la suite d'une synthèse des deux positions. Cette synthèse, qui passe nécessairement par l'évaluation critique de chaque option éthique à l'aune de sa concurrente, utilise une logique et une méthode qui permet de penser les contradictions. La « *méthodo-logique* »⁴³⁶ dialectique, logique tierce qui dépasse et intègre les composantes substantielles et procédurales d'une bioéthique polarisée, permet l'appréciation dynamique et effective d'une complémentarité souhaitée entre le fond et la forme⁴³⁷.

a. Des agencements antinomiques

164. Pour chacun de ces systèmes éthiques, les relations entre les principes diffèrent. Ces différences de relations sont telles que le contenu même des principes en est affecté. Lorsqu'on se focalise sur la nature ontologique du principe de dignité, le principe d'autonomie ne peut que lui être subordonné. C'est le cas pour Kant, chez qui l'autonomie ou la liberté est conditionnée par l'obéissance à une loi morale universelle découverte ou révélée par la raison humaine et qui impose le respect inconditionnel de la dignité de l'être humain. Inversement, si on met l'accent sur le principe d'autonomie pour caractériser la nature humaine, le principe de dignité s'en trouve affecté. En effet, dès lors que l'autonomie n'est plus subordonnée à un devoir moral universel envers tout homme, celle-ci tend à se transformer en principe d'indépendance. De même, si la dignité n'est pas

⁴³⁶ Lucien Sève considère notamment à propos de la dialectique : « *La définir comme une logique serait d'autant plus incongrue que cela reviendrait à lui assigner une place traditionnelle dans le champ même qu'elle subvertit. Mais pour la même raison il n'est pas mieux fondé d'y dénoncer une "pseudo-logique", c'est-à-dire de la rapporter, négativement cette fois, à la classification qu'elle disqualifie. Et pas davantage on ne peut, méconnaissant son contenu catégoriel, la réduire à une pure méthode. S'il fallait alors dire dans un mot son rapport sui generis au logique et par là son statut, peut-être pourrait-on la nommer de manière inusitée une méthodo-logique* ». SÈVE (L.), *Science et dialectiques de la nature*, op. cit., pp.140 et s. ; SÈVE (L.), « De quelle culture logico-philosophique la pensée du non-linéaire a-t-elle besoin ? », in SÈVE (L.) s.d., *Émergence, complexité et dialectique : sur les systèmes dynamiques non-linéaires*, Odile Jacob, Paris, 2005, (297p.), pp. 74-105

⁴³⁷ LEFEBVRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, Les Éditions Sociales, Paris, 1982, pp.15-35

considérée comme matricielle, indérogeable et inconditionnelle, elle perd son sens premier, son sens ontologique. Ainsi, pour une éthique relativiste telle que l'utilitarisme, le principe primordial sera celui de l'autonomie et du calcul coûts/avantages et non plus celui de la dignité et du principe hippocratique de bienfaisance/non-malfaisance. Dans la perspective relativiste, le concept de dignité ne sera plus entendu dans son acception ontologique, c'est-à-dire que sa protection dépendra des actes de chacun et variera en fonction de l'usage fait par chaque individu de sa liberté.

165. Par exemple, concernant la valeur de la vie humaine, éthique relativiste et objectiviste donneront naissance à des concepts contradictoires comme ceux de « *dignité de la vie* » ou de « *qualité de la vie* ». La notion de « *dignité de la vie* » implique l'idée selon laquelle la vie doit être respectée en tant que telle et pour elle-même. Inversement, la notion de « *qualité de la vie* », qui implique de manière positive d'améliorer les conditions de vie de chacun, implique également, par une interprétation *a contrario*, que certaines vies n'ont pas assez de qualités, car elles se placent au-dessous d'une certaine norme, d'un certain seuil. En 1920, dans leur ouvrage intitulé *Le droit de supprimer la vie qui ne mérite pas d'être vécue*⁴³⁸, les auteurs allemands, Karl Binding et Alfred Hoche formulaient ainsi la question : « *Existe-t-il des vies humaines qui aient perdu à tel point la qualité de bien juridique que leur prolongation n'ait plus, à la longue, aucune valeur ni pour les porteurs de cette vie ni pour la société* »⁴³⁹ ? Cette notion de qualité de la vie, qui sert paradoxalement⁴⁴⁰, à justifier les demandes d'euthanasie lorsque le bilan entre les perspectives positives et négatives dans la vie du patient conduit à soutenir que sa vie n'a plus de « *qualité* » ou de « *signification* », s'approche dangereusement de la thèse hitlérienne de « *vie sans valeur vitale* » (*lebensunwerte Leben*)⁴⁴¹. Selon cette thèse, lorsque la qualité de vie actuelle du sujet est inférieure à un certain standard fixé, et que les perspectives d'amélioration sont minces, voire nulles, sa mort devient un objectif à atteindre par action ou par omission. L'éthique relativiste ou subjectiviste repose essentiellement sur une conception conséquentialiste où « *le critère exclusif de moralité de l'agir humain est donné par les conséquences favorables ou défavorables qui en découlent* »⁴⁴².

⁴³⁸ BINDING (K.) et HOCHÉ (A.), *The Release of the Destruction of Life Devoid of Value. A Life Quality Paperback*, California, 1975 (Originellement publié en Allemand par Félix Meiner, Leipzig, 1920)

⁴³⁹ Citation de K. Binding et A. Hoche in SPAEMANN (R.), « Le droit à la vie », revue *La Table ronde*, Paris, janvier 1964, p.26

⁴⁴⁰ ADAM-FERREIRA (B.), *La qualité de la vie en tant que justification de décision de fin de vie en droit comparé (France, Angleterre, États-Unis)*, s.d. CAYLA (O.), Thèse soutenue en décembre 2006, Université Pairs X-Nanterre.

⁴⁴¹ ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, op. cit., p.18

⁴⁴² *Ibid.* p.19

166. On peut prendre un autre exemple d'actualité qui montre que la contradiction emporte toujours les mêmes conséquences. Le courant transhumaniste⁴⁴³, qui regroupe tant des penseurs, des scientifiques que des entreprises et des groupes d'intérêts, défend l'éthique relativiste. Dans leur perspective éthique, née d'une lecture apologétique et sans recul critique de la philosophie nietzschéenne, les biotechnologies doivent permettre l'amélioration de l'Homme d'aujourd'hui en vue de devenir le sur-Homme de demain. Le terme « *transhumanisme* », issu des mots « *humain* » et « *transition* », évoque la génération qui effectuera la jonction entre ces deux catégories d'êtres que sont l'humain et le « *posthumain* ». Leur appréciation, loin de nier le principe de dignité en fait une interprétation propre. En effet, les transhumanistes soutiennent le discours selon lequel « *la seule possibilité pour l'homme d'échapper à son incomplétude, à sa nature animale, serait de mettre en œuvre les techniques qu'il apprend à maîtriser pour se projeter dans un avenir posthumain, c'est-à-dire surhumain. Telle serait la condition pour que l'homme puisse se prévaloir d'une dignité véritable* »⁴⁴⁴. Il s'opère donc un dédoublement du principe de dignité selon que l'on se place dans la perspective de l'éthique objectiviste ou dans celui de l'éthique relativiste. Dans le premier cas la dignité se conçoit comme conservatoire de l'être de l'homme⁴⁴⁵, dans le second elle se conçoit comme la promotion de son devenir libre⁴⁴⁶.

167. Ainsi, selon le positionnement éthique que l'on adopte en vue de l'interprétation des instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la bioéthique, on transforme le type de relation qu'entretiennent les différents principes éthiques, notamment ceux de dignité et d'autonomie. Cette transformation des relations entre les principes bioéthiques en altère en retour le contenu. « *La dynamique internormative et la mobilité des frontières internormatives*⁴⁴⁷ s'avèrent particulièrement intenses en bioéthique »⁴⁴⁸. On

⁴⁴³ Le courant transhumaniste s'est organisé en association : l'Association Mondiale du transhumanisme (AMT) dont le site peut être consulté à l'adresse : www.transhumanism.org

⁴⁴⁴ BELAN (J.-P.), « L'homme biotech et la dignité humaine », in s.d. BELAN (J.-P.), *L'homme biotech : humain ou posthumain ?*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2006, p.14

⁴⁴⁵ C'est la position défendue par les humanistes radicaux. Notamment Francis Fukuyama et Jürgen Habermas. FUKUYAMA (F.), *Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2002 ; HABERMAS (J.), *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral?*, Paris, Gallimard, 2002.

⁴⁴⁶ Position défendue par les transhumanistes, tel Gregory Stock qui s'appuie sur la phrase impérative de Marcus Garvey : « *God and nature first made us what we are, and then out of our own created genius we make ourselves what we want to be... Let the sky and God be our limit and Eternity our measurement* ». C'est dire que l'homme-projet à l'image de Dieu se trouve encore au cœur de plusieurs sciences qui se déploient sous nos yeux.

STOCK (G.), *Redesigning Humans. Our Inevitable Genetic Future*, Boston, New York, Houghton Mifflin Company, 2002. cité par BELAN (J.-P.) in. *L'homme biotech et la dignité humaine*, op. cit., p.17

⁴⁴⁷ CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2e édition, 1995, en particulier : Les phénomènes d'internormativité, pp.287 et s.

conçoit mieux comment la hiérarchie des valeurs, c'est-à-dire le choix d'un agencement métajuridique au fondement du système juridique des droits de l'homme, influera de manière considérable sur la hiérarchie juridique des normes et des droits. Les interactions permanentes entre ces deux hiérarchies, celle des valeurs éthiques et celle des normes juridiques, constituent le moteur du système des droits de l'homme et rappellent les interactions permanentes entre droit naturel et droit positif dans la perspective de l'évolution générale de la théorie du Droit.

b. Des agencements critiqués

168. Éthique relativiste et objectiviste réalisent chacune une systématisation propre des relations entre les principes bioéthiques. Ces deux systématisations ont soulevé de nombreuses et vives critiques issues d'horizons philosophiques différents.

Critique de l'agencement objectiviste

169. L'agencement des principes bioéthiques proposé par le courant objectiviste est celui qui est le plus fortement critiqué. Ces critiques redoublent d'intensité depuis l'avènement d'un monde globalisé où coexistent des communautés humaines disposant de conceptions morales radicalement différentes. En effet, la négation ou la mise en cause des idées kantienne au cours de la Seconde Guerre mondiale a conduit la communauté internationale dans une situation de reformulation des principes éthiques. Il apparaît ainsi que le questionnement sur les fondements de la bioéthique concrétise un processus « *métaéthique* »⁴⁴⁹ de reformulation des principes kantien. L'esprit des textes de droit européen de la bioéthique, qualifié de principalisme européen, est issu de ce processus de reformulation sans en marquer le terme. Ces instruments européens reposent sur la réalisation d'un compromis entre le principe central de dignité et les exceptions à ce principe en faveur du principe d'autonomie de la personne ou de liberté de la recherche.

170. Les critiques portées au principalisme européen concernent tantôt le choix des principes, tantôt leur contenu, tantôt leur agencement. Pour certains le choix de tels principes plutôt que tels autres serait un choix arbitraire⁴⁵⁰. En outre, pour d'autres, les

⁴⁴⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit : éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., p.277

⁴⁴⁹ HOTTOIS (G.), *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Vrin, Paris, 1999, pp.22 et s. (189p.)

⁴⁵⁰ Pour une analyse du Principalisme éthique et les critiques qui lui ont été portées : cf. HOTTOIS (G.) et MISSA (J. N.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologies*, De Broeck Supérieur, Bruxelles, 2001, pp.661 et s ; Pour certains auteurs, la critique essentielle portée à l'encontre du principalisme consiste dans le fait que le celui-ci « ne procure pas de théorie morale permettant de choisir quel principe doit primer sur les autres (donc il ne fournit pas vraiment de guide d'action). De ce fait, le principalisme devient trop facilement selon ses détracteurs une "checklist" de principes vagues et abstraits,

principes présentent des caractères trop abstrait et individualiste qui ne permettent pas de guider l'action en situation d'incertitude et n'offrent aucune garantie quant à l'unité et la cohérence sociales⁴⁵¹. Une telle approche ne tiendrait pas suffisamment compte des conséquences des actions entreprises sous l'égide de principes moraux. Et, lorsqu'elle en tient suffisamment compte, elle aboutirait à des solutions anthropocentrées, voire « *spécistes* »⁴⁵². Les critiques relativistes et pluralistes considèrent que la conception des principes est relative à chaque individu ou groupe social. Par conséquent, ces principes ne peuvent pas être transcendants. Leurs contenus sont variables, et ils consistent plutôt en une palette d'outils pragmatiques qu'en un système de valeurs métaphysiques. Enfin, pour la critique marxiste et post-structuraliste, les principes bioéthiques, et notamment le principe de dignité, sont fondés sur une fausse image de l'être humain, une conception normative erronée du sujet de la protection juridique. L'appréciation purement matérialiste des marxistes, dans la conception du corps ou dans le refus de valeurs transcendantes notamment, et la place accordée au progrès technologique dans la quête d'une société plus juste et égalitaire, rapprochent paradoxalement la critique marxiste de celle des relativistes et des ultralibéraux. L'examen critique de ces postulats a été opéré par Jürgen Habermas qui donne au matérialisme historique une base dialogique par le truchement de l'éthique procédurale et qui reconnaît un fondement anthropologique à la dignité humaine⁴⁵³. La critique post-structuraliste, incarnée notamment par Michel Foucault ou Avita Ronnel, considère que la philosophie humaniste est liée au pouvoir sécularisé de l'église et de l'État, qui implique selon Foucault, la domination totalitaire sur l'individu singulier⁴⁵⁴. Les principes bioéthiques et les droits qui en découlent seraient pour lui, non pas une protection de la personne, mais une détermination *a priori* des individus par le pouvoir politique en

à laquelle ses défenseurs adhèrent aveuglément ». cf. p.90 et s. ; voy. Ég. HERISSONE-KELLY (P.), « The principlist approach to bioethics and its stormy journey overseas », in HÄYRY (M.) et TAKALA (T.) s.d., *Scratching the surface of bioethics*, Editions Rodopi, Amsterdam, 2003, pp.65-67 ; HARRIS (J.), « Not all babies should be kept alive as long as possible », in GILLON (R.), s.d., *Principles of Healthcare ethics*, Chichester, John Wiley and Sons, 1996, p.319 cité par SCHOTSMANS (P.) « Une perspective européenne de la bioéthique » in DE BOUVET (A.) et COBBAUT (J.P.) s.d., *Une bioéthique pour un monde habitable ? : La bioéthique en discussion*, Presses Universitaires Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2006, pp.90 et s. (95-120) (142p.)

⁴⁵¹ HOTTOIS (G.), *Qu'est-ce que la bioéthique*, op. cit., pp.46-47 ; LIBOIRE (A.), MBANI (T.), *Biotechnologies et nature humaine : vers un terrorisme ontologique ?*, L'Harmattan, Paris, 2007, pp.193 et s.

⁴⁵² JEANGÈNE-VILMER (J.B.), *Éthique animale*, PUF, Paris, 2008, pp.139-153

⁴⁵³ HABERMAS (J.), *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral?*, Gallimard, 2002, Paris, pp.67 et s. ; voy. Ég. Cet auteur semble développer à ce titre « une éthique de la nature humaine ». cf. LIBOIRE (A.) et MBANI (T.), *Biotechnologies et nature humaine : vers un terrorisme ontologique*, L'Harmattan, 2008, Paris, 220p., spé. pp. 154 et s. ; Voy. not. HOTTOIS (G.), « Dignité humaine et bioéthique : Une approche philosophique critique », *Revista Colombiana de Bioética*, vol.4 n° 2, Déc. 2009, pp.85-115 ; BAERTSCHI (B.), *Enquête philosophique sur la dignité : Anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fides, 2005, Paris, 309p.

⁴⁵⁴ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, op. cit., p.321

relation à l'usage de nouvelles technologies⁴⁵⁵. Ce gouvernement des corps, dont les possibilités sont démultipliées par l'essor des biotechnologies, apparaît après la première révolution hygiéniste et se développe depuis. Ces modes spécifiques de gouvernement des individus par le « *biopouvoir* » se regroupent sous le qualificatif de « *biopolitique* »⁴⁵⁶.

171. Les praticiens de la médecine critiquent le caractère trop abstrait des principes bioéthiques. Le choix de ces principes n'offre pas de lignes directrices permettant le passage à la pratique. Il en résulte selon eux une incohérence dans la mesure où les principes prennent difficilement des contenus spécifiques clairs et sont susceptibles de varier selon la situation clinique⁴⁵⁷. Les tensions entre les principes d'autonomie, de dignité, de vulnérabilité et d'intégrité sont telles qu'elles semblent ne pas pouvoir être surmontées⁴⁵⁸. Les praticiens considèrent que la pratique clinique doit être la mesure qui évalue l'émergence de principes moraux et non l'inverse. Ils rejoignent ainsi la critique casuistique⁴⁵⁹ pour qui la compréhension du bien et la relation entre les principes sont différentes selon les particularités de chaque situation d'espèce⁴⁶⁰.

Critique de l'agencement relativiste

172. L'agencement relativiste qui repose sur la logique procédurale est plus récent, mais il soulève depuis une vingtaine d'années des critiques de plus en plus importantes. Parmi celles-ci, la critique des philosophes dits communautariens⁴⁶¹ se focalise sur

⁴⁵⁵ *Id.* pp.321 et s.

⁴⁵⁶ FOUCAULT (M.), *Naissance de la biopolitique*, cours au Collège de France 1978-1979, Gallimard/Seuil, Paris, 2004, pp. 29-53

⁴⁵⁷ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, *op. cit.*, p.321 ; PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, *op. cit.*, pp.40 et s.

⁴⁵⁸ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, *op. cit.*, pp.323 et s.

⁴⁵⁹ JONSEN (A. R.) et TOULMIN (S. E.), *The Abuse of Casuistry : a history of moral reasoning*, University of California Press, 1990, 420p ; voy. Ég. GADAMER (H.G.), *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, English translation : *Truth and Method*, London, 1975

⁴⁶⁰ DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Vol. 1 *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, *op. cit.*, p.328 et s. « *The casuistic thinker would find principlism to be the absolutely wrong way to solve problems in bioethics and biolaw, as principles are much too general to have anything other than a yardstick function in solving concrete situations. Principles are abstractions that cannot meaningfully determine the variety of concrete situations and context of applications. Principles are, according to this view, abstract theoretical generalisation that do not fit to the concrete context of application. In this context, the casuistic approach must be considered a hermeneutic and Aristotelian criticism of the possible abstractions of deductive Cartesian understanding of principles. The hermeneutic casuist argues that principles are not abstract deductions but that they are the result of a concrete hermeneutical practice that is at work in every actual signification of interpretation of ethical and moral problems* ».

⁴⁶¹ SANDEL (M.), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, Cambridge, trad. Française J.-F. SPITZ, Paris, Le Seuil, 1999, pp.250-260 ; PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, *op. cit.*, p. 87 et s.

l'impossibilité de faire l'économie du jugement moral dans la formulation d'un droit et sur l'importance du fondement ou de la justification des droits. Certains voient dans l'affrontement entre libéraux et communautariens un nouveau clivage philosophico-politique qui supplante, après la chute du mur de Berlin, le clivage entre libéraux et socialistes⁴⁶².

173. Le philosophe américain, Michael Sandel, critique la « *république procédurale* » comme paradigme politique des démocraties pluralistes⁴⁶³. Selon lui, la mise entre parenthèses des conceptions substantielles du bien est illusoire et impossible. En effet, « *la défense d'un droit ne peut être complètement détachée d'un jugement substantiel sur l'importance morale de la pratique qu'il protège* »⁴⁶⁴. Dans la perspective de Sandel, l'affirmation d'un droit n'est pas possible sans un jugement moral qui en fonde l'origine⁴⁶⁵. Pour exprimer cette idée, reprenons l'exemple de la consécration du droit à l'avortement. En effet, « *la défense du droit d'une femme à interrompre sa grossesse suppose que l'on ait jugé que l'avortement d'un fœtus se distingue de l'infanticide. Ainsi, nul droit ne fait l'économie d'un jugement moral* »⁴⁶⁶. De la même manière, il n'est pas possible d'interdire une pratique telle que le clonage reproductif humain sans considérer *a priori* cette pratique

⁴⁶² DE BENOIST (A.), « Le libéralisme contre les identités collective », in GUILLEMAIND (B.) et GUYOT-JEANNIN (A.), *Aux sources de l'erreur libérale, pour sortir de l'étatisme et du libéralisme*, Broché, 1999, Paris, 253p. ; Voy. Ég. DE BENOIST (A.), « Communautariens vs. Libéraux », article en ligne sur : http://www.alaindebnoist.com/pdf/communautariens_vs_liberaux.pdf

⁴⁶³ SANDEL (M.), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, Cambridge, trad. Française J.-F. SPITZ, Paris, Le Seuil, 1999

⁴⁶⁴ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p. 87 et s.

⁴⁶⁵ Michael Sandel prend l'exemple de la liberté d'expression et de la liberté religieuse pour expliciter l'idée selon laquelle il est impossible de faire l'économie d'un jugement substantiel lors de l'affirmation d'un droit. En ce qui concerne la liberté d'expression, Sandel s'interroge sur le fait de savoir si le respect du droit à la liberté d'expression suppose que l'on traite de la même manière les groupuscules néonazis et les activistes des années 1959-1960 qui défilèrent avec Martin Luther King ? Pour Sandel, ce qui compte, ce n'est pas la reconnaissance d'une liberté sans limites *a priori*, mais C'est le contenu du propos et son importance eu égard au statut moral des identités établies que ce propos pourrait offenser. En d'autres termes faut-il tolérer les manifestations de ceux qui ne respectent pas les fondements de l'État de droit ? À toutes ces questions Sandel répond par la négative : « *Les rescapés de l'Holocauste méritent un respect moral que ceux qui sont solidaires avec les ségrégationnistes du Sud opposés aux manifestations de Martin Luther King ne méritent pas* ». Dès lors, il considère que les manifestations des groupes néonazis ne doivent pas être autorisées à défiler, au moins dans certains quartiers. En ce qui concerne la liberté religieuse, Sandel reprend la position relativiste qui consiste à dire que les croyances religieuses sont dignes de respect, non en raison de leur contenu, ce qui serait un jugement téléologique, mais parce qu'elles sont le produit d'un choix libre et volontaire. Selon Sandel, une telle interprétation, conforme à l'idée de la priorité du juste sur le bien, ne prend pas suffisamment en compte la nature des convictions religieuses et leur rôle dans la vie des croyants. Selon lui, l'assimilation de la liberté religieuse à la liberté en général atteste de la « *confusion entre la poursuite des préférences personnelles et la réalisation de ses devoirs* ». En effet, « *ce qui rend la croyance religieuse digne de respect n'est pas son mode d'acquisition (le choix libre et volontaire ou la transcendance), mais sa place dans une vie bonne, les traits de caractère qu'elle promeut ou sa tendance à cultiver les habitudes et dispositions qui font de bons citoyens* ». ; Voir SANDEL (M.), *Public Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, notamment le Chapitre 30 pp.257-260 ; Voy. Ég. PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p. 88 et s.

⁴⁶⁶ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.89

comme un mal moral. Les droits de l'homme dans leur intégralité reposent sur des « évaluations fortes »⁴⁶⁷ qui expliquent l'importance de l'autonomie et de la liberté dans les démocraties occidentales et qui s'appuient sur des institutions. Les droits dépendent, dans leur justification, de l'importance symbolique et de la fonction sociale des fins qu'ils servent. Nombre d'auteurs⁴⁶⁸ déplorent la perte progressive, dans les démocraties occidentales, de cet « horizon de sens » qui « évite aux droits de devenir des instruments d'une conduite (ou d'une politique) contraire aux valeurs dont les droits sont porteurs et aux idéaux ou fins qu'ils défendent »⁴⁶⁹.

174. Dans ce cadre, c'est une tâche de la philosophie politique de rappeler une communauté à elle-même, de questionner les valeurs implicites qui portent un projet commun ou une tradition. Pourtant, selon Sandel, cette tâche est rendue impossible par la république procédurale. En effet, le pluralisme n'a pas seulement imposé l'idéal de neutralité de l'État, mais il a également engendré une focalisation sur les procédures ou sur les règles formelles visant à négocier afin d'arriver à un désaccord raisonnable ou à un règlement pacifique des différends. Cet écueil avait déjà été mis en exergue par le juriste Allemand Carl Schmitt qui, à l'occasion de l'étude du problème du pluralisme dans la république de Weimar de 1920, considérait que « si la situation du parlementarisme est si critique aujourd'hui, c'est parce que l'évolution de la démocratie de masse moderne a transformé la discussion publique argumentative en une formalité vide »⁴⁷⁰. On retrouve la même critique chez N. Bobbio et J. Habermas qui estiment que le parlement devient un lieu où se rencontrent des délégués de partis avec des consignes impératives afin de faire enregistrer des décisions qui ont déjà été prises⁴⁷¹. Il ne s'agit plus de convaincre par la raison argumentative, mais de trouver une majorité qui se rangera à ses côtés, fut-ce en

⁴⁶⁷ *Id.* p.85

⁴⁶⁸ EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, 550p. ; LABRUSSE-RIOU, *écrits de bioéthique*, Textes rassemblés par FABRE-MAGNAN (M.), Quadrige, PUF, Paris, 2007, 449p. ; PELLUCHON, *l'autonomie brisée*, PUF, Paris, 2009 ; DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, tomes 1 à 3, Le Seuil, 2004-2008 ; ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, 125p

⁴⁶⁹ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, *op. cit.*, p.90

⁴⁷⁰ SCHMITT (C.), *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker et Humblot éd., Berlin, 1924, p.10 ; cité et traduit par Norber Campagna, in CAMPAGNA (N.), *Le droit, la nature et la volonté : essai sur les fondements de la normativité*, L'Harmattan, Paris, 2006, p.35 ; Sur la critique du pluralisme moderne voy. Ég. Simone Goyard-Fabre qui considère : « Ce pluralisme sans limites engendre une dérélition tragique : dérélition juridique puisque le concept de droit se dissout dans le mouvement incontrôlé de revendications sans fin ; dérélition ontologique, car le fait que l'être humain décline sa responsabilité personnelle au profit d'une responsabilité dite collective engendre l'irresponsabilité : ce qui est fondamental en l'homme n'étant plus reconnu comme valant la peine d'être défendu ou protégé, C'est une démission ; dérélition axiologique, car la permissibilité totale qui est à l'horizon de la surproduction délirante des droits contient le germe d'un passage aux extrêmes où la démesure et l'excès charrient des pesanteurs qui s'apparentent à un flot nihiliste ». In GOYARD-FABRE (S.), *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, 1997, p.274 (416p.)

⁴⁷¹ BOBBIO (N.), *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p.167 ; HABERMAS (J.), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am Main, 1993, p.152 cité par CAMPAGNA (N.), *Le droit, la nature et la volonté*, *op. cit.*, pp.77

ayant recours à des moyens manipulateurs⁴⁷². Schmitt conçoit cette situation comme une « *absorption du politique par le juridique* »⁴⁷³. Toutefois, au risque classique d'une tyrannie de la majorité s'ajoute désormais un risque de tyrannie de la minorité⁴⁷⁴. En effet, pour Schmitt, la « *conservation et la continuation de la neutralité axiologique fonctionnaliste accompagnée de la fiction de la même chance pour tous les contenus, buts et tendances quels qu'ils soient* » met en péril l'unité de la communauté et du pouvoir politique, car elle rend impossible « *la reconnaissance de contenus substantiels de la puissance du peuple allemand* »⁴⁷⁵, c'est-à-dire la reconnaissance de contenus substantiels indisponibles consacrés dans le texte de la constitution de la communauté politique. Pour faire face à ce dilemme, Carl Schmitt propose une solution autoritaire par l'institution d'une procédure connue du droit romain, le *Justinum*⁴⁷⁶. D'autres auteurs tirent des conclusions projectives différentes du même argument critique et voient dans les faiblesses du parlementarisme l'opportunité d'instaurer un gouvernement des juges⁴⁷⁷.

175. Sans chercher à prendre part à cette polémique, on peut toutefois constater que l'émergence de conflits de droits au sein du système des droits de l'homme, notamment en matière de bioéthique, trouve sa source dans l'incapacité des producteurs de la norme juridique à trancher les conflits de valeurs et tenter de maintenir coûte que coûte la fiction de la neutralité axiologique. Ainsi, comme ont pu le remarquer certains auteurs, « *la démocratie cherche son unité à travers les tribunaux, auxquels il incomberait de réconcilier les divisions que les acteurs politiques ne semblent plus en mesure de réconcilier* »⁴⁷⁸. Dès lors, le juge « *s'investit d'une mission rédemptrice à l'égard de la démocratie, se place en position de surplomb, inaccessible à la critique populaire. Il se*

⁴⁷² CAMPAGNA (N.), *Le droit, la nature et la volonté, essai sur les fondements de la normativité*, op. cit., pp.79-80

⁴⁷³ *Id.*, p.77

⁴⁷⁴ Antoine Garapon précise : « *L'excès de droit peut dénaturer la démocratie, l'excès de défense paralyser toute prise de décision, l'excès de garanties plonger la justice dans une sorte d'atemoiement illimité. À force de tout voir à travers le prisme déformant du droit, on risque de criminaliser le lien social et de réactiver la vieille mécanique sacrificielle. La justice ne peut se substituer au politique, au risque d'ouvrir la voie à la tyrannie des minorités, voire à une sorte de crise identitaire. Bref, un mauvais usage du droit est aussi menaçant pour la démocratie que trop peu de droit* », in GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996, p.49

⁴⁷⁵ SCHMITT (C.), *Die geistesdeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, p.10, cité par CAMPAGNA (N.), in *Id.*, p.87

⁴⁷⁶ Le *Justinum* Romain consistait, lors de la présence d'un péril imminent pour la cité, à mettre en vacance le droit et le pouvoir judiciaire et à octroyer des pouvoirs dictatoriaux exceptionnels à un magistrat désigné par le sénat dans le but de sauvegarder le droit lui-même et les conditions de son application future. Pour plus de détail Cf. ANGAMBEN (G.), *L'État d'exception*, Seuil, Paris, 2003, pp.79 et s.

⁴⁷⁷ KRIEDEL (B.), *Philosophie de la république*, Paris, 1998, cité CAMPAGNA (N.), *Le droit, la nature et la volonté, essai sur les fondements de la normativité*, op. cit., p.70-80

⁴⁷⁸ GARAPON (A.), *Le Gardien des promesses, Justice et démocratie*, op. cit., p.70

nourrit du discrédit de l'État, de la déception à l'égard du politique. La justice achèverait ainsi le processus de dépolitisation de la démocratie »⁴⁷⁹.

176. En matière de protection des droits de l'homme vis-à-vis des pratiques biomédicales, les principes demandent à être précisés dans leurs contenus à la lumière des conflits qui surviennent dans les situations concrètes. Cependant, le problème de savoir comment résoudre de tels conflits reste entier. Comme le rappelle Corine Pelluchon, il semble, par exemple, « *difficile de respecter le devoir de dire la vérité à un malade si l'on ne tient pas compte du déni dont ce patient peut faire preuve* »⁴⁸⁰. Il semble tout aussi problématique de concilier l'obligation de bienfaisance du médecin qui commande la sauvegarde de la vie humaine et le respect de l'autonomie du patient qui refuse une transfusion sanguine vitale pour des raisons tenant à ses convictions religieuses. Par ailleurs, on peut s'interroger sur la validité du refus par un malade d'une greffe lorsque celui-ci est dicté par un préjugé raciste, du fait que l'organe a été prélevé sur une personne de couleur. Un tel refus exprime-t-il réellement et valablement l'autonomie du patient ? Enfin, « *le respect du pluralisme oblige les soignants à adapter leurs principes, en tenant compte, par exemple de l'importance primordiale de la famille dans la décision de soin, ou du fait que le respect de l'autonomie du patient n'est pas partout la valeur suprême* »⁴⁸¹. On peut toutefois se demander, comme le fait l'auteur, s'il n'y a pas des limites à la tolérance et au relativisme éthique. Toutes ses questions pratiques se cristallisent dans les conflits de droit, et c'est au juge à qui l'on demande aujourd'hui de les trancher.

§.2 Les Déclinaisons logiques du conflit d'éthiques

177. Le conflit entre l'éthique relativiste et éthique objectiviste se décline selon trois conflits logiques. En effet, à la logique procédurale fait face la logique substantielle, au subjectivisme fait face l'objectivisme et à l'individualisme abstrait fait face une certaine forme de collectivisme ou de cosmopolitisme. Ces logiques s'expriment simultanément dans un même instrument normatif au travers de dispositions différentes.

⁴⁷⁹ *Id.*, l'auteur qualifie le juge de « *nouvel ange de la démocratie* », pp.69-70

⁴⁸⁰ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.11

⁴⁸¹ *Id.*

A. Logique procédurale contre logique substantielle

178. Les logiques, substantielle et procédurale, sont des modes de légitimation de la norme juridique⁴⁸². Les systèmes juridiques reposent, classiquement, sur l'hylémorphisme aristotélicien et sur une légitimité formelle/matérielle. Ces deux modes classiques de légitimation renvoient aux questions de cohérence axiologique du système et de la complétude systémique formelle⁴⁸³. Sophie Monnier précise que ces deux conceptions, classique et contemporaine, « *ne s'opposent pas puisque la procédure participe d'une certaine forme de légitimité formelle, et que la substance fonde une certaine légitimité matérielle ; néanmoins, ce glissement traduit une évolution du système juridique* »⁴⁸⁴.

179. La logique substantielle est fondée sur les valeurs et les objectifs éthiques de la norme. Cette logique s'exprime dans le fait que « *sur le plan du droit interne, comme sur le plan du droit international et sur celui des normes parajuridiques, le droit de la bioéthique est inscrit de manière très volontariste dans un rapport de filiation avec les droits fondamentaux* »⁴⁸⁵. Ce rapport de filiation traduit, selon le professeur Mathieu, « *l'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux. Non seulement l'importance accordée à ces droits fondamentaux, mais aussi la multiplicité et l'interaction des normes juridiques ou a-juridiques utilisées en matière de bioéthique, témoignent de cette constitution d'un ordre où la source formelle de la norme compte moins en définitive que la substantialité du droit.* »⁴⁸⁶. À la différence de la légitimité matérielle, qui outre le mode d'élaboration de la norme, s'intéresse à son contenu ; la légitimité substantielle va plus loin dans la mesure où « *elle associe au contenu la référence à des valeurs* »⁴⁸⁷. En effet, qu'il s'agisse des normes du droit de la

⁴⁸² MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.419 et s.

⁴⁸³ DELMAS-MARTY (M.), « Préface : La tragédie des trois C », in *Droit et Complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PÉDROT (P.) s.d., Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, pp.7 et s.

⁴⁸⁴ MONNIER (S.), *les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., p. 35

⁴⁸⁵ Par exemple, le Conseil constitutionnel français invoque le principe de dignité en se fondant sur le préambule de 1946 ; le Conseil de l'Europe choisit d'inscrire la *Convention de Biomédecine* dans le cadre des droits reconnus par la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme* ; l'UNESCO rappelle expressément dans ses déclarations de bioéthique, la filiation des principes énoncés à la Déclaration universelle des droits de l'homme

⁴⁸⁶ MATHIEU (B.), « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *Les lois « bioéthiques » à l'épreuve des faits*, PUF, Paris, 1999, pp.22 et s. (p.26). Nous verrons dans le titre 4 notamment des indices qui témoignent de la constitution de cet ordre fondé sur les droits fondamentaux et sur cette logique substantielle. À titre d'exemple, on peut d'ores et déjà faire référence à l'utilisation, à des fins d'interprétation, par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des communautés européennes d'instrument non contraignant relatif aux droits fondamentaux, tels que la Charte des droits fondamentaux de l'Union ou même les déclarations de l'UNESCO en matière de bioéthique. cf. *infra*, Titre 4, chapitre 7 et 8.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

bioéthique, internes ou internationales, ou des avis des comités d'éthiques, les valeurs éthiques servent de fondement et d'outil de légitimation. Fondement commun à l'éthique et au droit, la référence aux valeurs « *brouille la frontière entre le parajuridique et le juridique* » et met à jour « *par l'intermédiaire des droits fondamentaux (...) la perméabilité du juridique et du parajuridique, car ils recourent à des notions communes* »⁴⁸⁸. La logique substantielle renvoie à la fonction symbolique du droit. Ces valeurs légitiment l'action publique sur un temps long. La logique substantielle apparaît comme un principe conservateur du droit qui stabilise les attentes sociales en fixant, dans l'ordre symbolique, un horizon de principes et de valeurs qui guident l'action.

180. Inversement, la logique procédurale se concentre sur le processus d'élaboration et la formulation des normes. Cependant, à la différence de la conception formelle qui se concentre sur la compétence de l'organe auteur de la norme, sur le support de celle-ci ou sur son mode d'adoption, la conception procédurale s'intéresse à l'ensemble de son processus d'élaboration et d'application. Dans le cadre de la logique procédurale, « *l'attention est portée sur la phase préparatoire et à la phase de réalisation des normes dans le but de rationaliser le système normatif, le rendre plus pragmatique et ouvert aux influences d'autres normativités* »⁴⁸⁹. La logique procédurale va plus loin que la logique formelle dans la mesure où elle intègre la question de l'effectivité à celle de la complétude formelle du système normatif. L'énonciation des valeurs dans des normes juridiques ne suffit pas à garantir pleinement cette effectivité. L'adjonction de la logique procédurale à la logique substantielle incarnée dans les valeurs, affiche sa vocation à garantir l'effectivité de celles-ci. La procédure de recueil du consentement, par exemple, a pour objet de permettre une réalisation effective de l'autonomie du patient ou du participant à une recherche biomédicale. La logique procédurale correspond à la fonction disciplinaire ou coercitive du droit qui vise la transformation des contextes sociaux par l'effectuation en acte, c'est-à-dire l'actualisation, des principes et des valeurs éthiques. En ce sens, la procédure constitue un principe transformateur. Son efficacité dépend de sa rapidité d'exécution ou de sa capacité à adapter l'application des principes éthiques aux contingences de l'action. La procédure assure une réponse rapide face au changement.

181. Toutefois, comme le remarque une grande partie de la doctrine française⁴⁹⁰, l'articulation de ses deux logiques s'avère souvent contradictoire, voire antinomique. Cette

⁴⁸⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p. 36

⁴⁸⁹ Id.

⁴⁹⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.462 et s., spé 471-472 ; ANDORNO (R.), *Bioéthique et dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, 127p ; ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Paris, 1996, 372p ; EDELMAN (B.), *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, pp.5-35 ; HENETTE-VAUCHEZ (S.) s.d.,

contradiction logique entre la forme et la matière, la procédure et la substance, le fait et la valeur n'est pas nouvelle et les mécanismes de son développement sont notamment analysés par Henri Lefebvre dans l'ouvrage *Logique formelle, logique dialectique*⁴⁹¹. Cependant, alors que dans la vision aristotélicienne forme et matière participent d'un même tout et que, dès lors, la logique formelle n'a qu'une application limitée et relative au contenu matériel ; dans la vision contemporaine, la logique procédurale semble marquée par son autonomisation vis-à-vis du contenu substantiel. L'indifférence de la logique procédurale à l'égard de la substance des normes dénie la possibilité de légitimer les normes par ce biais. La « *procéduralisation* »⁴⁹² de la quête de légitimité entraîne une « *transformation des modes d'élaboration du droit, de production du droit et même du contenu du droit plus enclin à poser des règles de procédure que des règles substantielles* »⁴⁹³. Cette transformation semble s'opérer par des mécanismes d'internormativité. En effet, comme le note Sophie Monnier : « *la spécificité du mode d'élaboration des normes éthiques et ses éléments de légitimation que constituent le respect du pluralisme, le consensus, la souplesse et la réversibilité semblent gagner le domaine juridique* »⁴⁹⁴. Ainsi, le droit de la bioéthique s'accompagne d'une « *institutionnalisation de procédés de préparation et de révision des normes qui induit l'idée d'un droit provisoire* ». De plus, adepte d'une procéduralisation comme instrument de rationalisation du droit, le droit de la bioéthique adopte « *une approche plus pragmatique et casuistique, dans le cadre de laquelle la détermination de la norme s'opère par médiation, à la suite d'une appréciation in concreto* »⁴⁹⁵. Il apparaît alors clairement que l'enjeu de la construction d'un droit international de la bioéthique – construction qui

Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004, LGDJ, Paris, EJA, 2006, 154p ; HENETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004, 447p ; BEDJAOUI (M.), « De la dignité humaine aux principes de bioéthique : décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme », in BYK (C.) s.d., *Bioéthique et droit international*, Litec, 2007, Paris, pp.67 et s ; BELAN (J.-P.), « L'homme biotech et la dignité humaine », in *L'homme biotech : humain ou posthumain ?*, s.d. BELAN (J.-P.), Presses Universitaires de Laval, Québec, 2006, pp.13-35 ; BYK (C.), « Progrès scientifiques et droits de l'homme : la rupture », *RTDH* n° 54, 2003, pp.375 et s ; BYK (C.), « Pour un paysage juridique recomposé : la bioéthique, facteur de (re) construction du droit ? », *JIB*, 1997, n° 1-2, p.35 ; BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? » *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, pp.16 et s ; BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP édition Générale*, n° 7, 16/02/05, I, 113, pp.315-320 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, Paris, 2001, pp.285 et s ; MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1999, 147p ; MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jéhova », in *RTDH* n° 9, 2003, p.97

⁴⁹¹ LEFEBVRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, Les Éditions Sociales, Paris, 1982, 291p.

⁴⁹² Sur le concept de procéduralisation : cf. LENOBLE (J.) et COPPENS (Ph.), *Démocratie et Procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 438p.

⁴⁹³ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.36

⁴⁹⁴ Id.

⁴⁹⁵ Id., p.419

passé nécessairement par une clarification éthique et juridique sur les formes et les contenus normatifs – doit indiquer la voie étroite entre une éthique procédurale vide de contenu et une éthique arbitrairement substantialiste.

B. Logique subjective/Logique objective

182. Les relations entre le subjectif et l'objectif participent de la réflexion sur le problème fondamental de la relation du sujet et de l'objet, et plus largement de l'articulation du relatif et de l'universel, du particulier et du général. Ce problème classique en philosophie n'est pas inconnu du droit et de la doctrine juridique⁴⁹⁶. En bioéthique, le problème peut se poser sous la forme des incertitudes relatives au statut du corps humain. Est-il l'objet des droits subjectifs de la personne qui s'y incarne ? Ou est-il indisponible ? La personne peut-elle se voir reconnaître des prérogatives juridiques sur son corps ? Ou s'agit-il seulement de réglementer certaines pratiques qui impliquent le corps humain⁴⁹⁷ ?

183. D'un point de vue strictement philosophique le problème se décline de la manière suivante : les objectivistes considèrent de prime abord que la réalité est objective, c'est-à-dire que le réel, ou l'objet, existent indépendamment du sujet ou de l'observateur. En d'autres termes, le monde, ou la réalité, existent en tant que tel, de manière extérieure au sujet qui tente de les saisir. Inversement, pour la philosophie subjectiviste, le sujet préexiste à la réalité qu'il observe ou dans laquelle il intervient. Cette réalité n'a pas d'existence propre, extérieure au sujet, mais au contraire, n'existe que dans et par le sujet qui l'observe. Le subjectivisme est donc essentiellement une forme de l'idéalisme tandis que l'objectivisme est une forme du matérialisme⁴⁹⁸.

184. En ce qui concerne les courants de pensée relatifs au Droit, le problème redouble de difficulté dans la mesure où l'objet Droit est lui-même partiellement idéal en ce qu'il correspond à une série de concepts, d'idées, de fictions et d'abstractions. On considère classiquement que le positivisme est une forme de matérialisme dans la mesure où il ne reconnaît d'existence qu'aux règles de droit en vigueur à un moment et en un lieu donné. Tandis que le courant jus naturaliste se présenterait comme un idéalisme dans la

⁴⁹⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit*, tome 1 « Le relatif et l'universel », Seuil, Paris, 2004, 443p.

⁴⁹⁷ HENETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004, 447p.

⁴⁹⁸ BUNGE (M.), *Matérialisme et humanisme: Pour surmonter la crise de la pensée*, Broché, 2005, Paris, p.60 : « a) Une chose est objectivement réelle si elle existe indépendamment de tout sujet connaissant (c'est-à-dire qu'elle existe dans le monde extérieur par rapport aux sujets en question). b) Une chose possède une réalité subjective si elle n'existe qu'en tant que partie de l'expérience subjective de certains sujets ».

mesure où il affirme qu'il existe un idéal de justice qui transcende le droit positif et le précède. Néanmoins, il nous semble que cette classification peut être aisément renversée. Compte tenu de la distinction philosophique entre objectivisme et subjectivisme, notamment leurs différences épistémologiques et en se focalisant uniquement sur la relation du sujet et de l'objet on constate que le positivisme juridique présuppose que le Droit ne préexiste pas au sujet. Pour cette école de pensée, le droit positif n'est le fruit que de la volonté d'un sujet agissant, qu'il s'agisse de l'État pour les normativistes ou du corps social pour le positivisme sociologique. Dans cette perspective, le positivisme juridique apparaît, presque paradoxalement, comme une forme de l'idéalisme subjectiviste. Inversement, l'école jus naturaliste apparaît, encore une fois de manière paradoxale, comme une forme de l'objectivisme matérialiste dans la mesure où elle considère que l'objet Droit préexiste au sujet, que des relations justes entre les êtres sont données en nature indépendamment de la volonté du sujet et qu'il suffit de les observer pour construire le droit positif. À la lumière de ce renversement de perspective, l'affiliation entre la logique substantialiste-objectiviste et l'école du droit naturel d'une part, et l'affiliation entre la logique procédurale-relativiste et l'école positiviste d'autre part, se comprennent plus aisément.

185. Ainsi, la place primordiale accordée à la personne humaine et à l'autorité du consentement révèle l'influence des philosophies subjectivistes et volontaristes sur le droit de la bioéthique. À l'inverse, la reconnaissance d'une dignité tant à la personne qu'à l'être humain, non doté d'une personnalité juridique, marque l'influence des philosophies objectivistes et naturalistes. En effet, la bioéthique est, depuis les années 1990, un des terrains d'expression privilégiés du principe de dignité et la manière par laquelle il y est fait référence dénote la volonté de protéger des intérêts qui ne sont pas l'apanage exclusif du sujet des droits⁴⁹⁹. À ce titre, Stephanie Hennette-Vauchez observe que « *lorsque le principe de dignité est mobilisé sur le terrain de la bioéthique, c'est (...) bien souvent dans une perspective téléologique visant à en faire le vecteur d'une certaine représentation de l'humain, et passant par une réhabilitation de la référence axiologique en droit positif – autrement dit, le principe juridique de dignité de la personne humaine y fait bien souvent figure de vecteur du droit naturel* »⁵⁰⁰. La protection de ces intérêts est assurée par des

⁴⁹⁹ THOMAS (Y.) rappelle que si la dignité revêtait un sens purement fonctionnel en droit romain, ce sens a été affecté par les interprétations chrétiennes auquel il a donné lieu. Celles-ci l'ont chargé d'une certaine signification anthropologique qui traduit le passage du concept de dignité depuis une signification fonctionnelle vers une signification ontologique. cf. THOMAS (Y.), « Le sujet concret et sa personne », in CAYLA (O.) et THOMAS (Y.), *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, coll. Le Débat, pp.138-141.

⁵⁰⁰ HENNETTE-VAUCHEZ (S.) s.d., *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, Paris, 2006, p.42

interdictions générales concernant certaines pratiques et dont le pouvoir de sanction est attribué à la puissance publique. L'interdiction du clonage reproductif et des recherches ou pratiques attentatoires à la dignité de l'être humain, et non plus seulement à la dignité de la personne, en est un exemple⁵⁰¹. Il s'agit bien de poser des limites objectives à la liberté individuelle, c'est-à-dire fondées en raison sur des intérêts ou valeurs communs.

186. Poussée à l'extrême, chacune de ces positions éthiques présente des dérives inéluctables, soit qu'elle oppresse l'individu sous le poids d'intérêts arbitrairement consacrés par la collectivité, soit qu'elle totalise le sujet et son autonomie⁵⁰². Ici encore, l'un et le multiple, l'universel et le particulier, la logique du sujet et la logique de l'objet, apparaissent comme les pôles du droit de la bioéthique et de la protection des droits de l'homme au regard des biotechnologies qui puisent leur force dynamique dans la confrontation de ces grilles de lecture du phénomène humain. Cette contradiction présente donc, du point de vue du droit de la bioéthique, deux types de risques. Dans un premier sens, celui du subjectivisme, le risque consiste en une relativisation excessive des intérêts universels ou communs. Dans le second sens, celui de l'objectivisme, ils consistent en une universalisation d'intérêts particuliers ou sectoriels.

187. Dans la logique juridique, en droit continental en particulier, la distinction doctrinale et opératoire entre le droit objectif et les différents droits subjectifs – entre le système de normes juridiques dans son ensemble et les prérogatives juridiques reconnues aux différents sujets de droit – permet d'exprimer cette contradiction fondamentale entre l'universel et le particulier, entre le tout et ses parties. Comme le remarque Michel Villey, « la notion de droit objectif est un produit de la pensée grecque. Elle est reliée par l'origine à cette croyance qu'un ordre naturel règne sur le monde social et que chacun y trouve sa condition préétablie »⁵⁰³. La science romaine du droit repose également sur une conception identique et ignore les droits subjectifs ; « la science romaine ne se présente pas comme la science des droits de chacun... Son programme nous semble tendre à la

⁵⁰¹ Article 11 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme* ; *Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains*, Adopté à Paris, le 12 janvier 1998.

⁵⁰² PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., p.159. « Nous arrivons au paradoxe qui accompagne l'évolution de la notion d'autonomie : les individus veulent à tout prix satisfaire leurs désirs qu'ils présentent comme l'expression de leur autonomie et, en même temps, ces désirs sont les reflets de normes sociales. L'autonomie identifiée à l'indépendance a perdu ce qui la rattachait à l'autre que soi, au bien commun, à l'universel ou à la raison qui étaient sa mesure chez Kant et chez Rousseau. Elle s'est remplie des désirs individuels qui établissent le règne de l'hétéronomie au sens kantien du terme et sont le lieu de l'aliénation. Telles sont les contradictions d'un sujet total qui est en même temps un sujet vide, crispé sur soi et qui confond l'insatisfaction avec l'injustice ».

⁵⁰³ VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg IV, Paris, Dalloz, 1957, p.282

*description d'un Ordre »*⁵⁰⁴. Cependant, une précision s'impose. Le droit objectif ne se limite pas à un catalogue de règles. Réduire le Droit objectif au droit positif revient à réduire le Droit à une « *mécanique formelle qui consiste à poser un certain nombre de règles juridiques* »⁵⁰⁵. En effet, le besoin de légitimité du droit, « *la recherche de la solution juste* »⁵⁰⁶, suppose que le Droit est aussi « *une hiérarchie de valeurs* »⁵⁰⁷. Il ne s'agit pas ici d'adopter une position jus naturaliste, mais simplement de remarquer « *qu'il n'est pas possible de nier l'existence de finalités qui orientent le droit positif et que ce dernier formalise* »⁵⁰⁸. Aristote, qui a tenté d'élucider le concept de Droit à travers la vertu de justice avait déjà recours à de telles distinctions⁵⁰⁹. Platon, quant à lui, considérait également, dans la *République*, que « *la finalité de la loi est triple : elle confère unité à la Cité ; elle y fait régner l'ordre ; elle établit un lien indissoluble entre morale et politique. Il est donc patent que l'on ne comprend rien à l'ordre juridique si on ne le rapporte à sa fondation ontologique et à sa teneur axiologique. Le droit des cités se pense sur fond d'être et de valeur* »⁵¹⁰.

188. La notion de droit subjectif est indéniablement un apport de la philosophie moderne. Cette notion relève d'une conception du monde différente de celle développée par les Grecs et les Romains. En effet, « *cessant de considérer l'homme, objectivement, comme la simple pièce d'un tout organisé, [la conception moderne du monde] le reconnaît doué de naturelles libertés, que le rôle des juristes est de restreindre et de concilier* »⁵¹¹. La nouveauté consiste donc dans la reconnaissance d'un pouvoir à l'individu. Le droit subjectif⁵¹² se définit comme une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le*

⁵⁰⁴ *Id.* p.267

⁵⁰⁵ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, p. 157

⁵⁰⁶ GHESTIN (J.), « Les données positives du droit », *RTDCiv.*, 2002, pp.11-30, spéc. p.30

⁵⁰⁷ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, op. cit.*, p.157

⁵⁰⁸ *Id.*

⁵⁰⁹ Chez Aristote par exemple, la justice est une vertu, c'est-à-dire un type d'activité habituelle qui tend vers le bien ou converge dans le sens de ce qu'il considère comme un ordre cosmique. Mais Aristote lui-même distingue au sein de la vertu de justice entre la justice générale, entendue comme l'ensemble des vertus consignées dans la loi qui est au service de l'ordre, et la justice particulière, partie de la justice totale ou générale, et qui consistaient pour l'homme à ne pas prendre plus ou moins que sa part reconnue de l'ensemble des biens extérieurs partagés par le groupe social. Michel Villey remarque à ce titre qu'« *il est naturel et inévitable que le même terme signifie tout à la fois le service de l'ordre universel ou cette partie seulement de cet ordre que constitue dans la cité le bon partage des biens extérieurs* ». ; cf. VILLEY (M.), *Le droit des droits de l'homme*, Quadriges, PUF, Paris, 2008, pp.42-43

⁵¹⁰ GOYARD-FABRE (S.), *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris, 1992, spéc. p.46

⁵¹¹ VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, op. cit.*, p.267.

⁵¹² Pour une définition exacte de l'expression de « droit subjectif » en la distinguant notamment d'autres notions voisines, cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003, pp.365 et s. ; Voy. Ég. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz-Sirey, 2007, Paris, 313p. ; D. GUTMANN, « Droit subjectif » in D. ALLAND et S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p.531 ; Pour une analyse de la notion des « *droits à...* » cf. COHEN (D.), « le droit à... : L'avenir du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Éd. du Jurisclasseur, 1999, pp.393 et s.

Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »⁵¹³. Une prérogative juridique consiste donc en l'attribution au titulaire d'un droit d'un certain pouvoir d'agir encadré par certaines conditions. C'est l'existence des droits subjectifs « qui assure le fonctionnement du système juridique »⁵¹⁴. Ce sont les droits subjectifs qui assurent la coexistence des intérêts de chacun, dans les relations qu'entretiennent les sujets de droit entre eux, ou dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs biens⁵¹⁵.

189. L'émergence des droits fondamentaux, notamment sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, met à jour cette ambivalence entre l'objectif et le subjectif. Dans l'arrêt *Lüth*⁵¹⁶ de 1958, la Cour reconnaît de prime abord que « les droits fondamentaux [sont] avant tout destinés à sauvegarder la liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ce sont des droits défensifs contre l'État », mais elle précise également que « la Loi fondamentale (...) établit dans la section consacrée aux droits fondamentaux, un ordre objectif de valeurs (eine objektive Wertordnung), qui exprime un renforcement de la force juridique des droits fondamentaux »⁵¹⁷. La doctrine propose trois interprétations⁵¹⁸ de ce passage. Celles-ci ont en commun une démarche qui « consiste à valoriser les libertés en tant que finalisées par un objectif supérieur au seul intérêt individuel de leur titulaire, qu'il s'agisse d'un ordre objectif des valeurs, de la cohérence institutionnelle ou de la vitalité de la démocratie »⁵¹⁹. En d'autres termes, « sans dénier l'approche subjectiviste et défensive classique, la Cour entend relativiser cette conception libérale par la prise en compte d'un encadrement objectif des libertés »⁵²⁰.

⁵¹³ G. CORNU, « Droit », in *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 7e éd., 2005

⁵¹⁴ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e Éd. 2006, n° 201, p.161 ; DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz-Sirey, Paris, 2007, pp.82-86 (313p.) ; DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, 3e édition, Dalloz, 1969, Paris, p.7. L'auteur considère que « Le droit dit subjectif n'est dès lors que le droit envisagé du côté des sujets, dans les attributs que leur confère le droit objectif (...) ou, si l'on préfère, ces attributs ne sont que les effets dérivés de la règle ». ; OST (F.), GÉRARD (Ph.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, vol.2 de *Droit et intérêt*, Publication des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1990, pp.27-29 (201p.)

⁵¹⁵ DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdiction n° 2*, *Le Conflit*, revue disponible en ligne : <http://www.jurisdiction.net/sommaire2.html>

⁵¹⁶ Arrêt *Lüth* du 15 janvier 1958, BverfGE 7.

⁵¹⁷ Arrêt *Lüth* du 15 janvier 1958, BverfGE 7, 198 (205). À propos de l'arrêt *Lüth* : cf. CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, Paris, 2001, pp.253, 263-265 (348p.)

⁵¹⁸ Une théorie axiologique pour qui une hiérarchie de valeurs, « l'ordre objectif de valeurs » dont parle la Cour, transcenderait et limiterait les libertés individuelles ; une théorie institutionnelle qui considère que les droits fondamentaux sont orientés dans leur fonction par un cadre institutionnel ; une théorie démocratique qui pose l'hypothèse que les libertés sont évaluées à l'aune de leur degré de contribution au renforcement et au développement de la démocratie. cf. OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p.99

⁵¹⁹ Id.

⁵²⁰ Id.

Cette « *théorie mixte* » des droits fondamentaux, proposée par la Cour, bien qu'elle contrevienne au non-interventionnisme libéral, a déjà montré des effets de renforcement des droits fondamentaux. En effet, la consécration de la dimension objective des droits fondamentaux emporte deux conséquences importantes : elle introduit d'une part, une « *obligation de protection de ces droits dans les rapports entre particuliers, au besoin par le recours à la voie pénale* »⁵²¹, et d'autre part, « *une obligation pour les juridictions d'interpréter les normes de droit civil régissant les rapports entre particuliers à la lumière des droits fondamentaux reconnus dans la Loi fondamentale* »⁵²². Par delà la dimension objective et subjective des droits, les logiques, individuelle et collective, affectent également la perception et l'interprétation des relations entre les droits.

C. Logique individuelle/Logique collective

190. Logique individuelle et logique collective sont des logiques de légitimation d'intérêts de natures différentes. Face à la logique de l'individualisme abstrait qui est au fondement des droits de l'homme, les critiques collectivistes, marxistes et personnalistes, ont proposé une conception différente du sujet des droits de l'homme et de ses intérêts légitimes, tirée d'arguments insistant plus sur l'appartenance communautaire, la relationalité ou l'intersubjectivité. Ces conceptions ont pu servir d'appui à un mouvement de *socialisation des droits*⁵²³ qui a marqué la seconde moitié du XXe siècle et qui fonde une interprétation novatrice du système normatif des droits de l'homme.

191. La philosophie individualiste des Lumières est au fondement des droits de l'homme. L'individualisme se définit communément comme une conception philosophique, politique ou morale qui considère comme premiers et primordiaux les intérêts et la valeur de l'individu par rapport à ceux du groupe ou de la société. La philosophie épicurienne semble en être le socle le plus ancien⁵²⁴. L'individualisme se

⁵²¹ *Ibid.* p.100 Les auteurs considèrent d'ailleurs qu'il s'agit d'un effet de « rayonnement » des droits fondamentaux sur le droit privé.

⁵²² *Id.*

⁵²³ Sur la notion de socialisation des droits : Pour une approche philosophique et historique : GOYARD-FABRE (S.), *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, Paris, 2002, pp.329-332 (372p.) ; Pour une approche analytique OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme, op. cit.*, pp. 95 et s. ; GALENKAMP (M.), « Towards a Socialization of Fundamental Rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersensia, Antwerpen, Oxford, Portland, 2008, pp.149-167

⁵²⁴ L'épicurisme donne la primauté à la vie privée de l'individu face à la Polis. Plus tard, le stoïcisme et la doctrine chrétienne affineront ce présupposé et focaliseront leur attention sur le concept de dignité humaine. cf. GOLDSCHMIDT (V.), *Le fondement du droit positif selon Épicure*, APD, Tome 21, Sirey, 1976, pp.202 et s. Voy. Ég. BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, 1976 ; sur les stoïciens : cf. BILLIER (J.-C.) et MARYOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, pp.72 et s.

présente comme une forme particulière du subjectivisme dans la mesure où il repose sur une conception spécifique, atomiste et abstraite, du sujet⁵²⁵. Dans une perspective juridique, l'individualisme en droit exprime l'idée selon laquelle l'individu est considéré comme le plus apte à identifier et défendre ses intérêts⁵²⁶. Plus encore, dans l'individualisme, « *l'homme est la fin du droit et la société doit le servir* »⁵²⁷. Néanmoins, divers courants philosophiques insistants sur la dimension sociale, collective ou intersubjective de l'être humain ont permis d'enrichir, par la critique de l'individualisme abstrait, la réflexion sur les droits de l'homme.

192. Le collectivisme est souvent considéré, comme l'idée selon laquelle la société est la valeur suprême et la fin ultime du Droit. Partant de cette conception, il n'est pas étonnant que les philosophies collectivistes soient accusées d'écraser l'individu sous le poids des intérêts collectifs ou sociétaux. Ces courants philosophiques sont réduits à leur expression autoritaire et interventionniste, qu'il s'agisse du fascisme, du nationalisme ou du socialisme. Leurs critiques des droits de l'homme portent principalement sur deux aspects, d'une part sur le sujet des droits et d'autre part sur la nature des droits. En premier lieu, elles tentent de substituer à l'individualisme abstrait et atomiste une conception du sujet fondée sur l'appartenance à un groupe ou une communauté. Dans un second temps, elles tendent à supplanter les droits subjectifs par des droits dont l'exercice ne s'opère que collectivement.

193. La critique marxiste des droits de l'homme est assimilée à la critique collectiviste par les observateurs contemporains qui se cantonnent trop souvent à la critique de « *l'individualisme bourgeois* » et à la dictature du prolétariat. L'interprétation libérale de la conception matérialiste du sujet se limite à l'assimilation de l'individu à l'ensemble de ses rapports sociaux. Cette conception est alors dénoncée comme substantialiste ou essentialiste, car reposant sur la notion d'être générique, et comme porteuse d'un

⁵²⁵ Alain LAURENT en donne la définition suivante : « (...) [d'une part] *l'individu de l'individualisme puise l'essentiel de sa définition dans ses propriétés internes qui en font un être autonome dont la vocation est l'indépendance. Cette autonomie résulte de la capacité que lui donne sa raison de pouvoir vivre et agir par soi. Le propre de l'individu humain est en effet de pouvoir se décider par lui-même à partir de représentations et de normes émanant de sa réflexion critique, qu'il est apte à traduire en stratégie et en acte (pouvoir sur soi). D'autre part, dans la mesure où sa personnalité profonde s'exprime par des désirs et des passions singuliers, il est mû par des intérêts particuliers qui l'amènent à vouloir vivre selon eux, pour son propre compte, pour soi, en dépendant le moins possible de volontés extérieures qui tendraient à l'aliéner. À défaut de pouvoir nécessairement devenir une réalité ou même être recherchée avec autant de force et au même degré par tous les individus, cette aspiration à l'indépendance est vue par l'individualisme comme l'expression la plus achevée de la nature humaine* », LAURENT (A.), *Histoire de l'individualisme*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1993, p.4

⁵²⁶ WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e édition, Domat, Montchrestien, 1949, pp.176 et s ; voy. Ég. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912, pp.1 et s.

⁵²⁷ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, op. cit., p.160

« déterminisme sociologique »⁵²⁸ concevant les individus comme les produits exclusifs de leurs conditions d'existence.

194. Il faut toutefois remarquer qu'une telle appréciation dénote autant une méconnaissance des écrits de Marx et d'Engels, qu'une absence de prise de recul philosophique. Méconnaissance, en effet, car une lecture attentive de *L'idéologie allemande*⁵²⁹ permet d'écarter de telles critiques et de mieux comprendre le sens du propos de la philosophie marxiste. En premier lieu, précisons que le point de départ de cette philosophie est bel et bien l'individu et son émancipation, et non le collectif ou la société. Tout comme pour le personnalisme, ce qui est dénoncé ici est l'individualisme abstrait et non l'individualisme en tant que tel. Pour Marx et Engels, « *les individus sont toujours partis d'eux-mêmes, partent toujours d'eux-mêmes. Leurs rapports sont des rapports du procès réel de leur vie* »⁵³⁰. N'y a-t-il pas ici la reconnaissance d'une forme d'individualisme méthodologique⁵³¹? Ce qu'ils tentent de préciser, c'est avant tout que l'être humain ne peut « *se constituer en individu singulier que dans la société* »⁵³². En second lieu, la critique qui porte sur l'essence substantielle de l'être générique marque une absence de prise de recul théorique. En effet, un tel reproche ne tient pas compte de l'influence de Spinoza dans le développement des théories dialectiques et dans les conceptions du sujet qui en découlent. L'aphorisme de Spinoza, *omnis determinatio est negatio*⁵³³, sera repris par Hegel qui poussera la réflexion plus loin, jusqu'à la négation de la négation. Par ailleurs, la conception de l'individualité chez Spinoza n'est pas sans rappeler la conception marxiste. Pour Spinoza, qui anticipe sur la théorie des systèmes, il y

⁵²⁸ POPPER (K. R.), *La société ouverte et ses ennemis*, tome 2, Hegel et Marx, trad. Bernard Monod, Seuil, Paris, 1979, p.61-62 et 72-73, l'auteur précisera néanmoins que ces critiques ne s'adressaient pas directement aux écrits de Marx, mais plutôt à ceux d'Engels et des marxistes français. cf. POPPER (K.R.), *The Hero in History, A Study in limitations and possibility*, J. Day, New York, 1943, pp.90-98 ; Voy. Ég. VADEE (M.), Marx, penseur du possible, L'Harmattan, Paris, 1998, pp.71-74 (553p.)

⁵²⁹ MARX (K.) et ENGELS (F.), *L'idéologie allemande*, Éditions sociales, Paris, 1976, (édition intégrale), p.76. Voy. ég. pp. 63, 244, 444.

⁵³⁰ Id. p.76 l'idée semble tellement importante aux yeux de Marx et Engels qu'ils y reviennent à quatre reprises dans *L'idéologie allemande*, p.63, p.76, p.244 et p.444

⁵³¹ Pour Maria Hirszowicz : « *La critique que fait Marx de l'ordre social établi procède de son refus moral d'accepter une société organisée de telle manière qu'elle ne peut qu'emprisonner la personnalité de l'homme et limiter ses possibilités d'épanouissement. Cette attitude de Marx se retrouve à la fois dans son analyse critique de la division du travail et dans son évaluation des régimes sociaux qui dégradent l'homme et oppriment les producteurs* ». HIRSZOWICZ (M.), « Le marxisme et les droits de l'homme », *Revue internationale des sciences sociales, Revue trimestrielle de l'UNESCO*, vol. XIII, 1966, n° 1, pp.13-24, spé. p.14 ; Voy. ég. SCHAFF (A.), *Marxism a jednostka ludzka* [le marxisme et l'individu], Varsovie, 1965, p.71, cité par Maria Hirszowicz, in Id.

⁵³² MARX (K.), *Contribution à la critique de l'économie politique*, Éditions sociales, Paris, 1977, p.150

⁵³³ Toute détermination est négation. Par exemple, affirmer qu'un processus est réversible, C'est du même coup affirmer son irréversibilité. cf. SÈVE (L.) s.d., *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Courtry, 1998, p.158 et 255

a trois niveaux de l'individualité⁵³⁴ : les parties, les rapports, l'essence. Un individu c'est un tout, constitué de parties extérieures les unes aux autres unies sous un certain rapport, et dont l'ensemble interagit avec les autres ensembles individualisés sous l'angle de rapports extérieurs⁵³⁵. De cette conception, Spinoza détermine trois niveaux de la connaissance : la connaissance des parties, la connaissance des rapports, la connaissance des essences. Il pense en corrélation les méthodes analytique, analogique et dialectique. L'essence apparaît alors comme la modalité propre « *d'être au monde* » des choses ou des êtres individualisés, leur *conatus*, leur effort de persévérer dans leur être ou dans leur unité totalisée⁵³⁶. Dès lors, l'analogie avec la conception marxiste de l'individu permet d'apprécier cette dernière rétrospectivement. L'individu, pour Marx, n'est pas une substance, mais bien une essence au sens spinoziste du terme, c'est-à-dire le déploiement adéquat de la puissance d'agir du sujet.

195. Ce que Marx tend à démontrer ainsi, ce n'est pas tant que l'individu est constitué de la somme des rapports sociaux, mais plutôt que le mode d'être de l'individu humain n'est pas un invariant naturel, mais une variable historique : « *on n'est pas un individu de la même façon dans une communauté primitive, dans une société d'ordres ou de classes, une civilisation sans classe. En chacun de leurs moments, les rapports évolutifs des hommes avec la nature et entre eux-mêmes se nouent à la fois en une formation sociale spécifique et une formation individuelle faisant corps avec elle. Chaque forme sociale porte en soi sa loi d'individualité, qui en est en retour une dimension essentielle* »⁵³⁷. S'esquisse ici la critique pluraliste des droits de l'homme, selon laquelle la conception de l'individu humain portée par les droits de l'homme est incompatible avec les conceptions des sociétés non occidentales. Le débat sur les « *valeurs asiatiques* »⁵³⁸ et les droits de l'homme est ici topique. Mais encore, dans la perspective de Marx, l'individualisme abstrait des droits de l'homme n'est qu'une idéologie transitoire et « *l'opposition passe-partout de l'individu et de la société [...] ne fait que refléter sans la comprendre une*

⁵³⁴ Notons ici que l'individualité chez Spinoza ne renvoie pas nécessairement à l'être humain, mais plutôt à toute forme d'individuation, des êtres ou des choses.

⁵³⁵ DELEUZE (G.), « *Spinoza, philosophie pratique* », édition de Minuit, collection Reprise, Paris, 2004, pp.27 et s., (176p) ; DELEUZE (G.), « *Spinoza : immortalité et éternité* », Enregistrement Audio, double CD collection « à voix haute », Gallimard

⁵³⁶ Pour analyse spinoziste de la philosophie des sciences modernes, notamment les neurosciences et la génétique : cf. DAMASIO (A.R.), *Spinoza avait raison. Joies et tristesses, le cerveau des émotions*, Odile Jacob, Paris, 2003, 347p

⁵³⁷ SÈVE (L.), *La Personnalité en gestation*, dans *Je/Sur l'individualité*, ouvrage collectif, Messidor/Éditions sociales, Paris, 1987, p. 211-249

⁵³⁸ BAUER (J. R.) et BELL (D. A.) eds., *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, 1999 ; 394p. ; VAN NESS (P.) ed., *Debating Human Rights. Critical Essays from the United States and Asia*, Londres, 1999 ; MARRES (Th.) et SERVAIS (P.) s.d., *Droits humains et valeurs asiatiques. Un dialogue possible?*, Académia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2002, 228p.

séparation entre les hommes et leurs conditions sociales d'existences »⁵³⁹. Dès lors que l'individualisme abstrait ne remplira plus les objectifs du projet historique que porte la philosophie libérale moderne, il se transformera de lui-même. Ce que Marx et Engels dénoncent, en d'autres termes, c'est le fait que la pensée libérale est « incapable de concevoir [qu'] un développement supérieur de l'individualité humaine soit possible en connexion nécessaire avec un développement supérieur de la communauté sociale »⁵⁴⁰. Nous verrons que cette critique sera reprise par François Ost et d'autres observateurs contemporains des droits de l'homme. L'erreur⁵⁴¹ de la philosophie libérale moderne est selon, Marx et Engels, le fait qu'elle présuppose « sans critique (...) une opposition naturelle de l'individu et de la société »⁵⁴².

196. La critique personnaliste de l'individualisme abstrait repose sur les mêmes prédicats. Les personnalistes insistent sur la « relationalité » de l'homme. « La relation est selon eux à l'origine de la raison, l'éthique (le devoir) précède l'épistémologie (le savoir) »⁵⁴³. Le personnalisme reconnaît, en d'autres termes, la dépendance de la rationalité envers la relationalité. Par ce biais, le personnalisme propose « un discours sur la méthode de l'idéologie répondant à la préoccupation éthique suivante : pourquoi les produits de la raison – les institutions – pourraient-ils se soustraire aux exigences constitutives de cette même raison, à savoir celles de la relationalité et de la responsabilité pour autrui »⁵⁴⁴ ? Dans l'optique personnaliste, le raisonnable prend le pas sur le rationnel et l'intérêt de l'individu est toujours apprécié de façon concomitante avec l'intérêt des

⁵³⁹ BLOCH (E.), *Experimentum mundi*, Payot, Paris, 1981, p.187

⁵⁴⁰ Ernst BLOCH écrira à ce propos que « la société sans classe peut être plus individuelle qu'aucune autre avant elle ». cf. BLOCH (E.), *Experimentum mundi*, Payot, Paris, 1981, p.187

⁵⁴¹ Lucien Seve dénonce ici l'idée selon laquelle il y aurait, dans la pensée libérale, une séparation stricte et irréconciliable entre l'individualité et la socialité. Dans la perspective libérale, il y aurait « d'un côté le marché, l'État, la loi – ensemble de contraintes irréformables en leur principe, parce qu'issues des exigences de toute vie en société ; de l'autre l'individu, en lui-même étranger à son monde historico-social, définissable à partir du seul corps organique à quoi le réduit le biologisme vulgaire – avec supplément d'âme spiritualiste en option –, siège de pulsions et fonctions psychiques intemporelles que les circonstances conditionnent sans les altérer. Le rapport de l'individu humain à son monde social est ainsi pensé sur le même mode que celui de l'animal à son milieu naturel : bel humanisme que celui-là ! Vivre sa vie, C'est alors chercher un compromis entre tendance innée du prédateur égoïste et sagesse acquise du renoncement aux satisfactions prohibées, éternel conflit dont serait faite la condition humaine ». cf. SÈVE (L.), « La personnalité en gestation », in BERTRAND (M.), CASANOVA (A.), CLOT (Y.), DORAY (B.), HURSTEL (F.), SCHWARTZ (Y.), SÈVE (L.) et TERRAIL (J.-P.) s.d., *JE/sur l'individualité*, Éditions Sociales, Paris, 1987, pp.214 et s.

⁵⁴² SÈVE (L.), « La personnalité en gestation », in BERTRAND (M.), CASANOVA (A.), CLOT (Y.), DORAY (B.), HURSTEL (F.), SCHWARTZ (Y.), SÈVE (L.) et TERRAIL (J.-P.) s.d., *JE/sur l'individualité*, Éditions Sociales, Paris, 1987, pp.214 et s.

⁵⁴³ TRIEST (V.), « Fondements néopersonnalistes et principes idéologiques de l'économie sociale et solidaire », article disponible en ligne : <http://www.personnalisme.org/VTriest.pdf>, p.10, extrait de TRIEST (V.), *Plus est en l'homme, le personnalisme vécu comme humanisme radical*, Éditions P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, Berne, 2000.

⁵⁴⁴ *Id.*

autres et l'intérêt du corps social dans son ensemble. L'arbitrage entre les intérêts individuels et collectifs ne s'opère pas par calcul ou par opposition, mais plutôt par la méthode de l'équilibre et de la composition.

197. Ces différentes critiques ont permis un enrichissement du corpus des droits de l'homme, les droits d'inspiration individualiste des déclarations de la fin du XVIIIe siècle ont été complétés par des droits d'inspiration plus collective dans la seconde moitié du XXe siècle. Ainsi, le modèle individualiste originaire des droits de l'homme « *est à certains égards dépassé par le mouvement de socialisation des intérêts et des personnes dont les droits collectifs sont l'expression* »⁵⁴⁵. Néanmoins, il faut remarquer également que, dès l'origine, la conjonction des droits civils et des droits politiques reflétait déjà cette nature ambivalente des droits de l'homme. À plusieurs égards en effet, « *l'individualisme des droits de l'homme comporte des limites qui découlent du contenu, des enjeux et des présupposés de certains droits* »⁵⁴⁶. Logique individuelle et logique collective sont des logiques d'intérêts qui innervent le corpus normatif des droits de l'homme. Cette ambivalence tient, nous semble-t-il, à la nature même du système normatif des droits de l'homme.

198. Les débats relatifs à la nature individuelle ou collective des différents droits de l'homme réactualisent ses controverses philosophiques⁵⁴⁷. Les problèmes théoriques et les dangers liés aux tentatives de classification et de systématisation des droits de l'homme sont fortement marqués par cette polémique⁵⁴⁸. Parmi les méthodes de classement des droits de l'homme, la méthode historique distingue plusieurs générations de droits⁵⁴⁹. La première génération, les droits civils et politiques, contient des « *droits-attributs de la personne humaine* »⁵⁵⁰ opposables à l'État et qui supposent de celui-ci une attitude d'abstention pour qu'ils puissent être respectés. La seconde génération fait référence aux droits économiques, sociaux et culturels, et contient « *des droits de créances sur l'État et la collectivité nationale ou internationale organisée* » qui doivent être positivement réalisés⁵⁵¹. Les droits de troisième génération seraient des droits de solidarité⁵⁵² qui, bien

⁵⁴⁵ GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'Homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p.70

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ *Les Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, 220p.

⁵⁴⁸ BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398p.

⁵⁴⁹ VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.19.

⁵⁵⁰ *Id.*

⁵⁵¹ Le critère de l'obligation négative ou positive ne permet plus de distinguer les droits des deux premières générations. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme statuant, dans un arrêt du 16 mars 2000, sur la liberté d'expression, a considéré que cette liberté n'implique pas seulement pour l'État un devoir

qu'exigible de l'État, présenteraient comme spécificité le fait de ne pouvoir « être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les acteurs⁵⁵³ du jeu social »⁵⁵⁴. Les « biodroits » de l'homme se présenteraient alors comme une quatrième génération de droits de l'homme dont l'objet spécifique, la consécration de prérogatives juridiques sur le corps humain, fonderait la nature. Cependant, une telle classification ne rend pas compte de l'indivisibilité⁵⁵⁵ des droits de l'homme ni de leur interdépendance. Nous verrons également, au-delà de l'approche historique par générations de droits, que les développements des obligations positives et l'effet horizontal des droits fondamentaux ont été les principaux facteurs de l'évolution du système des droits fondamentaux⁵⁵⁶.

199. Le critère de la titularité du droit permet de distinguer *a priori* des droits strictement individuels de droits potentiellement collectifs. En effet, à côté des droits civils et politiques qui étaient des droits de la personne physique prise individuellement, sont apparus des droits attribués à des personnes morales ou des groupements de personnes physiques⁵⁵⁷. Néanmoins, on peut se demander si cette distinction repose réellement sur la nature même de ces droits ou sur les modalités de leur mise en œuvre⁵⁵⁸. Certains auteurs considèrent à ce titre que « les droits individuels⁵⁵⁹ sont ceux que chacun peut mettre en œuvre personnellement selon sa seule volonté » tandis que « les droits collectifs⁵⁶⁰, à l'inverse, ne peuvent s'exercer que si plusieurs personnes s'accordent ensemble, et dans le même sens, le droit qui appartient à chacune d'elles »⁵⁶¹. Enfin, un troisième critère utilisé

d'abstention, mais requiert également des mesures positives de protection jusque dans les relations entre les individus. cf. Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-III, p.58, §43

⁵⁵² VASAK (K) en dénombre 5 : le droit au développement, le droit à la paix, le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré, le droit à la propriété sur le patrimoine commun de l'humanité et le droit à l'assistance humanitaire

⁵⁵³ L'auteur fait référence à l'individu, les entités publiques et privées, l'État, la communauté internationale.

⁵⁵⁴ VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p.18-19.

⁵⁵⁵ Pour MEYER-BISCH (P.) : L'indivisibilité des droits suppose que « chaque droit de l'homme n'étant qu'un aspect de la dignité humaine, son interprétation n'est légitime que si elle tient compte de l'ensemble, et il est lui-même principe d'interprétation des autres. La double exigence qui définit l'ensemble du système – l'unité complexe – vaut pour chaque droit, car elle se réfère à l'individu réel dont il faut à la fois respecter l'individualité et la complexité de ses dimensions, dans ses relations avec ses milieux ». cf. MEYER-BISCH (P.) « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.53-54

⁵⁵⁵ *Ibid.* p.59

⁵⁵⁶ *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 7, section 1

⁵⁵⁷ Droits des peuples, droits des minorités. cf. MEYER-BISCH (P.) « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.47-85.

⁵⁵⁸ *Id.*

⁵⁵⁹ Liberté d'opinion, liberté d'expression, liberté de se déplacer.

⁵⁶⁰ Liberté syndicale, droit de grève, droit de réunion ou d'association.

⁵⁶¹ RIVERO (J.), « Rapport introductif », in *Les Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, pp.17-25

est celui du sujet passif des droits considérés. Individuels seraient les droits que leur titulaire peut opposer à tous les autres individus et que chacun doit respecter, tels les droits de première génération. Inversement, les droits collectifs seraient ceux dont la société assume la charge de leur satisfaction, tels les droits de créance de seconde génération.

200. Toutefois, c'est sur les questions relatives à l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme que les influences des conceptions « marxistes » et « personnalistes » du sujet sont le plus marquées. L'universalité et l'indivisibilité supposent que les droits possèdent d'emblée, si ce n'est une dimension collective, au moins une dimension intersubjective. En effet, « *un droit de l'homme est d'abord un droit d'autrui* »⁵⁶². François Ost affine cette conception et reprend à son compte l'idée marxienne d'une extension corrélatrice de l'individualité et de la socialité lorsqu'il écrit : « *Tant qu'on ne comprendra pas que notre liberté s'accroît (plutôt que de s'arrêter) en proportion de celle des autres, tant qu'on ne comprendra pas que le lien social est moins une contrainte que la condition de possibilité du développement de ma liberté autant que de celle d'autrui, on ne pourra que discréditer le thème des devoirs et responsabilités* »⁵⁶³. Dès lors, un droit n'est pas seulement une réclamation individuelle, mais bien une « *relation sociale* », intersubjective, « *liant des sujets de droit et des débiteurs [d'obligations] par l'objet du droit au niveau du principe universel qu'est la dignité* »⁵⁶⁴. Ainsi, tout droit exige la réunion de trois éléments : « *un sujet déterminé, un objet précis (...) et un débiteur auquel le droit peut être opposé. (...) Un droit est ainsi déterminé selon sa subjectivité, son objectivité et son opposabilité* »⁵⁶⁵. Or, on constate que si les droits ont presque tous un sujet strictement individuel, ils ont « *pratiquement tous un objet à dimension commune ou collective* »⁵⁶⁶. Comme le rappelle Patrice Meyer-Bisch : « *Le caractère commun de l'objet, fragment de la dignité humaine, spécifie le statut épistémologique d'un droit humain et postule la complémentarité des libertés. Pour les autres droits, il y a souvent concurrence (le droit de chacun est limité par le droit d'autrui), pour les droits humains le principe général est celui de la convergence (le droit de chacun se définit par le droit d'autrui)* »⁵⁶⁷. Dès lors si

⁵⁶² MEYER-BISCH (P.) « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, pp.59-60 ; l'auteur précise sa pensée dans le passage suivant : « *Si le sujet d'un droit humain est toujours et exclusivement l'individu, la dignité humaine n'est pas seulement individuelle ; elle recouvre aussi toutes les dimensions sociales de la personne, les libertés de se reconnaître dans des communautés et institutions, ainsi qu'en des milieux naturels et culturels. La dignité est dans le sujet individuel, mais elle est aussi présente dans l'objet comme "un bien commun", une valeur que les êtres humains reconnaissent en tant que commune comme un témoin qu'ils se transmettent et doivent se garantir mutuellement* ».

⁵⁶³ OST (F.) et Van DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, *op. cit.*, p.90

⁵⁶⁴ MEYER-BISCH (P.) « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, p55

⁵⁶⁵ *Id.*

⁵⁶⁶ *Id.*, p.63

⁵⁶⁷ *Id.*

la communauté ou la collectivité n'est pas sujet des droits de l'homme elle peut en être l'objet, et il s'agit alors du droit de chacun de participer à une communauté ou s'en dissocier. Ceci tient selon lui à « *la fragilité du sujet, qu'il soit à naître, séparé, en situation minoritaire* » et qui suppose que l'on établisse « *des mesures de protection à priori de la famille ou de la communauté minorisée* »⁵⁶⁸.

201. Plus qu'un droit d'autrui qui contient toujours une obligation réciproque en son sein, un droit de l'homme est également « *une extension de la responsabilité envers les objets nécessaires aux sujets* »⁵⁶⁹. Ici encore, les droits humains tirent leur dimension collective de la responsabilité qu'ils renferment. C'est bien cette responsabilité qui concrétise le lien intersubjectif au fondement des droits. Car si le débiteur de l'obligation est responsable de la dignité du sujet, « *il l'est aussi de la valeur de l'objet, de la dignité que les hommes ont déposée en des objets : responsabilité envers les patrimoines en général, envers les institutions nécessaires et envers les grands systèmes écologiques, culturels, sociaux, économiques et politiques* »⁵⁷⁰. La responsabilité apparaît comme « *la face cachée des droits de l'homme* »⁵⁷¹. Mais cette responsabilité ne se limite pas à la vision mécanique et réductrice « *où, à chaque liberté du créancier correspondrait le devoir du débiteur, mais au sens infiniment plus riche et complexe où chaque liberté est elle-même finalisée, comme si, dès son principe, elle avait intégré quelque chose de la sollicitation de l'autre, comme si, loin d'être un attribut à la disposition d'un sujet autiste, elle se révélait comme l'une des facettes d'une dignité partagée, donc responsable* »⁵⁷².

202. La sauvegarde d'intérêts, tantôt purement individuels et tantôt collectifs, révèle l'ambivalence du système normatif des droits de l'homme. Ainsi, on pourrait conclure avec Bernard Doray que cette dialectique du « *je* » et du « *nous* » est « *le vif principe de la fonction symbolique qui fait de l'humain ce qu'il est : un être pétri dans le va-et-vient entre le singulier et la multitude, le propre et le commun, la forme fugace de l'individu et la longue temporalité du genre* »⁵⁷³. Par delà les conflits logiques entre individualisme et collectivisme, mais aussi entre logique procédurale et logique substantielle et entre logique subjective et logique objective, la réflexion bioéthique dessine une typologie des conflits potentiels pouvant émerger entre les différents droits de l'homme.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p.60

⁵⁶⁹ Pour une approche anthropologique : voy. GODELIER (M.), *Au fondement des sociétés humaines : ce que nous apprend l'anthropologie*, Albin Michel, Paris, 2007, (262p.), pp.67 et s. ; voy. not. le chapitre sur le thème : Des choses que l'on ne peut ni vendre, ni donner, mais qu'il faut conserver pour les transmettre.

⁵⁷⁰ MEYER-BISCH (P.) « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, p.60.

⁵⁷¹ OST (F.) et Van DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », *op. cit.*, p.90

⁵⁷² *Ibid.*, p.93

⁵⁷³ DORAY (B.), *Les debouts de la dignité*, *op. cit.*, p.105

Section 2 : Les conflits de valeurs au fondement d'une typologie des conflits de droits

203. Les différentes logiques à l'œuvre dans le système normatif des droits de l'homme apparaissent dans la formulation des énoncés des dispositions juridiques des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans le domaine de la bioéthique. Les conflits logiques, conflits de valeurs et conflits d'intérêts, innervent le système juridique des droits de l'homme. Dès lors, ces conflits logiques peuvent être une grille de lecture pertinente des conflits juridiques pouvant naître entre les différents droits reconnus.

204. La problématique des conflits de droits n'est pas récente. Les ouvrages dans lesquels on trouve l'expression « *conflit de droits* » sont nombreux. Néanmoins, cette expression n'est pas explicitée. En effet, « *le sujet général des conflits de droits est, en dépit de son importance, curieusement peu traité* »⁵⁷⁴. À titre d'exemple, le dictionnaire du vocabulaire juridique de H. Capitant définit la notion de « *conflit* »⁵⁷⁵ comme celles de « *conflit de lois* », « *conflit d'attribution* », « *conflit de juridiction* », « *conflit de systèmes* », mais n'apporte aucune définition de la notion de conflit de droits. Exception faite des études menées en droit du travail sur le conflit social, trop rare sont les conflits de droits étudiés par la doctrine. En effet, « *notre système juridique n'offre que très peu d'éléments théoriques assez stables pour constituer l'assise d'une éventuelle conciliation des droits, pourtant solennellement proclamés* »⁵⁷⁶.

205. Pourtant, tout porte à croire que la notion de conflit de droits relève des fonctions sociales primordiales du Droit et de la Justice, c'est-à-dire ses fonctions polémogène et irénique⁵⁷⁷. En effet, le Droit peut se concevoir comme « *l'art de résoudre, si possible à l'avance, les difficultés nées de la vie en société selon des critères de justice et sous l'arbitrage au moins virtuel de l'autorité tenue pour légitime* »⁵⁷⁸, ou encore comme

⁵⁷⁴ LESUEUR (J.), *Les conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse sous la direction de GAUTIER (P.Y.), soutenu le 6 décembre 2007, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), p.26

⁵⁷⁵ CORNU (G.) s.d., *Vocabulaire juridique H. Capitant*, 8e Éd., PUF, Quadriges, Paris, 2007 : Conflit sens 1 : « *Opposition de vues ou d'intérêts ; mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait* » ; sens 4 : « *Incompatibilité entre deux actes ou situations juridiques concurrents ou contraires, exclusifs l'un de l'autre* ».

⁵⁷⁶ SAINT-JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Thèse, Limoges, 1993, PUF, Paris, 1995, p.23

⁵⁷⁷ DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria, Revue Doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, disponible en ligne sur le site <http://www.jurisdoctoria.net>

⁵⁷⁸ JESTAZ (Ph.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux arts », *RTD Civ.* 1979, p.480

« l'art de résoudre, par des moyens curatifs ou mieux préventifs, les oppositions virtuelles ou déclarées entre les intérêts sociaux »⁵⁷⁹. D'autres auteurs, comme François GénY⁵⁸⁰, considéraient l'équilibration et l'harmonisation des intérêts sociaux contradictoires comme « la mission suprême du droit positif »⁵⁸¹. Outre les conflits résultant des appréciations subjectives de l'idéal et des critères de justice qui servent de fondement au Droit, la reconnaissance de prérogatives juridiques, c'est-à-dire de pouvoirs attribués par la loi aux individus et/ou aux groupes, redouble cette nature conflictuelle⁵⁸². En effet, « les droits subjectifs sont par nature porteurs de conflits entre les différents destinataires du droit objectif, ou en tout cas d'une possibilité de conflits entre eux »⁵⁸³. Les droits subjectifs, en permettant la coexistence des intérêts de chacun, « assurent le fonctionnement du système juridique »⁵⁸⁴.

206. Ainsi, octroyer à chacun le pouvoir d'entrer en conflit avec autrui sur la base de prétentions juridiques est une des garanties de la bonne coexistence des membres d'une société. Néanmoins, ce n'est pas l'unique moyen de garantir cette coexistence. En effet, l'utilisation d'un droit collectif comme moyen de défense dans un litige ou la sauvegarde de l'intérêt général et des droits objectifs par le ministère public sont autant de garanties. Il apparaît que le Droit, « afin de résoudre les conflits sociaux, (...) confère aux justiciables des prérogatives destinées à pouvoir entrer en conflit (judiciaire) avec autrui. Afin de le prévenir ou de le résorber, le droit permet le conflit, permet au titulaire de contester légitimement l'exercice d'un droit, lui donne le pouvoir de faire, d'exiger, d'interdire quelque chose. Alors qu'il pourrait, par exemple, écarter les uns des autres les justiciables contestataires, le droit autorise le conflit, le permet, le régleme, afin d'en limiter l'apparition »⁵⁸⁵. C'est donc bien en instaurant le conflit, au moins potentiel, que le droit assure la paix sociale. En d'autres termes, comme le souligne Julien Freund⁵⁸⁶, c'est bien la

⁵⁷⁹ Ibid., p.487

⁵⁸⁰ Pour GénY, le rôle du droit consiste à établir un équilibre « entre les intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine ». cf. GENY (F.), *Science et technique du droit positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, t.1, Sirey, 1922, n° 16

⁵⁸¹ Id., n° 39

⁵⁸² Pour DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.) : « La norme de droit, dans son établissement comme intrinsèquement, peut être source de conflit. Le droit objectif, par sa seule fonction d'institution de règles de conduite s'imposant aux membres de la société, combinée à la nécessaire recherche de la Justice, engendre de façon inéluctable ce conflit ». cf. DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdctoria, Revue Doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, disponible en ligne sur le site <http://www.jurisdctoria.net>

⁵⁸³ Id.

⁵⁸⁴ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e Éd. 2006, n° 201, p.161

⁵⁸⁵ Id.

⁵⁸⁶ FREUND (J.), *Le droit aujourd'hui*, Paris, PUF, 1972 ; *Sociologie du Conflit*, Paris, PUF, 1983. Sur Freund, TAGUIEFF (P.-A.), *Julien Freund. Au cœur du politique*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; DE BENOIST (A.), « Julien Freund », *Le spectacle du monde*, 2008, pp. 56-61

fonction polémogène du Droit, celle qui permet l'émergence de conflits, qui lui permet de remplir sa fonction irénique, c'est-à-dire créatrice de paix sociale⁵⁸⁷. Ainsi, « *il est dans la nature du droit d'être à la fois polémogène et irénique, d'être et de pouvoir être irénique précisément parce qu'il est polémogène* »⁵⁸⁸. La balance et le glaive qui assurent la métaphore de la justice ne représentent-ils pas cette dualité de fonctions ? « *Le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice, tient elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit* »⁵⁸⁹.

207. Face aux antinomies normatives et aux conflits de droits, nombreuses furent les tentatives visant à les éliminer⁵⁹⁰. Pourtant, la pensée juridique dispose d'une méthode conçue dans le but d'analyser et de dépasser les contradictions. Ainsi, comme le rappelle Michel Villey à propos des juristes romains, « *la dialectique pourvoyait l'interprète romain d'un arsenal de procédés pour la solution des antinomies* »⁵⁹¹. De même, en matière de droits de l'homme, compte tenu d'une part de l'atomisation des droits et de l'hétérogénéité de leurs contenus⁵⁹², du caractère contradictoire des droits reconnus et de l'interdépendance des droits opposés, et, d'autre part, compte tenu des tendances individualistes et des tendances à la socialisation des droits⁵⁹³, la méthode dialectique présente une utilité méthodologique indéniable dans la recherche d'une cohérence systémique interne⁵⁹⁴. Néanmoins, loin de se présenter comme une unité dialectique simple qui intègre un couple de contraires dans une unité dynamique, la méthode dialectique permet de mettre à jour de multiples lignes de tensions dialectiques au sein du système normatif des droits de l'homme. Ce système, compte tenu de l'hétérogénéité de ses éléments et des multiples tensions dialectiques qui le traversent, pourrait être conçu comme une « *unité dialectique complexe* ». Cette notion, née de l'adjonction des concepts d'unité

⁵⁸⁷ DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria, Revue Doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, disponible en ligne sur le site <http://www.jurisdoctoria.net>

⁵⁸⁸ TERRE (F.), « La découverte du sens par la rhétorique », in *La découverte du sens en droit*, Association française de philosophie du droit, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, p.26

⁵⁸⁹ Von JHERING (R.), *La lutte pour le droit*, Présentation d'O Jouanjan, 1re Éd., Dalloz, 1890, rééd. 2006, p.1 et 2

⁵⁹⁰ PERELMAN (Ch.) s.d., *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1965, p.20

⁵⁹¹ VILLEY (M.), *La philosophie du droit, Les moyens du droit*, T.2, réédition présentée et préfacée par TERRE (F.), Précis Dalloz, 2001, n° 244

⁵⁹² GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, pp.73 et s.

⁵⁹³ GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, op. cit., p.75

⁵⁹⁴ SCHNEIDER (C.), « Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire », in *Au Carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, Dalloz, Paris, pp.635 et s.

dialectique de Hegel et d'unité complexe ou « *unitas muliplex* »⁵⁹⁵ d'Edgard Morin, devrait permettre de concevoir le système des droits de l'homme comme un « *tout* » mu par une diversité de forces contradictoires qui caractérisent les relations qu'entretiennent ses éléments hétérogènes. Une telle conception présente l'avantage d'appréhender le système des droits de l'homme, d'un point de vue strictement internalisant, comme un système en mouvement dont la dynamique n'est pas linéaire et prévisible. La pensée complexe, et plus précisément la théorie des systèmes dynamiques non linéaires⁵⁹⁶, présente les outils méthodologiques et épistémologiques disponibles pour appréhender des systèmes dont les éléments entretiennent des relations contradictoires multiples et dont le développement n'est pas prévisible. Avant de dresser un aperçu sommaire des différents conflits de droits qui interviennent dans le champ du droit international de la bioéthique, il nous faut préciser la notion de conflit de droits et la distinguer des notions connexes.

§1 : Les conflits de droits

208. La notion de conflit de droits ne dispose pas d'une définition précise. Néanmoins la doctrine, rare sur la question, conçoit généralement les conflits de droits comme la conséquence d'un conflit de normes juridiques. La spécificité de la notion de conflit de droits fondamentaux tient au fait qu'elle se réfère aux situations où la hiérarchie des normes n'est d'aucun secours pour résoudre le conflit entre des droits opposés. On peut distinguer deux aspects des conflits de droits de l'homme : l'un relatif aux rapports horizontaux entre les droits de différents titulaires, l'autre relatif à la dimension verticale qui fait référence aux obligations auxquelles l'État s'engage dans l'ordre international pour permettre une réalisation effective des droits.

209. En effet, dans l'aspect horizontal, le conflit de droits se présente comme un « *conflit de prérogatives juridiques* »⁵⁹⁷ reconnu à différents titulaires. Une prérogative juridique consiste en un certain pouvoir accordé par la norme juridique au titulaire du droit. Ce pouvoir consiste à faire quelque chose ou exiger d'autrui un certain comportement. En règle générale, un conflit de droits trouve sa solution grâce au rapport de hiérarchie qui

⁵⁹⁵ CLERET DE LANGAVANT (G.), *Bioéthique : méthode et complexité*, PUQ, Québec, 2001, (309p.), pp.45-48, 53-63 ; BANYWEISIZE (E.M.), *Le complexe : Contribution à l'avènement de « l'organisation » chez Edgar Morin*, L'Harmattan, Paris, 2007, (244p.), pp.194-198 ; NSONSISSA (A.), *Transdisciplinarité et transversalité épistémologique chez Edgar Morin*, L'Harmattan, Paris, 2011, pp.139-141 (343p.) ; FORTIN (R.), *Comprendre la complexité : Introduction à La Méthode d'Edgar Morin*, 2e éd., Presses Universitaires de Laval, Québec, 2005, (265p.), pp.145 et s ; sur le rôle des contradictions : MORIN (E.) et LE MOIGNE (J.L.), *L'intelligence de la complexité*, L'Harmattan, Paris, 1999, (332p.) p.137 et s.

⁵⁹⁶ SÈVE (L.) s.d., *Émergence, complexité et dialectique*, Odile Jacob, Paris, 2005, 297p. voy. spé. SÈVE (L.), « De quelle culture logico-philosophique la pensée non linéaire à-t-elle besoin ? », pp.49-209

⁵⁹⁷ LESUEUR (J.), *Les Conflits de droits*, op. cit., p.22

existe entre les normes qui leur servent de support⁵⁹⁸. Cependant, l'expression « conflit de droits fondamentaux » recouvre plus spécifiquement les situations dans lesquelles deux droits s'opposent, mais où « *la hiérarchie des normes n'est d'aucune utilité pour résoudre le conflit* »⁵⁹⁹. Ainsi le problème des conflits de droits peut se poser en droit interne entre des prérogatives reconnues par deux textes de droit applicables et situés à la même place dans la hiérarchie des normes, qu'il s'agisse de deux lois nationales, de deux dispositions constitutionnelles ou de deux traités internationaux d'effet direct. Le conflit de droits peut également surgir entre deux droits déclarés par un même instrument juridique qui n'établit pas le rapport formel qui les unit, c'est le cas par exemple des conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme. Toute la problématique des conflits de droits fondamentaux tient au fait que, bien qu'ils soient plutôt rares, « *il n'existe pas de critères très définis pour les harmoniser lorsqu'ils se présentent* »⁶⁰⁰.

210. Dans son aspect vertical, le conflit de droits de l'homme renvoie à la question du conflit d'obligations pour l'État qui s'engage sur des normes consacrant des droits contradictoires. Ainsi, comme nous l'avons évoqué dans la section précédente⁶⁰¹, les droits de l'homme impliquent en général deux types d'obligations pour les États qui s'engagent à les respecter. Le respect des droits de l'homme suppose d'une part une obligation négative qui consiste à s'abstenir d'ingérence pour que les droits soient réalisés, et, d'autre part, une obligation positive de prendre des mesures afin de permettre la réalisation matérielle de ces mêmes droits⁶⁰². Ces obligations positives tendent également à garantir l'effectivité des droits dans les rapports entre personnes privées ; elles sont aussi appelées « *obligations positives à effet horizontal* »⁶⁰³. Dès lors, en ce qui concerne certains droits, deux obligations positives à effet horizontal peuvent se contredire, ou encore, l'obligation négative associée à l'un peut entrer en contradiction avec certaines mesures prises afin de se conformer avec l'obligation positive associée à un autre. Ici encore, ne sont prises en considération que les situations où aucune hiérarchie n'est établie entre les sources formelles de ces droits et des obligations qui leur sont associées. Par exemple, un conflit

⁵⁹⁸ En effet, l'établissement d'une hiérarchie formelle entre les normes est, dans l'ordre juridique interne, l'une des principales méthodes de résolution des conflits de droits.

⁵⁹⁹ LESUEUR (J.), *Les Conflits de droits*, op. cit., p.22.

⁶⁰⁰ Opinion de Claire L'HEUREUX-DUBÉ, ancienne juge à la Cour Suprême du Canada, in JÉZÉQUEL (M.), « Conflits de droits : dilemme pour les juges ou simple mécanique juridique ? », *Journal du Barreau du Québec*, vol.39, oct.2007, pp.1-3, article disponible en ligne sur le site de l'Université de Montréal : <http://www.cerium.ca>

⁶⁰¹ *Supra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, C.

⁶⁰² Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-III, p.58, §43 ; AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Série « Précis sur les droits de l'homme », n° 7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, p.10

⁶⁰³ MAZZESCHI (R.P.), *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, *RCADI*, vol. 333, 2007, pp.211 et s. ; cf. *infra*, Partie 2, Titre 4, Chapitre 7

peut être créé par les standards internationaux eux-mêmes. Comme le rappelle la juge Françoise Tulkens, l'article 4a) de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁶⁰⁴ oblige les États à adopter des lois pénales interdisant les discours haineux et/ou racistes. Cependant, de telles lois entrent directement en conflit avec le droit à la liberté d'expression prévu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La question de l'articulation de ses deux dispositions conventionnelles et les obligations positives et négatives qui en découlent s'est posée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, la Cour estima qu'il faut « *autant que faire se peut, interpréter les obligations souscrites par le Danemark au titre de l'article 10 de manière à les concilier avec celles découlant de la Convention des Nations Unies* »⁶⁰⁵.

211. Par ailleurs, l'expression « *conflit de droits* » ne renvoie pas seulement aux conflits eux-mêmes, mais également, tout comme l'expression « *conflits de lois* », à « *une méthode de solution des oppositions de prérogatives* »⁶⁰⁶. Comme le remarque la doctrine, cette méthode reste encore, pour l'essentiel, à construire⁶⁰⁷. L'étude des éléments de méthode permettant de traiter les conflits de droits fera l'objet de la seconde Partie de cette thèse. Dans le cadre de cette section, nous entendons traiter des conflits de droits uniquement dans leur dimension horizontale. Néanmoins, il nous semble que la définition des conflits de droits comme « *conflit de prérogatives* » devrait être entendue *largo sensu*. En effet, entendue dans un sens restrictif, cette définition ne permettrait pas de traiter tous les aspects de la question, notamment les conflits entre droits subjectifs et droit objectif. De plus, outre les conflits de droits qui opèrent directement et que l'on pourrait qualifier de premier degré, un autre type de conflit entre les droits opère de manière indirecte par le truchement du rapport entre règles substantielles et règles procédurales. Ce dernier type de conflit, d'un degré de complexité supérieur, appelle également une conception élargie de la définition des conflits de droits. Dans un premier temps, il nous semble utile de distinguer les droits de notions connexes, telles que les notions d'intérêts et de valeurs. La notion

⁶⁰⁴ L'article 4 a) de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1965 dispose : « *Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme* ».

⁶⁰⁵ Cour EDH, arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, §30

⁶⁰⁶ Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-III, p.58, §43.

⁶⁰⁷ DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in conflict : The european Court of human rights as a pragmatic institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.169-216

d'intérêt est souvent confondue avec celle de droit, notamment celle de droit subjectif⁶⁰⁸. La vie juridique, en effet, se présente comme une « *lutte d'innombrables intérêts qui prennent souvent la forme de prétentions au droit* »⁶⁰⁹. Ces prétentions « *sont donc autant de possibles juridiques – droit virtuel qui attend son actualisation, sous la forme notamment, mais pas exclusivement de droits subjectifs* ». L'intérêt est une notion protéiforme et polymorphe difficile à identifier et définir. Néanmoins, l'intérêt et le droit entretiennent des relations si fortes que l'intérêt « *paraît bien être la source, sinon la mesure, des principaux concepts juridiques* »⁶¹⁰. L'intérêt peut alors se concevoir comme, l'étalon or ou « *l'équivalent universel* »⁶¹¹ de l'ordre juridique, « *l'instrument de la plus haute rationalité pratique* »⁶¹². À ce titre, l'intérêt fait aussi bien référence à des objectifs matériels qu'à des fins immatérielles telles que les valeurs morales.

212. Pour le propos qui nous intéresse, les conflits de droits, dans leur conception horizontale, peuvent se concevoir sous l'angle du conflit des intérêts dont ils sont porteurs. Toutefois, dans les systèmes juridiques romano-germaniques, lorsque les conflits de droits sont traités, la qualification des différentes prérogatives juridiques en conflits permettra de faciliter tant le tri entre les intérêts légitimes et illégitimes que la hiérarchisation des intérêts légitimes. Ainsi, dans l'ordre juridique interne, « *à l'effectivité de l'intérêt revendiqué, qui se donne pour une prétention subjective au droit, répond (...) l'objectivité du jugement social de légitimité qui consacre cette prétention et en livre la traduction juridique* »⁶¹³. La notion d'intérêt aurait ainsi trois fonctions principales dans l'ordre juridique : Créateur de nouveaux acteurs et de nouvelles prérogatives, il contrôle également l'exercice des droits subjectifs et contribue à les relativiser et les limiter, il se présente enfin comme un régulateur global qui propose un modèle concurrent de

⁶⁰⁸ DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil*, 1939, Bruxelles, t.III, p.894 : « Qu'est-ce qu'un intérêt ? S'il n'est pas juridiquement protégé, c'est, en droit, le néant. Et s'il l'est, c'est un droit ».

⁶⁰⁹ OST (F.), GÉRARD (Ph.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre droit et non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, *Droit et intérêt* vol.2, Publications des facultés de Saint Louis, Bruxelles 1990, (201p.), p.10

⁶¹⁰ *Id.*, p.13 Et les auteurs de poursuivre : « L'intérêt, à intensité variable, aux objets multiples, aux titulaires diffus, se prête aisément à tous les glissements de plan, du fait au droit, de l'individuel au collectif, du privé au public, de l'éthique au politique ou de l'économique au juridique ».

⁶¹¹ *Id.* « L'intérêt apparaît comme le “grand communicateur de l'ordre juridique”. Quelque chose comme “l'équivalent universel” — la monnaie du droit. Tout, d'une certaine façon procède de l'intérêt et se ramène à lui. Du moins tout est-il comptabilisable en intérêt. Du reste, la méthode propre au traitement juridique de l'intérêt est bien celle du calcul, de la pesée ou de la balance. Pesée des intérêts, balance de la justice. Relever ce fait ne revient en rien à défendre quelque doctrine utilitariste ; il s'agit seulement de prendre acte du rôle déterminant que joue l'intérêt dans la circulation juridique ».

⁶¹² *Id.*, p.16

⁶¹³ *Id.*, p.15, les auteurs précisent encore : « Le critère de légitimité, opérant à la frontière du droit et de l'infra-droit, à la charnière de la norme sociale et de la norme juridique, paraît donc l'opérateur de la juridicité ».

l'adjudication⁶¹⁴. De cette qualification des intérêts légitimes en droits subjectifs, collectifs ou objectifs dépendront tant leurs modalités de mise en œuvre que leurs portées effectives. Certains auteurs⁶¹⁵ soutiennent à ce titre que les droits subjectifs constituent le plus haut degré de normativité que l'on puisse attribuer à un intérêt, tandis que les droits collectifs seraient une forme atrophiée de droits subjectifs n'ayant pas encore atteint leur degré de normativité optimal. Les questions relatives à la reconnaissance d'un droit de disposer de sa vie sont topiques à ce sujet⁶¹⁶.

213. On peut remarquer, cependant, que toute tentative de typologie suppose, comme préalable, une opération de qualification. Or, précisément, la qualification des termes du conflit est déjà, par essence, une méthode de réduction du conflit lui-même. Dès lors l'utilité d'une typologie classique, subsumant sous la catégorie la multitude des cas d'espèce, est largement contrebalancée par ses limites intrinsèques. Réduisant *a priori* certains conflits, elle s'avère impuissante pour les exprimer tous. Par exemple, la doctrine dissocie les conflits potentiels et les conflits réels. Il nous semble qu'une telle distinction est artificielle et qu'elle empêche l'analyse du phénomène de la conflictualité des droits, et ce pour deux raisons. La première tient au fait que tout conflit réel est aussi *a priori* un conflit potentiel et qu'il n'existe pas de différence fondamentale de nature entre ces deux catégories. La seconde tient au fait que les méthodes de traitement des conflits de droits par les systèmes juridiques tendent, comme la qualification, à empêcher la matérialisation des conflits potentiels. En effet, une large part des méthodes de traitement des conflits de droits vise à limiter leur survenance, c'est-à-dire qu'elles consistent en des méthodes d'évitement ou de neutralisation⁶¹⁷. Ainsi, les conflits réels apparaissent non pas comme un type de conflit spécifique, mais plutôt comme le moment paroxysmique du développement d'une contradiction normative ou d'un conflit de droits que les méthodes classiques d'évitement et de neutralisation n'ont pas permis de réduire.

§2. Les différents types de conflits de droits

214. Compte tenu des limites de toute tentative de typologie qui enferme des représentations souvent mouvantes dans des catégories strictes et culturellement déterminées, il nous faut procéder avec prudence. Le point de départ réside dans le constat

⁶¹⁴ *Id.*, p.17 « Comme si, dans la symbolique judiciaire, l'emblème de la balance cherchait à l'emporter sur celui du glaive ».

⁶¹⁵ LESUEUR (J.), *Les conflits de droits*, op. cit., pp.20-25

⁶¹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004, pp.139 et s.

⁶¹⁷ *Infra*, Partie 2, Titre 3, Chapitres 5 et 6

selon lequel les États ont l'obligation de prendre des mesures à effet horizontal dans le but de protéger et réaliser les droits. Afin de se conformer à cette obligation, l'État dispose de trois méthodes auxquelles correspondent trois types de mesures spécifiques.

215. Dans un premier cas, l'État peut choisir d'assurer lui-même la protection d'un droit par le recours aux lois de police ou à la notion d'ordre public ; dans un tel cas, on parlera d'une dimension objective du droit considéré ou de droit objectif⁶¹⁸. Dans un second cas, l'État choisira d'octroyer à l'individu le pouvoir de faire valoir lui-même son droit ; il s'agira d'un droit subjectif ou de la dimension subjective du droit considéré. Enfin, l'État pourra protéger la dimension collective d'un droit soit par l'octroi d'un pouvoir d'action à un groupe de personnes, soit par la création de voies procédurales permettant à un individu de faire valoir un droit collectif à l'encontre du droit subjectif d'autrui. Ces différents modes de protection ne sont pas nécessairement exclusifs les uns des autres et peuvent se cumuler. Ainsi, un même et unique droit pourra revêtir plusieurs formes et servir de fondement commun à des prérogatives de natures différentes et portées par des acteurs⁶¹⁹ différents. Le droit au respect de la dignité humaine, par exemple, peut recevoir deux types de protection : d'une part celle d'un droit subjectif de la personne, d'autre part celle d'un droit objectif fondant les interdictions de certaines pratiques et certains comportements. De la même manière le droit de propriété se verra protégé comme le droit subjectif d'un propriétaire, comme le droit objectif de tous à pouvoir être propriétaire ou comme un droit collectif selon la nature du bien ou selon ses modalités d'acquisition ou d'administration.

216. Notre objectif n'est donc ni de répertorier l'ensemble des conflits de droits possibles, ni d'établir une classification rigide dans laquelle pourraient se ranger les différents couples de droits en conflits⁶²⁰. Ce type d'approche matriciel pourrait certes être utile. Néanmoins, il nous semble qu'il devrait donner lieu à une recherche interdisciplinaire qui intègre les nouveaux outils épistémologiques, notamment la modélisation mathématique et informatique des conflits de normes⁶²¹. Nous aimerions plutôt attirer l'attention sur le fait que chaque droit se déploie dans un espace tridimensionnel dans lequel il entretient des relations conflictuelles avec d'autres droits selon trois directions : la

⁶¹⁸ Bertrand Mathieu précise à leur propos que « *les droits objectifs définissent les interdits qui s'imposent à chacun, alors même que la victime potentielle ne peut se défendre* », MATHIEU (B.), « La Dignité, principe fondateur du droit », *JIB* vol.21 n° 3, 2010, p.83 (77-83)

⁶¹⁹ Nous n'employons pas le terme de titulaire, car celui-ci aurait pour conséquences d'exclure les prérogatives relevant de la protection de l'ordre public.

⁶²⁰ Trois types de conflits : conflit entre un droit subjectif et un droit objectif, conflit entre un droit subjectif et un droit collectif, conflit entre un droit collectif et un droit objectif.

⁶²¹ BOURCIER (D.), HASSETT (P.) et ROQUILLY (C.), *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Éd. Romillat, Paris, 2000, 303p.

première selon l'axe contradictoire individuel/collectif, la seconde selon l'axe contradictoire subjectif/objectif et la dernière selon l'axe contradictoire substantiel/procédural. C'est au sein de cet espace tridimensionnel que se développent les conflits de droits. Cependant, on peut distinguer deux types d'approches des conflits de droit. La première, formelle, ne permet de repérer que les conflits qui opèrent directement. La seconde, axée sur le contenu des droits et la validité du système des droits fondamentaux, tend plutôt à révéler les conflits latents qui n'apparaissent que par la mise en perspective du rapport contradictoire entre les règles substantielles qui leur servent de fondements axiologiques et les règles procédurales qui leur servent de garanties.

217. Selon une approche formelle, les hypothèses de conflit entre deux droits se limiteront aux conflits qui opèrent directement entre deux titulaires qui s'opposent deux prérogatives sur la base d'intérêts clairement identifiés. Selon l'approche opposée, le conflit entre deux droits n'apparaît que par référence au rapport entre les règles substantielles et procédurales qui leur sont associées. De tels conflits ne présentent pas le même degré de complexité et restent souvent latents. Il apparaît que, dans de telles situations, la matérialisation d'un conflit de droits se présente comme l'aboutissement, le moment paroxysmique, de la relation de contradiction entre les règles substantielles et les règles procédurales qui assurent les trois composantes de la validité de chaque droit. Nous distinguerons donc les conflits qui opèrent directement de ceux qui opèrent par renvoi aux règles substantielles et procédurales.

A. Les conflits directs : la conciliation des droits subjectifs, objectifs et collectifs

218. Les conflits de droits qui opèrent directement se présentent comme des conflits entre deux prérogatives, soulevées par deux titulaires ou acteurs identifiés, et fondées sur deux droits fondamentaux de même valeur. Les conflits de droits subjectifs⁶²² constituent l'essentiel des conflits de droits sans toutefois les épuiser. Les droits subjectifs garantissent la conciliation des intérêts fondamentaux des personnes⁶²³ et innervent les systèmes juridiques européens. Pour certains auteurs, c'est la coexistence des droits subjectifs qui

⁶²² Pour une définition exacte de l'expression de « droit subjectif » en la distinguant notamment d'autres notions voisines, cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003, pp.365 et s. Pour une analyse de la notion des « droits à... », cf. D. COHEN « le droit à... : L'avenir du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Éd. du Jurisclasseur, 1999, pp.393 et s ; v. ég. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, op. cit., p.82-85 ; D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p.531

⁶²³ DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdctoria, Revue Doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, disponible en ligne sur le site <http://www.jurisdctoria.net> ;

« assure le fonctionnement du système juridique »⁶²⁴. Nous serions tentés d'ajouter que cette coexistence est conflictuelle et que cette conflictualité permet, outre le fonctionnement du système juridique, son développement plastique et dynamique. Dans ce type de conflits, les intérêts en jeu et les personnes titulaires des droits sont clairement identifiés.

219. Néanmoins, le pluralisme culturel, le passage d'un droit international de la coexistence à un droit international de la coopération et les différents facteurs sociologiques qui permettent cette transition favorisent l'émergence de nouveaux acteurs porteurs de nouvelles prérogatives. Le droit européen des droits de l'homme comme le développement des obligations positives à effet horizontal dans le cadre de la protection des droits de l'homme à l'échelle internationale, ont certes permis un enrichissement substantiel des droits fondamentaux et un accroissement de leur niveau de protection. Toutefois, ces développements ne vont pas sans conséquence. L'extension des domaines de protections des droits fondamentaux, la multiplication des droits et des titulaires, l'hétérogénéité des contenus et des modes de protection de ces droits génèrent une multiplication des prérogatives juridiques contradictoires⁶²⁵. Ceci engendre une forte entropie des systèmes, régionaux ou nationaux, de protection des droits fondamentaux. Cette entropie, cet accroissement du désordre dans les relations que les droits entretiennent, se traduit par une conflictualité accentuée tant quantitativement que qualitativement. Ainsi, dans un conflit de prérogatives reposant sur deux droits différents, chaque prérogative pourra se fonder sur un type de protection spécifique du droit fondamental auquel elle se réfère et qui pourra être différent de celui sur lequel se fonde la prérogative concurrente. Par exemple, l'un des protagonistes du conflit pourra fonder son action sur l'atteinte portée à son droit subjectif, ou à la dimension subjective d'un droit fondamental, tandis que l'autre invoquera en défense une prérogative juridique fondée tantôt sur la protection objective, tantôt sur la protection collective d'un autre droit. En effet, les conflits entre un droit objectif et un droit subjectif, comme les conflits entre un droit subjectif et un droit collectif, sont des hypothèses récentes donnant lieu à quelques cas d'espèce.

⁶²⁴ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e Éd. 2006, n° 201, p.161

⁶²⁵ Philippe Gérard utilise l'expression « d'archipel des droits » et développe le thème de l'hétérogénéité des contenus des droits. cf. GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, pp.46-58 et pp.73-75 ;

1. Les conflits de droits subjectifs

220. La problématique des conflits de droits subjectifs⁶²⁶ est l'hypothèse la mieux connue en matière de conflits de droits. La conflictualité apparaît comme une notion consubstantielle⁶²⁷ à celle de droit subjectif. En effet, de manière générale, le Droit confère aux destinataires de ses normes des prérogatives dont ils peuvent se prévaloir dans leurs relations avec autrui. La notion de droit subjectif est une notion complexe⁶²⁸ qui présente comme spécificité l'implication d'une « certaine autonomie du sujet dans la disposition de l'intérêt ou du bien qui forme l'objet du droit »⁶²⁹. Ainsi, « le pouvoir de disposition qui caractérise le droit subjectif en général se confond alors avec la liberté qui forme son objet »⁶³⁰. Les droits subjectifs délimitent des domaines d'indépendance où le titulaire pourra décider de manière discrétionnaire et imposer ses choix à autrui, si besoin en sollicitant l'intervention de la puissance publique⁶³¹. Ils traduisent enfin une conception « individualiste de la personne dans la mesure où, en assurant aux personnes un certain degré d'autonomie opposable à autrui, ils établissent des sphères dans lesquelles leur libre arbitre ou leur volonté peut s'exercer sans risque d'interférence »⁶³². La distinction entre droit subjectif et liberté est malaisée.⁶³³ Toutefois, comme pour les libertés⁶³⁴, « il arrive qu'un droit subjectif ne naisse que pour entrer en conflit avec un autre droit, et assurer

⁶²⁶ Le droit subjectif peut se définir comme une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui ». In G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, « Droit », Paris, PUF, coll. Quadrige, 7e éd., 2003

⁶²⁷ « Les droits subjectifs s'avèrent pareillement porteurs de conflits, le droit créé et conféré visant parfois à entrer explicitement en conflit avec une autre règle. Mais cette relation conflictuelle que peut porter le droit subjectif s'avère en définitive générale, omniprésente, et inhérente au droit lui-même ». In DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdactoria*, Revue Doctorale de droit public comparé et de théorie juridique, disponible en ligne sur le site <http://www.jurisdactoria.net> ;

⁶²⁸ « Intérêts, sujets d'appartenance, destinataires auxquels les droits sont opposables et justification normative par des principes supérieurs n'épuisent pas les caractéristiques des droits de l'homme en tant que droits subjectifs » ; cf. GEWIRTH (A.), « The Epistemology of Human Rights », in PAUL (E. F.) et PAUL (J.) et MILLER (F.D. Jr.) s.d., *Human Rights*, Oxford, Blackwell, 1984, p.1-24, spéc. p.1-2 ; VINCENT (J.R.), *Human Rights and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p.8-9.

⁶²⁹ GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p.19

⁶³⁰ Id. cf. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, op. cit., p.96 : Le pouvoir de disposition se prolonge dans l'exigibilité du droit par rapport à autrui.

⁶³¹ STEINER (H.), « Working Rights », in KRAMER (M.), SIMMONDS (N.E.) et STEINER (H.), *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998, p.238

⁶³² GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p.20

⁶³³ NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », op. cit.

⁶³⁴ Id. Les auteurs remarquent que « certaines libertés n'existent que pour limiter l'exercice d'autres libertés. La liberté d'information, ainsi, entre en conflit direct avec le droit à la vie privée : la liberté religieuse s'oppose au principe de laïcité, le droit de grève s'oppose au droit de l'employeur d'exiger que ses employés accomplissent leurs obligations contractuelles. La consécration d'une liberté vise donc, dans tous les cas cités, et peut-être pour l'ensemble des libertés, à entrer en conflit avec une autre liberté, afin de la limiter, de la tempérer, et de permettre la coexistence pacifique des sujets de droit ».

ainsi à son titulaire la protection d'une prérogative ». Dans de tels cas, c'est la norme qui « vient créer le conflit, en le permettant d'un point de vue pratique, mais également en le faisant naître d'un point de vue théorique »⁶³⁵. Par exemple, le droit subjectif au respect de sa dignité et de son intégrité physique d'une personne qui participe à une recherche biomédicale limite l'étendue du droit de l'expérimentateur à mener librement une activité de recherche scientifique.

221. À la différence d'autres droits, comme les droits objectifs ou les droits collectifs, les droits subjectifs se caractérisent par la rencontre concordante d'un intérêt légitime juridiquement protégé et d'un intérêt à agir du titulaire du droit. Ainsi, la personne titulaire d'un droit subjectif peut, par elle-même, solliciter l'intervention du juge pour faire cesser l'atteinte à son droit. Inversement, dans le cas d'un droit objectif ou d'un droit collectif, si l'on trouve sans difficulté un intérêt légitime juridiquement protégé, la caractérisation d'un intérêt à agir au profit d'une personne ou d'un groupe ne sera pas aisée. En cas de conflit, le titulaire d'un droit subjectif aura un avantage indéniable sur les titulaires d'autres types de droits dans la mesure où il pourra, seul, faire émerger le conflit devant le juge.

2. Les conflits entre un droit subjectif et un droit objectif

222. Une deuxième hypothèse consiste en la survenance d'un conflit entre le droit subjectif d'une personne et un droit objectif ou la dimension objective de la protection d'un autre droit. Nous prendrons l'exemple du refus de soin salvateur pour montrer comment se développe un tel conflit de droits. Ce type de conflit a pris naissance en droit de la responsabilité civile. Plus précisément, les premières espèces relatives au refus de soin prennent place dans le contentieux de la responsabilité pour accident corporel, d'abord en matière d'accident du travail⁶³⁶ avant de se généraliser dans le domaine de la responsabilité civile. Malgré quelques réticences passagères de la chambre criminelle⁶³⁷, la Cour de cassation estimait que le refus d'une atteinte thérapeutique à l'intégrité physique nécessaire à l'amélioration de son état constituait, pour la victime d'un accident corporel, « *une faute limitant l'imputabilité du préjudice de l'accident* »⁶³⁸. Dans un arrêt du 30 octobre 1974⁶³⁹,

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ Tribunal civil de Lille, le 18 mars 1947. Les juges considéraient que l'auteur d'un dommage corporel voyait sa responsabilité réduite, ainsi que le montant des dommages et intérêts, lorsque la victime refusait des soins indispensables à la non-aggravation de son état, postérieurement à l'accident.

⁶³⁷ Cour de Cass. ch. Crim., 3 juillet 1969, *JCP*, 1970, 16 447, note SAVATIER (R.)

⁶³⁸ FRIOURET (L.), « Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie », *RGDM* n° 15, 2005, p.104

⁶³⁹ *JCP*, 1975, 18 038, note MORGEON (L.) : « La mort par le refus de soin ou le suicide deviennent des fautes civiles ».

la chambre criminelle prenait le contre-pied de sa position précédente en considérant que le refus de transfusion sanguine salvatrice d'une victime Témoin de Jehovah constituait une faute ayant concouru à la réalisation du dommage, c'est-à-dire le décès de la victime. Par la suite, la valorisation de la prise en compte de la volonté du patient par les lois de bioéthique⁶⁴⁰ eut nécessairement pour conséquence de transformer radicalement la jurisprudence de la Cour de cassation. Les magistrats de la haute juridiction considèrent désormais que le refus de soin ne peut être intrinsèquement fautif⁶⁴¹.

223. La problématique du refus de soin salvateur se déplace aujourd'hui vers le contentieux de la responsabilité médicale. En France notamment, un type de contentieux particulier voit le jour. Il s'agit des contentieux qui opposent certains membres de la communauté des Témoins de Jehovah qui refusent les transfusions sanguines pour des motifs religieux contre certains médecins ayant choisi de passer outre le consentement de leur patient afin de sauvegarder sa vie⁶⁴². Un tel contentieux se concrétise autour du conflit normatif qui intervient entre le droit subjectif du patient au respect de son autonomie et de son consentement et le droit objectif⁶⁴³ de conservation de la vie. En d'autres termes, un conflit survient entre la dimension subjective de la protection du droit à l'autodétermination de la personne et la dimension objective de la protection du droit à la vie. On peut encore poser la question ainsi : le droit subjectif à l'autodétermination implique-t-il un pouvoir absolu de disposition de sa propre vie ?⁶⁴⁴ Implique-t-il, notamment, un pouvoir de renonciation de son droit à la vie ? Plus généralement, ce conflit

⁶⁴⁰ Voir notamment la Loi n° 2004-800 relative à la bioéthique, du 6 août 2004 et le Décret du 29 juillet 2004 qui s'insèrent le *Code de déontologie médicale* dans le *Code de la Santé Publique* dans sa partie réglementaire.

⁶⁴¹ C. Cass., 19 mars 1997, *RTDC*, 1997, p.675, note JOURDAIN (P.) ; C. Cass., 19 juin 2003, *D.* 2003, n° 27, *IR*, p.1809 ; *D.* 2003, n° 34, p.2326, note CHAZA ; CASTET-RENARD (C.), commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, 19 juin 2003, *La Semaine juridique*, II, 10 170, 5 novembre 2003, p.4

⁶⁴² Bertrand Mathieu résume parfaitement le problème : « *Faut-il transfuser un témoin de Jehovah alors qu'il refuse cette thérapie par conviction religieuse et que ce refus met en jeu le pronostic vital de l'intéressé ? Dans une société technicisée qui, à la fois, promeut le développement et la satisfaction des désirs individuels, et tend à normaliser les systèmes de pensées, sans véritablement les ordonner à partir d'un système de valeurs cohérent, cette question est de celles qui embarrassent le juriste. Faute d'un système normatif apte à résoudre ce type de problèmes, les solutions s'improvisent à l'aide d'un certain bricolage idéologique. Ces solutions représentent cependant de l'intérêt en ce qu'elles sont révélatrices des contradictions qui traversent la société et que le droit tente, souvent maladroitement, d'exprimer* ». In MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et le vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jehovah », *RGDM* n° 9, 2003, p.97

⁶⁴³ On emploie indistinctement les termes « *droit objectif* », « *devoir objectif* », « *protection objective d'un droit* ». L'expression « *droit objectif* » se retrouve principalement dans la doctrine de Bertrand Mathieu, tandis que le terme de « *devoirs objectifs* » apparaît dans les travaux de Philippe Gérard. D'autres auteurs encore, tel Laurent Friouret, préfèrent employer le terme « *d'ordre public de conservation de la vie* » plutôt que droit objectif à la vie ou de devoirs objectifs découlant du droit à la vie. FRIOURET (L.), « Le refus de soins vitaux », *Cahiers du CCNE*, n° 44, 2005, 30-1.

⁶⁴⁴ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, op. cit., pp.177 et s.

de droits pose très clairement le problème de la portée réelle accordée aux principes d'autonomie, de dignité et de sauvegarde de la vie humaine. En d'autres termes, est-ce l'autonomie de la personne qui conditionne la réalisation et la protection de tous les autres droits ? Ou existe-t-il une limite objective, extérieure à l'autonomie de la personne, et qui puisse lui faire obstacle dans certaines situations, et sous certaines conditions ? Est-ce alors la raison individuelle ou la raison sociale que l'on trouve au fondement du droit ? Ou plutôt, quel équilibre entre la raison sociale et les raisons individuelles peut-on envisager au fondement du droit et aux fondements des droits ?

224. On peut résumer l'hypothèse du refus de soins salvateurs par un Témoin de Jéhova de la manière suivante : soit une personne dont la vie est immédiatement en danger et à laquelle le médecin propose, sans alternative, un traitement nécessaire à sa survie. On suppose que cette personne est majeure, apte à consentir, et qu'elle refuse, de manière claire suffisamment informée, l'intervention médicale au moment où l'acte est pratiqué. Les motifs de ce refus, religieux ou non, sont subsidiaires et n'interfèrent en rien dans la question dans la mesure où le consentement est libre, révoquant et que le refus ou la révocation n'ont pas à être motivés ou justifiés. Selon le professeur Bertrand Mathieu, dans cette hypothèse « *on retrouve ici les conditions fixées par le juge pour établir le conflit de principes que le médecin devra trancher. C'est ainsi non seulement la nature de la relation médicale qui est en jeu, mais aussi la question du conflit entre un droit objectif, la protection de la vie, et un droit subjectif, de droit à la protection de son corps contre toute intervention extérieure* »⁶⁴⁵. Le médecin se trouve alors devant un dilemme cornélien : sauver la vie de son patient au détriment du respect de son autonomie, de son intégrité et de sa dignité ; ou respecter la volonté et l'intégrité de son patient au détriment de la sauvegarde de sa vie.

225. En admettant qu'il choisisse la première solution et passe outre la volonté de son patient en administrant tout de même le traitement refusé, le médecin pourra voir sa responsabilité engagée par son patient pour non-respect de son consentement et violation de son droit à l'intégrité physique. Inversement, s'il respecte la volonté de son patient et que celui-ci décède, le médecin pourra voir sa responsabilité engagée tant par les ayants droit de son patient en réparation du préjudice subi par la non-intervention du médecin, que par le ministère public pour non-assistance à personne en danger. Le médecin est soumis, dans cette situation d'urgence, à deux obligations absolument contradictoires dans la mesure où il ne peut satisfaire l'une sans violer l'autre.

⁶⁴⁵ MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jéhovah », *op. cit.*, p.98

226. De même, le juge saisi de ce type de contentieux se retrouve dans une situation difficile. En effet, chaque protagoniste pourra, afin de fonder sa prérogative juridique, mobiliser un ensemble de dispositions dont toutes ne relèvent pas exclusivement de la loi. Ainsi, le patient qui reçoit le traitement qui lui sauve la vie, mais qu'il n'avait pas souhaité pourra, en plus des dispositions légales en sa faveur⁶⁴⁶, invoquer au fondement de son action, un ensemble de dispositions conventionnelles⁶⁴⁷, internationales⁶⁴⁸ ou communautaires. Il en va de même pour le médecin, qui le cas échéant pourra invoquer comme justification de son acte la nécessité de sauver la vie, elle-même protégée par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, le juge saisi de ce litige ne pourra s'extraire d'un certain nombre de normes, de principes et de décisions jurisprudentielles antérieures qui organisent l'ordre juridique dans lequel il intervient, définissent et encadrent ses pouvoirs et sa fonction. Pour faire face à ce conflit, « *le juge est naturellement conduit, au regard de la procédure en cause, à raisonner en termes de droits fondamentaux* » ; néanmoins, point de solution claire ne s'offre à lui au regard de la loi⁶⁴⁹. Ou plutôt, le juge dispose alors d'une multitude de solutions dont aucune n'est réellement adéquate. Dès lors, « *[le juge] fait appel à des normes extérieures à la loi et de nature constitutionnelle et conventionnelle* »⁶⁵⁰.

227. Par delà l'approche chronologique de la jurisprudence, on peut observer que les juridictions françaises ont procédé par tâtonnements successifs, selon une logique approximative, au gré des réformes législatives, sans pour autant trouver de solution stable et acceptable. À ce titre, la relation qu'entretiennent le juge et le législateur semble conflictuelle⁶⁵¹. En effet, bien que la loi soit marquée par une tendance forte au

⁶⁴⁶ La loi du 6 août 2004 : « *La législation applicable est marquée par une tendance au renforcement régulier du droit à l'autodétermination du patient au détriment de la décision du médecin* ». En ce sens, voir les conclusions de CHAVALAUX (D.) sous CE, 26 octobre 2001, *Senanayaké, RFDA*, 2002, p.146

⁶⁴⁷ Notamment les dispositions de la *Convention d'Oviedo* dont la Cour européenne des droits de l'homme assure l'interprétation et l'application effective.

⁶⁴⁸ Le juge européen des droits de l'homme n'hésite pas à utiliser les déclarations de l'UNESCO afin d'interpréter les droits conventionnels qu'il a la charge de protéger.

⁶⁴⁹ MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jehovah », *op. cit.*, p.99 « *La transposition du principe du consentement aux soins, telle qu'elle est effectuée par les dispositions législatives référencées, ne suffit pas à trancher la question soumise au juge. La nécessité de sauver la vie du patient, qui n'est pas prise en compte par la loi, peut justifier la violation du refus de soin* ».

⁶⁵⁰ *Id.*, pp.99-100. : « *Il s'agit de la protection de la vie humaine, principe affirmé par l'article 2 de la CEDH et dont le Conseil constitutionnel a fait le corollaire du principe de dignité de la personne humaine et de la liberté personnelle dont la loi n'est que l'une des transpositions* ».

⁶⁵¹ *Id.* p.101 Le professeur Bertrand Mathieu démontre parfaitement cette relation contradictoire entre le juge et le législateur. Bien que cette question soit périphérique par rapport à notre propos nous avons choisi de la reproduire intégralement afin d'assurer une compréhension plus globale du problème des conflits entre droits subjectifs et le droit objectif. Pour cet auteur, « *le CE, dans sa décision du 26 octobre 2001, censure la cour administrative d'appel de Paris, pour avoir fixé une ligne de conduite au médecin dans le cas où la vie du patient est en danger et se refuse à fixer lui-même une telle ligne de conduite. Certains ont pu considérer qu'il s'agissait d'une invitation adressée au législateur d'intervenir. Le législateur tranche la question, mais*

renforcement du droit à l'autodétermination du patient⁶⁵², « le juge manifeste une réelle réticence à signer l'acte de décès d'un droit objectif à la protection de la vie [...] Cependant, il se refuse à opérer lui-même, in concreto, la conciliation entre cette exigence et le principe de liberté-autonomie »⁶⁵³.

228. De manière générale, on remarque que les magistrats ont expérimenté plusieurs types de solutions : faire prévaloir le consentement de la personne sur le droit objectif, faire prévaloir la sauvegarde de la vie sur le consentement de la personne⁶⁵⁴, déléguer au médecin ou à une instance tierce le pouvoir de concilier les deux exigences contradictoires après avoir déterminé les conditions procédurales de réalisation de cette conciliation⁶⁵⁵. À l'appui de chaque solution, divers arguments juridiques pourront être mobilisés : par exemple, certains pourront faire valoir le fait que la personne victime d'une transfusion contre sa volonté ne peut se prévaloir d'aucun préjudice, d'autres mettront l'accent sur l'impossibilité de reconnaître un droit subjectif au suicide. Toutefois, chacune de ces solutions présente également des inconvénients et des effets pervers. En effet, faire prévaloir le droit à la vie sur la volonté de la personne peut apparaître comme une « sacralisation juridique de la vie »⁶⁵⁶ paradoxale dans la cadre d'un dispositif législatif qui tend à valoriser l'autonomie du patient⁶⁵⁷. De même, la solution inverse pourrait vider de sa substance les principes de dignité humaine et de respect de la vie en éclipçant alors

les juridictions administratives, à l'instar du CE, semblent refuser au législateur une légitimité suffisante pour ce faire. En effet, lorsque le législateur fixe une règle dans une situation qui nécessite la conciliation d'exigences contradictoires, il met en œuvre, sous le contrôle éventuel du Conseil constitutionnel et des juges de conventionnalité, les règles constitutionnelles et conventionnelles applicables. Or c'est en invoquant ces mêmes règles que le juge interprète la loi... contra legem. Cependant, dans cette hypothèse, le juge ne se substitue pas véritablement au législateur, il renvoie au médecin le choix de réaliser au cas par cas la conciliation entre ces exigences contradictoires ».

⁶⁵² Le développement d'une théorie de l'acharnement thérapeutique, tant par la loi que par la jurisprudence semble confirmer et accentuer ce phénomène.

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ Telle est la position implicitement défendue dans les arrêts de 1969 et 1974 sur la réduction de la responsabilité de l'auteur d'un dommage sur une victime qui ne consent pas à un soin permettant d'améliorer son état.

⁶⁵⁵ C'est notamment la position du Conseil d'État dans l'arrêt *Senanayaké* : CE, ass. 26 octobre 2001, *Senanayaké*, concl. CHAVALAUX (D.), *RFDA*, 2002, 146 ; En effet, le Conseil d'État censure la décision de la Cour administrative d'Appel de Paris qui avait fait prévaloir le respect de la vie sur l'autonomie du patient. CA. Paris, 9 juin 1998, *Donyyoh et Senanayaké*, conclut. HEERS (M.), *RFDA*, 1998, 1231. Le Conseil d'État en 2001, fixe les conditions dans lesquelles la conciliation des exigences contradictoires est laissée à l'appréciation du médecin. Ces conditions cumulatives concernent : l'existence d'une situation d'urgence, la mise en jeu d'un pronostic vital, l'absence d'alternative thérapeutique et le fait que l'acte médical soit indispensable et proportionné à l'état du patient.

⁶⁵⁶ FRIOURET (L.), « Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie », *RTDH*, n° 15, 2005-1, p.109 (99-124)

⁶⁵⁷ « Annuler la parole du patient témoin de Jéhovah alors que celui-ci connaît tous les risques liés au refus de soin apparaît comme une situation juridiquement paradoxale à l'heure actuelle ». *Ibid.*, pp.110-111

totale de toute forme de protection objective de l'être humain.⁶⁵⁸ Enfin, déléguer au médecin ou une instance tierce, tel un comité d'éthique clinique, le poids de la conciliation des exigences contradictoires peut s'avérer dangereux. En effet, le choix opéré par le médecin n'est pas un choix technique, mais bien un choix entre deux valeurs. Celui-ci « *s'exerce indépendamment de son expertise de l'homme de l'art* »⁶⁵⁹. Autrement dit, confrontés à deux situations cliniques identiques⁶⁶⁰, « *les solutions retenues [par les juges] pourront être différentes, sans qu'aucune ne puisse être considérée comme violant la loi* »⁶⁶¹. On remarque, ici encore, que dans une même situation, une multitude de solutions juridiquement valable et légalement possible sont disponibles. Le système des droits fondamentaux n'offre pas une solution unique en cas de conflit de droits, mais plusieurs ensembles de solutions possibles selon le choix effectué en amont à propos des relations entre les valeurs et les intérêts que les droits protègent. On comprend mieux la difficulté du dilemme auquel le juge est confronté. Le juge doit certes trancher ce type de litige, néanmoins, il semble marqué par le souci de ne pas outrepasser sa compétence en arbitrant entre des valeurs constitutionnelles. Ne s'autorisant pas à fixer une ligne de conduite fixe au médecin face à ce type de situation, le juge lui délègue le pouvoir de décision après avoir établi les conditions de procédure dans lesquelles cette décision doit être prise. Toutefois, « *si cette réserve du juge peut être justifiée par le caractère d'urgence auquel peuvent être confrontés les praticiens, l'habilitation donnée à des particuliers de faire prévaloir librement telle exigence constitutionnelle sur telle autre est d'autant plus contestable qu'une application égale de ces mêmes droits est elle-même une exigence constitutionnelle* »⁶⁶².

229. Existe-t-il une disposition totale de tous les droits de la personne ? Et, dès lors, peut-on renoncer à tous les droits ? Une telle interprétation conduirait, *a contrario*, à concevoir les droits subjectifs comme des droits absolus, insusceptibles de se voir limités de manière extérieure, mais sujets à une disposition totale pouvant aboutir à leur totale aliénation par renonciation de leur titulaire. Ou bien, doit-on admettre que l'inaliénabilité de certains droits puisse contraindre également leur titulaire en empêchant toute forme de renonciation ?⁶⁶³

⁶⁵⁸ MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jehovah », *op. cit.*, p.101 et s.

⁶⁵⁹ *Id.*, p.103

⁶⁶⁰ Identité de l'état des patients, absence de traitement alternatif, caractère vital et proportionné du traitement refusé.

⁶⁶¹ MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jehovah », *op. cit.*, p.104

⁶⁶² *Id.*

⁶⁶³ DREYER (E.), « La dignité opposée à la personne », *Rec. Dalloz*, 2008, pp.2730 et s.

3. Les conflits entre un droit subjectif et un droit collectif

230. Souvent confondus par la doctrine, les conflits entre les droits subjectifs et collectifs et entre droits subjectifs et objectifs n'en sont pas moins différents. En effet, alors que dans le cadre d'un droit objectif nous sommes en présence d'une limite d'ordre public à un droit subjectif ; dans le cadre des droits collectifs, nous sommes en présence d'une limite au droit subjectif imposée par des intérêts reconnus comme fondamentaux et appartenant à un groupe ou une collectivité déterminée. Dans le cas d'un droit objectif, c'est l'État, par le ministère public ou par l'office du juge, qui met lui-même en œuvre la garantie de l'intérêt considéré au nom de la société prise dans son ensemble. Dans le cas d'un droit collectif, c'est un groupe d'individus qui se voit octroyer la possibilité d'agir ensemble ou séparément pour défendre un intérêt commun, mais spécifique, sur le fondement d'un droit reconnu à la communauté dont ils sont membres.⁶⁶⁴

231. L'existence et la légitimité des droits collectifs sont sujettes à caution et suscitent de vifs débats au sein de la doctrine juridique⁶⁶⁵. Les droits collectifs ou les « contextes collectifs »⁶⁶⁶ marquent cette tendance au dépassement de l'individualisme au fondement des droits de l'homme. Cependant, hormis celui de la titularité, il n'est pas de

⁶⁶⁴ On pense ici spécifiquement aux procédures permettant à un groupe ou au représentant d'un groupe d'avoir accès à un juge. Certains auteurs ont pu qualifier ce type de procédures « *d'avatars modernes de l'actio popularis* ». cf. VOEFRRAY (F.), *L'actio popularis, ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, Paris, 2004, pp.23-34 (403p.)

⁶⁶⁵ Si pour certains auteurs, la reconnaissance de droits collectifs est légitime dans la mesure où ceux-ci permettent de rendre effectifs les droits individuels des membres du groupe, Cf. KYMILCKA (W.), « The New Debate over Minority Rights », in REQUEJO (F.) (éd.), *Democracy and National Pluralism*, London, Routledge, 2001, pp.15-39, 16-17 : d'autres considèrent que seuls les individus peuvent être titulaires de droits pour des raisons logico-formelles : Cf. DONNELLY (J.), « Human rights in a Pluralist World – Individuals and Collectivities », in BERTING (J.) et al. (eds.), *Human Rights in a Pluralist World – Individuals and Collectivities*, Wesport/London, UNESCO/Roosevelt Study Center/Meckler, 1990, pp.36-62, p.30). Voy. Aussi, HARTNEY (M.), « Some Confusions Concerning Collective Rights », *Can. J. L. And Jurisprudence*, 1991, vol.4, pp. 293-314, p.310 et NAVERSON (J.), « Collectives Rights ? », *id.* pp.329-345. D'autres encore estiment que la reconnaissance de droits au profit des collectivités représente une menace pour les droits individuels ou la stabilité de l'État : Cf. HAARSCHER (G.), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, pp.231-234 ; KUKATHAS (CH.) « Are There Any Cultural rights ? », in KYMILCKA (W.), (éd.), *the Rights of Minority Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp.229-256 ; OFFE (C.), « 'Homogeneity and Constitutional Democracy : Coping with Identity Conflicts through Group Rights », *The Journal of Political Philosophy*, vol.6, n°2, 1998, pp.113-141.

⁶⁶⁶ À ce titre Philippe Gérard précise que : « *D'une part, leur existence (des contextes collectifs) est révélée par le développement des droits eux-mêmes ou, tout au moins, par l'évolution de leur interprétation, en réponse à certaines difficultés persistantes parmi lesquelles figurent les conflits qui peuvent les opposer les uns aux autres. D'autre part, ces dimensions collectives apparaissent comme un cadre de référence indispensable qui détermine le statut, la portée et les conditions d'effectivité des droits. (...) Ainsi, c'est l'évolution des droits eux-mêmes qui dévoile l'importance des dimensions collectives, ainsi que la dépendance qu'ils entretiennent à leur égard. En outre, les droits révèlent leurs propres limites qui engendrent des tensions entre, d'un côté, leur nature abstraite, et de l'autre, l'évolution de leur contenu ou de leur statut* ». In GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, op. cit., pp.184-185

critères clairs pour distinguer les droits individuels des droits collectifs⁶⁶⁷. À ce titre, le problème de la reconnaissance de droits à des groupes se limite souvent à l'attribution de la qualité de sujet de droit à l'entité qui les revendique.⁶⁶⁸ Or, « *si l'on admet que ces droits requièrent l'existence, non seulement de titulaires identifiables avec une précision suffisante, mais aussi d'un pouvoir de disposition susceptible d'être exercé par ces sujets, il apparaît qu'a priori un grand nombre de groupements ne remplissent pas ces conditions*⁶⁶⁹ »⁶⁷⁰. En matière de bioéthique, les interrogations relatives à la reconnaissance de droits aux communautés autochtones sur les ressources naturelles de leur milieu pour faire face aux vagues de brevets déposés sur ces ressources illustrent cette problématique⁶⁷¹. Cette situation n'est pas irrémédiable ou définitive, néanmoins, la reconnaissance des droits collectifs est souvent prisonnière d'un processus d'institutionnalisation nécessaire, mais incertain.

232. Par ailleurs, on constate également que la multiplication et la diversification des droits « *comporte[nt] des dimensions paradoxales (...) les voies utilisées pour atteindre cet objectif s'écartent de celles traditionnellement associées à l'égalité des droits* »⁶⁷². En effet, de plus en plus souvent, les droits sont attribués aux membres de catégories particulières.⁶⁷³ Ainsi, le processus de différenciation et de catégorisation des sujets « *paraît d'autant plus important que la reconnaissance de nouveaux droits au profit de catégories particulières n'a pas seulement pour enjeu de renforcer l'égalité des chances (...) [mais elle] reflète également une "politique de la différence" qui, au-delà des droits*

⁶⁶⁷ RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs : avenir d'une équivoque », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.) s.d., *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp.231-261.

⁶⁶⁸ GALENKAMP (M.), « Collective Rights », in *SIM* spécial, n° 16, Utrecht, Studien Informatiecentrum Mensenrechten, 1995, p.73 ; RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs, avenir d'une équivoque », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p.231-232 ; Pour une synthèse de la controverse sur la capacité des groupes à jouir de droits propres, distincts des droits individuels cumulés de leurs membres, voy. WELLMAN (Ch. H.), « Liberalism, Communitarianism, and Group Rights », *Law and Philosophy*, 1999, n°18, pp.13-40, pp.15-27.

⁶⁶⁹ NICKEL (J.W.), « Group Agency and Group Rights », in SHAPIRO (I.) et KYMLICKA (W.) sd, *Ethnicity and Groups Rights* (Nomos, XXXIX), New York, 1997, p.235-236, 242-243

⁶⁷⁰ RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs, avenir d'une équivoque », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p.231-232

⁶⁷¹ LAFON (C.), *De la biologie à la bioéthique*, Ellipses, Paris, 2006, pp.107-108

⁶⁷² GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, op. cit., p.189

⁶⁷³ Pour Philippe Gérard : ces droits attribués à des catégories particulières de sujets « *incluent le cas échéant des prérogatives dont le contenu est déterminé par les besoins spécifiques de leurs bénéficiaires. Dans cette hypothèse, l'égalité n'est plus assurée par la reconnaissance de droits identiques, mais au contraire, par celle de droits distincts. D'autre part, alors que la logique de la non- discrimination consiste à faire abstraction d'une série de différences tenues pour arbitraires et conduit dès lors à considérer les sujets de droits comme autant d'individus égaux indépendamment de leurs caractéristiques personnelles, la diversification des droits implique au contraire la prise en considération de ces différences afin de déterminer les catégories particulières dont les membres doivent bénéficier de droits spécifiques. L'universalisation de l'égalité des chances est ainsi recherchée en fonction de caractéristiques qui ne sont plus universellement partagées* ». In. *ibid.*, p.190

et des ressources, tend à reconnaître et consacrer l'identité distincte de groupes sociaux spécifiques »⁶⁷⁴. Cependant, une telle conception particulariste entre en contradiction avec la conception des droits fondamentaux dérivée du droit naturel⁶⁷⁵.

233. Il faut toutefois préciser que « la dichotomie qu'implique l'alternative entre titulaires individuels ou titulaires collectifs de droits, masque l'existence d'autres modes d'intégration des considérations collectives dans l'interprétation ou la formulation d'un droit »⁶⁷⁶. Plus encore, il semble que cette conception des droits collectifs essentiellement centrée sur la question du sujet méconnaît leur spécificité. En effet, adopter une méthode subjectiviste⁶⁷⁷ pour appréhender des droits collectifs ne peut aboutir qu'à leur dépréciation⁶⁷⁸. Les droits collectifs ne seraient au mieux, dans cette perspective, que les droits subjectifs d'un sujet collectif.

234. Au contraire, il nous semble qu'utiliser une conception collectiviste pour appréhender les droits subjectifs peut nous permettre de tirer des enseignements utiles sur la nature des droits collectifs. Certains auteurs considèrent que « tout droit subjectif présente (...), une structure identique au sein de laquelle se distinguent son existence et son exercice »⁶⁷⁹. En effet, un droit subjectif donne naissance à deux types distincts de prérogatives.⁶⁸⁰ D'une part, il permet d'obtenir en justice la sanction de ceux qui le violent,

⁶⁷⁴ Id.

⁶⁷⁵ Id. « Les principes d'égalité des droits et de non-discrimination mettent en effet en valeur un ensemble de droits identiques qui appartiennent à tous les individus en raison d'une essence de l'humanité universellement partagée et en dépit de certaines différences jugées arbitraires. En revanche, les différences interindividuelles sont au contraire revalorisées par le processus de multiplication des droits : les sujets sont désormais répartis dans une série de catégories distinctes dont les membres partagent une identité spécifique. À la faveur de la reconnaissance des droits, c'est la légitimité de ces identités particulières, désormais considérées comme une dimension spécifique de l'humanité, qui bénéficie d'une consécration publique ».

⁶⁷⁶ RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs : avenir d'une équivoque », in BRIOBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.) s.d., *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p.261 : « Les droits reconnus aux personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques en fournissent la preuve, contribuant ainsi à brouiller la frontière entre droits individuels et droits collectifs ».

⁶⁷⁷ DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *Le droit subjectif en question*, *Archives de Philosophie du Droit*, t.9, Sirey, 1964, p.17-30.

⁶⁷⁸ Par exemple, pour Philippe Gérard qui traite de la problématique des droits collectifs sous l'angle des conflits de droits de l'homme : « Si cette notion a été utilisée afin de consacrer la légitimité inconditionnelle de ces intérêts, ces derniers ne semblent cependant pas constituer, d'un point de vue juridique, l'objet de véritables droits subjectifs. Si le terme droit leur est appliqué, c'est dans un sens plus large, servant à désigner un ensemble d'intérêts fondamentaux qui sont inhérents à l'existence des collectivités en jeu et dont le respect ou la protection sont considérés comme des objectifs prioritaires ». In GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits, philosophie des droits de l'homme*, op. cit., p.191 ; V. ég. HERMAN BURGERS (J.), « The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights », in BERTING (J.) et BAEHR (P.R.) et al., *Human Rights in a Pluralist World*, op. cit., pp.69 et s.

⁶⁷⁹ LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Thèse, Paris II, 2005, §40

⁶⁸⁰ Une telle appréciation des droits subjectifs permettrait de résoudre un certain nombre de problèmes liés à la question de la renonciation au droit. On peut en effet imaginer que le titulaire d'un droit inaliénable pourra

et d'autre part, il permet d'obtenir une action déterminée de la part d'un débiteur identifié. Ainsi, tout droit subjectif pourrait se voir composer de deux prérogatives, l'une de nature collective – la prérogative reconnue par le droit objectif et invocable comme un moyen de défense – et l'autre subjective – la prérogative juridiquement protégée à l'encontre d'un débiteur et au profit d'un sujet⁶⁸¹. Dans ce cadre, un droit collectif ne serait composé que de l'aspect défensif relatif à l'existence du droit, tandis qu'un droit subjectif revêtirait à la fois un caractère défensif et un caractère offensif, de disposition, relatif à son exercice. En d'autres termes, le droit collectif ne serait qu'un intérêt légitime juridiquement protégé tandis que le droit subjectif se caractériserait par la conjonction d'un intérêt légitime juridiquement protégé et d'un intérêt personnel à agir contre un débiteur déterminé.

235. En droit international de la bioéthique, la question des droits collectifs concerne trois types de problèmes : les droits de certaines communautés quant à la participation de certains de leurs membres à des expérimentations médicales, les droits particuliers reconnus à certaines catégories de malades, les droits des générations futures. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, en son article 6c), prévoit la possibilité de reconnaître des prérogatives juridiques aux « *groupes de personnes ou [à] une communauté* »⁶⁸². En effet, en ce qui concerne certaines recherches menées sur certains groupes de personnes, à propos desquels aucune précision n'est apportée par la Déclaration, le consentement du groupe ou de la communauté « *peut devoir être sollicité* » dans les cas pertinents. L'emploi de cette formulation, « *peut devoir être* », est particulièrement flou et incertain. D'un côté, cette disposition semble ouvrir la possibilité de reconnaître à des groupes des prérogatives juridiques relatives aux recherches menées sur ses membres ou sur lui en tant que groupe. Cependant, rien n'indique quels groupes pourront être sollicités à consentir, à quelles occasions, selon quels critères et par quelle autorité ces groupes seront reconnus. La référence aux « *représentants légaux* » du groupe semble indiquer que l'État décide quels groupes, résidants sur son territoire, peuvent se voir reconnaître de telles prérogatives et dans quelles circonstances. D'un autre côté, la limitation de cette possibilité aux « *cas pertinents* » et l'absence de précision quant à cette notion ne permettent pas de pallier le risque de l'arbitraire. Cette disposition tend ainsi à

éventuellement renoncer à l'exercice de son droit et à la prérogative subjective qui en découle, tandis qu'il ne pourra pas, expressément renoncer à la prérogative collective.

⁶⁸¹ *Id.* ; Voy. ég. LESUEUR (J.), *Les conflits de droits : Illustration dans le champ des propriétés incorporelles*, op. cit., p.210 et s. L'auteur voit dans les droits collectifs une catégorie intermédiaire entre la catégorie des intérêts et celle des droits subjectifs.

⁶⁸² L'article 6 c) de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme* dispose que : « *dans les cas pertinents de recherches menées sur un groupe de personnes ou une communauté, l'accord des représentants légaux du groupe ou de la communauté concernés peut devoir aussi être sollicité. En aucun cas, l'accord collectif ou le consentement d'un dirigeant de la communauté ou d'une autre autorité ne devrait se substituer au consentement éclairé de l'individu* ».

reconnaître la faculté de l'État d'accorder, par la loi, certains effets juridiques à la volonté de certains groupes et de certaines communautés. Par ailleurs, l'article 6c) prévoit une règle de conflit permettant d'accorder la priorité à la volonté individuelle sur la volonté du groupe. En effet, le consentement de la communauté ne peut se substituer au consentement individuel. Ainsi, si un groupe d'individus accepte, par l'intermédiaire de son représentant légal, que des recherches soient menées sur ses membres, ces derniers pourront toujours refuser de s'y soumettre. Par contre, dans le cas inverse, on peut s'interroger sur la portée effective du refus de consentement de la communauté. Par exemple, une recherche menée sur un groupe et à laquelle le représentant ou l'autorité du groupe refuse de consentir pourra toujours être poursuivie avec l'accord individuel de certains des membres de cette communauté.

236. Les droits collectifs en droit international de la bioéthique peuvent également prendre la forme de droits catégoriels. En effet, l'article 5e) de la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme qui consacre une interdiction des recherches sur les personnes incapables autorise deux types de dérogation. En premier lieu, l'article autorise par exception les recherches sur les incapables lorsqu'elles présentent un bénéfice direct pour leur santé. En second lieu, l'article étend la portée de cette exception aux recherches sans bénéfice direct « *si cette recherche est effectuée dans l'intérêt de la santé d'autres personnes appartenant au même groupe d'âge ou se trouvant dans les mêmes conditions génétiques* »⁶⁸³. Ces dispositions, qui trouvent une traduction dans de nombreuses législations internes, ont suscité de nombreux commentaires. Certains considèrent en effet qu'au même titre que l'autorisation de la recherche sur l'embryon humain, le contournement du régime d'interdiction des recherches menées sur des personnes incapables consacre une « *réelle ambiguïté* » et « *traduit l'une des évolutions majeures du droit de la bioéthique qui tend à faire prévaloir l'intérêt collectif sur les droits*

⁶⁸³ L'article 5e) dispose que « *Si conformément à la loi une personne n'est pas en mesure d'exprimer son consentement, une recherche portant sur son génome ne peut être effectuée qu'à la condition qu'elle en tire un bénéfice direct pour sa santé, sous réserve des autorisations et des mesures de protection prescrites par la loi. Une recherche ne permettant pas d'escompter un bénéfice direct pour la santé ne peut être effectuée qu'à titre exceptionnel, avec la plus grande retenue, en veillant à n'exposer l'intéressé (e) qu'à un risque et une contrainte minimum, et si cette recherche est effectuée dans l'intérêt de la santé d'autres personnes appartenant au même groupe d'âge ou se trouvant dans les mêmes conditions génétiques, et sous réserve qu'une telle recherche se fasse dans les conditions prévues par la loi et soit compatible avec la protection des droits individuels de la personne concernée* ». ; NB La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme reprend le principe de cet article dans son article 7b). Néanmoins, cette Déclaration de 2005 prévoit un renforcement des garanties procédurales relatives à la protection de la personne incapable en précisant, *in fine*, que « *le refus pour ces personnes de participer à une recherche devrait être respecté* ».

*individuels et qui tend à reconnaître au sein de ces droits collectifs, des intérêts catégoriels ou communautaires »*⁶⁸⁴.

237. Enfin, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme dispose, dans son article 16 consacré à la protection des générations futures, que « *l'incidence des sciences de la vie sur les générations futures, y compris sur leur constitution génétique, devrait être dûment prise en considération* ». L'UNESCO a abandonné son projet de déclaration sur les droits des générations futures au motif que l'inexistence de celles-ci empêchait qu'on leur reconnaisse des droits. Cependant, cet abandon a également été probablement influencé par la volonté de ne pas intervenir dans le débat relatif au statut de l'embryon humain, premier représentant potentiel des futures générations. Toutefois, la reconnaissance dans une déclaration à vocation universelle et la légitimation, même minimaliste, de l'intérêt des générations futures peut laisser supposer qu'il s'agit du premier jalon d'un droit en construction. En effet, la reconnaissance d'un intérêt légitime représente une première étape constitutive dans la formation d'un droit ou d'un système de droit. Cette étape peut, éventuellement, être suivie par l'organisation de la protection de cet intérêt légitime ; protection qui ne nécessite nullement l'existence d'un sujet de droit. L'idée de la reconnaissance de droits aux générations futures s'appuie sur la théorie de la justice ou de l'équité intergénérationnelle⁶⁸⁵.

238. On peut cependant distinguer, comme pour tout intérêt légitime, trois manières de l'envisager et de le protéger. On peut, en premier lieu, adopter une conception subjectiviste qui conduit à concevoir les droits des générations futures soit comme des droits subjectifs dont les titulaires sont les personnes non encore conçues, soit comme des droits subjectifs d'un sujet collectif non encore institutionnalisé. Selon cette approche, point de sujet, point de droit. On peut ensuite suivre une approche objective et considérer que la préservation de l'existence et des conditions d'exercices de certains droits au profit des générations futures relève dès à présent de l'intérêt général et doit être protégé en tant que tel par l'État sous la forme d'un droit objectif relevant de la protection de l'ordre public. On peut enfin considérer, si l'on reprend la distinction opérée dans la structure des droits subjectifs entre la prérogative collective défensive relative à l'existence du droit et la prérogative subjective offensive relative à son exercice, que la sauvegarde de l'existence

⁶⁸⁴ MATHIEU (B.), « le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques. Réflexions et exemples tirés de la législation française récente », *RTDH*, n° spécial Dix ans de lois de bioéthique en France, juillet 2006, pp.216 et s.

⁶⁸⁵ BROWN-WEISS (E.), *Justice pour les générations futures*, UNESCO, Paris, 1993, pp.15-43. On peut s'interroger sur le fait de savoir si cette passerelle érigée vers le futur constitue une tentative de réponse à l'accélération du changement social qui est devenu intra-générationnel. cf. ROSA (H.), *Accélération*, *op. cit.*, pp.35-55.

future des droits est une prérogative collective des sujets existants. Cette dernière qualification permettrait, peut être, de rendre opérante la théorie de la justice intergénérationnelle dans la mesure où certains sujets présents pourraient invoquer cette prérogative défensive pour faire obstacle, aujourd'hui, à l'exercice abusif par d'autres sujets de leurs droits subjectifs.

B. Les conflits par renvoi : l'ambivalence du rapport des règles substantielles et des règles procédurales

239. Outre les conflits de prérogatives qui opèrent directement, certains conflits paraissent latents. En effet, dans nombre de situations, la conciliation des droits potentiellement en conflits sera opérée *a priori*, dans le corps même de l'instrument normatif qui leur sert de support. Il pourra alors s'agir soit d'une règle formelle qui organise un certain nombre d'exceptions ou de dérogations à un droit en faveur d'un autre⁶⁸⁶, soit de la formulation explicite d'un rapport d'équilibre entre deux valeurs et deux droits au sein de la disposition qui les consacre⁶⁸⁷. Dans de telles situations, un conflit ne surgira éventuellement qu'à la suite d'une détérioration du rapport d'équilibre opéré initialement entre les droits fondamentaux considérés. Cette détérioration peut intervenir, notamment, par la dénaturation des règles substantielles, qui fondent une relation de cohérence axiologique entre les droits, par les règles procédurales, qui garantissent l'effectivité de ceux-ci. Ces conflits dans le domaine de l'effectivité sont particulièrement complexes, car ils peuvent résulter des relations entre une multitude de normes juridiques issues, parfois d'instruments juridiques émanant d'organisations internationales différentes. Ainsi, deux règles substantielles qui entretiennent un rapport dialectique, telles que celles qui consacrent le respect de la dignité l'être humain et celui de l'autonomie de la personne ou entre celles qui consacrent des droits contradictoires tels que le droit à l'accès au progrès de la technologie et le droit de propriété intellectuelle, verront leur relation dépendre des règles procédurales qui garantissent l'effectivité de chacune d'entre elles. Ces règles procédurales pourront être établies par des instruments juridiques internationaux différents dont le respect n'emporte pas nécessairement le même degré de contrainte.

⁶⁸⁶ On pense ici aux exceptions à l'interdiction de recherches sans bénéfice direct sur des incapables majeurs. cf. Article 8 ou 9 de la *Déclaration génome humain et droit de l'homme*. De manière générale, les articles 8 à 11 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*

⁶⁸⁷ On pense ici à l'article 27 de la *DUDH* qui organise un rapport d'équilibre entre, d'une part, le droit d'accès au progrès scientifique et aux activités culturelles et artistiques, et d'autre part le droit de propriété sur les œuvres de l'esprit dont une personne est l'auteur.

240. L'utilisation du terme « renvoi » dans notre qualification de ces conflits de droits particuliers, suggère l'idée selon laquelle la technique du renvoi, issue notamment du droit international privé⁶⁸⁸, pourrait être utile pour appréhender ces situations. En effet, la notion de renvoi exprime une technique juridique permettant de décider du rapport de priorité entre deux lois concurrentes⁶⁸⁹, issues d'ordres juridiques différents, dans les litiges entre particuliers présentant un élément d'extranéité. Cette technique consiste à médiatiser le conflit d'application entre les deux lois invoquées pour régler une même situation de fait en se référant à une règle tierce (dénommée Règle de conflit de lois) qui permet, pour chaque ordre juridique national, de décider de quelle loi appliquer. Ces règles de conflit de lois peuvent être d'origine internationale lorsqu'elles sont consacrées au sein d'une convention multilatérale⁶⁹⁰ ou d'origine nationale. Nous verrons qu'il n'en va pas différemment à l'échelle des relations entre les normes juridiques du droit international⁶⁹¹. En effet, confrontés à un conflit de normes ou d'obligations issues de systèmes juridiques différents, les juges internationaux se réfèrent à des règles tierces de résolution des conflits qui peuvent être propres au système juridique du for ou énoncés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Nous tenterons dans un premier temps de préciser la dualité de fonction des règles du droit international de la bioéthique avant d'envisager leur rapport contradictoire et le conflit de droits pouvant en découler.

1. Le rapport ambivalent entre des règles substantielles et procédurales du droit international de la bioéthique

241. Le choix d'une éthique procédurale ou substantielle ne s'affirme pas uniquement par des modalités spécifiques d'adoption des instruments normatifs. Ces

⁶⁸⁸ Bernard Audit précise à propos du renvoi : « Une fois déterminée la catégorie dans laquelle s'insère la question faisant l'objet du conflit de lois, le rattachement prévu pour cette catégorie doit désigner la loi applicable. Mais d'autres difficultés peuvent s'élever à ce stade. L'une est la constatation que le droit étranger, retenant un autre rattachement pour la même question, refuse sa compétence au profit d'une autre loi ; c'est le problème connu sous le nom de renvoi ». AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, Paris, 2000, pp.186 et s.

⁶⁸⁹ Le terme de « concurrente » doit être entendu dans le sens où, les deux lois en cause auront chacune vocation à régler la situation considérée et seront en conflit d'application.

⁶⁹⁰ Toutefois, les conventions internationales relatives aux règles de conflits de lois sont sectorielles et concernent, le plus souvent, un nombre restreint d'États parties. En matière de propriété littéraire et industrielle : *Convention de Berne* du 9 septembre 1886 (propriété littéraire) ; *Convention de Paris* du 20 mars 1883 (propriété industrielle) ; *Convention de Rome* du 26 octobre 1961 (droits voisins). En matière de Vente internationale : *Convention de Vienne* du 11 avril 1980. En matière d'investissements : *Convention de Washington* du 18 mars 1965. En matière de droit des réfugiés et des apatrides : *Convention de Genève* du 28 juillet 1951 (réfugiés) ; *Convention de New York* du 28 septembre 1954 (apatrides). En matière de droit de l'enfant : *Convention de Luxembourg* du 20 mai 1980 (garde des enfants) ; *Convention de Munich* du 5 septembre 1980 (reconnaissance d'enfant naturel) ; *Convention de New York* du 26 janvier 1990 (droits de l'enfant)

⁶⁹¹ *Infra*. Titre 4, chapitre 8

positions éthiques emportent l'utilisation de logique ou de rationalité contradictoires qui ne sont pas seulement appliquées de manière extérieure aux normes du droit de la bioéthique, mais découlent également de l'énoncé de leur contenu.

a. La dualité de fonction des règles du droit international de la bioéthique

242. La construction du droit international de la bioéthique dans le cadre d'une filiation aux droits fondamentaux suggère une volonté d'inscrire ce droit dans un système de valeurs cohérent et incarné dans un certain nombre principes éthiques. Ces règles, que nous qualifions de substantielles, tendent à fonder la validité axiologique du système des droits de l'Homme et du droit international de la bioéthique⁶⁹². La critique pluraliste tend à remettre en cause ce choix de valeurs communes et, du même coup, la légitimité axiologique du droit de la bioéthique. Dès lors, certains considèrent que les principes formulés dans ces règles « *sont tellement vagues qu'ils ne règlent pas par avance les comportements* »⁶⁹³. Toutefois, « *la proclamation d'un droit est elle-même insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'un dispositif susceptible d'en assurer l'effectivité* »⁶⁹⁴. En effet, des règles procédurales, appréciées pour leur neutralité axiologique, sont associées aux règles substantielles dans le but de remplir cette double fonction : d'une part, garantir l'effectivité des règles substantielles et des droits fondamentaux, et, d'autre part, fonder empiriquement, plutôt qu'axiologiquement, la légitimité du système des droits fondamentaux en matière de bioéthique⁶⁹⁵. Néanmoins, il faut remarquer que cette quête d'une légitimité procédurale⁶⁹⁶ a pour conséquence d'affaiblir l'autorité de la norme juridique, d'une part en remplaçant son caractère de stabilité par un caractère provisoire, et, d'autre part, en substituant une appréciation casuistique à sa généralité. Certains constatent à ce titre que « *le souci d'adéquation du droit à la réalité est souhaitable à condition qu'il ne s'agisse pas d'entériner une soumission du droit à toute sorte de contingence*.

⁶⁹² Parmi ces règles on compte les dispositions qui consacrent et judiciarisent des principes éthiques tels le principe de dignité, le principe d'autonomie, le principe d'intégrité ou le principe de vulnérabilité.

⁶⁹³ *Id.* p.461 ; Certains auteurs ont pu considérer que cette imprécision des principes et leur incapacité à régler par avance les comportements « *conduit à un passage de l'état de droit à l'état de fait* », cf. MORAND (C.-A.), *Le droit néomoderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, Droit et société, 1999, p.120

⁶⁹⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.462

⁶⁹⁵ *Id.* p.430 « *L'idée d'une nécessaire adaptation du droit à la réalité devient une condition de sa légitimité, laquelle est appréciée en fonction de sa propension à faire face aux problèmes de société* ».

⁶⁹⁶ Cette recherche de légitimité passe non seulement par l'édiction de règles de procédures plutôt que de règles substantielles, mais également par des procédés d'élaboration, d'évaluation et d'expérimentation des normes dans un souci d'optimisation. C'est ce même souci qui a conduit à insérer dans le droit de la bioéthique des procédures de révisions et d'adaptation des normes juridiques. Cf. *Infra*. Titre 3

*L'instrumentalisation du droit au service de son efficacité risque de conduire à une instrumentalisation du droit au service d'intérêts extrinsèques »*⁶⁹⁷.

245. Ainsi, le choix d'une éthique procédurale s'affirme également au travers de la tendance des États, à poser « *des règles d'organisation plutôt que de contenu* »⁶⁹⁸. En effet, de nombreux auteurs constatent qu'« *au lieu de proclamer des principes intangibles et des interdictions, le droit cherche à poser des limites dont il ne prescrit que les conditions de procédure, de détermination sans prendre de décision au fond (...) Au lieu de trancher en faveur d'un système de valeurs, le législateur préfère instituer des procédures de gestion des conflits en déléguant à d'autres instances la prise de décision* »⁶⁹⁹. Ainsi concernant le rapport entre liberté de la recherche et respect de la dignité humaine, le droit international de la bioéthique fixe les contraintes procédurales à respecter⁷⁰⁰, mais ne détermine pas par avance, hormis le clonage reproductif⁷⁰¹, les recherches permises et celles interdites au nom du respect de la dignité. Cette tendance à la « *procéduralisation du droit* »⁷⁰² se retrouve également dans les constructions législatives de la plupart des pays occidentaux en matière de bioéthique où l'on constate « *un renoncement du législateur à édicter des normes générales et prédéterminées pour laisser place à un système flexible capable de faire face à l'imprévisible (...) Ce désengagement est par ailleurs conforté par le fait qu'il ne prend pas parti dans les conflits de valeurs. En instituant des mécanismes de pondération des intérêts, il évite de faire prévaloir a priori et de manière inconditionnelle une valeur sur une autre* »⁷⁰³.

b. Le rôle ambiguë des règles procédurales : entre garantie et dénaturation des droits fondamentaux

246. Les droits fondamentaux ne sont pas autosuffisants pour assurer leur effectivité. Ils nécessitent la reconnaissance de garanties procédurales permettant leur mise en œuvre. Par exemple, le respect de la dignité de la personne et de son intégrité physique nécessite des garanties relatives tant aux modes de recueil du consentement qu'aux modalités de

⁶⁹⁷ J. Chevallier précise à ce propos qu'il existe un risque sérieux pour la légitimité et la sécurité juridique à franchir certaines limites de légitimité temporelle. cf. CHEVALLIER (J.), « Les lois expérimentales. Le cas Français », in MORAND (C.-A.), Évaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p.41 ; Voy. Ég. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.430

⁶⁹⁸ *Id.*, p.461

⁶⁹⁹ *Id.* ; cf. dans la même perspective : MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits fondamentaux*, op. cit., pp.64 et s

⁷⁰⁰ Article 5 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme*

⁷⁰¹ Article 11 de la *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme*

⁷⁰² Rapport Universitaire : VACARIE (I.) s.d., GINON (A.-S.) et LOKIEC (P.), *Recherche biomédicale et procéduralisation du droit*, IRERP, Université Paris X, juil. 2000

⁷⁰³ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.462-466

l'information de la personne qui se soumet à un acte médical ou de recherche. De même, le respect de la dignité de l'être humain ne peut être assuré par la seule reconnaissance d'un droit subjectif et nécessite la formulation de règle de droit objectif et d'interdictions formelles. Toutefois, la tendance à la procéduralisation du droit engendre un phénomène de dénaturation des règles substantielles par les règles procédurales.

247. Les règles procédurales ont un objectif ambivalent dans la mesure où celui-ci est susceptible d'être « inversé »⁷⁰⁴. En effet, « *au lieu de concourir au respect d'un droit, dans un nombre d'hypothèses croissant, elles servent de justificatif à l'atteinte à un droit. Le recours à des garanties procédurales est de plus en plus fréquent pour autoriser une dérogation à un principe substantiel* »⁷⁰⁵. Les règles procédurales concourent ainsi à dénaturer les règles substantielles. D'autres auteurs expriment différemment ce même phénomène. Pour Christian Byk, le droit des sciences de la vie est mu par « *une dynamique des contradictions* »⁷⁰⁶ et il est « *autant un droit des techniques et des pratiques, avec ce que cela implique de spécialisation qu'un droit des principes* »⁷⁰⁷. L'auteur précise ailleurs, que ce droit des sciences de la vie « *décline certains principes au regard de la diversité des pratiques, rendant parfois la recherche de l'adéquation de l'un à l'autre si difficile que le juriste craint de ne plus distinguer la force du principe derrière la multitude des exceptions imposées par la pratique* »⁷⁰⁸.

248. Enfin, dans cette perspective, les règles procédurales apparaissent parfois comme un facteur d'affaiblissement des règles substantielles et de la protection des droits fondamentaux⁷⁰⁹. Par exemple, la déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme prévoit, d'une part, une interdiction des recherches menées sans bénéfice direct sur les incapables majeurs avant d'énoncer les conditions procédurales dans lesquelles il

⁷⁰⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.462

⁷⁰⁵ *Id.*, pp.462 et s.

⁷⁰⁶ BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP édition générale*, n° 7, 16/02/05, I, 113, pp.315-320

⁷⁰⁷ BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? », *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, p.16

⁷⁰⁸ BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP édition générale*, n° 7, 16/02/05, I, 113, pp.315-320 ; « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? », *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, p.16 ; cf. également, LABRUSSE-RIOU (C.), « Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, Paris, 2001, p.286

⁷⁰⁹ MATHIEU (B.), « Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques », *RTDH*, n° spécial dix ans de lois bioéthique en France, 2006, pp.213 et s. ; à propos de l'affaiblissement de la protection objective de l'être humain : cf. MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 76 et s. ; MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.460 et s. ; EDELMAN (B.), *La personne en danger*, op. cit., pp.284 et s. ; BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : La dynamique des contradictions », *JCP* n° 7, 16 février 2005, pp.315-317 ; BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? », *JuriSanté*, n° 24, décembre1998, pp.16 et s.

est admis de déroger à cette interdiction⁷¹⁰. Certaines lois nationales opèrent de la même manière lorsqu'elles permettent des recherches sans bénéfices directs⁷¹¹. En France, par exemple, les lois de 1994⁷¹², comme celles de 2004 et de 2011, aménagent légalement les entorses aux principes proclamés dans le Code civil par des dispositions du Code de la santé publique⁷¹³. De plus, si les législations nationales varient fortement sur la question de la recherche sur l'embryon humain⁷¹⁴, on peut constater une tendance vers une libéralisation⁷¹⁵ progressive qui s'est opérée grâce à l'avènement d'exceptions⁷¹⁶ encadrées et légitimées par des règles procédurales⁷¹⁷. Cette libéralisation semble atteindre, en

⁷¹⁰ Article 5 e) de la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme : « Si conformément à la loi une personne n'est pas en mesure d'exprimer son consentement, une recherche portant sur son génome ne peut être effectuée qu'à la condition qu'elle en tire un bénéfice direct pour sa santé, sous réserve des autorisations et des mesures de protection prescrites par la loi. Une recherche ne permettant pas d'escompter un bénéfice direct pour la santé ne peut être effectuée qu'à titre exceptionnel, avec la plus grande retenue, en veillant à n'exposer l'intéressé(e) qu'à un risque et une contrainte minimum, et si cette recherche est effectuée dans l'intérêt de la santé d'autres personnes appartenant au même groupe d'âge ou se trouvant dans les mêmes conditions génétiques, et sous réserve qu'une telle recherche se fasse dans les conditions prévues par la loi et soit compatible avec la protection des droits individuels de la personne concernée ».

⁷¹¹ PRIEUR (S.), « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *RTDH*, n° 17, 2005, pp.229 et s.

⁷¹² Les deux lois de 1994 se contredisent. Pour Sophie Monnier comme pour Bertrand Mathieu, « on passe d'un droit au respect du corps humain extrapatrimonial, avec l'impossibilité de renoncer à sa protection, à des autorisations de porter atteinte à l'intégrité physique dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». In. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.391 ; MATHIEU (B.), « Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques », *RTDH*, n° spécial dix ans de lois bioéthique en France, 2006, pp.213 et s.

⁷¹³ THOUVENIN (D.), « L'obtention des organes : le don comme finalité et le prélèvement comme modalité », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *Les lois de bioéthique à l'épreuve des faits* op. cit., pp.77-131 ; MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.390 et s. ; MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits fondamentaux*, op. cit., pp.60-65 ;

⁷¹⁴ BINET (J.R.), « La recherche sur l'embryon humain in vitro : Variations sur le thème de l'interdit », *RTDH*, n° 14, 2004, pp.225 et s. ; MATHIEU (B.), « Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques », *RTDH*, n° spécial dix ans de lois bioéthique en France, 2006, pp.213 et s.

⁷¹⁵ KNOPPERS (B. M.), « L'encadrement juridique de la recherche en droit comparé », in *L'embryon humain, approche pluridisciplinaire*, s.d. FEUILLET-LE-MINTIER (B.), Economica, Paris, 1996, pp.157-163. ; Pour un état des lieux des différentes législations nationales sur la question des recherches sur les cellules souches embryonnaires, cf. Rapport du CIB sur les *Aspects éthiques des recherches sur les cellules souches embryonnaires*, BIO-7/00/GT-1/2 (Rev. 3), Paris, 6 avril 2001, pp.5-6 ; ALTAVILLA (A.), « L'Europe face à la recherche sur les cellules souches : enjeux éthique et juridiques », *RGDM*, n° 14, pp.159-196

⁷¹⁶ La loi allemande, du 28 juin 2002, contourne l'interdiction de principe d'importer et d'utiliser des embryons humains à des fins de recherches par la logique de l'exception. cf. Ambassade de France en Allemagne, « Éléments récents d'information sur la bioéthique en Allemagne », Berlin, le 23 février 2009, disponible sur le site des États généraux de la bioéthique :

http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/base_documentaire/international/allemande_bioethique.pdf

⁷¹⁷ Dans les États qui interdisent par principe les recherches sur l'embryon humain sans bénéfice direct, les contournements procéduraux à ce principe prennent plusieurs formes. La Norvège, qui dispose d'une législation très restrictive prévoyant une interdiction générale des recherches les embryons humains et les cellules souches embryonnaires, souhaite cependant proposer des soins de qualités dans le domaine de l'infertilité. Dès lors, la Norvège a autorisé ses chercheurs à poursuivre des formations et mener des recherches à l'étranger avant de revenir appliquer les résultats de ces recherches au sein du système de soins norvégien. MONTAGUT (J.), *Concevoir l'embryon à travers les pratiques, les lois et les frontières*, publié par Elsevier Masson, 2000, p.88 (149p.) ; v. ég. CBDi, *Développement dans le domaine de la bioéthique*

France⁷¹⁸, son optimum à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 2009. Le Conseil d'État propose, dans son rapport de 2009 relatif à la révision des lois de bioéthique, d'abandonner le principe de l'interdiction de ces recherches⁷¹⁹. La loi du 7 juillet 2011⁷²⁰ maintient l'interdiction des recherches sur l'embryon humain et formule une interdiction de commercialiser les embryons humains. Elle consacre, néanmoins, des exceptions à ces interdictions dans des conditions strictes. Seuls les projets de recherche « *pertinents* », « *susceptibles de permettre des progrès médicaux majeurs* », portant sur des embryons surnuméraires dépourvus de projet parental, dont les résultats ne pourraient être atteints par d'autres moyens et dont les protocoles ont été soumis à l'appréciation d'un comité d'éthique, peuvent être autorisés, à titre exceptionnel, par l'Agence française de biomédecine⁷²¹. De ce fait, le législateur français oriente le système juridique des droits fondamentaux selon la même inclination que les modèles belge⁷²² ou allemand⁷²³. Le gouvernement britannique a adopté des exceptions plus étendues puisqu'il autorise, depuis le 17 janvier 2008, les recherches impliquant l'implantation d'embryon humain dans l'utérus d'animaux⁷²⁴. Le législateur français n'a d'ailleurs pas fermé la porte à ce que de telles recherches puissent être menées en France, puisque s'il interdit la production de chimère et l'implantation à fin de gestation des embryons sur lesquels portent des recherches invasives, il n'interdit pas, *a contrario*, l'implantation de ces derniers à des fins de recherches⁷²⁵. Ainsi, on peut conclure que « *la levée de l'interdiction de la recherche sur l'embryon procède d'un raisonnement selon lequel l'autorisation est acceptable dans*

dans les États membres, les autres États et les organisations internationales, Strasbourg, 1^{er} juin 2007, CBDI/INF (2007) 3, p.3

⁷¹⁸ En effet, en France, si la loi de 1994 interdit les recherches menées sur l'embryon humain elle autorise les « *études* » qui n'ont qu'une finalité médicale et ne doivent pas porter atteinte à l'embryon. Par la suite, la loi de 2004 confirme l'interdiction des recherches sur l'embryon humain mais en même temps autorise ces mêmes recherches à titre exceptionnel et de manière conditionnée au respect de règles procédurales strictes d'agrément et de réalisation. À l'heure de la troisième révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État dans son rapport de 2009 a préconisé l'abandon du principe d'interdiction. Néanmoins, l'article 41 de la Loi 2011-814, relative à la bioéthique, du 7 juillet 2011, modifiant l'article L2151-5 du Code de la Santé Publique, réitère le dispositif consistant, d'une part à interdire la recherche sur les cellules souches embryonnaires, et, d'autre part, à autoriser par dérogations procédurales la poursuite de telles recherches.

⁷¹⁹ CBDI, *Développement dans le domaine de la bioéthique dans les États membres, les autres États et les organisations internationales*, Strasbourg, 1^{er} juin 2007, CBDI/INF (2007) 3, p.8

⁷²⁰ Loi n° 2011-814, Du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

⁷²¹ Article 41 de la loi n° 2011-814 qui modifie l'article L.2151-5 du *Code de la santé publique*

⁷²² Loi relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, du 11 mai 2000, Texte adopté en séance plénière et soumis à la sanction royale n° 50-2182/009

⁷²³ cf. Loi sur les cellules souches du 28 juin 2002, modifiée le 11 avril 2008 ; voy. not. Document du service pour la science et la technologie de l'ambassade de France en Allemagne, *Éléments récents d'information sur la bioéthique en Allemagne*, Berlin, 23 février 2009, p.8-10, Document disponible sur le site des États généraux de la bioéthique :

http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/base_documentaire/international/allemande_bioethique.pdf

⁷²⁴ Voy. HFEA, *Statement on licencing of applications to carry out research using human-animal cytoplasmic hybrid embryos*, du 17 janvier 2008, disponible sur le site de l'HFEA :

<http://www.hfea.gov.uk/418.html>

⁷²⁵ Article 41-VI et V de la Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

la mesure où elle est strictement limitée, car encadrée par des règles procédurales. La procéduralisation telle qu'aménagée par la loi se manifeste par les conditions qui sont posées à l'ouverture de la recherche sur l'embryon »⁷²⁶. Comme souvent en matière de droit de la bioéthique, la proclamation des principes est accompagnée de restrictions et dérogations dont le champ d'application est si large qu'il semble réduire à l'extrême le champ d'application du principe. Ces restrictions et exceptions sont légitimées par les règles procédurales qui conditionnent leur réalisation. Le GEE, qui note ce manque de cohérence du système des droits fondamentaux et des exceptions procédurales, le qualifie comme un système de « double moralité »⁷²⁷.

249. On peut prendre l'exemple de l'encadrement légal de la stérilisation des incapables majeurs, qui en France, légitime l'atteinte portée à leur intégrité physique et donc l'abaissement du niveau de protection de leur droit fondamental, par des garanties procédurales qui encadrent cette pratique, et ce alors même que le régime des incapacités est un régime de protection. Il apparaît dès lors que « leur droit substantiel est ainsi contrebalancé, ou écarté par des procédures (...) La stérilisation des personnes incapables est ainsi soumise à une décision du juge des tutelles, elle requiert l'avis d'un comité d'expert, ainsi que le respect d'une procédure de consultation de la personne et de son représentant. »⁷²⁸ Dans la mesure où le représentant légal et le juge sont tenus de décider dans l'intérêt supérieur de la personne frappée d'incapacité, on peut se demander quel type d'arguments pourra être apporté pour révéler l'intérêt thérapeutique ou médical d'une personne, même incapable, en faveur d'une stérilisation.

250. Il en va de même en matière de prélèvement d'éléments et produits du corps humain sur une personne vivante, à propos desquels la loi organise une extension du champ de donateurs et des finalités des prélèvements⁷²⁹ tout en les accommodant de garanties procédurales associées à la protection de la personne soumise au prélèvement⁷³⁰. L'intérêt thérapeutique d'autrui et l'intérêt scientifique semblent accroître leur champ d'intervention au détriment de certains droits fondamentaux de la personne soumise à un prélèvement d'éléments et/ou produits de son corps. L'intérêt thérapeutique d'autrui pourra même servir à justifier la sélection génétique d'un embryon, en principe interdite, en vue

⁷²⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.465

⁷²⁷ GEE, Avis n° 16, du 7 mai 2002, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, Rapporteurs Linda Nielsen et Peter Whittaker, p.14

⁷²⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.465

⁷²⁹ Ses finalités, d'abord strictement cantonnées à l'intérêt thérapeutique d'autrui, sont par la suite étendues aux finalités diagnostiques puis scientifiques pour certains éléments et produits du corps humain.

⁷³⁰ Voy. Les articles 11 à 16 de la loi du 7 mai 2011 ; PRIEUR (S.), « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *RTDH*, n° 17, 2005, pp.229 et s.

de son implantation afin qu'il donne naissance à un frère compatible pour un enfant malade⁷³¹. Ce type de pratiques semblent porter atteinte au principe de dignité humaine, puisqu'il s'agit de l'instrumentalisation, non seulement d'un embryon, mais d'une personne vivante, au profit d'un tiers. Certains auteurs remarquent à ce titre que les principes de dons et de gratuité apparaissent comme des trompes l'œil face à la réalité des pratiques des établissements de santé⁷³². En ce qui concerne les prélèvements d'organes sur les personnes décédées il faut remarquer que, soumise à la pression des demandeurs de soins, la loi assouplit les conditions de prélèvement par une procédure de consentement par représentation⁷³³, puis par une procédure de consentement présumée⁷³⁴. Par ailleurs, le pouvoir de décision, quant aux conflits de valeurs et de droit pouvant naître de ces pratiques, est délégué à des instances administratives, qu'il s'agisse de l'Agence de biomédecine ou des comités d'éthique clinique et les comités de protection des personnes⁷³⁵.

251. Ainsi, il faut s'accorder avec le constat majoritaire de la doctrine francophone en matière de droit de la bioéthique, résumé par Sophie Monnier dans sa thèse de doctorat : *« Sous la pression d'une conception pluraliste, communautariste, en même temps excessivement individualiste de la société, et sous la pression de la logique utilitariste, scientifique, économique, se développe un droit consensuel et flexible des droits fondamentaux qui affecte la substance de ces droits, pourtant proclamée solennellement et sans cesse réaffirmée. L'écart se creuse entre l'affirmation des droits fondamentaux comme exigence absolue, et la substance éminemment relative des droits »*⁷³⁶. Il nous

⁷³¹ Sur la technique du « bébé médicament » voir : MAILLOLS (A.-C.), « Cellules souches, l'humain médicament », *RTDH*, 2006, n° spécial : dix ans des lois bioéthique en France, pp.188-191 ; Dossier de l'Institut Européen de Bioéthique, « Le bébé médicament », p.6 disponible en ligne : <http://www.ieb-eib.org/files/doc/Dossier%20IEB,%20B%C3%A9b%C3%A9%20m%C3%A9dicament,%2020050609.pdf> ; Cette technique, d'abord autorisée au Royaume-Uni et en Belgique et qui avait fait l'objet d'un avis négatif du CIB et du CCNE français, à par la suite était introduite comme légitime sous condition dans le droit français. Voir l'avis du CIB, *Rapport du CIB sur le diagnostic génétique préimplantatoire et les interventions sur la lignée germinale*, Paris, 24 avril 2003, rapporteur Hans Galjaard, SHS/EST/02/CIB-9/2 (Rev.3), p.10 « le DPI dans le seul but d'effectuer un typage HLA et de sélectionner les embryons aptes à servir de donneur après la naissance est, par contre, considéré comme non éthique, dans la mesure où l'embryon fait l'objet d'une instrumentalisation pour le bénéfice d'un tiers » ; CCNE, Avis n° 72, *Réflexion sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, 4 juillet 2002, Paris

⁷³² LABRUSSE-RIOU (C.), « Difficultés, contradictions et apories du droit de la "bioéthique" », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Litec, 2001, p.273

⁷³³ MÉMETEAU (G.), « La Convention dite "bioéthique" du Conseil de l'Europe et le droit français de l'assentiment à l'acte médical », *JIB*, vol.9, n° 3, 1998, p.92 ; D'autres auteurs voient dans la « substitution de consentement » un dérogation majeure au principe du consentement individuel et strictement personnel. cf. LABRUSSE-RIOU (C.), « Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Litec, 2001, p.273

⁷³⁴ Ce glissement induit la diminution progressive de la portée de l'obligation faite au médecin de tout mettre en œuvre pour rechercher la volonté du malade. voy. Article 8 de la loi du 7 juillet 2011

⁷³⁵ *Infra*. Titre 3, chapitre 5

⁷³⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.417

semble que ce constat dénote l'entreprise de fluidification du système des droits fondamentaux qui sont soumis à la contrainte de l'accélération sociale. À ce titre, la dignité humaine, seul obstacle au traitement de l'humain comme une chose et à sa marchandisation, est fortement remise en cause par la nature et la portée des exceptions aux droits qui découlent de son inconditionnel respect. Il semble, ainsi, que les réitérations du principe de dignité humaine et la place privilégiée qui lui est accordée dans les instruments internationaux pourraient laisser penser que le système des droits s'organise autour de lui et conditionne les autres droits. Il ne faut pas, toutefois, confondre les choses de la logique avec la logique des choses qui semble plutôt indiquer que le principe de dignité, règle substantielle inconditionnelle et absolue, est relativisé au profit d'une forme hypertrophiée du principe d'autonomie-liberté. En effet, « *à cette démarche protectrice et fondatrice s'est aujourd'hui substituée une invocation de la dignité comme une référence dont le rôle relève plus de l'alibi ou du talisman que du principe directeur* »⁷³⁷.

2. Un conflit de droits induit par la contradiction entre règles substantielles et procédurales

252. Appréhender les conflits de droits sous l'angle de la cohérence et des rapports croisés entre règles substantielles et procédurales nécessite un raisonnement complexe mobilisant les nombreuses notions que nous avons abordées. Nous avons constaté que les règles substantielles sont celles par lesquelles des valeurs éthiques ou morales accèdent à la juridicité dans un texte de droit positif. Ces règles substantielles sont le fondement des droits et déterminent la validité axiologique, la cohérence, du système qui en découle. Les droits déclarés ne sont qu'une formulation opérationnelle du respect des valeurs contenues dans les règles substantielles. Des conflits de valeurs innervent le système normatif de la bioéthique et se traduisent par des conflits de droits. À l'inverse, nous avons établi que les règles procédurales sont celles qui ne font pas référence aux valeurs ou à un contenu substantiel spécifique, mais qui déterminent les garanties d'exercice des droits et les modalités de leur contrôle et de leur sanction par les autorités publiques. Ces règles font référence à la complétude formelle du système de droits établi.

⁷³⁷ MATHIEU (B.), « Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques », *RTDH*, n° spécial dix ans de lois bioéthique en France, 2006, pp.213. L'auteur poursuit : « *Le contournement voire la mise à l'écart, du principe de dignité s'opère selon deux modalités : la première consiste à poser les interdits qu'engendre ce principe pour leur apporter des dérogations, d'abord limitées. Alors que la brèche est ouverte dans l'interdit, il devient plus facile d'élargir le champ des dérogations. La seconde, plus pernicieuse, conduit à subvertir le principe lui-même. C'est d'abord ainsi que partant d'une observation fondée, selon laquelle ce principe est utilisé par les juridictions, voire par le législateur, de manière très approximative, certains auteurs considèrent que le principe est disqualifié. Est ainsi opérée une confusion entre la dignité humaine consubstantielle et la dignité humaine sociale* ».

253. Deux règles substantielles peuvent entretenir un rapport contradictoire qui assure leur complémentarité vis-à-vis de la protection efficace des droits de l'homme. Un tel conflit de valeur ou de principes éthiques peut intervenir entre deux normes substantielles d'un même système juridique ou entre deux normes substantielles issues de systèmes juridiques différents⁷³⁸. Les relations entre les principes de respect de la dignité de l'être humain et de respect de l'autonomie de la personne, ou encore les relations entre le droit à l'accès aux progrès de la science et de la technologie et le droit de propriété constituent de tels exemples⁷³⁹. L'article 27 de la DUDH est topique de cette situation⁷⁴⁰. En effet, cet article comprend deux alinéas qui prescrivent deux droits qui peuvent s'avérer contradictoires. Le premier consacre le droit de l'homme à l'accès à la création scientifique et artistique. Le second proclame le droit à protection propriétaires des œuvres de l'esprit. L'article 27 établit un équilibre entre ces deux valeurs et une relation dialectique entre elles. Appropriation privative et Accessibilité publique sont les deux valeurs contenues dans cette règle substantielle.⁷⁴¹ La limitation dans le temps des droits de propriété immatérielle constitue un exemple des effets de cette dialectique.⁷⁴² Toutefois, ils n'apparaissent pas contradictoires *in abstracto*, mais au contraire, en fonction des normes procédurales qui assurent leurs effectivités respectives. Par exemple, lorsqu'une règle procédurale prévoit l'allongement de la durée des droits de propriété intellectuelle sur les inventions biotechnologiques, elle réduit d'autant l'effectivité immédiate du droit de chacun d'accéder aux progrès que peuvent représenter ces biotechnologies. Ainsi, ce n'est pas la consécration d'un droit de propriété en tant que tel qui limite les conditions d'accès aux progrès de la science et de la technologie, mais les modalités procédurales qu'emprunte la protection dont il fait l'objet, c'est-à-dire l'allongement de la durée des brevets.

254. Au cours du développement du droit d'auteur et compte tenu de l'influence des normes juridiques internationales issues des traités de l'OMC, en particulier l'accord ADPIC, les droits moraux, inaliénables, et les droits d'exploitation, cessibles, ont été dissociés. Les règles procédurales relatives au droit du commerce international ont conduit

⁷³⁸ Les jurisprudences récentes de la CJUE et de la CEDH semblent indiquer que des conflits de normes ou d'obligations peuvent survenir entre deux systèmes juridiques différents. *Infra*. Titre 4

⁷³⁹ Article 27 de la DUDH.

⁷⁴⁰ VIVANT (M.), « Le droit d'auteur, Un droit de l'homme ? », *RIDA*, oct. 1997, n° 1, p.61 ; GEIGER (C.), « Les droits fondamentaux, garantie de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP* 2004, I, 250 ; TORREMANS (P. L. C.), « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propriété intellectuelle*, avril 2007, n° 23, pp.173-183

⁷⁴¹ GEIGER (C.), *Droit d'auteur et droit au public à l'information*, Litec, IRPI, 2004 ; GEIGER (C.), « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *Propriété intellectuelle*, 2004, n° 13, p.882.

⁷⁴² Le Conseil Constitutionnel Français reconnaît, à propos de la propriété intellectuelle que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général ». Cons. Const. Déc. n°2004-498, 29 juillet 2004 ;

à un allongement progressif de la durée des droits de propriété intellectuelle. Ces deux mouvements ont réduit corrélativement les conditions d'exercice du droit d'accès du public au progrès de la science et de la technologie. Ces règles procédurales ont ainsi conduit à transformer la relation entre les deux alinéas de l'article 27 de la DUDH. Ainsi, ces règles issues de systèmes juridiques à vocation économique ont transformé, au sein du système des droits de l'Homme, la relation entre les droits de l'auteur, personne physique, sur son œuvre et les droits du public en une relation qui oppose les droits de propriété sur l'œuvre des ayants droit, personnes morales de droit privé, à ceux du public⁷⁴³. De plus, les droits d'exploitation sont des droits subjectifs qui ont été étendus dans le temps tandis que le droit d'accès est un moyen de défense collectif et non un droit subjectif qui ouvre droit à l'action. Le rapport d'équilibre entre les deux valeurs, propriété et accès s'en trouve modifié au détriment de l'accès. Ainsi les rapports formels entre les droits, établis par les normes procédurales, ont dénaturé empiriquement le rapport axiologique entre les valeurs. Ainsi, par des effets de seuil dont les mécanismes restent à définir, l'extension des modalités de protection effective d'un droit peut détériorer l'effectivité d'un autre. Par le truchement des règles procédurales, une règle substantielle peut occuper une place prépondérante qui affecte l'effectivité d'autres règles substantielles, disposant, pourtant d'une qualité fondamentale identique. Ces conflits d'effectivité peuvent également se développer, de manière latente, entre les règles substantielles d'un même système, mais par le truchement de règles procédurales relevant d'un système juridique différent. C'est ce que nous tenterons de démontrer au regard des relations entre le droit de l'OMC et le système juridique des droits de l'Homme.

255. Nous avons vu, tout au long de ce premier titre, qu'en matière de bioéthique, les valeurs dignité et liberté-autonomie entretenaient une relation dialectique complexe. D'un point de vue axiologique, les règles substantielles du droit de la bioéthique semblent indiquer que l'autonomie est relativisée par rapport à la dignité conçue comme absolue⁷⁴⁴. Par ailleurs, les règles procédurales relatives au recueil du consentement ont vocation à permettre l'exercice réel de l'autonomie de la personne en accord avec sa dignité⁷⁴⁵.

⁷⁴³ FABRE (B.), *La crise du droit d'auteur : Une approche systémique*, Thèse, s.d. FRAYSSINET (J.), Aix-Marseille, 2012, Spé. pp.85-88, pp.312-317, pp.328 et s.

⁷⁴⁴ Ces règles posent, par exemple, les principes d'indisponibilité et de non-commercialisation du corps humain.

⁷⁴⁵ Le respect de la dignité humaine (valeur A) est réputé inaliénable et absolu (contenu substantiel de A). Il fait référence à l'être de l'homme et fonde l'indisponibilité du corps humain. L'autonomie de la volonté (valeur B) est relative et fait référence à l'agir et suppose une certaine disposition de son corps (contenu substantiel B). Dignité et autonomie sont des valeurs qui sont prises dans une relation dialectique. L'équilibre, du point de vue axiologique, entre la dignité et l'autonomie détermine que l'autonomie est conditionnée au respect de la dignité humaine. Le consentement est une règle procédurale qui permet l'exercice de l'autonomie. Par exemple, l'autonomie de la volonté ne peut légitimement porter atteinte au droit au respect de la dignité. Si les règles procédurales relatives au consentement prévoient qu'il est possible, de

Néanmoins, on constate que les règles procédurales consacrent, par exception, qu'il est possible de consentir à des actes qui portent atteinte à la dignité prise dans sa dimension objective. Tel peut être le cas lorsque la loi exige des parents un consentement à ce que leurs embryons surnuméraires soient utilisés à des fins de recherches, elles-mêmes autorisées de manière exceptionnelle. Le rapport axiologique entre les valeurs dignité et autonomie apparaît comme empiriquement renversé.

manière exceptionnelle, de contrevenir à certains droits en lien direct avec le respect de la dignité humaine, alors la proportion initiale entre dignité absolue et autonomie relative est altérée. La valeur dignité est vidée de sa substance par le biais d'une règle procédurale associée à la garantie de sa valeur concurrente.

CONCLUSION CHAPITRE 2

256. Dans la mesure où il tend à rechercher un équilibre entre l'universel et le relatif, le droit international de la bioéthique s'est établi sur des fondements axiologiques incertains et contradictoires. Mêlant à la fois une éthique objectiviste, fondée sur le concept de dignité de l'être humain, et une éthique relativiste, fondée sur le concept d'autonomie de la personne, le droit international de la bioéthique propose un système de droits frappé d'une ambiguïté, d'une schizophrénie congénitale. Nous serions tentés de dire que cette construction normative porte en elle les prémisses de sa dialecticité. En effet, selon que l'on accorde la prédominance à une conception plutôt objectiviste ou plutôt relativiste, l'agencement des relations entre les droits au sein du système normatif de la bioéthique sera susceptible de varier.

257. Ce conflit éthique au fondement de la bioéthique trouve son prolongement dans l'interprétation de ce corpus normatif qui peut s'opérer selon trois couples de logiques contradictoires : logique subjective contre logique objective, logique individualiste contre logique collectiviste, logique substantialiste contre logique procédurale. Ces conflits logiques mettent en lumière les multiples relations dialectiques qu'entretiennent les droits du point de vue de leur contenu. Ainsi les conflits éthiques, conflits de logiques et conflit de valeur, ressurgissent en des conflits entre les droits. Ces conflits peuvent être appréhendés de deux manières. Chacune des méthodes utilisées afin de mettre en lumière ces conflits de droits apporte des éléments de précision sur la manière dont ils se développent. Ils peuvent, en effet, soit prendre la forme d'un conflit de prérogatives juridiques, soit être appréhendés sur la base de la contradiction normative entre les règles substantielles, qui servent de fondement axiologique aux droits, et les règles procédurales, qui ont vocation à garantir leur effectivité.

258. Sous l'angle des conflits de prérogatives, les conflits de droits revêtent la forme d'un conflit entre les différents modes de protection des droits. Ainsi trois types de prérogatives peuvent voir le jour, des prérogatives basées sur un droit subjectif, des prérogatives objectives ou d'ordre public et des prérogatives basées sur un droit collectif. À chaque droit peuvent correspondre ses trois types de protection. Il est donc possible de repérer différentes dimensions de la conflictualité des droits selon que l'on se trouve en présence d'un conflit entre droits subjectifs, entre un droit subjectif et un droit objectif, ou encore entre un droit subjectif et un droit collectif. Sous l'angle du rapport entre règles

substantielles et procédurales, les conflits de droits apparaissent comme le développement paroxysmique d'un conflit entre la substance de certaines normes et les procédures qui y sont associées. Procédant par contournement et dénaturation, la consécration d'exceptions et de dérogations procédurales à un ensemble de droits substantiels conduit à relativiser certains droits pourtant conçus comme absolus. Enfin, les conflits se développant par référence au rapport entre les règles substantielles et procédurales associées à chacun des droits en conflit peuvent être qualifiés de conflits par renvoi dans la mesure où ils ne trouvent d'expression que dans les relations croisées entre deux catégories de normes.

259. Toutefois, l'absence de critère et de méthode claire permettant de résoudre les conflits de droits laisse en suspens le risque d'un droit formellement complet, mais substantiellement incohérent. Ainsi, le théorème de Gödel, qui démontre qu'un système formalisé complexe ne peut être à la fois complet et cohérent, plane, telle une épée de Damoclès, sur la science juridique moderne. Outre les atteintes à la sécurité juridique qu'une telle situation peut recéler, il nous semble que la conflictualité des droits est un élément dynamique du système des droits de l'homme permettant son actualisation et son adaptation aux problèmes sociaux contemporains. À ce titre, on remarque que l'adaptabilité du droit international de la bioéthique, capable d'actualiser sa structure et les relations entre ces éléments normatifs en fonction du contexte au sein duquel il s'applique, s'opère par la dialectique des invariants de changement, la procédure, et de stabilité, la substance.

260. Ainsi, à la multiplication des droits, à l'hétérogénéité de leur contenu, à la multitude des titulaires de droits, qui sont déjà des facteurs d'entropie, s'ajoute leur conflictualité. Ces éléments, qui perturbent la cohérence du système des droits de l'homme en matière de bioéthique, invitent à le traiter, comme un système dynamique dont le développement n'est pas linéaire. Des outils méthodologiques et épistémologiques sont d'ores et déjà disponibles au sein d'un ensemble de théories sur les systèmes complexes en sciences fondamentales. Ce constat nous invite à reconsidérer les relations entre les normes et les systèmes juridiques spécialisés.

CONCLUSION TITRE 1 :

261. L'analyse du droit international de la bioéthique, corpus récent et en construction, met à jour la conception normative de l'homme que l'on trouve au fondement du système juridique des droits de l'homme. Les instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la bioéthique sont élaborés dans le respect du pluralisme philosophique et de la diversité culturelle. Ils intègrent des perspectives philosophiques différentes et se situent au carrefour de plusieurs ordres normatifs tels que la science, l'économie, la morale ou l'éthique, et le droit. De plus, les activités liées aux biotechnologies consistent en des pratiques transnationales menées par des acteurs publics comme privés. La régulation de ces pratiques dans le respect des droits de l'homme implique de mobiliser des systèmes juridiques, nationaux et internationaux, et des dispositifs juridiques ou extrajuridiques différents qui peuvent se concurrencer. Dans ce contexte, le champ conceptuel ouvert est complexe et favorise les phénomènes d'internormativité externe, c'est-à-dire des échanges et des influences mutuelles entre des ordres normatifs et des systèmes juridiques différents.

262. La consécration de principes éthiques, de valeurs morales et de droits très divers, au sein des Déclarations de l'UNESCO, de la Convention d'Oviedo et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, rend compte du contenu hétérogène du système des droits de l'homme. En outre, l'indivisibilité des droits, l'interdépendance ou la complémentarité des principes éthiques, et le caractère « *vivant et dynamique* » des principes d'interprétation promus par les instruments de protection des droits de l'homme encouragent le développement de phénomènes d'internormativité interne entre les principes et les droits garantis. Les champs d'application des droits et des principes consacrés dans ces instruments se chevauchent et leurs effectivités, parfois, se concurrencent. La complémentarité et l'indivisibilité interviennent, sur un mode dialectique et dans une perspective pragmatique et contextualisée, par des limitations réciproques entre les droits et principes garantis. Celles-ci supposent que de multiples variations affectent, en fonction des circonstances du contexte, les relations et les agencements entre les éléments normatifs du système des droits de l'homme. Ces phénomènes démontrent une relative capacité d'autoorganisation du système des droits de l'homme et sont particulièrement visibles dans le contexte de la bioéthique qui soulève des incertitudes morales vis-à-vis des conséquences des décisions et des actions publiques et privées quant à l'utilisation des biotechnologies.

263. L'approche du système des droits de l'homme par les instruments qui le consacrent dans le contexte de la bioéthique met à jour l'équilibre instable sur lequel reposent ses fondements philosophiques et donne à voir un système marqué par une contradiction constitutive. Ce dernier intègre des perspectives éthiques contradictoires, l'une objectiviste ou substantialiste qui se fonde sur une conception ontologique de l'être humain et sur le principe absolu de respect de la dignité humaine, l'autre relativiste ou procédurale qui se fonde sur l'autonomie de la personne et véhicule une conception éthique et subjectiviste de l'homme. L'éthique substantialiste considère que le respect de la dignité humaine est un invariant et un impératif catégorique qui justifie de restreindre la liberté personnelle sur la base de critères moraux et de protéger l'être humain avant sa naissance et le corps humain. À l'inverse, l'éthique procédurale considère l'autonomie de la volonté à la fois comme le fondement et comme la limite de la protection accordée à la personne humaine, cette protection fluctue en fonction du degré de conscience et d'autonomie du sujet. Ces concepts indéfinis dans les instruments de protection des droits de l'homme, reposent sur des logiques contraires et peuvent être invoqués au soutien de prérogatives juridiques contradictoires. Ensemble, autonomie et dignité constituent une unité dialectique qui structure l'axiologie du système des droits de l'homme et emporte d'importantes conséquences au regard de son interprétation et de son application effective. En effet, les agencements et les relations entre les droits et les principes garantis au sein de ce système sont susceptibles de varier au point de se contredire en fonction de la perspective éthique qu'adoptera l'interprète. Cette structure axiologique dialectique trouve son prolongement dans les différentes logiques interprétatives pouvant être mobilisées : logique objective ou logique subjective, logique individuelle ou logique collective, logique substantielle ou logique procédurale. Elle conduit à l'émergence de relations conflictuelles entre les droits de l'homme. Cette structure fondée sur la dialectique de l'être digne et de l'agir autonome met en scène un principe conservateur et un principe transformateur de l'Homme. Ceux-ci, nous le verrons, organisent également une conception du pouvoir qui dissocie l'autorité et la puissance. Le principe conservateur au fondement du système des droits de l'Homme fonde la substance des normes, c'est-à-dire que les principes éthiques légitiment et guident l'action dans la durée. À cette fonction stabilisatrice et irénique, répond une fonction polémogène et évolutive qui permet d'adapter le système aux transformations sociales et à l'accélération sociale. Cette fonction transformatrice s'exprime dans le concept proactif d'autonomie et de puissance, qui fonde la procéduralité et la capacité du système des droits de l'Homme à transformer les contextes sociaux et adapter sa structure normative à leur contact.

264. Les conflits de droits consistent en des conflits de prérogatives juridiques validement fondées sur des normes de même qualité. L'émergence de tels conflits suscite le développement d'une polysystème simultanée vis-à-vis de l'interprétation du système des droits de l'homme. Ils peuvent également être envisagés du point de vue de l'effectivité, comme des conflits entre les règles substantielles qui consacrent et légitiment les droits et les garanties procédurales qui en assurent la mise en œuvre efficace. Ainsi, ces conflits de prérogatives juridiques, fondées tantôt sur la violation d'un droit subjectif, tantôt sur le respect du droit objectif ou la garantie d'un droit collectif, consistent en des contradictions entre les différentes modalités de protection des différents droits ou entre les différentes dimensions de cette protection. La formulation d'exceptions procédurales, notamment par l'emploi de l'expression « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* », dans les dispositions qui consacrent un droit et une norme substantielle favorise l'émergence de conflits de droits et de méthodes dialectiques d'interprétation et de résolution de ces derniers.

265. Toutefois, comme nous le verrons, ces méthodes de résolution des conflits de droits fondamentaux se révèlent être des constructions prétoriennes inachevées qui demeurent peu claires et reposent sur des critères d'appréciation malléables et incertains. Si la conflictualité entre les droits apparaît comme une force dynamique interne du système des droits de l'homme, susceptible d'assurer son actualisation et son adaptation aux contingences et aux problématiques sociétales, les phénomènes d'internormativité externes sont également susceptibles d'influencer le fonctionnement de ce système. Ainsi, ces phénomènes constituent des facteurs entropiques qui impliquent une certaine imprévisibilité tant de l'interprétation que de l'application du système des droits de l'homme. Le système des droits de l'homme, par le recours à l'éthique et la souplesse de ces principes, gagne en plasticité et en capacité d'adaptation aux contingences de la réalité sociale. À ce titre, il intègre une relative incertitude dans ces modalités de fonctionnement et les processus évolutifs qui interviennent en son sein s'avèrent non-linéaires. Dès lors, il apparaît nécessaire de prendre acte de ces transformations dans la perspective de l'épistémologie juridique et d'intégrer les concepts issus des théories constructivistes et dialectiques relatives aux systèmes complexes et aux systèmes dynamiques non-linéaires.

TITRE 2 : LES CONFLITS DE NORMES ET LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES INTERNATIONAUX : LES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

266. Le droit international de la bioéthique repose sur une structure axiologique dialectique et consacre des valeurs et des intérêts contradictoires. Il vise à encadrer et guider les comportements des acteurs publics et privés vis-à-vis des biotechnologies en vue d'assumer la responsabilité collective envers la vie en général et la vie humaine en particulier. Toutefois, les pratiques liées à l'utilisation des biotechnologies affectent de vastes domaines d'activités très divers. La recherche scientifique et la production des biotechnologies sont l'œuvre des chercheurs, mais aussi celles des promoteurs pour qui celles-ci constituent des enjeux économiques, industriels et commerciaux d'une importance colossale. En outre, si l'utilisateur final des biotechnologies est l'Homme, en vue d'améliorer sa santé, son environnement ou ses conditions de travail, de nombreux acteurs institutionnels et de nombreuses personnes morales de droit privé interviennent dans la production et la diffusion des applications techniques issues des sciences de la vie. Ainsi, les pratiques liées aux biotechnologies sont transnationales et présentent des aspects non seulement éthiques et scientifiques, mais constituent également des enjeux sociaux et économiques majeurs.

267. La régulation de telles pratiques suppose dès lors la mobilisation d'une multitude de dispositifs juridiques et parajuridiques et la coopération de nombreux acteurs institutionnels et privés, aux échelles locales, nationales et internationales. En outre, la protection des droits de l'homme vis-à-vis de ces pratiques présente une dimension transversale et les normes du droit international de la bioéthique et du système juridique des droits de l'Homme ont une vocation universelle. Dès lors, l'effectivité de cette protection est susceptible d'affecter l'interprétation et l'application d'autres normes du droit international qui encadrent certains aspects sectoriels des pratiques liées aux biotechnologies et régulent les comportements de ces acteurs en fonction d'objectif et de logiques différents et spécifiques. Quelles relations les normes du droit international de la bioéthique et le système juridique des droits de l'homme entretiennent-ils avec les autres

normes et systèmes juridiques spécialisés du droit international ? De quelle manière les fondements éthiques dialectiques et les objectifs contradictoires du droit international de la bioéthique s'articulent-ils avec les objectifs et les fondements éthiques différents d'autres systèmes juridiques ? Dans certaines circonstances, les objectifs poursuivis par les normes du droit international de la bioéthique sont-ils susceptibles de contredire les objectifs poursuivis par d'autres normes du droit international ou d'autres systèmes juridiques spécialisés ? Dans ce contexte, comment apprécier les conflits susceptibles de naître entre ces normes ou ces ensembles de normes et entre les systèmes institutionnels qui les rendent effectives ? En d'autres termes, comment apprécier le développement et les conséquences des contradictions normatives externes que le droit international de la bioéthique entretient avec d'autres systèmes juridiques spécialisés ?

268. La problématique des conflits de normes en droit international public n'est pas nouvelle. La multiplication des relations juridiques entre ces sujets, dans de nombreux domaines qui recouvrent leur activité normative, induit nécessairement une entropie latente, un risque accru de survenance de conflits entre les règles qu'ils produisent afin d'assurer leur coexistence ou la poursuite de politiques communes. L'exemple du conflit entre deux traités d'assistance mutuelle, indépendants l'un de l'autre et signés par un même État, avec deux partenaires distincts qui se livrent ultérieurement une guerre est désormais classique. Néanmoins, de nombreux facteurs sont aujourd'hui responsables d'une augmentation et d'une intensification des risques de conflits entre les normes du droit international. Parmi les plus importants on trouve l'apparition des nouveaux sujets de droit international que sont les organisations internationales et qui ont vocation à coordonner et organiser les actions communes des États, mais aussi l'apparition de nouveaux acteurs, vis-à-vis desquels la compétence du droit international est limitée, et qui sécrètent un droit privé et a-national⁷⁴⁶ ou encore des standards normatifs d'application globale. Le développement des interdépendances globales entre les différents acteurs et sujets de la société internationale, l'établissement et l'internationalisation de relations juridiques entre les sujets du droit international et les acteurs privés de la société internationale, la multiplication et la diversification des champs d'activité où la régulation des

⁷⁴⁶ À propos de la fonction normative des acteurs non-étatiques : cf. BEAUD (M.), *Mondialisation : les mots et les choses*, Karthala éditions, 1999, Paris, pp.284 et s. (358p.) ; BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Virginie Mesguich éditions, Montréal, 2008, pp.796 et s. (934p.) ; DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998, p.81 et s. ; MORAND (C.A.), « La contractualisation du droit dans l'État providence », in CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.) s.d., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, pp.142-143 ; ROCHER (G.), « Les "Phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », in BELLEY (J.G.) s.d., *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, pp.24-28 ; Sur la question spécifique des standards et normes techniques : TRUDEL (P.), « Les effets juridiques de l'autorégulation », *RDUS* n° 19, 1988, pp.268 et s. ; MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », *Les cahiers du droit* n° 43, 2002, pp.190 et s.

interdépendances par des normes juridiques internationales gagne en importance, sont également des facteurs responsables de l'accroissement de l'entropie du système juridique international⁷⁴⁷. Enfin, le système juridicopolitique international ne dispose, ni d'un législateur centralisé ni d'un exécutif apte à rationaliser et réguler les relations entre les normes du système.

269. Si l'on considère le droit international comme un système, force est de constater que le nombre de ses éléments se maximise depuis un demi-siècle. Plus encore, ses éléments se diversifient. Leurs contenus sont toujours plus hétérogènes. De même, la normativité juridique se trouve affectée par cette diversification, car elle touche non seulement aux contenus des normes, mais aussi à leur forme. La logique binaire consistant à considérer qu'une norme est ou n'est pas juridique simplement en fonction de sa capacité à contraindre absolument ses destinataires n'est plus tenable pour quiconque tente d'appréhender le droit international comme un tout à la fois complet et cohérent. La normativité juridique ne peut se réduire à « *ce un ou ce zéro* » ; au contraire, elle semble aujourd'hui devoir être relativisée, au moins dans le cadre du droit international⁷⁴⁸. Il semble plutôt que la normativité juridique du droit international fonctionne par degré, eu égard notamment à la diversification des techniques de mise en œuvre, de sanction, de vérification et de contrôle dont sont assorties les normes juridiques. Certains, défenseurs d'une conception pluraliste et constructiviste du droit, pensent assister à une diversification des sources formelles des normes juridiques. Plus précisément, ils considèrent que les normes du droit international sont hétérogènes également dans la forme qu'elles adoptent, et que la variation des formes que prennent les normes du droit international correspond à une gradation de la normativité juridique⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Sur la question des interdépendances dans la mondialisation et l'impact de celle-ci sur le droit : voy. not. MORAND (C.A.) s.d., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 477p. ; CHEMILLER-GENDREAU (M.) et MOULIER-BOUTANG (Y.), *Le droit dans la mondialisation. Une perspective critique*, PUF, Paris, 2001, 216p.

⁷⁴⁸ Sur le concept de normativité relative : Cf. WEIL (P.), *Vers une normativité relative en droit international ?*, RCADI, tome 237, 1992-IV, Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, (370p.)

⁷⁴⁹ À propos du cours de Prosper Weil, *Vers une normativité relative en droit international ?*, RCADI, tome 237, 1992-IV, Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, (370p.) : DECAUX (E.), « Prosper Weil : Le droit international en quête de son identité », *Politique étrangère*, vol.61 n° 2, 1996, pp.429-431. « Tous les chemins ramènent à l'État, au subjectivisme de la volonté et à la vérité du moment, au relativisme de toute affirmation. Il n'y a pas de légitimité sacralisée ni même de légalité objective, seulement des légalités en devenir, qui se croisent comme la garde montante et la garde descendante, des sincérités successives, à la frontière mouvante du droit et du non-droit » ; « Cette tendance à la décentralisation dans la production et l'application du droit s'inscrit dans un modèle théorique différent de celui préconisé (...) par le positivisme (...). Au lieu d'un ordre hiérarchique, il faudrait plutôt appréhender le phénomène du droit à partir de l'image du réseau sans que disparaisse toutefois le modèle pyramidal (...). Cette coexistence de la pyramide et du réseau correspond, dans l'univers de la politique juridique, au passage de la réglementation à la régulation, de la gouvernance au lieu du gouvernement. Nous sommes dès lors confrontés, pour mieux et plus de coordination sociale, à des processus normatifs qui font intervenir directement des acteurs concernés et ces derniers ne relèvent pas obligatoirement de l'institution publique étatique ». Voy. Ég. OST (F.) et

270. Cette complexification du droit international ne doit pas être appréhendée comme un dysfonctionnement systémique que la rationalisation devrait permettre de corriger. Au contraire, cette complexification et l'émergence des conflits potentiels ou réels entre les normes juridiques internationales, sont les signes d'une évolution systémique, d'un saut qualitatif de l'état du système juridique international. En effet, la multiplication, l'hétérogénéisation des éléments et la maximisation de leurs interactions peuvent être analysées comme le signe d'un développement considérable et d'une évolution remarquable du droit international. En outre, la maximisation et la variation des interactions entre les normes sont des facteurs de production de phénomènes d'émergence⁷⁵⁰. Par delà les situations de conflits entre les normes, se pose la question de la cohérence du système juridique international, comprise comme l'absence de contradiction entre ses éléments. Ainsi, derrière les conflits de normes et l'ordre des priorités à établir dans leurs articulations surgit la question des conflits entre les valeurs et les objectifs sous-tendus par les normes du droit international public et amène à s'interroger sur les relations entre validité formelle et validité axiologique qui sont les paramètres de contrôles classiques des systèmes juridiques⁷⁵¹.

271. Enfin, l'approche des conflits de normes sous l'angle des conflits de valeurs met en lumière les contradictions logiques et les conflits de rationalité pouvant affecter les relations entre les systèmes juridiques spécialisés du droit international. Ces conflits de systèmes ou de régimes juridiques spécialisés opposent non seulement des systèmes de normes dotés d'une cohérence interne, mais sont également animés par des jeux de pouvoir entre les institutions qui ont la charge de leur application. L'interprétation des normes du droit international public s'apparente alors à un champ ouvert où se confrontent différents acteurs, institutionnels et non institutionnels, afin de réaliser leurs objectifs propres.

VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, pp.308 et s. ; SUPLOT (A.), « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* n° 46, 2001, pp.26 et s.

⁷⁵⁰ L'émergence est un terme issu de la théorie des systèmes dynamiques non-linéaire. Ce concept décrit le phénomène qui consiste pour un système dynamique à acquérir de nouvelles propriétés sans que ses éléments intrinsèques n'aient été modifiés, seules les relations entre ses éléments ont changé. cf. SÈVE (L.) et GUESPIN-MICHEL (J.), *Émergence, complexité et dialectique*, Odile Jacob, Paris, 2005, pp.55 et s. ; GUESPIN-MICHEL (J.) et RIPOLL (C.), « Systèmes dynamiques non linéaires, une approche de la complexité et de l'émergence », in SÈVE (L.) et GUESPIN-MICHEL (J.), *Émergence, complexité et dialectique*, op. cit., pp.16-48 ; Pour une approche en droit international public : ZAPATERO (P.), « Moderne International Law and the Advent of Special Legal System », *Arizona Journal of International and Comparative Law* vol.23 n°1, 2005, pp.55 et s. ; KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.*, vol.24, n°1, 2006, p.77 et s. ; KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.695 et s.

⁷⁵¹ Les analyses relatives à la validité empirique seront traitées sous l'angle du concept d'effectivité dans les chapitres 7 et 8 relatifs à la résolution des contradictions normatives en droit international.

CHAPITRE 3 : LA BIOÉTHIQUE : UNE DISCIPLINE PROMOTRICE D'UNE APPROCHE SUBSTANTIALISTE DES CONFLITS DE NORMES JURIDIQUES

272. Tout comme pour les conflits de droits, les conflits de normes en droit international public constituent un continent quasiment ignoré de l'exploration doctrinale. La doctrine juridique contemporaine, comme le travail de codification, se consacre avant tout à l'étude de la fragmentation du droit international en tentant d'en fonder l'unité. L'attitude doctrinale vis-à-vis de la fragmentation est d'ailleurs ambiguë tant elle oscille entre inquiétude et enthousiasme⁷⁵². C'est le développement spectaculaire du droit international, tant du point de vue quantitatif que qualitatif, sur le dernier demi-siècle qui invite aujourd'hui une partie des auteurs à traiter de la problématique spécifique des conflits entre les normes juridiques internationales⁷⁵³. Il s'agira alors de dresser le portrait d'une théorie des conflits de normes en construction. Toutefois, la conception des conflits de normes véhiculée par cette doctrine clairsemée se cantonne à une approche formaliste de la définition des conflits.

273. À contre-courant de cette approche classique, le droit international de la bioéthique épouse une position privilégiée pour apprécier la problématique générale des conflits de normes en droit international public et les interrogations relatives à la complétude formelle et la cohérence axiologique des systèmes juridiques. Ancré dans le système des droits de l'homme, mais situé au carrefour de plusieurs branches du droit international, le droit international de la bioéthique opère entre eux telle une interface permettant de relier des espaces normatifs différents et parfois concurrents. Enfin, ciblé sur les questions éthiques, le droit international de la bioéthique offre également un éclairage substantialiste sur les conflits de normes en droit international public et permet de mettre l'accent sur l'appréciation des conflits de valeurs sous-jacents. Une telle approche permet en outre de rendre compte du caractère strictement formaliste des définitions

⁷⁵² MARTINEAU (A.-C.), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Communication réalisée lors de la Conférence biennale de la Société européenne de droit international, Paris, 18-20 mai 2006, International law : Do we need it ?, article disponible sur le site du SEDI : http://www.esil-sedi.eu/english/paris_agora_papers.html ; ROUSSEAU (C.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, pp. 132-192

⁷⁵³ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, New-York, 2003, 522p. ; SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, 273p. ; BORGES (C.) ; « Resolving Treaty conflicts », *George Washington International Law Review* ; vol.37, 2005, pp.573 et s.

contemporaines du concept de conflit de normes. L'approche de ceux-ci par la substance met en lumière une tout autre conception de la conflictualité et des moyens d'y faire face. La combinaison de ces deux approches dans un mouvement dialectique est, semble-t-il, à même de développer une conception des conflits de normes susceptible d'englober la totalité de leurs dimensions.

Section 1 : Cadre conceptuel des conflits de normes en droit international public

274. La problématique des conflits de normes en droit international public s'avère, au fil du développement de cet ordre juridique, incontournable. Plusieurs facteurs sont responsables de l'apparition de conflit entre les normes. Néanmoins, plus que l'accroissement des occurrences de situations de conflits, c'est la fonction que les conflits de normes remplissent et les effets qu'ils produisent dans l'ordre juridique international qui en dénotent l'importance capitale.

275. Pour étudier les conflits de normes, il faut retenir une approche holistique du droit international public qui tend à le considérer comme un tout, un système autonome, composé d'éléments entretenant entre eux des relations. Le droit international conçu comme un système se compose d'une importante quantité d'éléments hétérogènes. En effet, les normes du droit international public sont diverses, tant dans leurs contenus que dans leurs formes, et traitent de comportements et d'actes juridiques tout aussi divers. Elles prennent naissance par la volonté des États, sujets primaires du droit international, qui choisissent de les consacrer dans des instruments pouvant revêtir des formes différentes et produire des effets variés. Le droit international s'inscrit dans un processus de relativisation de la normativité juridique depuis l'avènement de formes juridiques dites « *recommandatoires* », incitatives ou facultatives. Les éléments du droit international varient dans leur degré de contrainte et dans les formes que celle-ci peut prendre.

276. Le droit international a également évolué dans son contenu. Il touche aujourd'hui un nombre conséquent de domaines d'activité qui relèvent de la compétence normative des États. Il ne s'attache plus simplement à garantir la coexistence pacifique des États, mais également à développer leur coopération dans des domaines d'intérêts communs. Il tend même, depuis plusieurs décennies, à développer des formes d'intégrations économiques telles que les Unions douanières ou les zones de libre-échange, l'Union européenne faisant figure d'exemple le plus développé et complexe en la matière.

L'OMC, dans une moindre mesure peut être marquée par cette même tendance à créer un marché mondial intégré, mais elle se heurte à des difficultés et des réticences bien plus importantes que celles rencontrées à l'échelon régional.

§1. Les normes du droit international et leurs interactions

277. Le droit international conçu comme un système se présente comme un ensemble cohérent d'éléments, les normes juridiques, qui entretiennent des relations diverses. Compte tenu de l'absence de hiérarchie des sources formelles et d'un législateur centralisé, concevoir les relations entre les normes de l'ordre juridique international nécessite d'interroger les fonctions que celles-ci remplissent.

A. Problème préliminaire : l'absence de hiérarchie des sources formelles des normes en droit international et l'absence de législateur centralisé

278. Les normes du droit international public ne doivent pas être confondues avec leurs sources formelles. En effet, la source formelle est l'*instrumentum* dans lequel la norme est énoncée et par lequel elle prend naissance. Tandis que la norme elle-même consiste en la signification de cet énoncé⁷⁵⁴, son contenu, « *la substance d'une règle élaborée selon les exigences "procédurales" de telle ou telle source formelle* »⁷⁵⁵. Ainsi les normes peuvent être formulées dans des formes linguistiques variées.⁷⁵⁶ Une norme juridique a toujours une dimension prescriptive dans le sens où elle ne fait pas référence à un fait ou un état de choses, mais au devoir-être qui marque la signification d'un acte de volonté.

279. L'identification des sources du droit international est un problème ouvert. L'article 38§1 (d) du Statut de la Cour Internationale de Justice retient une liste des sources de droit applicable devant la Cour parmi lesquelles on retrouve les traités, la coutume internationale et les principes généraux du droit. Une partie de la doctrine internationale s'accorde à penser que cette liste n'est pas exhaustive et conserve un caractère

⁷⁵⁴ HUISMAN (D.) s.d., *Dictionnaire des philosophes*, 2^e édition revue et augmentée, Paris, PUF, 1993, voy. H. Kelsen 1881-1873. (disponible en ligne sur le site <http://www.puf.com>)

⁷⁵⁵ DAILLIER (P.) FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^e édition, Paris, 2009, p.126

⁷⁵⁶ Une norme peut être formulée par l'impératif, le subjonctif, l'indicatif présent ou futur. cf. *in Id.*

dynamique⁷⁵⁷. Deux types d'arguments sont mobilisés à ce titre. Le premier consiste à considérer que l'article 38 du statut de la CIJ n'est qu'une disposition conventionnelle qui, d'une part, concerne exclusivement la compétence de la Cour, et qui, d'autre part, peut éventuellement être révisée avec le temps. Le second argument consiste à apprécier cette liste au regard de l'esprit général du texte de l'article 38 qui attribue à la Cour la « mission... de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis »⁷⁵⁸, ce dernier étant naturellement amené à évoluer.

280. Par ailleurs, l'article 38 n'opère pas de classification hiérarchique entre les sources formelles, et, en l'absence d'un législateur centralisé, il n'y a pas de hiérarchie des sources du droit international. L'ordonnancement des sources dans l'article 38§1 (d) semble plutôt correspondre à la séquence logique selon laquelle les sources formelles apparaîtraient dans l'esprit d'un juge qui aurait à trancher un différend entre États⁷⁵⁹. Toutefois, il faut préciser qu'un tel séquençage logique entre les sources correspond à un référentiel où les relations interétatiques sont conçues selon un modèle contractuel bilatéral et où les différends juridiques concernent un nombre restreint de parties. En effet, si une telle séquence pouvait certainement correspondre à une modélisation de la logique d'un juge au moment de l'adoption du Statut de la CIJ, rien ne prouve qu'il en irait de même aujourd'hui, dans le contexte d'un droit international complexe.

281. Aucune règle du droit international ne détermine *a priori* de relations de priorité entre les sources formelles, notamment entre les traités et la coutume. Il faut cependant remarquer que les principes généraux du droit sont généralement utilisés à un titre supplétif, en l'absence d'autres sources pertinentes et qu'ils occupent, dès lors, une place secondaire vis-à-vis des traités et de la coutume. Le caractère ouvert de l'identification des sources formelles du droit international et l'absence de hiérarchie entre celles-ci laissent l'observateur indécis vis-à-vis de la question de la complétude systémique du droit international, c'est-à-dire vis-à-vis des critères objectifs permettant d'évaluer la validité formelle des normes du système⁷⁶⁰. Il semble, au contraire, que l'aspect formel de la validité des normes du droit international ne soit évaluée, ou évaluable, que sous l'angle du critère éminemment subjectif : celui de la volonté des États.

⁷⁵⁷ Voy. FITZMAURICE (G.), « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl*, The Hague, Nijhoff, 1958, pp.153-160 ; PARRY (C.), *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, Manchester, 1965, p.15 ; BOS (M.), « The Recognized Manifestation of International Law », *GYIL* n°20, 1977, pp.9-18 ; ABI-SAAB (G.), « Les Sources du Droit International : Essai de Déconstruction », in *Le Droit International dans un Monde en Mutation, Mélanges E. J. De Arechaga*, Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp.29-36

⁷⁵⁸ Article 38 alinéa 1 du Statut de la Cour Internationale de Justice

⁷⁵⁹ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.95

⁷⁶⁰ *Id.*, p.90

B. Les normes du droit international et leurs propriétés

282. Les normes du droit international varient tant dans leurs contenus que dans leurs formes, elles varient également au regard du degré de normativité qui leur est associé. À ce titre, la relativisation du concept de normativité dans la pensée juridique est une conséquence du développement et de la diversification des formes juridiques en droit international⁷⁶¹. Cette appréciation nouvelle de la normativité juridique rend compte de la plasticité du système juridique international et des incertitudes en rapport avec son application évolutive.

1. Typologie fonctionnaliste des normes du droit international

283. Joost Pauwelyn propose une classification fonctionnaliste des normes juridiques du droit international d'inspiration kelsenienne⁷⁶². Cette classification est majoritairement adoptée par la doctrine internationaliste. Il distingue six grands archétypes normatifs par rapport aux six fonctions que peuvent remplir les normes juridiques dans l'ordre international. On peut subdiviser cette classification entre les normes qui concernent le comportement des États et celles qui concernent la structure institutionnelle et la régulation des relations entre les normes du droit international. Parmi les premières on trouve : i) les normes prescriptives, qui imposent aux États une obligation de faire quelque chose ; ii) les normes prohibitives qui imposent une obligation de ne pas faire quelque chose ; iii) les normes « *exemptoires* » qui accordent le droit à un État de ne pas faire quelque chose ; iv) les normes permissives qui offrent à un État le droit de faire quelque chose. Parmi les secondes on peut ranger : v) les normes qui reconnaissent une capacité juridique internationale à un organe, une institution ou une personne et vi) les normes qui régulent les interactions entre normes juridiques. Comme le rappelle cet auteur, les différents types de normes entretiennent des relations logiques⁷⁶³.

284. Les types de normes i) et ii) sont donc liés par une relation logique d'implication aux types iii) et iv). Toutefois, deux précisions doivent être apportées. D'une part, il faut distinguer les normes de types i) et ii) que l'on peut qualifier de « *mandatory norms* »⁷⁶⁴ dans la mesure où elles imposent à leurs destinataires une obligation de faire ou de ne pas faire X, des types de normes iii) et iv) que l'on peut

⁷⁶¹ WEIL (P.), *Vers une normativité relative en droit international ?*, op. cit., p.7

⁷⁶² PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., pp.90 et s.

⁷⁶³ *Id.*, p. 159

⁷⁶⁴ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2003, p.5 : « A 'mandatory' norm is one that imposes an obligation on the addressee of the norm, that is, an obligation to do something or not to do something ».

qualifier de « *permissive norms* »⁷⁶⁵ dans la mesure où elles accordent à leur destinataire la faculté de faire X. D'autre part, il faut préciser que les normes dites permissives comportent deux aspects, l'un positif et l'autre négatif. L'aspect positif consiste en l'utilisation de la faculté accordée, tandis que l'aspect négatif consiste en la faculté de s'abstenir⁷⁶⁶.

2. La normativité relative des normes juridiques internationales

285. S'il n'existe pas de hiérarchie des sources formelles du droit international, il n'en va pas de même pour ses normes. En effet, si la validité formelle ne fonctionne pas, en droit international, suivant le modèle classique de la pyramide, il semble que la validité axiologique comme la validité empirique des normes puissent découler d'une certaine hiérarchie. La validité des traités peut dépendre tant de leur objet⁷⁶⁷, c'est-à-dire de la substance des normes dont ils sont porteurs, que de l'efficacité des normes qui réglementent leur mise en œuvre et sanctionnent leur violation.

a. La consécration du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*

286. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et les travaux de la CDI supportent cette même tendance à reconnaître un ordre public international⁷⁶⁸ *a minima*. Les articles 53⁷⁶⁹ et 64⁷⁷⁰ de la Convention de Vienne comme le projet d'article de la CDI sur *la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*⁷⁷¹ semblent œuvrer pour la reconnaissance d'un *droit objectif* dans l'ordre juridique international. La

⁷⁶⁵ Id. « A "permissive" norm is one that gives the addressee of the norm the freedom to do or not to do something. In other word, a permissive norm states that a given act is neither obligatory nor prohibited ».

⁷⁶⁶ Id. p.8

⁷⁶⁷ VERDROSS (A.), « Forbidden Treaties in International Law », *AJIL*, 1937, pp.571-577

⁷⁶⁸ ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », in *Mélanges Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp.445-464 (441-462)

⁷⁶⁹ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

⁷⁷⁰ L'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

⁷⁷¹ CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Rapport adopté par la Commission à sa 53e session, 2001, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol.II (2)

Convention de Vienne notamment, épaulée par certains avis⁷⁷² et arrêts⁷⁷³ de la CIJ, a permis l'apparition de la notion de *jus cogens*⁷⁷⁴, droit impératif⁷⁷⁵, indisponible et insusceptible de dérogation par voie conventionnelle. Ainsi, il existerait deux catégories de normes internationales, des normes disponibles, soumises à la volonté des États, et des normes impératives s'imposant indistinctement à tous sans possibilité de s'y soustraire. Le critère de distinction entre celles-ci découle d'une appréciation de leur contenu intrinsèque.

287. La Cour Internationale de Justice, dans son arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970, précise qu'« *une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique* »⁷⁷⁶. La cour reconnaît ainsi qu'il existe deux régimes différents applicables aux normes du droit international public en fonction de « *leur nature même* » et de leur contenu. En effet, « *vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* »⁷⁷⁷. Certaines normes contiennent donc des « *obligations erga omnes* » qui « *concernent tous les États* ». En d'autres termes, certaines normes contiennent des obligations et protègent des valeurs d'une telle importance pour l'ordre juridique et la communauté internationale qu'elles ne sont pas susceptibles de dérogations. Les normes du *jus cogens* assurent la cohérence axiologique du droit international en établissant des liens entre le droit, la justice et la moralité internationale. La détermination de telles normes reste cependant difficile et incertaine⁷⁷⁸.

288. Une partie de la doctrine internationaliste contemporaine tend à légitimer une autre approche de la hiérarchie des normes en droit international public. En effet, pour certains auteurs, les normes qui consacrent et protègent un intérêt commun des États se voient reconnaître une légitimité axiologique supérieure aux normes simplement issues de la volonté des États et qui protègent leurs intérêts particuliers. De telles normes se verraient

⁷⁷² CIJ, Avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 1996, Rec. p.266, §79 ; la jurisprudence récente laisse entrevoir une distinction entre les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* : CIJ, avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les Territoires palestiniens occupés*, 2004, Rec., p.200, §159

⁷⁷³ CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002), compétence et recevabilité, Rec. 2006, p.27, §65 ; CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Belgique c. Espagne, deuxième phase, Rec.1970, p.32, §34 ;

⁷⁷⁴ NISOT (J.), « Le concept de *jus cogens* envisagé par rapport au droit international », *RBDI* 1968, p.1-7 ; « Le *jus cogens* et la convention de Vienne », *RGDIP* 1972, pp.692-697

⁷⁷⁵ VERDROSS (A.), « *Jus dispositivum and jus cogens in International Law* », *AJIL* 1966, p.55-185

⁷⁷⁶ CIJ, Aff. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, §33, Rec.1970, pp.32

⁷⁷⁷ *Id.*

⁷⁷⁸ VIRALLY (M.), « Réflexion sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.*, 1966, p.5

reconnaître un fondement objectif plutôt qu'intersubjectif. Pour certains⁷⁷⁹, cette pseudo hiérarchie résulterait d'une hiérarchie des intérêts que les normes entendent protéger au sommet de laquelle trôneraient les « *intérêts vitaux de l'humanité* »⁷⁸⁰. Pour d'autres, l'effet *erga omnes* de telles normes résulterait du fait qu'elles tendent à protéger les intérêts et valeurs communs et fondamentaux de la communauté internationale⁷⁸¹.

289. Les institutions internationales, sensibles à l'accroissement de pouvoir dont elles pourraient bénéficier si une telle approche était mise en pratique, ont prêté le flanc à de telles interprétations. La Cour, par exemple, dans son Avis du 28 mai 1951 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* évalue en ces termes la nature juridique de la convention : « *La convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêt propre ; ils ont seulement tous, et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme* »⁷⁸². La CDI dans ses projets d'articles de 1996⁷⁸³ et 2001⁷⁸⁴ sur la responsabilité internationale des États a tenté d'établir une gradation qualitative entre les violations des obligations internationales en proposant successivement l'introduction des notions de « *crime d'État* »⁷⁸⁵ ou de « *fait internationalement illicite*

⁷⁷⁹ C'est notamment le cas d'une grande partie de la doctrine environnementaliste du droit international. cf. MAZAUDOU (O.), *Droit international public et droit international de l'environnement*, préface Monique Chemillier-Gendreau, Presses Universitaires de Limoges, 2008, pp.97 et s.

⁷⁸⁰ OTANI (Y.), « Un essai sur le caractère juridique des normes internationales, notamment dans le domaine du droit humanitaire et du droit de l'environnement terrestre », in PRIEUR (M.) et LAMBRECHTS (C.), *Les hommes et l'environnement, Mélange en l'honneur d'A. Kiss*, éd. Frison Roche, 1998, (683p.), pp.45-54

⁷⁸¹ Jost Delbrück utilise le concept de « *public interest norm* » à propos desquelles il considère que : « *The erga omnes effect of particular norms is based on the special character of such norms ; they articulate basic interest and needs as well as fundamental values of the international community as a whole* ». DELBRÜCK (J.), « Law in the Public Interest – Some Observation on the Foundations and Identification of Erga Omnes Norms in International Law », in GÖTZ (V.) et al. s.d., *Liber Amicorum Gunther Jaenicke*, Springer, Berlin, 1998, pp.17-18. cf. PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., pp.101-103

⁷⁸² Avis du 28 mai 1951 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* CIJ, Recueil, 1951, p.23

⁷⁸³ Rapport de la CDI à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48e session, *Annuaire de la Commission du droit international* 1996, vol.II, 2e partie

⁷⁸⁴ CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Rapport adopté par la Commission à sa 53e session, 2001, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol.II (2)

⁷⁸⁵ Le projet de 1996, œuvre de quatre rapporteurs successifs bien que marquée de manière déterminante par l'influence de R. Ago, proposait, une approche pénaliste de la responsabilité internationale des États fondée sur la notion de « *Crime d'État* ». Cependant, les vives critiques de la part des représentants des États avaient empêché l'émergence d'un consensus au sein de la communauté internationale. Voy. Rapport de la CDI à

d'une exceptionnelle gravité » avant de revenir à une conception plus classique de « violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général »⁷⁸⁶.

290. Il faut toutefois nuancer ces propos, car la notion de *jus cogens* reste encore incertaine, tant dans son contenu que vis-à-vis de sa réalité positive. En outre, de nombreux auteurs en critiquent les effets. Prosper Weil⁷⁸⁷, notamment, dénonce deux effets pervers : d'une part, la gradation de la normativité qui résulte de la reconnaissance de normes de *jus cogens* ou de l'emploi de notions telles que celle de crime d'État, et, d'autre part, la dilution horizontale de la normativité inhérente au concept d'obligation *erga omnes*⁷⁸⁸. Ainsi, bien que des référents permettant d'évaluer la validité axiologique des normes de l'ordre juridique international existent, leur identification pose encore de grandes difficultés, eu égard à la structure et la fonction du droit international. De telles faiblesses, sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement, amènent à s'interroger sur le dernier aspect de la validité des normes du droit international : leur validité empirique. Celle-ci s'apprécie vis-à-vis de l'effectivité des normes et occupe une place déterminante dans la structure du droit international et la reconnaissance de ses éléments. En effet, la structure contractuelle du droit international le rend largement dépendant de la pratique des États.

b. La fragmentation du droit international public

291. La gradation, la dilution et la diversification de la normativité juridique internationale s'inscrivent dans un contexte d'expansion et de transformation du droit international amorcé au cours du XXe siècle. Fondés sur une logique subjectiviste, volontariste et contractuelle, les premiers développements du droit international s'opérèrent par la création de normes juridiques, centrées sur une conception bilatérale et synallagmatique des relations interétatiques, donnant naissance à des obligations

l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48e session, *Annuaire de la Commission du droit international* 1996, vol.II, 2e partie V. ég. PELLET (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite suite – et fin », *AFDI* n° 48, 2002, pp.1-23

⁷⁸⁶ Le projet de 2001 abandonne l'approche pénaliste. Celle-ci insusceptible de recueillir un consensus, le Rapporteur James Crawford lui préféra une approche objective tout en reconnaissant le caractère *sui generis* du régime de la responsabilité des États en droit international public. La notion de « crime d'État » est remplacée par la notion de « violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », Cf. CRAWFORD (J.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, 387p.

⁷⁸⁷ WEIL (P.) *Vers une normativité relative en droit international ?*, *op. cit.*, p.229 et s.

⁷⁸⁸ BECKETT (J.A.), « Behind Normative Relativity : Rules and Process as Prerequisite of Law », *EJIL* 2001 n°12, pp.627-650 ; voy. ég. Pour une critique de la pensée de Prosper Weil : FASTENRATH (U.), « Relative Normativity in International Law », *EJIL* 1993 n° 4, pp.305-340 ; TASIOLAS (J.), « In Defence of Relative Normativity : Communitarian Values and The Nicaragua Case », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, n°16, pp.85 et s.

réciroques. La multiplication et la diversification des relations entre les États dans des domaines toujours plus nombreux, spécifiques ou globaux, s'appuyèrent sur l'utilisation de l'instrument conventionnel afin de créer des régimes de régulation juridiques adaptés à leurs attentes⁷⁸⁹. Comme le remarque Pauwelyn, la fragmentation du droit international est due à la nature consensuelle de ce dernier qui mène inévitablement à la création d'autant de régimes conventionnels, composés de différentes constellations d'États, qu'il y a de problèmes à gérer⁷⁹⁰. C'est précisément ces processus, d'expansion par la multiplication des traités et de diversification par la spécialisation des régimes conventionnels⁷⁹¹, qui sont à l'origine des diverses interrogations sur la fragmentation du droit international⁷⁹². Il faut d'ailleurs remarquer, à propos de la doctrine, que celle-ci oscille entre l'anxiété⁷⁹³ et l'enthousiasme sur cette question⁷⁹⁴.

292. Dès le début des années 1980, les institutions internationales s'inquiètent de la prolifération des traités internationaux et de la fragmentation de l'ordre juridique international qui pourraient en résulter. En 1980, le Secrétaire général des Nations Unies fait état de ses inquiétudes : « *[a]s the body of international law created by multilateral treaties increases, greater and greater problems arise about possible conflict between*

⁷⁸⁹ KARL (W.), « Conflict Between Treaties », R. Bernhardt (ed.), *Encyclopédia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland Publishers, 2000, Vol. 4, p.926 : « *In the second half of the twentieth century, the international state system was supported by the development of treaties. States focused the majority of their regime building efforts on three sets of concerns : restraining interstate conflict, securing human rights, and managing the economic system. States used treaties as the primary tool in the construction of these international institutions and in the codification of these norms* ».

⁷⁹⁰ PAUWELYN (J.), « Bridging fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected islands », *Michigan Journal of International Law*, été 2004, pp.903 et s.

⁷⁹¹ Voy. CDI, *Report of the Study Group on Fragmentation of International law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN, CAOR, 55th Sess. At 6, U.N. Doc. A/CN.4/L.644 (2003)

⁷⁹² Sur le thème de la fragmentation voy. not. WELLENS (K.), « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International law : Some Reflections on Current Trends », *N.Y.J.I.L.*, n° 25, 1994, p.3-37 ; BROWNLIE (I.), « Problems Concerning the Unity of International Law », in *Le droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 1987, pp.156 et s. ; DUPUY (P.M.), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonie et contradictions en droit international : Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Colloque des 11-13 avril 1996, Paris, Pedone, 1996, pp.17-54 ; CASANOVA (O.), *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 ; « The Proliferation of International Tribunals : Piecing Together the Puzzle », *NYJIL*, 1998-1999, pp.679 et s. ; « Diversity or Cacophony : New Sources of Norms in International Law », *Mich.JIL*, 2003-2004, pp.845 et s. ; GATTINI (A.), « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, pp.303-336 ; WELKENS (K.) et HUESA-VINAIXA (R.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 (voir spé la préface de P.M. DUPUY). ; DUPUY (P.M.), *L'unité de l'ordre juridique international*, *RCADI* vol. 297, 2002, pp.9-490

⁷⁹³ KOSKENNIEME (M.) et LEINO (P.), « Fragmentation of international law? Postmodern anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2003, p. 556.

⁷⁹⁴ MARTINEAU (A.-Ch), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Communication réalisée lors de la Conférence biennale de la Société européenne de droit international, Paris, 18-20 mai 2006, « International law : Do we need it ? », article disponible sur le site du SEDI : http://www.esil-sedi.eu/english/paris_agora_papers.html

*treaties already in force, whether on a world-wide or regional or otherwise restricted basis, and new proposed instruments »*⁷⁹⁵. Karl Wolfram, qui dès 1984, focalise son travail sur les conflits entre traités, dénote l'importance capitale du travail de coordination entre les différents traités : « *As hundreds or thousands of treaties appear every year, the task of coordination has assumed formidable dimensions. If, as early as 1932, Rousseau described the task as one of the most urgent problems in the international order and Jenks again stressed its eminent practical importance in 1953, this is all the more true today »*⁷⁹⁶. La commission du droit international, saisie du problème de la fragmentation du droit international, établit un groupe de travail qui aborda la question de la conflictualité entre les normes sous l'angle de leur dispersion⁷⁹⁷.

293. Depuis une décennie, la question semble appréhendée avec plus de gravité. Considérées comme *pathologiques*⁷⁹⁸, ou comme un défaut de rationalisation du système, la conflictualité des normes du droit international et les antinomies normatives sont perçues comme devant être éliminées ou évitées. Le droit international contemporain est marqué par une tendance à se subdiviser en une multitude de sous-systèmes spécialisés dotés de normes d'organisation particulières, et parfois, d'institutions ou d'organes ayant pour objectif d'accompagner et de contrôler la mise en œuvre des normes contenant des obligations à la charge des États. Cette structuration peut sembler erratique⁷⁹⁹. Certains auteurs dénotent que : « *The new disorder is not the anarchical society of atomized states and inadequate cooperation, but the heterarchical proliferation of disparate international and regional regimes, institutions, and jurisdictions »*⁸⁰⁰. Dès lors, la question qui se pose est bien celle de savoir comment concilier à la fois l'expansion, la stabilité et la cohérence du système juridique international. En d'autres termes, « *do we have the tools and the techniques to continue the expansion of international law in a manner that allows for both*

⁷⁹⁵ *Analytical Review of the Process : Report of the Secretary-General*, para. 49, U.N. Doc. A/35/312 (1980), revised by U.N. Doc. A/35/312/Corr. 1 (1980)

⁷⁹⁶ KARL (W.), « Conflict Between Treaties », in BERNHARDT (R.) s.d, *Encyclopédia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland Publishers, 2000, Vol. 4, pp.935-936

⁷⁹⁷ KOSKENNIEMI (M.), *Rapport préliminaire sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Groupe d'étude sur la fragmentation, Commission du droit international, ILC(CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004,

⁷⁹⁸ WEIL (P.), *Vers une normativité relative en droit international?*, op. cit., pp.7 et s.

⁷⁹⁹ Pour G. Hafner, « *the system of international law consists of erratic parts and elements which are differently structured so that one can hardly speak of a homogeneous nature of international law »*. Et l'auteur de poursuivre : « *This system is full of universal, regional of event bilateral systems, subsystems and sub-subsystems of different levels of legal integration »*. HAFNER (G.), « Risk Ensuing from Fragmentation of International Law », CDI, Report on the Work of its 52nd Session, General Assembly, Official Records, 55th Session, Supplement N°10(A/55/10), p.321

⁸⁰⁰ KANWAR (V.), « International Emergency Governance : Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, Special Issue on States of Emergency, 2004, p. 44

*the effectiveness of individual treaties as well as the stability of the system as a whole »*⁸⁰¹
?

294. Tout comme en matière de droits fondamentaux, les normes qui consacrent ou promeuvent des valeurs, énoncent des objectifs ou des obligations de comportement, c'est-à-dire les normes primaires ou substantielles, ne se suffisent pas à elles-mêmes. Elles nécessitent des normes secondaires ou procédurales qui garantissent et explicitent leur application et leur mise en œuvre. Les différents rapporteurs du projet d'articles sur la responsabilité des États ne s'y étaient pas trompés puisqu'ils recommandaient⁸⁰² la création de normes secondaires ayant vocation à garantir l'effectivité des normes primaires⁸⁰³ du régime de la responsabilité internationale. Ainsi, il semble que le degré supérieur d'efficacité de certains ensembles de normes du droit international soit dû au fait que ces ensembles articulent des normes primaires ou substantielles avec des normes secondaires ou procédurales sous l'égide d'organes capables d'en donner une interprétation authentique et uniforme⁸⁰⁴. L'effectivité de l'ordre des valeurs sous-jacentes d'un système normatif spécialisé dépend en fin de compte de l'ordre procédural qui lui est associé et, comme nous le verrons⁸⁰⁵, de la méthode employée pour mettre en rapport les normes substantielles et procédurales.

c. La soft law

295. La notion de « *soft law* » fait référence à l'idée d'un droit non contraignant, par opposition à la notion de « *hard law* » ou de droit conventionnel. Les normes de « *soft*

⁸⁰¹ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *The Georges Washington International Law Review*, vol.37, 2005, p.7 ; article disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=747364>

⁸⁰² Rapport annuel de la CDI 1998, Chapitre VII *State Responsibility*, §220, disponible en ligne sur le site du Lauterpracht Center for International Law :

http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state_responsibility_document_collection.php#6

⁸⁰³ Hart le premier établit la distinction entre normes primaires et secondaires au sein des ordres juridiques. Selon les vues de cet auteur, les normes primaires sont celles qui « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non* » tandis que les normes secondaires sont celles qui *permettent la mise en œuvre dynamique du système juridique et qui « déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi »*. Parmi ces règles secondaires, il distingue ainsi les règles de reconnaissance et de changement, les règles de décision (rules of adjudication) qui permettent d'identifier les individus appelés à juger et les procédures à suivre afin de rendre les règles primaires effectives par la sanction. cf. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005 pp.99-118 (344p.) ; v. ég. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, pp.38 et s (254p.) ; OST (F.), GÉRARD (Ph.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1983, pp.22-25 (524p.) ; DUPUY (P.M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol.297, *op. cit.*, pp.73-77

⁸⁰⁴ MARSCHIK (A.), « Too Much Order ? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of International Legal System », *EJIL*, 1998, n°9, pp.212-239

⁸⁰⁵ *Infra*, Partie 2, Titre 4, chapitre 7 et 8

law » foisonnent depuis la reconnaissance de la juridicité des normes « *recommandatoires* ». Contrairement à la notion de droit impératif, le droit « *mou* », ou « *doux* », présente une forme de normativité atténuée⁸⁰⁶ dans la mesure où la norme juridique n'est pas accompagnée d'un pouvoir de contraindre ses destinataires. L'essentiel de l'activité normative des organisations internationales relève de la *soft law*. En effet, la recommandation est l'outil principal de ces organisations non dotées d'un pouvoir coercitif. Elles sont dépendantes de la volonté des États vis-à-vis de la réalisation de leurs objectifs.

296. Les contradictions pouvant éventuellement naître entre des instruments de *soft law* et ceux de *hard law* ne sont pas considérées comme des conflits de normes. En effet, selon la logique formelle, il ne peut y avoir de contradiction entre une recommandation et une obligation contraire ou une permission contraire, dans la mesure où le degré de contrainte accordé à la seconde l'emporte systématiquement sur la première. Néanmoins, on ne peut que s'interroger sur cette manière d'éluder une problématique des études doctrinales alors même que, du point de vue de la cohérence générale du système juridique international, cette problématique demeure. De plus, si un conflit direct entre une norme de *soft law* et une norme de *hard law* est formellement impossible, il n'en va pas de même en matière de responsabilité internationale de l'État. L'acte par lequel un État reconnaît des normes de *soft law* pourra être contraire à celui par lequel il s'engage à reconnaître une norme de *hard law* contenant des obligations contraires aux recommandations des premières.

297. Ainsi, bien que l'article 38 du Statut de la CIJ n'en fasse pas mention, les actes unilatéraux des États sont également susceptibles de produire des effets juridiques en droit international. Parmi les actes unilatéraux, sans doute le plus fréquent, la reconnaissance est l'« *acte par lequel l'État constate l'existence de certains faits (...) ou de certains actes juridiques (...) et admet qu'ils lui sont opposables* »⁸⁰⁷. À ce titre, on peut s'interroger sur les liens qu'entretiennent les actes unilatéraux et les déclarations internationales relatives à la bioéthique et aux droits de l'homme. Si ces dernières ne sont pas dotées d'une force obligatoire capable de contraindre un État, qu'en est-il de la portée de l'acte de reconnaissance par lequel l'État s'engage à respecter les prescriptions contenues dans ces déclarations ? En d'autres termes peut-on distinguer la substance d'une norme du caractère non obligatoire de la source formelle qui l'énonce pour faire revêtir à ce contenu la force

⁸⁰⁶ SUR (S), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 2006/4 : article disponible sur le site du Centre Thucydide : <http://www.afri-ct.org/Quelques-observations-sur-les>

⁸⁰⁷ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} édition, Paris, 2009, p.397

normative de l'acte unilatéral par lequel les États la reconnaissent ? En théorie, un tel acte unilatéral devrait pouvoir engager son auteur. Cependant, nous observerons qu'en pratique, les États sont réticents à porter ce type de questions à l'attention de la Cour internationale de justice.

298. En conclusion, s'il n'y a pas de hiérarchie *de jure* entre les différentes sources formelles en droit international, en ce sens que l'article 38 n'opère pas de classement, il existe en revanche une hiérarchie *de facto* des formes juridiques en ce sens que les normes conventionnelles dotées de mécanismes de sanction ou de règlement des différends reçoivent une application et une interprétation par un organe de vérification tandis que les normes qui n'en sont pas dotées voient leur sanction ou leur application effective conditionnée exclusivement par la volonté des États.

299. La normativité relative du droit international peut-être perçue comme pathologique⁸⁰⁸ elle n'en demeure pas moins l'état objectif de la matière⁸⁰⁹. La relativité du droit international et de ses normes peut être appréciée à plusieurs égards. En premier lieu, selon la formule de Serge Sur : « *Il existe autant d'états du droit international que d'États en droit international (...). Les normes qu'ils acceptent, les situations qu'ils reconnaissent, les conséquences qu'ils en tirent dans leurs ordres internes, sont différentes* »⁸¹⁰. En second lieu, la relativité affecte les champs d'application des normes du droit international. Enfin, la relativité affecte également la normativité ou « *l'autorité juridique* »⁸¹¹ des normes du droit international, c'est-à-dire « *l'intensité des obligations* »⁸¹².

C. Les interactions entre les normes du droit international

300. La doctrine contemporaine envisage deux types de relations entre les normes du droit international : la « *réconciliation* »⁸¹³ ou « *accumulation* »⁸¹⁴, et « *le conflit* ». La commission du droit international, dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude de

⁸⁰⁸ WEIL (P.), « *Vers une normativité relative en droit international ?* », *RGDIP*, 1982, pp.5-47 ; BECKETT (J.A.), « Behind Normative Relativity : Rules and Process as Prerequisite of Law », *EJIL* 2001 n°12, pp.627-650

⁸⁰⁹ LEJBOWICZ (A.), *La philosophie du droit international*, PUF, Paris, 1999, pp.51 et s.

⁸¹⁰ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *op. cit.* <http://www.afri-ct.org/Quelques-observations-sur-les>

⁸¹¹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridique internationales », disponible sur le site du centre Thucydide : <http://www.afri-ct.org/Quelques-observations-sur-les>, également disponible à la *RGDIP* 2006, n° 4

⁸¹² *Id.* Selon cet auteur, « *Celle-ci (l'intensité de l'obligation) est variable et susceptible de gradations, sans que la hiérarchie entre elles soit clairement organisée et préconstituée* ».

⁸¹³ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, *op. cit.*, pp.34 et s.

⁸¹⁴ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op. cit.*, pp.158 et s.

la fragmentation du droit international adoptées à sa 58e session, en 2006, fait sienne cette même conception⁸¹⁵. Nous soulignerons dans la seconde section de ce chapitre qu'une telle appréciation est trop restrictive et formaliste dans la mesure où elle tend à masquer ou à déconsidérer certaines contradictions normatives.

1. L'accumulation ou la réconciliation des normes

301. Dans ses conclusions de 2006, la commission du droit international définit deux grands types de relations entre les normes du système juridique international : les relations d'interprétation et les relations de conflits. Les relations d'interprétation entre les normes correspondent aux hypothèses selon lesquelles « *one norm assists in the interpretation of another (...). In such situation, both norms are applied in conjunction* »⁸¹⁶. La doctrine, dès 2003, qualifiait ses relations d'interprétation de relations d'accumulation⁸¹⁷ ou de relations de réconciliation⁸¹⁸.

302. Selon la classification proposée par Joost Pauwelyn, l'accumulation est un concept englobant les différentes modalités que peuvent prendre les relations entre deux normes qui ne sont pas en conflit. Sa réflexion est centrée sur les relations que peuvent entretenir les normes de types i) à iv) décrites ci-dessus, c'est-à-dire sur les relations entre les normes qui imposent une obligation à la charge de l'État ou consacrent un droit de l'État. Cet auteur considère que des normes peuvent s'accumuler de deux manières différentes :

« *It may either i) add rights or obligations to already existing rights or obligations (without contradicting any of these rights or obligations) and hence form a complement to other norms (complementary relationship) or ii) confirm already existing rights or obligations, without either adding or detracting from these rights or obligation* »⁸¹⁹.

⁸¹⁵ *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, adoptées par la Commission du droit international à sa 58e session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251). Voir aussi le Rapport établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) et le rectificatif du 11 août 2006 (A/CN.4/L.682/Corr.1) : « *In applying international law, it is often necessary to determine the precise relationship between two or more rules and principles that are both valid and applicable in respect of a situation. For that purpose the relevant relationships fall into two general types : Relationships of interpretation [and] Relationships of conflict* ».

⁸¹⁶ *Ibid.* La commission précise que : « *A norm may assist in the interpretation of another norm for example as an application, clarification, updating, or modification of the latter* ».

⁸¹⁷ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit. pp.161-164

⁸¹⁸ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit. pp.33-34

⁸¹⁹ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit. p.161

303. Le concept d'accumulation englobe à la fois les relations de complétion ou de complémentarité entre deux normes et les relations de confirmation d'une norme préexistante par une norme ultérieure. De plus, l'indifférence entre deux normes apparaît comme une figure particulière de l'accumulation dans la mesure où deux normes pourront se trouver dans une relation de complémentarité dès lors que leurs champs d'application *ratione materiae* ou *ratione personae* ne se recouperont pas⁸²⁰. Ainsi, lorsque deux normes ne régulent pas le même objet où ne concernent pas les mêmes sujets, celles-ci sont complémentaires et s'accumulent. Il apparaît alors qu'une norme dont l'objet est d'imposer aux États l'obligation de respecter la dignité humaine ne peut que compléter une norme dont l'objet est de réguler le commerce des marchandises puisque leurs champs d'application *ratione materiae* ne semblent pas, *a priori*, se recouper. Nous verrons cependant qu'une telle situation est plus complexe qu'il n'y paraît. Toutefois, le recoupement des champs d'application, *ratione materiae* ou *personae*, des normes n'empêche pas toute forme d'accumulation⁸²¹. En effet, deux normes peuvent porter sur le même objet ou concerner les mêmes sujets sans nécessairement entretenir une relation contradictoire⁸²². Pour cela, il suffit que ces normes imposent des obligations ou consacrent des droits qui ne s'excluent pas mutuellement et qui peuvent être satisfaits simultanément. Ainsi, dès lors que la satisfaction d'une norme n'implique pas la violation d'une autre⁸²³, celles-ci s'accumuleront.

304. Seyed Ali Sadat-Akhavi considère, afin de déterminer la réalité d'un conflit apparent, qu'il est plus aisé de chercher à prouver la compatibilité des deux normes que d'examiner en détail la réalité des différentes causes apparentes de conflits. Il nomme ce procédé « *reconciliation* » des normes. L'interprétation joue, à ce titre, un rôle déterminant dans la caractérisation d'un conflit de normes. L'auteur propose le test suivant : « *Two norms are reconciliable when there is at least one way of complying with all their requierements* »⁸²⁴. Dès lors que deux normes sont susceptibles d'être réconciliées, c'est-à-dire dès lors qu'il existe au moins une interprétation disponible permettant d'éviter la

⁸²⁰ Id. « *Two norms accumulate in the first sense of being "complementary" when they deal with completely different subject matters (...), that is in the absence of overlap ratione materiae. Norms are also in a purely complementary relationship when they have no state parties in common, that is in the absence of overlap ratione personae* ».

⁸²¹ Id.. « *Norms may also complement each other even though they deal with the same subject matter and have one or more state parties in common* », p.162

⁸²² Ibid. « *This will be the case if one norm simply adds rights or obligations to those in the other norm without contradiction. This would occur, for example, when one norm regulates trade in goods or another trade in services, both dealing with trade, but one simply adding rights or obligations to the other, without detracting from them* ».

⁸²³ Id. « *Implementing or relying on one norm cannot lead to breach of the other. Hence, both norms accumulate and must be complied with at the same time* ».

⁸²⁴ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit. p.34

situation de conflit, les normes considérées s'accumulent⁸²⁵. À ce titre, on peut remarquer que les auteurs ne s'interrogent absolument pas sur les conséquences du choix de cette interprétation disponible sur les objectifs et la réalisation effective de chacune des normes en question.

305. Le concept d'accumulation ne se limite pas aux relations de complémentarité entre les normes, mais également aux situations de répétition ou de confirmation, et d'inclusion, d'une norme préexistante par une norme ultérieure⁸²⁶. Lorsqu'une norme confirme ou précise une obligation ou un droit consacré par une autre norme, celles-ci s'accumulent. Elles peuvent être appliquées simultanément. Enfin, le concept d'accumulation couvre également certaines relations d'exceptionnalité explicite entre deux normes. Si l'auteur reconnaît l'existence d'un conflit apparent entre une règle et son exception, il considère néanmoins que celles-ci s'accumulent si la norme qui consacre l'exception pose explicitement son rapport d'exceptionnalité à la règle principale : « *At first sight there is always an apparent conflict between a rule and an explicit exception to that rule. However, in case the exception explicitly provides that the rule does not apply in the exceptional circumstances, the apparent conflict disappears* »⁸²⁷. Si la norme qui consacre une règle particulière dans une circonstance spécifique reconnaît expressément qu'elle empiète sur le champ d'application d'une règle générale déterminée, le rapport conflictuel se neutralise et les deux normes s'accumulent⁸²⁸. Les deux normes en question s'articuleraient alors de façon mécanique : « *Then, pursuant to the principle of "effective treaty interpretation", the rule must simply be carved out to the extent required to give effect to the exception (the exception can then even be considered as a conditional right, delinked from the general rule). As a result since both norms have a different scope of application, they can in all circumstances be applied side by side. In each and every circumstance only one of the two norms applies. Hence they accumulate and no conflict arises* »⁸²⁹. Il suffirait de retrancher du champ d'application de la règle générale celui de la règle spéciale pour voir le conflit s'éteindre de lui-même.

⁸²⁵ On reconnaît ici l'influence de Sir Humphrey Waldock, rapporteur de la CDI en 1968, qui insistait sur l'idée selon laquelle un conflit ne peut survenir que lorsque deux traités sont irréconciliables. cf. BORGES (C.), « Resolving Treaty conflicts », *op. cit.*, p.575

⁸²⁶ *Id.* « As opposed to "complementing" each other, two norms may accumulate also by means of one norm simply "confirming" a pre-existing norm ».

⁸²⁷ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op. cit.*, p.163

⁸²⁸ Joost Pauwelyn reprend l'exemple de l'article XX du GATT qui prévoit une exception explicite à l'article III du GATT : « An example is GATT art. XX providing for an exception under, *inter alia*, GATT art III (Art XX explicitly states that « nothing in this Agreement shall be construed to prevent art XX measures », *In id*, p.162

⁸²⁹ *Id.*, p.163

306. Cependant, si la méthode d'interprétation retenue par l'auteur est conforme à la pratique de l'ORD, on peut néanmoins s'interroger sur le fait de savoir si un autre juge ou arbitre aurait retenu nécessairement ou systématiquement une méthode d'interprétation identique. La méthode dite de l'« *effective treaty interpretation* » permet certainement de traiter de manière efficace le rapport d'exceptionnalité entre règle générale et règle spéciale au sein d'un même système conventionnel, tel que les rapports entre les articles XX et III du GATT par exemple, on peut cependant douter d'une telle efficacité et d'une telle simplicité de l'interprétation lorsque deux traités ayant des objectifs différents, ou divergents sans nécessairement être formellement contradictoires, sont en jeu. La question de savoir, notamment, jusqu'à quel point on peut étendre le champ d'application d'une exception avant de dénaturer l'esprit de la règle générale demeure, à nos yeux, fondamentale dans le traitement des rapports d'exceptionnalité entre les normes du droit international. À ce titre, c'est bien les ressources interprétatives et les arguments juridiques mobilisés dialectiquement – tels que les arguments *a contrario*, *a simili*, *a coherentia*, *a completudine* par exemple⁸³⁰ – qui joueront un rôle déterminant dans la délimitation des contours des règles exceptionnelles, et non pas seulement le caractère mécanique/déductif d'une construction théorique qui se limite à la logique formelle.

307. Règle générale et exception sont des normes dont l'application est mutuellement exclusive. Lorsque la situation exceptionnelle se réalise, la norme spécifique doit être appliquée au détriment de la norme générale. Inversement, lorsque la situation n'entre pas dans le champ d'application de la règle spéciale c'est la norme générale qui s'applique. Ainsi, la conflictualité latente entre la règle et l'exception ne disparaît, en apparence, que lorsque l'une ou l'autre des deux normes prévoit expressément l'existence de l'autre et anticipe formellement leur rapport d'exceptionnalité. Ainsi, « *in case the permission or exemption does not explicitly state that it is "notwithstanding" the general rule or where the general rule does not explicitly state that it applies 'except for' situation dealt with under the permission/exemption. These situations do raise conflict* »⁸³¹.

308. Il faut toutefois reconnaître que le concept d'accumulation est exagérément extensif dans la mesure où il regroupe sous le même vocable des relations entre les normes qui peuvent être très diverses. En effet, considérer comme complémentaires à la fois des normes qui sont indifférentes l'une vis-à-vis de l'autre, des normes qui s'incluent mutuellement et des normes qui entretiennent explicitement un rapport d'exceptionnalité, permet difficilement d'apprécier les effets qualitatifs de chacun de ces types de relations

⁸³⁰ Pour une analyse de ces différents types d'arguments : cf. PERELMAN (Ch.), *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e ed., Paris, 1979, pp. 55 et s.

⁸³¹ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op. cit.*, p.163

sur le système du droit international. De plus, le concept d'accumulation se limite à décrire les relations entre les normes du point de vue formel de la complétude du système sans réellement se préoccuper de la cohérence axiologique de celui-ci. Enfin, à ce titre, nous verrons que l'accumulation est parfois synonyme d'absorption. L'absorption sera alors définie comme une forme particulière d'accumulation dans laquelle l'une des normes est interprétée de manière convergente avec sa concurrente ce qui peut, parfois, conduire à sa dénaturation substantielle⁸³².

2. Le conflit

309. Selon la classification proposée par Pauwelyn, et si l'on en croit l'essentiel de la doctrine contemporaine, deux normes valides de l'ordre juridique international qui ne s'accumulent pas, ou qui sont irréconciliables⁸³³, sont en conflit l'une avec l'autre. La convention de Vienne sur le droit des traités ne dispose pas d'une définition du conflit entre deux traités⁸³⁴. L'article 30 qui a pour objet « *l'application de traités successifs portant sur la même matière* » s'attache simplement à décrire certaines méthodes de résolution des conflits entre traités successifs en établissant *a priori* des ordres de priorités⁸³⁵. Par ailleurs, la convention relègue au domaine de la responsabilité internationale la question de la signature par un même État de traités incompatibles. Dans ce cas, c'est l'acte par lequel un État reconnaît l'existence d'une norme qui sera l'objet du litige, dès lors que cette norme peut léser les droits qu'un État tiers tient d'un engagement antérieur conclu avec ce même partenaire. L'ampleur du phénomène de conflictualité entre les traités⁸³⁶ n'avait pas à l'époque de répercussion significative sur l'ordre juridique international, ce qui explique l'absence de définition formelle des situations de conflit dans la Convention de Vienne de 1969.

310. Pourtant, le thème de la « *compatibilité des normes juridiques contradictoires* »⁸³⁷ était abordé depuis 1932 et les écrits de Charles Rousseau, traitant des

⁸³² cf. *Infra* ce Chapitre, Section 2 §2.

⁸³³ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, *op. cit.*, pp.26 et s.

⁸³⁴ L'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, constitue la seule référence explicite à la notion de conflit de normes, mais cantonne la question au problème de la validité des traités en contradiction avec une norme impérative du droit international.

⁸³⁵ Pour un commentaire de l'article 30 voy. KEARNEY (R.D.) et DALTON (R.E.), « The Treaty on Treaties », *AJIL*, 1970, n° 64, pp.495-517

⁸³⁶ Certains auteurs utilisent le terme de « *treaty congestion* » pour décrire ce phénomène d'expansion quantitative du droit conventionnel. Cf. MURASE (S.), « Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues », *RCADI*, vol. 253, Martinus Nijhoff, La Haye, 1996 (pp.283-432), spé. 400 et s. ; LUKITSCH HICKS (B.), « Treaty Congestion in International Environmental Law », *University of Richmond Law Review*, janvier 1999, n°32, pp.1643 et s.

⁸³⁷ ROUSSEAU (Ch.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, pp. 132-192

conflits de normes sous l'angle de la compatibilité entre les traités multilatéraux et les traités bilatéraux⁸³⁸. La période de l'entre-deux guerres, qui connut les premiers phénomènes de mondialisation des activités humaines, donna lieu à une expansion du droit international bilatéral et l'émergence d'un droit international multilatéral. Il n'est pas étonnant de constater l'actualité des débats doctrinaux de cette époque⁸³⁹. Déjà s'entremêlaient les interrogations portant sur les relations entre l'universel et le particulier, le général et le relatif, notamment au travers de longs développements sur l'utilité et l'usage de l'adage *lex specialis*⁸⁴⁰, sur la nécessité d'une appréciation casuistique des conflits et l'établissement d'un droit impératif ou objectif⁸⁴¹. Plusieurs auteurs firent état, durant les années 1930, de leur inquiétude de voir fractionner⁸⁴² l'unité du droit international par la multiplication des systèmes régionaux ou par la trop grande spécialisation de ses normes⁸⁴³ qui conduit à dévaloriser les traités collectifs au profit des traités particuliers. Tandis que d'autres auteurs virent en ces mêmes phénomènes certaines causes objectives de la faillite du droit international qui eut pour effet de ne pouvoir empêcher la Seconde Guerre mondiale.

a. Conditions préalables : le recoupement des champs d'application

311. La doctrine contemporaine, inspirée de l'article 30 de la Convention de Vienne, considère que pour qu'un conflit survienne entre deux normes, certaines préconditions doivent être remplies. En effet, en ce qui concerne les relations entre les normes juridiques internationales, un conflit apparaît seulement si leurs champs d'application respectifs se

⁸³⁸ MARTINEAU (A.-C.), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Communication réalisée lors de la Conférence biennale de la Société européenne de droit international, Paris, 18-20 mai 2006, International law : Do we need it ?, article disponible sur le site du SEDI : http://www.esil-sedi.eu/english/paris_agora_papers.html

⁸³⁹ *Id.*

⁸⁴⁰ ROUSSEAU (C.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, pp. 132-192

⁸⁴¹ BASDEVANT (J.), « Règles du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, tome IV, pp. 492 et s.

⁸⁴² LE FUR (L.), *Précis de droit international public*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1933, p. 303. « Si chacun de ces groupements a une existence internationale distincte, avec des règles qui lui sont propres, n'y a-t-il pas coexistence de plusieurs droits internationaux, donc rupture de l'unité du droit international [...] ? Et ce séparatisme ne sera-t-il pas aggravé si ce groupement possède non pas seulement des règles propres, une législation particulière, mais aussi des organes propres ? N'y aura-t-il pas là scission, fractionnement du droit international ? ». cité par MARTINEAU (A. Ch.), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », *op. cit.*

⁸⁴³ REDSLOB (R.), *Les principes du droit des gens moderne*, 1937, Rousseau, Paris, p. 19. Pour cet auteur le conflit entre *lex specialis* et *lex generalis* doit toujours être arbitré en faveur de la *lex generalis*. En France cette idée a pu être défendue par Fauchille. cf. FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Rousseau, Paris, 1921, p.301.

recourent mutuellement⁸⁴⁴. En d'autres termes, « *pour qu'il y ait interférence entre deux accords, il faut qu'ils aient au moins un point de contact subjectif et un point de contact objectif ; subjectif, en ce sens qu'un ou plusieurs États sont parties à ces deux accords ; objectif, en ce sens qu'une même matière ou des matières connexes sont réglées, dans les deux accords, par une ou plusieurs dispositions* »⁸⁴⁵. Une concordance entre les champs d'application *ratione materiae*, *personae* et *temporis*⁸⁴⁶ est nécessaire à la réalisation d'un conflit de normes⁸⁴⁷. Ainsi, un conflit de normes devrait être envisagé du point de vue d'un État dans les relations juridiques qu'il entretient avec un ou plusieurs autres États. Celui-ci doit être lié par les deux normes contradictoires pour qu'un conflit puisse apparaître (*ratione personae*). L'autre État n'a pas à être lié par les deux normes pour que le conflit de normes survienne. Néanmoins, s'il n'est pas lié par les deux normes, il n'y aura pas, du point de vue de ce second État, de conflit de normes. Ces normes doivent porter sur un même objet⁸⁴⁸ (*ratione materiae*) et s'appliquer sur une même période de temps (*ratione temporis*).

312. Une grande partie de la doctrine, tout comme la convention de Vienne, tend à distinguer les conflits potentiels des conflits réels, pour se concentrer sur les seconds au détriment des premiers. Une telle approche se concentre sur les méthodes d'interprétation qui permettent l'évitement et la neutralisation des conflits potentiels, et consacre des règles pour trancher les conflits entre traités qui se réalisent *in concreto* et qui donnent lieu à un contentieux interétatique⁸⁴⁹. Cependant, bon nombre d'interrogations actuelles portent non pas sur les conflits réels entre normes qui ont un effet visible dans une relation donnée qu'entretiennent certains États et qui donnent lieu à un traitement par le juge ou l'arbitre international, mais plutôt sur les conflits potentiels, ou les conflits conçus *in abstracto*. Ces derniers peuvent apparaître par exemple entre des normes du droit international économique et des normes du droit international des droits de l'homme ou de l'environnement, sans pour autant qu'ils donnent lieu, à l'heure actuelle, à un contentieux

⁸⁴⁴ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.165 « *First it must be stressed that there can be no conflict if either the subject matter or the parties bound by the two norms are completely different. There must at least be some overlap in terms of subject matter and some overlap in terms of state parties. More particularly, at least one party must be bound by both rules* ».

⁸⁴⁵ CAPOTORTI (F.), « Interférences dans l'Ordre Juridique Interne entre la Convention et d'autres Accords Internationaux », in *Les Droits de l'Homme en Droit Interne et en Droit International*, Bruxelles, 1968, p.123.

⁸⁴⁶ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.165 « *To these requirements of overlap ratione personae and ratione materiae, one must add the need for overlap ratione temporis : only if two norms exist or interact at one point in time can there be conflict* ».

⁸⁴⁷ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., pp.164-166 ; SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of resolving conflicts between treaties*, op. cit., pp.7-23

⁸⁴⁸ L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce des règles de conflits pour « *l'application de traités successifs portant sur la même matière* ».

⁸⁴⁹ *Infra*. Partie 2

concret entre États⁸⁵⁰. En effet, comme nous le constaterons, la structure institutionnelle dont s'est dotée la communauté internationale des États ne permet pas le traitement efficace et systématique des conflits de normes et rend souvent impossible leur apparition formelle.

b. Le concept de conflit de normes : un problème de définition

313. Bien qu'on ne puisse trouver aucune définition formelle du conflit dans les instruments du droit international relatif au droit des traités, la doctrine et la commission du droit international se sont attelées à cette tâche. Plusieurs propositions de définitions ont aujourd'hui été développées. La question de la définition du concept de conflit est d'une particulière importance dans la mesure où, c'est précisément la définition de ce qui constitue ou non une situation de conflit de normes qui déterminera l'ampleur du phénomène. Parmi les différentes options doctrinales, on peut repérer deux tendances. La première, née dans les années 1950, consacre une définition restrictive du conflit de normes dans le but d'en limiter au maximum la survenance. La seconde, contemporaine, est plus élargie, mais focalise néanmoins son approche selon une appréciation « péjorative » des conflits de normes qui tend à masquer l'existence de contradictions normatives dans le système juridique international.

La définition classique : une définition restrictive

314. Le problème de la définition des situations de conflits entre normes juridiques internationales n'a donné lieu qu'à peu d'intérêt doctrinal. Wilfried Jenks est considéré comme le premier auteur ayant étudié le problème de la conflictualité des traités internationaux qui propose une définition des conflits de normes. Distinguant les situations de conflits des autres « *divergences* » qui peuvent apparaître entre les normes, Jenks définit le conflit de manière restrictive comme un type spécifique de divergence entre les normes. Pour lui, en effet, un conflit se définit de manière stricte comme « [a] *direct incompatibility* » entre deux traités. Selon cet auteur, « *a conflict [...] arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties* »⁸⁵¹. Wolfram Karl qui opte finalement pour une définition élargie du conflit de

⁸⁵⁰ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *Geo Wash Int »l L Rev.* Vol 37, p.580 « *Some of the most important potential conflicts arise, however, when treaties of seemingly different subject-matter overlap either in effect or in regulatory scope. The most common scenario is that of « trade linkage », such as where there are conflicts between trade and environmental treaties or between trade and human rights treaties* ».

⁸⁵¹ JENKS (W.), « Conflict of Law-Making Treaties », *British YearBook of International Law*, Vol.30, 1953, pp.401-455 (spé 426) : « *A conflict of law-making treaties arises only where simultaneous compliance with the obligations of different instrument is impossible* », (p.451)

normes précise au demeurant : « *technically speaking, there is a conflict between treaties when two (or more) treaty instruments contain obligations which cannot be complied with simultaneously* »⁸⁵². La définition stricte du concept de conflit n'intègre que les situations où les normes concernées contiennent des obligations mutuellement exclusives. Une telle conception a notamment pour effet d'exclure du champ du concept de conflit les relations de contradiction entre une norme permissive et une norme prescriptive, ou encore entre une interdiction et un droit.

315. Des auteurs tels que Klein⁸⁵³, Wilting⁸⁵⁴, Karl et Kelsen ont pu être présentés comme des défenseurs de la conception stricte du conflit de normes⁸⁵⁵. Toutefois, une telle interprétation est problématique. En effet, Kelsen pose une définition plus nuancée que Jenks. S'il s'accorde pour reconnaître qu'« *un conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligatoire est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire* », il précise aussitôt qu'un conflit survient « *quand l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique [...] la violation de l'autre* » non seulement « *de façon nécessaire* », mais également lorsque cette violation n'est que « *possible* »⁸⁵⁶. Par ailleurs, Kelsen précise qu'un conflit de normes n'est en rien comparable à une contradiction logique, au sens de la logique formelle, dans la mesure où il est parfaitement possible que deux normes conflictuelles existent valablement dans le même ordre juridique⁸⁵⁷. Enfin, il serait étonnant pour cet auteur de retenir une définition restrictive du conflit de normes alors même qu'il reconnaît expressément dans sa *théorie pure du droit* qu'une norme permissive et une norme prescriptive peuvent s'exclure mutuellement⁸⁵⁸. Erich Vranes considère que, dans la mesure où Wilting a construit sa

⁸⁵² KARL (W.), « Conflict between treaties », in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North Holland, 1984, VII, p.468

⁸⁵³ KLEIN (F.), « Vertragskonkurrenz », in STRUPP (K.) et SCHLOCHAUER (H.J.) eds., *Wörterbuch des Völkerrechts*, DeGruyter, Berlin, 1962, p.555 et s.

⁸⁵⁴ WILTING (W.), *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht*, Heymans, Cologne, 1996

⁸⁵⁵ PAUWELYN, *Norms Conflict in Public International Law*, op. cit., p.167

⁸⁵⁶ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. H. Thevenaz, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, p.161. Voy. ég. p.144 « *Quand on est en présence de deux normes simultanément valables, mais contradictoires, celui qui doit les appliquer (organe de l'État ou sujet de droit) ne peut se conformer à l'une sans violer l'autre* ».

⁸⁵⁷ KELSEN (H.), « Derogation », in KLECATSKY (H.), MARCIC (R.) et SCHAMBECK (H.) s.d., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (1968), tome II., pp. 1439 ; originally published in NEWMAN (R.A.) s.d., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (1962), pp.339-361 ; Voy. ég. VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *EJIL*, 2006, vol.17, n°2, pp.395-418

⁸⁵⁸ Kelsen précise : « *If one has recognize that « prescribing » and « permitting » constitute two different normative functions, one cannot deny that a permission and a prescription mutually exclude each other* ». In KELSEN (H.), *Allgemeine Theorie der Normen (Théorie générale des normes)*, Vienne, 1979, p.79 (« *Wenn man « Gebieten » und « Erlauben » als zwei verschiedene normative Funktionen gelten lassen muss, kann man nicht leugnen, daß sich Erlaubt-Sein und Geboten-Sein gegenseitig ausschließen* ».), traduction proposée par Erich Vranes, in VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *EJIL* 2006, vol.17, n°2, p.403

réflexion sur la base des travaux de Kelsen, il s'accorde pour considérer que deux normes, l'une permissive et l'autre prohibitive, peuvent se contredire⁸⁵⁹. Klein semble, lui aussi, refuser d'adopter une conception restrictive du conflit⁸⁶⁰ dans la mesure où il reconnaît la possibilité d'un conflit entre deux obligations⁸⁶¹. Enfin, concernant Wolfram Karl, il faut remarquer que, s'il précise la définition technique de Jenks⁸⁶², il n'en retient pas moins la définition élargie⁸⁶³ proposée par Karl Engisch selon laquelle un conflit apparaît : « 1) *If conduct of a given type is at the same time prohibited and permitted, or prohibited and prescribed, or prescribed and not prescribed in a given legal order. Or if incompatible ways of conduct are prescribed at the same time...* 2) *if a concrete conduct appears at the same time to be prohibited and permitted etc in a given legal order* »⁸⁶⁴.

La définition contemporaine : une définition élargie

316. Si la tendance générale est à l'élargissement de la définition doctrinale du conflit, on peut néanmoins remarquer des nuances notables selon les constructions théoriques proposées récemment. Le but de cet élargissement est d'intégrer de nouvelles situations de conflits jusqu'alors masquées par la définition stricte comme le conflit entre une permission et une interdiction ou celui entre deux obligations. À ce titre, la CDI, dans les conclusions du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, adoptées en sa 58e session, et par la voie de son rapporteur, Martti Koskenniemi, retient une conception générale du conflit de normes. Ainsi les situations de conflit de normes correspondent à l'hypothèse où « *deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes* »⁸⁶⁵.

⁸⁵⁹ *Id.*

⁸⁶⁰ Au contraire, Klein définit le conflit de normes comme une situation où « *two treaties provisions, in particular treaty obligations, in two or more international treaties cannot be resolved* ». in KLEIN (F.), « Vertragskonkurrenz », in STRUPP (K.) et SCHLOCHAUER (H.J.) eds., *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, DeGruyter, 1962, p.555 ; traduction proposée par Erich Vranes in VRANES (E.), « The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory », *op. cit.*, p.404

⁸⁶¹ Klein précise suite à sa définition : « *only those constellations of parallel treaties are practically relevant in which the provisions, in particular the obligations, of two or more international treaties formally contradict each other in a manner which cannot be resolved* », « *praktisch bedeutsam sind nur diejenigen Vertragskonkurrenzen in denen sich die Vertragsbestimmungen, insbesondere die Vertragsverpflichtungen, in zwei oder mehreren völkerrechtlichen Verträgen formal unauflösbar widersprechen* ». in *Id.*, p.406

⁸⁶² KARL (W.), « Conflict between treaties », in BERNHARDT (R.) s.d., *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North Holland, 1984, VII, p.468

⁸⁶³ cf. KARL (W.), *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, p.61, in VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *op. cit.*, p.402

⁸⁶⁴ cf. ENGISCH (K.), *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1953, p.46, traduction de Erich Vranes in « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *op. cit.*, p.406

⁸⁶⁵ §2 des *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, adoptées par la Commission du droit international à sa 58e session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251). Voir aussi le Rapport établi sous sa forme définitive par

317. Joost Pauwelyn retient également une définition élargie du conflit. Celui-ci rejette la définition restrictive qui conçoit le conflit uniquement des normes imposant des obligations mutuellement exclusives. Il considère qu'un conflit entre deux normes ne devrait pas être défini différemment que le conflit entre une norme et un autre comportement étatique⁸⁶⁶. Dès lors, il retient la définition selon laquelle : « *Essentially, two norms are, therefore, in a relation of conflict if one constitutes, has led to, or may lead to a breach of the other* »⁸⁶⁷. Approcher le conflit selon l'angle de la violation permet d'acquiescer une conception objective du conflit de normes, « *based on the rights and obligations set out in the norms in question* »⁸⁶⁸. Il distingue ainsi deux situations types de conflit de normes : « *inherent normative conflict* » et « *conflict in the applicable law* ». Il distingue ainsi les situations où « *one norm of international law may breach another norm in and of itself, by its mere conclusions or emergence* »⁸⁶⁹, des situations où « *one norm (...) may breach another norm by granting certain rights or imposing certain obligations which, once exercised or complied with, will constitute a breach of the other (...) Here, one norm will, or may, lead to a breach of the other* »⁸⁷⁰.

318. Cette définition élargie intègre, certes, les conflits entre deux obligations et ceux entre une permission et une prescription, néanmoins, elle n'en demeure pas moins excessivement restrictive⁸⁷¹. Seyed Ali Sadat-Akhavi, dans son ouvrage *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, précise cette définition: « *A conflict of norms*⁸⁷² *arises when it is impossible to comply with all requirements of two norms. The*

Martti Koskeniemi, du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) et le rectificatif du 11 août 2006 (A/CN.4/L.682/Corr.1)

⁸⁶⁶ PAUWELYN : « *It is difficult to find reasons why a conflict or inconsistency of one norm with another norm ought to be defined differently from a conflict or inconsistency of one norm with another state conduct (e.g., wrongful conduct not in form of another norm* », in PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.174

⁸⁶⁷ Id. pp.174 et s. L'auteur précise que le terme « *breach* » doit être considéré comme un synonyme de « *violation* », « *inconsistency* » et « *incompatibility* ». Il précise également que lorsqu'une norme règle formellement par elle-même le rapport de priorité qu'elle entretient avec une autre norme il n'y a pas de conflit puisqu'une interprétation est disponible pour résorber le conflit *prima facie*. C'est par ce biais qu'il distingue le conflit potentiel du conflit réel.

⁸⁶⁸ Id. p.175

⁸⁶⁹ Id. L'auteur précise : « *Here, one norm constitutes an inherent breach of the other* ».

⁸⁷⁰ Id. L'auteur distingue au sein de ses situations les conflits « *nécessaires* » des conflits « *potentiels* ». Il précise : « *In some cases, such breach will occur necessarily, whenever either of the two norms is complied with as required (as in cases of mutually exclusive obligations) We shall refer to this situations as necessary conflict. In some other instances, there is a margin of discretion and only if a state actually decides to exercise a right (permission or exemption) will the breach materialise. We shall refer to this situation as potential conflict* ».

⁸⁷¹ Pour une critique de la conception restrictive des conflits de normes : cf. WOLFRUM (R.) et MATZ (N.), *Conflicts in International Environmental Law*, Springer Verlag, Berlin, 2003, 213p., spé. pp.6 et s.

⁸⁷² Pauwelyn précise : « *Any treaty is composed of a set of "treaty norms". A treaty norm is any statement in a treaty which performs a normative function, namely, commands, permits or prohibits an act or attitude* ». In PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.175

*impossibility of complying with two norms implies that the norms are mutually exclusive ; they cannot coexist in a legal order. Compliance with one norm entails non compliance with the other »*⁸⁷³. Nous verrons que l'expression « *when it is impossible to comply with all requirements of the norms* » induit un appauvrissement tant qualitatif que quantitatif de la notion de conflit⁸⁷⁴. Cette définition contemporaine apparaît comme une précision à celle proposée par Karl Engisch.

§2. Causes et natures structurelles des conflits de normes : des éléments de typologie

319. Les conflits de normes en droit international peuvent naître de causes diverses et présenter des structures variées. Il conviendra alors d'établir certains éléments de typologie. Cependant, au-delà de leur aspect structurel, c'est la fonction qu'ils remplissent dans l'ordre juridique qui en fonde la nécessité. Loin d'être symptomatique d'une déficience du système juridique international, les conflits de normes sont des facteurs permettant son actualisation vis-à-vis de la réalité sociale et son évolution. Les conflits de normes apparaissent alors comme l'élément dynamique de la structure du droit international.

A. Les causes des conflits de normes

320. Un conflit de normes pourra survenir tantôt pour des raisons explicites, tantôt pour des raisons implicites. Seyed Ali Sadat-Akhavi dénombre quatre types de causes responsables de l'émergence de conflits de normes. Explicitement, un conflit de normes peut naître, d'une part, du fait qu'un même comportement ou acte étatique est l'objet de deux différents types de normes et/ou, d'autre part, du fait qu'une norme requiert ou permet un acte ou un comportement qui est lui-même prohibé par une autre norme. Ainsi, un conflit explicite interviendra lorsqu'un même acte sera soumis à deux régimes différents, et plus précisément, dans deux types de situations. D'une part, « *a conflict of norms is generated if two different types of norms regulate the same act, i.e. if the same act is both obligatory and prohibited, permitted and prohibited, permitted and obligatory (...)* There is a conflict between these norms because it is impossible to perform the conducts required by them »⁸⁷⁵. D'autre part, lorsque « *performing the obligation/making use of the*

⁸⁷³ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op.cit. p.5

⁸⁷⁴ cf. *Infra.*, Ce chapitre, section 2 §1.

⁸⁷⁵ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.7 et s.. À propos du cas spécifique des normes permissives, l'auteur précise que l'État destinataire de la norme permissive est

*permission under norm 1 makes it impossible to perform the obligation under norm 2. In other words, performing the act required/permitted by norm 1 amounts to the violation of norm 2 »*⁸⁷⁶.

321. Inversement, un conflit de normes peut être induit par des causes implicites. Tel est le cas lorsqu'une norme interdit une condition préalable⁸⁷⁷ ou une conséquence nécessaire⁸⁷⁸ à la réalisation d'une autre norme. Ainsi, un conflit de normes peut apparaître, d'une part, « *if one norm requires or permits an act, while another norm prohibits a necessary precondition of that act* ». Dans ce cas, « *the addressee of the norms cannot perform its obligation/makes use of the permission under norm 1 (...) and at the same time respect his duty under norm 2 (...). Performing the act required/permitted by norm 1 entails the violation of norm 2 and, hence, a conflict between the norms* ». Mais aussi, d'autre part, lorsqu'une norme commande ou permet un comportement ou un acte A qui ne peut être réalisé sans produire une conséquence B alors que, simultanément, une autre norme interdit la production de la conséquence B. Ainsi un conflit peut apparaître lorsque « *it is impossible for State A to perform its obligation/makes use of its permission under norm 1 and at the same time respect its duty under norm2. Performing the act required/permitted by norm 1 result in the violation of norm2* ». Dans ce cas, et en se plaçant du point de vue du comportement étatique, un tel conflit de normes sera considéré comme indirect dans la mesure où ce n'est pas l'acte précisément visé par la norme 1 qui entraînera la violation de la norme 2, mais une conséquence nécessaire de cet acte.

322. Ce qui est considéré par cet auteur et par la quasi-totalité de la doctrine comme les causes des conflits de normes peut être perçu, en dernière analyse comme un antagonisme radical entre le contenu des normes en question. La manière dont le conflit est défini prédétermine notre perception des causes de telles situations. Il faut cependant remarquer que, dans les analyses précédemment présentées, la doctrine se concentre sur une conception subjectiviste du droit international qui tend à se focaliser sur la perception du conflit de normes par un État donné. Cependant, les antagonismes radicaux ne sont pas les seules contradictions normatives de l'ordre juridique international⁸⁷⁹. Sir Fitzmaurice met en garde contre les difficultés relative à une telle définition des conflits de normes :

libre de ne pas en faire usage en s'abstenant de produire l'acte qu'elle lui permet. Une telle abstention violerait alors irrémédiablement la norme qui oblige l'État à produire un tel acte.

⁸⁷⁶ *Id.*, p.8

⁸⁷⁷ *Id.* p.9, L'auteur précise : « *We say A is a necessary precondition for B when one cannot perform B without doing A* ».

⁸⁷⁸ *Id.* p.9, L'auteur précise : « *We say A is a necessary consequence of B when one cannot do B without producing A* ».

⁸⁷⁹ Emmanuelle Roucouas précise : « *Toutefois, bien que le conflit apparaisse effectivement comme la conséquence de la contradiction et que cette dernière puisse parfois ne pas déboucher sur le conflit, il serait prudent d'éviter d'attribuer une connotation juridique différente aux termes de conflit, contradiction ou*

« La question de savoir ce qu'il faut entendre par incompatibilité ou conflit entre deux traités est une question délicate. Deux traités peuvent être incompatibles en ce sens qu'ils créent des systèmes opposés, mais, tant que ces systèmes ne doivent pas être appliqués aux mêmes parties, il peut être parfaitement possible de les appliquer tous les deux. C'est ainsi que, même si cela peut être difficile ou incommode, un État A peut être en mesure d'appliquer un système dans ses relations avec l'État B en vertu du traité X, et un autre système dans ses relations avec l'État C en vertu du traité Y. En bref, il peut y avoir conflit entre les deux traités sans qu'il en résulte nécessairement un conflit d'obligations pour l'une des parties. C'est précisément à une situation de ce genre qu'aboutissent les conventions techniques conclues successivement sous les auspices d'organisations ou institutions différentes. Dans une telle situation, on peut envisager bien des permutations et des combinaisons, bien des nuances et des degrés »⁸⁸⁰.

323. L'accroissement continu des admissions de membres nouveaux au sein de certains systèmes normatifs, qui semblent marqués par une tendance vers l'universalisation, le développement ou la diffusion des conventions techniques et la consécration d'obligations positives en matière de droits fondamentaux, met en lumière l'émergence de multiples variations des contradictions entre les normes issues de systèmes différents. Ainsi, en se plaçant selon le point de vue objectif du système juridique international, les situations de conflits de normes peuvent être appréciées de manières moins restrictives. À ce titre, la méthode dialectique pourra être utilement mobilisée pour percevoir de manière plus générale les contradictions normatives du droit international et leurs conséquences. En effet, la méthode dialectique distingue les contradictions antagoniques des contradictions non-antagoniques. Le développement des premières suppose que leur dépassement s'opère par la suppression d'un des deux pôles tandis que celui des secondes suppose « *seulement la séparation transitoire et relative des contraires au sein de leur unité, et la résolution de la contradiction, si elle a lieu, consiste dans l'établissement d'une nouvelle forme d'identité entre les deux contraires* »⁸⁸¹. Les conflits de normes tels qu'ils sont définis aujourd'hui ne connaissent que le premier type de contradictions normatives. Or, il nous semble que c'est seulement l'étude des secondes et

incompatibilité ». Si nous partageons cette analyse, force est de constater, face à la multiplicité et la variation des types de contradictions, la nécessité d'élargir la définition actuelle des conflits de normes ou de distinguer plusieurs types de conflits de normes devant être définis de manières différentes. ; cf. ROUCOUNAS (E.), *Engagements parallèles et contradictoires*, in RCADI, n° 6, vol.206, 1991, pp9-288, spé, p.39

⁸⁸⁰ Sir FITZMAURICE (G.), « Troisième Rapport sur le droit des traités », Doc. A/CN.4/115, §89 c).

⁸⁸¹ SÈVE (L.), *Une introduction à la philosophie marxiste : suivie d'un vocabulaire philosophique*, Les Éditions Sociales, 3e Éd., 1986, Paris, pp.482 et s. (717p.)

des méthodes dialectiques de leurs résolutions, qui permettront de mettre à jour les conflits de régimes ou les conflits de systèmes normatifs.

B. Les différentes typologies des conflits de normes en doctrine

324. Il y a plusieurs manières de classer les conflits de normes en droit international. En premier lieu, on peut distinguer, d'une part, les conflits entre les normes de *jus dispositivum* et les normes de *jus cogens*, et, d'autre part, les conflits entre des normes conventionnelles successives « *portant sur la même matière* ». Telle est la position retenue par la convention de Vienne en ses articles 60 et 30. Cependant, cette formulation, « *traités successifs portant sur la même matière* », est problématique tant elle masque la réalité de certains conflits de normes⁸⁸². En second lieu, on peut distinguer les conflits entre les normes d'origine conventionnelle selon des critères fondés sur la structure des traités en conflits. Cette analyse mène à la conclusion suivante : « *In the absence of a governing hierarchy, therefore, one can describe treaty conflicts on a systemic basis as being the conflict of universal, multilateral, or bilateral regimes with other universal, multilateral, or bilateral regimes* »⁸⁸³. Selon cette seconde analyse, fondée sur la structure des sources formelles des normes en conflit, la doctrine distingue trois problèmes types relatifs aux conflits de traités. Les conflits de régimes bilatéraux, le problème de l'« *increasing membership* » et celui dit du « *decreasing membership* »⁸⁸⁴.

325. Un conflit de traités bilatéraux, autrement dénommé conflit AB/AC⁸⁸⁵, « *occur when States A and B are parties to a Treaty I (earlier in time), States A and C are parties to Treaty II (later in time), and A's obligations to C are incompatible with A's obligations to B* »⁸⁸⁶. L'éventualité d'une identité parfaite des parties, ou conflit AB/AB, ne présente que peu d'intérêt dans la mesure où « *the issue of treaty conflict is simply whether the later treaty was meant to supersede the earlier treaty* »⁸⁸⁷.

326. Les conflits entre traités bilatéraux et traités multilatéraux peuvent être divisés en deux catégories selon qu'il s'agit d'un problème d'« *increasing membership* » ou de « *decreasing membership* ». Le problème de l'« *increasing membership* », ou conflit AB/ABCD, correspond à l'hypothèse selon laquelle les obligations d'un État A envers un

⁸⁸² *Infra.* ce chapitre Section 2.

⁸⁸³ BORGES (C.), « Resolving treaty conflicts », *op. cit.*, pp.580 et s.

⁸⁸⁴ *Id.*

⁸⁸⁵ CZAPLINSKI (W.) et DANILENKO (G.), « Conflict of Norms in International Law », *Netherland YearBook of International Law*, vol.21, n°3., 1990, p.24

⁸⁸⁶ BORGES (C.), « Resolving treaty conflicts », *op. cit.*, p.582

⁸⁸⁷ *Id.* p. 583

État B selon un traité bilatéral sont incompatibles avec les obligations de l'État A envers les États B, C et D selon un autre traité postérieur. Ce problème schématise les relations que peut entretenir une « *clause de la nation la plus favorisée* » d'un traité multilatéral avec les régimes bilatéraux antérieurs de préférences exclusives entre certains de ces membres. Le problème du *decreasing membership*, ou conflit ABCD/AB, concernent les cas où deux parties, A et B, à un traité multilatéral décident de se lier par un traité bilatéral postérieur dont les obligations sont incompatibles avec les obligations que A et/ou B ont envers les autres parties, C et D, du traité multilatéral. Les accords bilatéraux entre certaines parties seulement à un traité multilatéral, ou « *inter se agreements* », peuvent poser des problèmes épineux quant à la détermination de leur validité⁸⁸⁸. Enfin, on peut envisager l'hypothèse d'un conflit entre deux traités multilatéraux ayant seulement certaines de leurs parties en commun, conflit ABCD/ABEF⁸⁸⁹. Dans ce cas, les obligations que A et B ont entre eux et envers C et D en vertu du premier traité sont incompatibles avec les obligations que A et B ont entre eux et envers E et F selon un traité postérieur.

327. On peut aussi classer les conflits de normes selon que les sources conventionnelles de ces dernières peuvent être décrites comme des instruments de libéralisation ou de régulation d'un bien ou d'une activité. À ce titre, le clivage entre les normes internationales du droit de l'OMC et celles découlant d'accords relatifs à la protection de la biodiversité ou à celle des droits de l'homme font figure d'exemples. Enfin, certains auteurs distinguent les traités « *constitutional* » ou « *legislative* », telle que la Charte des Nations Unies, des traités simplement « *contractual* ».⁸⁹⁰ Une telle approche cependant se concentre sur la nature et la substance des normes contenues dans ces instruments pour en déterminer la qualité ou la fonction dans l'ordre juridique international.

328. Néanmoins, aucune des approches précédemment décrites ne prend au sérieux l'hypothèse d'un conflit entre une norme du droit obligatoire et une norme de droit « *recommandatoire* ». Les instruments de *soft law*, marqués par une forme de normativité atténuée, sont considérés comme n'évoluant pas sur le même plan normatif que le droit conventionnel classique. Dès lors, les instruments de *soft law* et ceux de *hard law* n'entretiennent pas de relations conflictuelles. Dans la mesure où le conflit peut être évité par voie d'interprétation, celui-ci, conformément à la grille d'analyse proposée par la doctrine, n'est pas un conflit réel. Une telle approche, bien que formellement correcte,

⁸⁸⁸ cf. CPJI, Affaire *Oscar Chin*, Grande-Bretagne c. Belgique, 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B n° 63

⁸⁸⁹ KARL (W.), *Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.936

⁸⁹⁰ BERNHARDT (R.), « Treaties », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, p.929 ; voy. ég. BEDERMAN (D.J.), *International Law Frameworks* 25, 2001, cité par BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », op. cit., p.581

passé à côté de la réalité des contradictions normatives du droit international contemporain. La qualité des sources ne suffit pas à éliminer tout rapport de conflictualité entre les contenus normatifs de celles-ci. En effet, l'acte par lequel l'État reconnaît la validité des normes juridiques contenues dans un instrument de *soft law* lui est opposable et produit pour lui des effets similaires à ceux de l'acte par lequel il reconnaît la validité des normes contenues dans un autre instrument du droit international. Si un même État reconnaît dans un premier temps que les normes d'un instrument de *soft law* lui sont opposables puis s'engage, par traité, à mettre en œuvre un comportement incompatible avec de telles normes, sa responsabilité pourrait éventuellement être engagée par les autres signataires de l'instrument de *soft law*.

329. Même si l'on considère que les actes de l'État peuvent être frappés d'une forme de relativité dans leurs effets ou vis-à-vis de leur opposabilité, il n'en demeure pas moins que rien n'empêche une norme initialement contenue dans un instrument de *soft law* d'acquiescer une valeur coutumière soit par elle-même, compte tenu de la pratique concordante des États, soit par « ricochet », compte tenu du fait qu'elle peut être considérée comme une explicitation d'une norme dont la normativité n'est pas atténuée. Dès lors, un conflit entre une norme issue de la *soft law*, mais ayant acquis une valeur coutumière et un traité pourra éventuellement survenir. Cependant, une telle appréciation est à exclure dans la mesure où, dans la quasi-totalité des cas, une méthode de neutralisation du conflit pourra être mise en œuvre.

Section 2 : La bioéthique et l'approche substantialiste des contradictions normatives

330. Le droit international de la bioéthique prend source dans divers instruments dont l'intensité normative varie. Certains relèvent du droit « *recommandatoire* » et de la *soft law* comme les déclarations de l'UNESCO, d'autres relèvent de la *hard law* comme la Convention européenne de biomédecine. Toutefois, une approche formelle ne suffit pas à distinguer les normes du droit international de la bioéthique selon leur degré d'intensité normative. En effet, certains droits, bien que formellement consacrés dans un instrument de *soft law*, expriment des impératifs dont la nature relève du noyau dur des droits de l'homme. Les droits relatifs au respect de la dignité humaine, notamment, peuvent présenter, pour les États, le caractère d'obligations impératives du droit international⁸⁹¹.

⁸⁹¹ CIJ, Avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 1996, Rec. p.266, §79 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (deuxième

Pour apprécier la qualité des normes du droit international de la bioéthique, au regard du système juridique international, il faut adjoindre à la conception formelle des relations entre les normes une conception substantielle. Cette dernière, qui fait référence aux relations entre les contenus des normes juridiques, entre leurs objectifs et/ou entre les valeurs qu'elles tendent à promouvoir ou protéger, est indépendante de l'analyse des rapports formels entre les sources de ces normes. Elle n'est d'aucune utilité pour assurer la complétude ou l'unité formelle de l'ordre juridique international. Par contre, une telle approche nous renseigne sur la cohérence axiologique du système juridique international, c'est-à-dire sur l'adéquation des moyens juridiques aux fins « *métajuridiques* », aux valeurs politiques et morales décidées par les États comme étant leurs objectifs communs.

§.1 L'approche substantialiste des contradictions normatives

331. Le droit international de la bioéthique a pour objet de déterminer un certain nombre de principes et/ou de valeurs aptes à guider l'action des États en matière de protection des personnes et de la santé publique vis-à-vis des biotechnologies. La coordination des approches, formelle ou procédurale et substantielle ou axiologique nous a permis de déterminer que la construction normative du droit international des droits de l'homme est marquée par une forte plasticité issue de la conjonction de sa structure axiologique contradictoire et de son caractère dynamique non-linéaire. Il nous semble que cette coordination d'approches contradictoires est décisive dans l'étude et la compréhension des phénomènes évolutifs et des objets en mouvement. Toutefois, les différentes approches doctrinales décrites précédemment ne prennent pas en compte les objectifs et les valeurs promues par les normes dans la détermination des situations de conflits qui ne sont perçues que formellement et statiquement. Pourtant, l'étude des conflits d'objectifs et de valeurs est un élément indispensable à l'analyse de la cohérence axiologique d'un système juridique et de son évolution dynamique.

phase), CIJ Recueil 1970, p. 32, §. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental* (Portugal c. Australie), CIJ Recueil 1995, p. 102, §. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, §. 155 et 159 ; Pour l'interdiction du génocide en tant qu'obligation *erga omnes*, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1996, p. 595, §. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Rwanda), CIJ Recueil 2006, §. 64.

A. La prise en compte résiduelle des objectifs contradictoires des normes dans la définition du conflit de normes

332. Les définitions des conflits de normes proposées par la doctrine ne prennent pas en compte les objectifs et les valeurs promues par les normes juridiques du droit international. Au contraire, les définitions, restrictive et élargie, des conflits de normes brillent par leur formalisme excessif qui conduit à méconnaître ou déconsidérer certaines situations de contradictions normatives dont les effets sur l'unité du système juridique sont tout aussi importants que ceux des conflits de normes définis strictement.

1. Le cloisonnement formaliste de la définition du conflit de normes

333. La définition restrictive des conflits de normes proposée notamment par Wilfried Jenks ne prend pas en considération les conflits possibles entre deux obligations ou entre une permission et une obligation ou une prohibition. Pour remédier à cette carence, une partie de la doctrine a proposé une définition élargie, qui, si elle persiste à limiter les situations de conflits aux normes mutuellement exclusives, n'en incorpore pas moins certaines situations jusqu'alors exclues. Cette définition élargie considère que « *a conflict of norms arises when it is impossible to comply with all requirements of two norms* »⁸⁹². Néanmoins, l'expression « *all requirements of two norms* » fait référence à l'ensemble des champs d'application des deux normes considérées. Ainsi, l'auteur de cette définition considère que « *a conflict of norms arises when two norms cannot be complied with by all addressees of the norm, at all times and in all spaces covered by the norm, with regard to all objects of the norm, and under all conditions specified by the norm* »⁸⁹³. Le champ empirique du concept de conflit de normes s'en trouve considérablement étendu puisqu'une telle définition du conflit permet d'intégrer de nouvelles situations d'interférences⁸⁹⁴ contradictoires entre les normes. Néanmoins, cette définition du conflit, même élargie, n'en demeure pas moins excessivement formaliste tant par sa conception des objets en conflits [les normes], que par leur conception des contradictions normatives.

⁸⁹² SADAT-AKHAVI (S. A.), *Methods of resolving conflicts between treaties*, op. cit., p.5

⁸⁹³ Id. p.7, l'auteur précise : « *In other words, to prove that two norms are conflicting it suffices to show the impossibility of compliance with the norms at least for one person or at one time or in one place or with regard to one object or under one condition* ».

⁸⁹⁴ Le terme interférence est emprunté à Francesco Capotorti : CAPOTORTI (F.), « Interférences dans l'Ordre Juridique Interne entre la Convention et d'autres Accords Internationaux », in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Actes du 2e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Vienne, 18-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, Bruxelles, p.123. (590p.)

a. Approche fonctionnaliste formelle des normes et de leurs relations

334. Le premier argument critique pouvant être soulevé à l'encontre de la définition doctrinale du conflit de normes porte sur la conception du contenu et de la fonction des normes juridiques au fondement de ces définitions. En effet, Pauwelyn et Sadat-Akhavi notamment, fondent leur analyse des contradictions normatives sur une conception formaliste qui réduit leur contenu à leur fonction logique. Leur classification, d'inspiration kelsénienne, se réfère, à l'aide de la logique formelle, au contenu des normes. Ainsi, cette classification distingue les normes selon la manière dont elles protègent ou promeuvent un objectif ou une valeur, mais elle reste indifférente à la qualité intrinsèque de ces objectifs ou de ces valeurs et à leurs relations parfois contradictoires. Une telle conception élude tout élément axiologique du contenu des normes et de l'analyse des conflits. Cette conception, schématisée en premier lieu par Jeremy Bentham, est intégralement réutilisée par Pauwelyn⁸⁹⁵.

335. Dans la mesure où l'un des objectifs visé par ces constructions doctrinales est d'assurer l'unité et la cohérence du système juridique international, on ne peut que s'interroger sur l'opportunité de cette méthode et de la classification qui en résulte. En effet, si l'analyse formelle des relations logiques entre les normes juridiques est un outil efficace d'étude de la complétude formelle d'un système, l'appréciation de sa cohérence nécessite, du point de vue épistémologique, un détour par les relations substantielles ou axiologiques entre les normes du système juridique international. La Commission du droit international, précise en 2006, dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international que : « *les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la convention de Vienne sur le droit des traités.* »⁸⁹⁶ Cette convention, par son article 30, limite les relations conflictuelles entre les normes conventionnelles à une approche formaliste⁸⁹⁷. Néanmoins, Christopher Borgen note : « *such an analysis ignores the problem of two treaties that may not be concerned*

⁸⁹⁵ Bien que Pauwelyn n'y fasse nulle part mention, sa conception des conflits normatifs fondée sur la logique aristotélicienne est entièrement empruntée à Jeremy Bentham qui utilise les termes d'opérateurs impératifs ou de modalités de la logique pour décrire les relations entre des normes de divers types. cf. BENTHAM (J.), *Of laws in general*, édité par H.L.A. Hart, Athlone Press, University of London, 1970, p.95 ; TUSSEAU (G.) s.d., *Les annales de droit*, n° 3/2000, Publications de l'Université de Rouen-Le Havre, 2000, p.39 (324p.) ; TUSSEAU (G.), *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel : une approche utilitariste*, L'Harmattan, Paris, 2001, pp.107-115 (320p.) ; Voy ég. VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *EJIL*, vol.17, 2006, pp.409 et s.

⁸⁹⁶ §2 des *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, adoptées par la Commission du droit international à sa 58e session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251).

⁸⁹⁷ *Infra*, Partie 2, Titre 4, Chapitre 8, Section 1

*with the same subject, which nonetheless overlap in a manner such as that one treaty could frustrate the purpose of the other. Thus, while there may be no intent to supersede the earlier treaty, the later treaty may nonetheless render it dysfunctional »*⁸⁹⁸. De plus, la convention de Vienne a été élaborée avant l'avènement des grands traités multilatéraux tels que les traités de Marrakech, ou les traités instituant des unions douanières et/ou monétaires régionales. Christopher Borgen précise en outre que « *some of the most important potential conflicts arise, however, when treaties of seemingly different subject-matter overlap either in effect or in regulatory scope (...) The most common scenario is that of "trade linkage", such as where there are conflicts between trade and environment or between trade and human rights treaties »*⁸⁹⁹.

b. Le conflit conçu comme une contradiction antagonique

336. Le second argument critique, contre les conceptions formalistes des conflits de normes, porte sur leur conception même du conflit. En effet, celui-ci est réduit aux situations de contradictions radicalement antagoniques entre les normes. Les contradictions antagoniques sont définies comme « *la contradiction dans laquelle l'un des contraires est nié par l'autre contraire dans son existence même* », et le développement de cette contradiction « *suppose la suppression d'un des contraires au-delà d'un certain point, suppression par laquelle l'autre contraire est lui-même libéré* »⁹⁰⁰. En effet, les définitions disponibles des conflits de normes limitent ceux-ci aux obligations mutuellement exclusives ou aux incompatibilités bilatérales et réciproques entre les normes. En conséquence, les conflits sont conçus par la doctrine de manière binaire comme le conflit bilatéral de deux normes. Par ailleurs, selon cette conception, les conflits de normes ne trouvent de solution que dans la suppression d'un des deux termes, par l'application d'une norme au détriment de sa concurrente. Les deux définitions disponibles du conflit de normes insistent sur la nécessité de faire un choix entre l'application des deux normes ou sur l'impossibilité de se conformer à l'une sans violer l'autre. Les conflits de normes, tels que définis actuellement, n'intègrent finalement que les contradictions normatives irréconciliables, en d'autres termes les contradictions dialectiques antagoniques.

337. Pourtant, comme le remarque Erich Vranes à propos de la définition des conflits et des principes de leur résolution : « *if one views conflict rules (...) as devices for approximating the probable intentions of the contracting parties on the basis of objective*

⁸⁹⁸ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflict », *op. cit.*, p.583

⁸⁹⁹ *Id.* p.580

⁹⁰⁰ SÈVE (L.), *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.41 à propos de HEGEL (F.), *Science de la Logique*, tome II, p.84

factors (time and specialty) it seems problematic to exclude (...) unilateral incompatibilities between divergent obligations (i.e. which are not mutually exclusive), from the scope of these conflict principles altogether. This, however, is the effect of excluding such divergences from the notion of conflict in the first place »⁹⁰¹. Une définition restrictive a pour effet de limiter les situations de conflits aux antagonismes radicaux entre les normes. Les autres types de contradictions normatives sont érudés⁹⁰² du champ de la notion de conflit de normes. Une telle appréciation conduit inévitablement à appauvrir à la fois qualitativement et quantitativement le concept de conflit de norme. Qualitativement, car le concept de conflit n'intègre qu'une partie seulement des contradictions normatives. Quantitativement, car le nombre des occurrences de conflits de normes s'en trouve fortement diminué⁹⁰³.

338. Jenks lui-même, auteur de la définition la plus restrictive, reconnaît néanmoins que les incompatibilités unilatérales entre des obligations qui ne sont pas mutuellement exclusives peuvent être, d'un point de vue pratique, aussi sérieuses qu'un conflit. Il précise à ce propos que « *a difference which does not constitute a conflict [in the strict sense] may nevertheless defeat the object on one or both of the divergent instruments* »⁹⁰⁴. Seyed Ali Sadat-Akhavi considère lui aussi que « *two norms may have a "canceling effect" without being conflicting* »⁹⁰⁵. Ainsi, si cet auteur reconnaît que les normes « *are enacted to fulfill certain functions and to achieve certain objectives* »⁹⁰⁶, ses éléments axiologiques ne sont pas pris en compte dans la détermination des situations de conflits entre les normes. S'il admet que « *it may happen that the objectives of two norms run counter to each other, in the sense that one norm is intended to reach a given aim while the other results in the opposite* »⁹⁰⁷, l'analyse formelle des relations logiques entre ses normes, notamment lorsqu'il s'agit de la relation entre une permission et une obligation, ne permet pas, selon

⁹⁰¹ VRANES (E.), « The definition of "norms conflict" in international law and legal theory », *EJIL* 2006, vol. 17 n° 2, pp.395-418

⁹⁰² Erich Vranes utilise l'expression « *define away* » pour caractériser ce procédé logique qui consiste à modeler une définition afin d'extraire artificiellement certain phénomène de son champ., in *Id.*

⁹⁰³ Erich Vranes précise que : « *consequently, these types of incompatibilities are "defined away" (...) Finally, introducing such a strict definition runs counter to the basic principle that norms have to be interpreted in a way which does not reduce them to inutility* ». *Ibid.*

⁹⁰⁴ Jenks ajoute : « *Such a divergence may, for instance, prevent a party to both of the divergent instruments from taking advantage of certain provision of one of them recourse to which who involve a violation of, or failure to comply with, certain requirements of the other* ». Jenks cité par PAUWELYN (J.), *Norms Conflict in Public International Law*, op. cit., p.171

⁹⁰⁵ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of resolving conflicts between treaties*, op. cit., p.38

⁹⁰⁶ *Id.*

⁹⁰⁷ *Id.* L'auteur illustre son propos par l'exemple suivant : « *Consider the norms : "state A shall clear area X from mines" and "State B may lay mines in area X", The first norm has as its purpose the clearance of area X from mines, while the second norm results in the opposite. In such a situation, the two norms have a canceling effect, but they are not conflicting. A conflict arises when it is impossible to comply with both norms, whereas in our example A can clear mines and B can lay mines in area X* ».

lui, de considérer de telles situations comme des conflits de normes. Il reconnaît enfin que « *this situation is obviously undesirable and frustrating* »⁹⁰⁸.

2. Les autres types de contradictions normatives du droit international

339. Wilfried Jenks, comme d'autres auteurs, admet qu'il existe d'autres types de « *divergences* » entre les normes de l'ordre juridique international sans toutefois considérer de telles divergences comme des conflits de normes. Ces auteurs reconnaissent qu'une norme peut empêcher ou frustrer la réalisation des objectifs d'une autre norme sans pour autant que l'on soit en présence d'un conflit de normes. Les effets d'annulation ou de désubstantialisation des normes ne sont pas considérés comme les résultats d'un conflit entre les normes considérées. Ainsi, qu'il s'agisse du contenu axiologique, des objectifs et valeurs promus par les normes, ou même de l'effectivité et la réalisation concrète de ces objectifs, ceux-ci demeurent indifférents quant à la détermination et la définition des situations de conflits de normes. Le cloisonnement formaliste de la définition des conflits de normes se limite à une conception binaire des conflits centrée exclusivement sur les obligations mutuellement exclusives, c'est-à-dire sur les contradictions normatives antagoniques. Pourtant, d'autres phénomènes contradictoires animent les ensembles normatifs du droit international. Les relations entre le corpus normatif des droits de l'homme et celui du droit de l'OMC ne peuvent intégrer la catégorie des conflits de normes dans la mesure où, d'une part les obligations qu'ils contiennent ne sont pas mutuellement exclusives, et, d'autre part, il existe toujours une solution qui neutralise *a priori* tout conflit par voie d'interprétation.

340. À ce titre, cette définition restrictive est considérée, par une partie de la doctrine, comme inadéquate et trop limitative⁹⁰⁹. Erich Vranes propose un nouvel élargissement de celle-ci, afin d'y incorporer les incompatibilités unilatérales entre les normes. Certains considèrent notamment que : « *if a given conduct is (...) subject to unilaterally incompatible obligations, it is not unequivocally but contradictorily regulated from the viewpoint of the addressee of these norms. In other words: (...) one should recognize these norms as being in conflict* »⁹¹⁰. Enfin, d'autres auteurs insistent sur les

⁹⁰⁸ *Id.*

⁹⁰⁹ Pour Erich Vranes : « *In terms of the theory of definition discussed above, the definiens offered therefore appears inadequately narrow : it excludes incompatibilities that appear analogous to the mutual incompatibility between obligations and prohibitions which Jenks is willing to recognize as conflicts* ». In VRANES (E.), « The definition of "norm conflict" in international law and legal theory », *op. cit.*, pp.399 ; voy. ég. BORGES (C.), « Resolving Treaties Conflicts », *op. cit.*, pp.580 et s.

⁹¹⁰ VRANES (E.), « The definition of "norms conflict" in international law and legal theory », *op. cit.*, p.405

éléments sous-jacents aux conflits, notamment sur les valeurs et objectifs des normes ou sur la fonction des ensembles normatifs auxquels elles appartiennent. Par exemple, « *the trade linkage scenario can also be considered as part of a broader set of conflicts between liberalizing and regulating instruments* »⁹¹¹.

B. La bioéthique et l'approche substantialiste : un élément décisif de l'étude de la cohérence systémique du droit international

341. La bioéthique, littéralement éthique de la vie, contient un certain nombre de principes universels qui dépassent très largement le cadre des politiques de santé publique. Le respect tant des principes de dignité humaine, de non-discrimination que de responsabilité envers la biosphère ne concerne pas exclusivement la protection de la santé humaine, mais aussi la régulation de la quasi-totalité des activités humaines. Ces principes sont non seulement destinés aux individus, personnes et décideurs privés, mais également aux États et aux décideurs publics. Leur portée, universelle et fondamentale, dépasse le cadre des relations interindividuelles et individus-État pour énoncer des responsabilités objectives de l'humanité envers l'homme, la biosphère et l'environnement. En ce sens, ils sont des éléments du projet normatif et social du droit international public qui détermine un certain rapport de l'homme à la vie.

342. La nécessité d'une connaissance projective et « *actionnable* »⁹¹², d'une connaissance juridique ayant une certaine connaissance politique d'elle-même⁹¹³, est mise en lumière par la doctrine constructiviste contemporaine. L'étude de la cohérence du système juridique international s'inscrit dans cette perspective et se caractérise comme un facteur non exclusivement formel de l'unité du droit international. En effet, comme le rappelle le professeur Laghmani, « *l'exigence de cohérence doit être analysée à un double*

⁹¹¹ BORGES (C.), « Resolving Treaties Conflicts », *op. cit.*, pp.580 et s.

⁹¹² L'expression est employée par les constructivistes, en particulier par Jean Louis Lemoigne : LE MOIGNE (J.L.), *Le constructivisme : Modéliser pour comprendre*, coll. Communication et complexité, vol.3 Le constructivisme, L'Harmattan, 2003, Paris, (335p.) : l'épistémologie constructiviste repose sur une hypothèse qui la « *différencie pratiquement de toutes les épistémologies positivistes et réalistes* ». « *Le propre d'une épistémologie constructiviste qui relie la connaissance à l'action est au contraire de situer sur les mêmes plans multiples le sujet et l'objet, leur séparation n'étant que de méthode et pour ainsi dire provisoire* ». *Méthode sur laquelle J. Piaget dira alors peu de choses sinon qu'elle est « dialectique ou relationnelle, caractérisée par la mise en interaction entre les éléments distincts, par la totalisation, processus à la fois actif et noétique, et par la considération du devenir »*, *spé.* p.84

⁹¹³ EWALD (F.), *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986, p. 38 et s. ; Philippe Coppens considère, par exemple, que cette difficulté à produire ce mouvement d'autoréflexivité de la connaissance découle d'une obstination de la doctrine, à juxtaposer plutôt qu'à enchevêtrer les fonctions de légiférer et de juger. Selon lui, il faut au contraire « *accepter l'idée d'une réflexivité de l'action sur l'événement, des valeurs sur les faits, de la raison pratique sur la raison théorique* ». in COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Paris, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 12

point de vue formel et matériel »⁹¹⁴. Du point de vue formel, la cohérence « suppose l'existence de mécanismes permettant d'éviter les conflits de normes »⁹¹⁵. Tandis que du point de vue matériel, « la cohérence d'un ordre juridique dépend, à l'amont, de l'existence de valeurs fondatrices communes qui offrent à l'ensemble du système un paradigme herméneutique homogène et, à l'aval, de l'existence d'une instance régulatrice du sens habilitée à déclarer, à mettre en œuvre et éventuellement à contribuer à la constitution à la fois des mécanismes de la cohérence formelle et du socle commun de valeurs fondatrices »⁹¹⁶. Si cet auteur ne lie pas explicitement la conception formelle et la conception matérielle, c'est-à-dire la relation entre la notion de conflit de norme et la notion de régulation du sens et des valeurs fondatrices, la notion de paradigme herméneutique permet de mieux saisir cette relation. L'appréciation de la cohérence matérielle doit s'opérer à l'aide d'un outil qui puisse apprécier à la fois la nature des valeurs fondatrices du système juridique international et leurs relations.

343. L'apparition d'un droit impératif ou objectif en droit international pourrait constituer le socle de cette cohérence matérielle. Toutefois, compte tenu des incertitudes et des faiblesses qui entourent la notion de droit objectif ou de *jus cogens* en droit international public, cette cohérence semble devoir être recherchée sous d'autres auspices. En effet, il faut s'interroger sur l'aspect paradoxal de cette conception. En l'absence de cohérence matérielle, c'est-à-dire en considérant que le *jus cogens* n'a pas atteint un degré de maturité suffisant, comment peut-il exister une cohérence formelle puisque la seconde contribue à la constitution de la première ? Ainsi, en l'absence de cohérence matérielle, les normes peuvent avoir n'importe quel contenu. Celui-ci peut s'avérer contradictoire et ne pas entrer dans le champ d'application des règles de résolution des conflits de normes. Si ces mécanismes ne sont ni constitués, ni organisés, ni actualisés au regard de la régulation du sens et des valeurs, le risque de voir disparaître toute cohérence formelle n'est pas négligeable. À ce titre, les relations d'interprétations des « *conflits potentiels* »⁹¹⁷ entre les normes présentent une nature particulière et un intérêt spécifique tant leur résolution semble avoir un impact important sur le formalisme des raisonnements judiciaires.

⁹¹⁴ LAGHMANI (S.), « Le *jus cogens* et la cohérence de l'ordre juridique international », in *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international*, s.d. LAGHMANI (S.) et BEN ACHOUR (R.), Pedone, Paris, 2008, 330p.

⁹¹⁵ *Id.*

⁹¹⁶ *Id.*

⁹¹⁷ Aussi appelé « *false conflicts* ». Cf. SADAT-AKHAVI (S. A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit., p.25 et s

1. Les faiblesses du jus cogens et du droit objectif

344. La détermination du contenu du jus cogens est une question difficile qui fait l'objet de nombreuses incertitudes et qui divise la communauté des juristes⁹¹⁸. La Cour a donné quelques exemples d'obligations *erga omnes*. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour considère que « ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide, mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et de la discrimination raciale »⁹¹⁹. Bien que la Cour n'ait pas retenu l'application de cette notion au cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que par la reconnaissance de ces obligations *erga omnes*, la Cour reconnaît également la possibilité, au moins théorique, d'une forme de recours objectif en droit international public, si ce n'est d'une forme *d'actio popularis*. L'article 48 du projet d'article de la CDI sur la responsabilité internationale des États de 2001 semble confirmer cette hypothèse⁹²⁰. Néanmoins, la notion est vivement critiquée par une partie de la doctrine qui considère que l'origine naturaliste de la notion est incompatible avec les fondements positivistes du système juridique international. Glennon estime que la notion est absurde, que « tous les efforts visant à concilier cette doctrine avec la jurisprudence contemporaine ont échoué (...) qu'il n'existe à présent aucune norme impérative »⁹²¹ et que la méthode de la Cour est contradictoire. Enfin, il conclut que « dans son application comme dans ces effets, une histoire pleine de confusion vient contourner un contenu substantif à la fois élastique et flou. [...] Cette doctrine est anachronique, incohérente et elle tourne en rond. Elle devrait être écartée »⁹²².

345. Par ailleurs, en pratique, cette notion est minimisée par trois types d'obstacles : la volonté des États ; l'autolimitation du juge international et de la commission du droit international, qui conditionnent la sanction de la violation du droit objectif à un seuil de gravité et/ou d'intensité ; enfin l'inapplicabilité des normes de *jus cogens* aux personnes morales de droit privé. En effet, en premier lieu, les États sont réticents à reconnaître l'opposabilité à leur encontre d'un droit international impératif. Ceux-ci y voient, très justement, une atteinte à leur souveraineté. En second lieu, la Cour Internationale de justice et la commission du droit international reconnaissent que les droits fondamentaux de la

⁹¹⁸ VIRALLY (M.), « Réflexion sur le jus cogens », *AFDI*, 1966, p.5

⁹¹⁹ *Id.* §34, *Rec.* 1970, p.32

⁹²⁰ L'article 48 dispose que : « Tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État si : a) l'obligation violée est due à un groupe d'États dont il est partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ou b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ».

⁹²¹ GLENNON (M. J.), « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *RGDIP*, 2006-3, pp.529-535

⁹²² *Id.*

personne humaine peuvent revêtir la nature de règles de *jus cogens*, qui conditionnent la sanction de leur violation à l'intensité et la gravité de l'atteinte qui leur est portée. Cet effet de seuil, en deçà duquel une violation du principe de dignité n'est pas sanctionnée au titre du droit impératif, a pour effet de limiter l'application du *jus cogens* aux cas exceptionnels. On peut également s'interroger, s'agissant du respect d'un impératif catégorique, du bien-fondé d'une conception relativiste qui distingue les violations répréhensibles des violations possibles en fonction de leur gravité. Enfin, l'inopposabilité du droit international aux acteurs transnationaux, et notamment aux firmes multinationales, affecte encore l'effectivité de la notion de *jus cogens* ou de droit international objectif. L'apparition d'un droit impératif au sein du système juridique international « *serait liée à un certain niveau de développement institutionnel* » qui encore aujourd'hui, pour nombre d'auteurs⁹²³, « *n'a certainement pas été atteint (...) dans la société internationale dite "organisée"* »⁹²⁴.

2. Les contradictions non antagoniques ou « conflits potentiels » : des relations d'interprétation spécifiques

346. Les conflits potentiels, ou conflits apparents entre les normes sont généralement définis comme « *a situation where there is no real conflict since the divergence between the norms can be "interpreted away"* »⁹²⁵. Certains considèrent les conflits potentiels comme de faux conflits dans la mesure où les normes considérées peuvent être réconciliées⁹²⁶. Estimant qu'ils peuvent être résolus par voie d'interprétation, la doctrine ne semble pas prêter d'intérêt particulier à ce type de conflits. Pourtant, ceux-ci ont une influence considérable sur la cohérence générale du système juridique international. Ils sont bien plus nombreux que les conflits réels. De plus, leur réduction ou leur neutralisation nécessite l'établissement d'un rapport d'interprétation spécifique entre les normes considérées. Celles-ci sont évaluées et éventuellement tempérées l'une par rapport à l'autre. À ce titre, leur conciliation requiert un travail d'interprétation fonctionnant sur un

⁹²³ Certains éminents juristes, anciens rapporteurs à la Commission du droit international et/ou ex-Juges à la Cour internationale de justice, ont considéré les normes du *jus cogens* comme des règles de la moralité internationale. cf. LAUTERPRACHT (H.), *Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. 1/CN.4/63 (1953), réimprimé en [1953] 2 Y.B. Com. Dr. Int. 90, 155, U.N. Doc. 1/CN.4/SER.A/1953/Add.1. ; FITZMAURICE (G.), *Troisième Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. 1/CN.4/115 (1958), réimprimé en [1958] 2 Y.B. Com. Dr. Int. 20, 27-28, 40-41, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1. ; WALDOCL (H.), *Deuxième Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. A/CN.4/156 (1963), réimprimé en [1963] 2 Y.B. Com. Dr. Int. 36, 52, U.N. Doc. 1/CN.4/SER.A/1963/Add.1

⁹²⁴ SCHWARZENBERGER (G.), « International *jus cogens* ? », *Texas Law Review*, n° 43 1965, p.467 ; voy é.g. VERDROSS (A.), « Jus dispositivum and *jus cogens* in international law », *AJIL* n° 60, 1966, p.55 et s. ; BROWNLIE (I.), *Principles of public international law*, 1966, p.414 et s.

⁹²⁵ PAUWELYN (J.), *Conflict of norms in public international law*, op. cit., p.178

⁹²⁶ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit., p.30-36

mode dialectique et dont l'importance est capitale pour la cohérence du système juridique, tant d'un point de vue matériel que formel.

347. Ces conflits potentiels peuvent être perçus comme des contradictions non antagoniques, à la différence des conflits réels que l'on a pu qualifier de contradictions antagoniques entre les normes. En effet, alors que dans les contradictions antagoniques, chaque contraire nie son opposé dans son existence même, à tel point que le dépassement dialectique de la contradiction s'opère par la suppression d'un des deux termes ; au sein des contradictions non antagoniques, « *chaque contraire nie seulement son identité avec l'autre contraire* », la résolution de ces contradictions consiste « *dans l'établissement d'une nouvelle forme d'identité entre les deux contraires* »⁹²⁷. En ce qui concerne les conflits potentiels, le rôle de l'interprétation dans la réduction de ceux-ci consiste précisément à établir un rapport nouveau, à reconfigurer, par un type d'interprétation spécifique, leur relation apparemment conflictuelle en une relation permettant leur coexistence. À ce titre, le type spécifique de relation d'interprétation qui s'instaure entre des règles qui entretiennent une relation de contradiction non antagonique suppose d'apprécier la cohérence générale du système juridique international du double point de vue formel et matériel. Toutefois, une telle appréciation ne doit pas seulement s'opérer sous l'égide d'une conception formelle et fonctionnaliste des normes juridiques, mais également vis-à-vis de la substance de celles-ci, des objectifs promus par les ensembles qu'elles forment et des fondements axiologiques du droit international. La cohérence apparaît dans cette perspective comme un facteur non formel d'unité du droit international.

348. Enfin, ce type de relation d'interprétation est marqué par une forte « *dialecticité* » dans la mesure où il suppose de médiatiser un conflit de valeur ou d'objectif sous-jacent au conflit potentiel de normes. Une telle conciliation suppose de mettre en relation la régulation du sens des normes et les mécanismes de résolutions des conflits de normes, c'est-à-dire de joindre dynamiquement les conceptions, formelle et matérielle, de la cohérence du système juridique international. Nous verrons que la combinaison des méthodes de la balance des intérêts, de l'examen de la proportionnalité et de l'établissement de la marge d'appréciation s'inscrit dans cette perspective⁹²⁸. Une telle relation altère qualitativement chaque norme puisqu'elle modifie leurs contenus ou leurs conditions d'application vis-à-vis de la norme concurrente. L'interprétation vise alors, non pas seulement à décider quelle norme s'appliquera, mais encore à établir un nouveau rapport entre les normes considérées et les valeurs qu'elles véhiculent.

⁹²⁷ SÈVE (L.), *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.41 à propos de HEGEL (F.), *Science de la Logique*, tome II, p.84

⁹²⁸ *Infra.*, Partie 2, Titre 4, chapitres 7 et 8

§2. Les contradictions normatives : facteur d'un changement qualitatif dans l'état du système juridique international

349. Les différentes approches des conflits de normes que nous venons d'évoquer présentent un point commun essentiel, celui de considérer la conflictualité des normes juridiques comme un effet pervers, une pathologie, un défaut de rationalisation du système juridique. Pour certains, cette conflictualité est susceptible de déstructurer le système juridique international ; pour d'autres elle est la preuve que le droit international n'a pas le degré de maturation nécessaire pour être systématisé. Pour nous, cependant, il convient plutôt d'apprécier la conflictualité des normes du droit international comme un fait objectif, comme le point de départ depuis lequel nous proposons de démarrer l'analyse plutôt qu'un obstacle à contourner ou un effet pervers à corriger. Les conflits de normes et les contradictions normatives apparaissent dans le contexte d'une complexification croissante de la structure institutionnelle et des éléments constitutifs du système juridique international. Ces contradictions normatives, dans la mesure où elles établissent des liens entre des normes et des ensembles jusqu'alors isolés, sont à la base d'un phénomène d'émergence qui est susceptible de transformer qualitativement le système juridique international⁹²⁹.

A. La contradiction : une passerelle entre les normes

350. Les définitions des conflits de normes sont généralement légitimées par leurs auteurs, Jenks et Marceau notamment, par le souci de préserver la cohérence et l'unité du droit international. Pourtant, réduire artificiellement le champ de la définition des conflits de normes et les types de contradictions normatives étudiées n'a aucun effet positif sur la cohérence systémique. Au contraire, la limitation des situations de conflits aux contradictions antagoniques et bilatérales entre les normes conduit à considérer comme complémentaires des ensembles normatifs du droit international alors que, par exemple, un ensemble de normes qui constitue un régime cohérent peut, par son application ou ses modalités d'existence, dénaturer, empêcher, annuler ou être simplement un obstacle à la réalisation des objectifs d'un autre système normatif. Mener une telle analyse, non seulement sur le terrain de la validité axiologique et procédurale, mais également, du point de vue de la validité empirique, sur le terrain de l'effectivité des normes et des systèmes normatifs nous semble déterminant. Au contraire, la conception des épistémologies positivistes et relativistes perpétue une appréciation minimaliste des relations entre les

⁹²⁹ cf. *Infra*. Partie 2, Titre 4, Chapitre 8

sous-ensembles normatifs du droit international. Si pour certains, sortir d'une conception isolationniste des éléments et des structures du droit international nécessite un élargissement de la conception des conflits de normes⁹³⁰ ; forcé de constater que, malgré son élargissement, la définition doctrinale contemporaine maintient une conception binaire et formaliste des conflits de normes. Elle reste centrée sur le point de vue de l'État, indifférente aux conflits de valeurs et à l'approche holistique du droit international. Or, certains conflits de traités, notamment ceux de types « *trade linkage scenario* », devraient également être appréciés selon une approche qui considère les contradictions entre les instruments de libéralisation et les instruments de régulation. Une telle approche « *requires thinking about the form and function of the treaties and of the international legal system itself, rather than only reviewing tactical considerations regarding two specific conflicting norms* »⁹³¹.

351. Inversement, étendre la définition des conflits de normes aux situations de contradictions non antagoniques et étudier les méthodes de résolutions de ces contradictions permettrait d'établir avec plus de précision les différents types de rapports que les normes du système juridique international entretiennent entre elles. Au contraire, la multiplication des normes et la diversification de leurs formes et leurs contenus laissent plutôt entrevoir, à l'image de la normativité relative, une multitude de variations des relations qu'elles peuvent entretenir. La conception formelle et duale qui consiste à distinguer l'accumulation ou la relation d'interprétation et le conflit, ne permet pas d'apprécier la diversité des relations d'internormativité internes au système juridique international.

352. En effet, ce référentiel à deux éléments et sa logique binaire conduisent à limiter les situations de conflits ou leurs perspectives de résolution à des situations de conformité/non-conformité d'une norme avec une seule autre⁹³². Les règles de conflits de normes en droit international, qu'il s'agisse de la relation principe/exception, loi générale/loi spéciale, loi postérieure/loi antérieure, fonctionnent selon ce modèle et ne concernent que les relations de deux normes entre elles. L'emploi des logiques probabilistes et gradualistes ne serait-il pas plus utile afin d'appréhender cette

⁹³⁰ PAUWELYN (J.), « Bridging fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected islands », *Michigan Journal of International Law*, été 2004, pp.903 et s.

⁹³¹ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, p.580

⁹³² La doctrine contemporaine s'intéressant aux conflits de normes en droit international public se limite à cette approche binaire et formaliste des conflits de normes. cf. PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op. cit.*, pp.2-10. ; JENKS (W.), « Conflict of Law-Making treaties », *British Yearbook of International Law*, n°30, 1953, pp.401-453 ;

transformation de la normativité juridique ?⁹³³ N'est-il pas possible d'envisager des situations où plus de deux normes participent d'une relation conflictuelle ? D'une totalité en tension ? Ne peut-on pas imaginer que des ensembles normatifs, où régimes spécialisés du droit international, entretiennent des relations de contradiction ?

353. Adopter une épistémologie constructiviste permettrait en outre de dépasser le modèle hiérarchique et l'appréciation univoque des contradictions. N'est-il pas possible de considérer, dans le cadre d'une fragmentation grandissante du droit en autant de régimes spéciaux⁹³⁴, qu'une situation juridique peut relever de la compétence de plus de deux normes qui traduisent des obligations de comportement différentes et parfois incompatibles ? De telles situations supposent-elles nécessairement d'être résolues par la suppression d'un des termes de la contradiction ? Ne peut-on pas substituer au modèle hiérarchique un principe hétérarchique, c'est-à-dire une logique d'ordre de priorité qui peut aboutir à des solutions variables selon les acteurs, le moment et les domaines considérés ?

354. À l'appréciation quantitative du devoir être comme une succession d'états stables de l'être positif du droit, ne peut-on pas associer une appréciation qualitative et dynamique de sa fonction symbolique et des valeurs qu'il véhicule ? En d'autres termes, à l'appréciation instrumentale des moyens du droit, ne doit-on pas associer une appréciation qualitative vis-à-vis des fins qu'il tend à promouvoir et du projet de société qu'il recèle ? Ainsi, à l'appréciation formelle des conflits de normes, ne peut-on pas associer une conception des conflits de valeurs sous-jacents à de tels conflits ? N'est-ce pas exactement ce que font les juges et arbitres internationaux lorsqu'ils construisent, au fil de leurs décisions, une méthode commune, dialectique et contextuelle, de résolution des conflits de normes ?⁹³⁵ Par ailleurs, plutôt que de chercher un équilibre illusoirement immuable et définitif entre ces normes ou ces valeurs, ne doit-on pas envisager que le système juridique puisse tendre vers la recherche d'équilibres ponctuels ?⁹³⁶ Toutes ces interrogations

⁹³³ DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, pp.18-20 ; DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, PUF, Paris, 2004, pp.16-28 ; p.386 et s ; OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires de Saint Louis, 2002, Bruxelles, pp.307-380,

⁹³⁴ Rapport de la Commission du droit international des Nations Unies, « *Fragmentation of international law : difficulties arising from the diversification and expansion of international law* », 58e Session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006 ; cf. ZAPATERO (P.), « Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Fall, 2005

⁹³⁵ *Infra.*, Partie 2, Titre 4, Chapitre 8

⁹³⁶ Les techniques de conciliation des droits fondamentaux mises en œuvre par certaines cours suprêmes et constitutionnelles semblent aller dans ce sens ; cf. DRAGO (C.), « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, *chr.* p. 265 ; SAINT-JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés publiques en droit français*, thèse, Paris, PUF, 1995 ; DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 85

épistémologiques font référence à la fonction sociale qui est attribuée à la technique juridique en un temps et un lieu déterminés. Autrement dit, elles supposent de s'interroger sur le projet que nous propose la technique. Que peut répondre une science basée sur la stricte connaissance de son objet ? Les principes épistémologiques proposés par la logique formelle ne permettent pas d'obtenir une connaissance qualitative de la technique juridique, une connaissance « *actionnable* ». En effet, comme le rappelle F. Ewald, « *la théorie peut créer l'illusion du droit comme science déductive ; elle ne saurait masquer l'arbitraire constitutif de ses constructions*⁹³⁷. *Qu'une solution apparaisse déductible dans un cadre théorique n'empêche pas que le praticien soit aussi conduit à s'interroger sur la justice de la solution, c'est-à-dire sa "justesse" compte tenu des intérêts en présence, des circonstances, de ses effets sur la rationalité politique* »⁹³⁸.

B. Des phénomènes d'émergence dans le système juridique international

355. La multiplication et la diversification des normes du système juridique international induisent un effet entropique. L'accroissement quantitatif et la diversification qualitative des éléments du système juridique maximisent les interactions entre ceux-ci. La reconfiguration des relations normatives implique une transformation des propriétés systémiques de l'ensemble. À ce titre, la contradiction normative apparaît comme le moyen d'établir une passerelle, un lien entre des normes et des ensembles de normes jusqu'alors isolés. En effet, au-delà des contradictions binaires entre deux normes se dessinent des contradictions complexes impliquant des sous-ensembles normatifs du droit international.

356. N'assiste-t-on pas à l'évolution du système juridique international depuis une configuration des relations entre les normes où celles-ci n'entretiennent pas ou peu de relations et vers une configuration où les relations entre les normes se maximisent ? Une telle évolution trouve son origine dans le contexte social. Depuis un siècle les développements des moyens de communication et de transports ont permis l'accroissement quasi exponentiel des relations, économiques notamment, entre des partenaires publics et privés. La société contemporaine est caractérisée par la multiplication des interdépendances de tous ordres. L'expansion du droit international intervient comme une réponse pratique, pour les États, à cette globalisation des interdépendances. Certains

⁹³⁷ SABETE (W.), « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », in DOAT (M.), LE GOFF (J.), PEDROT (P.), *Droit et complexité*, op. cit., p. 217 et s., et not. p. 222 et s.

⁹³⁸ EWALD (F.), *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986, p. 38 et s. L'auteur précise qu'en d'autres termes : « *La pratique juridique requiert donc un autre mode de réflexion qui lui assure une certaine intelligence politique d'elle-même* ».

considèrent qu'il s'agit là du passage d'un système juridique assurant la coexistence pacifique des États à un système axé vers la coopération internationale. On peut aussi considérer, plus simplement, que les conditions et modalités de la coexistence pacifique des États ont évolué en fonction du contexte sociétal, c'est-à-dire en fonction du développement des technologies et des activités humaines.

357. Toutefois, cette régulation juridique des interdépendances s'opère sous l'égide de mécanismes qui semblent parfois plus chaotiques qu'ordonnés. En effet, comme nous l'avons vu, la multiplication et la diversification des éléments du système juridique international qui passent par une relativisation de la normativité juridique, induisent une variation plus importante des types de relations qu'entretiennent ces éléments. En plus des relations binaires et formelles entre les normes, semblent apparaître des relations complexes et en rapport avec leurs substances, les valeurs et les objectifs qu'elles promeuvent. Les relations de complémentarité ou d'indifférence entre les normes et les ensembles normatifs assuraient, en deçà d'un certain seuil de complexité, une forme de prédictibilité des relations normatives et une plus grande sécurité juridique. La reconfiguration de ces relations et l'apparition de relations nouvelles, tels que les conflits de normes, les relations d'interprétations spécifiques aux contradictions non antagoniques, les conflits de systèmes normatifs ou contradictions complexes tendent à remettre en cause cette forme de prévisibilité. Il nous semble que c'est cette reconfiguration des relations qu'entretiennent les éléments des systèmes juridiques qui permet l'émergence de nouvelles propriétés systémiques que sont l'imprédictibilité, l'indécidabilité et le développement dialectique des contradictions normatives. C'est précisément ce que le paradigme du non-linéaire permet d'expliquer : le fait que certaines propriétés globales apparaissent dans un système sans que les propriétés intrinsèques des parties constitutantes aient changé ; seules ont changé les interactions entre ces parties.

358. Il faut néanmoins nuancer ce propos du point de vue épistémologique. Si l'observateur où l'acteur peut percevoir le comportement du système juridique international comme étant contradictoire, incertain, difficilement prévisible, cela est principalement dû à deux facteurs qui touchent aux conditions de l'observation. En premier lieu, en amont de la résolution d'un conflit de normes lorsque celui-ci apparaît, le système juridique international se retrouve momentanément dans un état « *multistationnaire* ». C'est-à-dire que pour une situation juridique donnée, plusieurs normes ou ensembles de normes sont susceptibles d'être appliqués. En effet, en l'absence de mécanismes efficaces et appropriés de résolution des conflits de normes et d'une instance de régulation, la « *multistationnarité* » du système perdure. Du point de vue de l'observateur extérieur le système se trouve, à un instant donné et vis-à-vis d'une situation juridique donnée,

simultanément dans plusieurs états. On retrouve ici l'hypothèse dites de la « polysystème simultanée » et l'expérience du chat de Schrödinger. Le comportement du système peut alors paraître incohérent, indécidable ou imprévisible. Le second facteur tient à l'accélération du temps social qui résulte du progrès technologique. Le développement de nouvelles activités humaines et de nouvelles interdépendances à des vitesses toujours plus grandes induisent une création exponentielle de normes juridiques pour les réguler. Ainsi, l'expansion et la fragmentation du droit international multiplient les potentialités de conflits de normes et, partant, augmentent la « *multistationnarité* » pour le système pris dans son ensemble.

359. Enfin, les relations conflictuelles ou les contradictions potentielles entre les normes – qui requièrent un travail dialectique d'interprétation – permettent la mise en mouvement des normes et des ensembles normatifs du système juridique international. La résolution d'un conflit ou d'une contradiction non-antagonique nécessite de reconfigurer les relations que des normes entretiennent, de concilier mutuellement leurs champs d'application et leurs objectifs respectifs. En ce sens, les contradictions normatives constituent une source d'énergie nécessaire à l'évolution dynamique du système juridique international. Le concept d'émergence permet de décrire ces comportements du système juridique international. Ainsi l'accroissement de la matière (les normes) et du mouvement (les relations d'interprétation dialectiques et les conflits) au sein du système juridique international est un catalyseur d'un changement qualitatif de son état.

CONCLUSION CHAPITRE 3

360. Les instruments de protection des droits de l'Homme en matière de bioéthique s'insèrent dans un ordre juridique international fragmenté. Construit sur des fondements consensualistes et à partir de la volonté des États souverains afin de garantir leur coexistence pacifique, l'ordre juridique international est un système de normes juridiques en expansion qui, compte tenu du développement des interdépendances globales entre les acteurs étatiques et non-étatiques de la société internationale, fait l'objet d'importantes évolutions. Depuis plus d'un demi-siècle, les normes juridiques internationales se multiplient et se diversifient afin de répondre aux enjeux d'une société mondialisée. Celles-ci ne sont plus conçues de manière strictement bilatérale et synallagmatique, consacrant des obligations réciproques, mais s'élaborent désormais sous l'égide d'organisations internationales dont la fonction consiste à développer la coopération entre États en vue de protéger des intérêts communs dans de nombreux domaines d'activité. Dès lors, le système juridique international se complexifie à la fois d'un point de vue quantitatif, par la prolifération des normes juridiques internationales, mais aussi d'un point de vue qualitatif, dans la mesure où la coordination de ces dernières revêt désormais une importance capitale. Toutefois, compte tenu des faiblesses du droit objectif, de l'absence d'un législateur centralisé ou d'une hiérarchie des sources clairement établie, cette coordination comme les critères permettant d'évaluer la validité des normes du droit international demeurent incertains.

361. L'ordre juridique international apparaît comme un système hétérogène, soumis à une forme de dispersion et composé de normes très diverses dont les contenus, les formes, et les effets varient. Aux normes substantielles qui consacrent des valeurs ou des objectifs éthiques s'adjoignent des normes procédurales qui assurent leur mise en œuvre selon des moyens tantôt contraignants, tantôt incitatifs. L'effectivité des normes substantielles, c'est-à-dire la satisfaction des objectifs et des valeurs promues par des systèmes juridiques spécialisés, dépend des normes procédurales qui leur sont associées et de la compétence des institutions responsables de leur application. Dans ce contexte, se pose la question de la cohérence du système juridique international et de l'articulation entre les normes et les régimes spécialisés qui le composent. En effet, la prolifération et la diversification des normes du droit international sont des facteurs entropiques qui maximisent les interactions qui peuvent se nouer entre les normes juridiques du droit international. De manière classique, la doctrine distingue deux types d'interaction que les

normes juridiques internationales peuvent entretenir entre elles : les relations d'interprétation aussi appelées relations d'accumulation ou de réconciliation et les relations conflictuelles.

362. Selon cette doctrine majoritaire, soit les normes s'accumulent ou peuvent être réconciliées soit elles sont en conflit. L'accumulation ou la réconciliation constitue la relation normative dans laquelle deux normes peuvent s'appliquer de manière concomitante. Dans cette perspective, s'il existe une solution interprétative pour concilier les deux normes considérées et éviter un conflit, celles-ci s'accumulent et sont considérées comme complémentaires. Le concept d'accumulation englobe ainsi à la fois les relations de complétion, d'inclusion et de confirmation lorsque deux normes reposent sur des champs d'application qui se recoupent et les relations d'indifférence dans lesquels deux normes concernent des situations, des sujets ou des matières différentes. En effet, deux normes peuvent porter sur le même objet ou concerner les mêmes sujets sans nécessairement entretenir une relation contradictoire. Pour cela, il suffit que ces normes imposent des obligations ou consacrent des droits qui ne s'excluent pas mutuellement et qui peuvent être satisfaits simultanément. Dès lors que la satisfaction d'une norme n'implique pas la violation d'une autre, celles-ci s'accumulent. De même, cette doctrine considère qu'une norme générale et son exception n'entrent pas en conflit si la première prévoit formellement l'existence de la seconde. Ainsi selon cette première approche, il semble que les normes du droit international de la bioéthique ne peuvent que compléter et s'accumuler avec les normes relatives à la régulation du commerce international.

363. Néanmoins, cette conception des relations entre les normes du droit international apparaît particulièrement réductrice. Outre le caractère exagérément englobant des concepts d'accumulation ou de réconciliation, l'appréciation strictement formaliste des relations normatives et de la complétude du système juridique international que ces concepts promeuvent, rendent impossible la prise en compte de l'axiologie et des objectifs poursuivis par les normes juridiques internationales. Cette approche demeure également aveugle aux relations d'effectivité entre les normes du droit international, c'est-à-dire les relations normatives dans lesquelles deux normes peuvent être conciliables, mais où l'application de l'une transforme ou affecte les effets attachés à l'application de l'autre. Une telle conception ne permet pas d'évaluer les relations entre les normes d'un point de vue qualitatif. Par exemple, elle s'avère incapable de situer le seuil au-delà duquel l'extension, par voie d'interprétation, du champ d'application d'une exception affecte l'effectivité d'une norme principale au point d'en dénaturer l'objectif poursuivi.

364. Cette conception conduit également à définir le concept de conflit de normes de manière négative comme la relation où deux normes s'avèrent irréconciliables par voie d'interprétation. Plus qu'un simple recoupement accidentel entre certains aspects des champs d'application de deux normes, cette approche affirme qu'un conflit de normes requiert comme préalable la concordance parfaite, à la fois objective, subjective et temporelle, des champs d'application des normes considérées. Pourtant, il n'existe pas de définition formelle de la notion de conflit de normes, alors même que cette question est déterminante pour apprécier l'ampleur du phénomène. Deux définitions centrées sur une appréciation péjorative des conflits, l'une restrictive et l'autre élargie, ont été proposées par la doctrine. La première réduit les conflits de normes aux situations où deux normes contiennent des obligations mutuellement exclusives. Elle a pour objectif de minimiser la survenance des conflits de normes et exclut les contradictions entre une norme permissive et une norme prescriptive ou celles entre une interdiction et un droit. La seconde définition a vocation à intégrer ces situations masquées par la définition restrictive. Elle résulte d'une approche du concept de conflit de normes sous l'angle de la violation de celles-ci. Dans cette perspective, un conflit de norme peut survenir lorsqu'un comportement étatique adopté en conformité par rapport à une norme implique la violation d'une autre, celles-ci s'avérant mutuellement exclusives. De telles normes ne peuvent, selon cette conception, coexister envers les mêmes sujets dans un même ordre juridique.

365. Ces approches formelles, centrées sur une conception contractualiste du droit international, permettent d'établir certaines des causes de leur apparition et de décrire certains de leurs aspects structurels. Les conflits de normes résultent tantôt de causes explicites ou directes lorsqu'un même comportement étatique est soumis à deux régimes différents qui prescrivent des obligations contraires ou dont l'application concomitante implique la violation de l'une par l'autre, tantôt de causes implicites ou indirectes lorsqu'une norme commande ou autorise un comportement qui ne peut être réalisé sans produire une condition préalable ou une conséquence proscrites par une autre norme. La doctrine distingue trois types de conflits parmi les situations où les traités en conflits présentent une identité partielle des parties : les conflits de régimes bilatéraux, les conflits entre un traité bilatéral et un traité multilatéral postérieur, les conflits entre un traité multilatéral et un traité bilatéral postérieur. Les conflits de normes peuvent également être classés selon l'objet ou la nature des normes en cause. La Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités opère une telle classification et consacre, d'une part, règles de résolutions des conflits verticaux qui impliquent une norme de *jus cogens* et une norme de *jus dispositivum*, et, d'autre part, les règles de résolution des conflits horizontaux, tels que

les conflits entre les « *traités successifs portant sur la même matière* », qui impliquent des normes de même qualité.

366. Les définitions et les typologies disponibles n'en demeurent pas moins excessivement restrictives dans la mesure où elles reposent sur une conception exclusivement formelle du contenu des normes, réduites à leur fonction logique, et sur une conception antagonique de la notion de conflit. Les conflits de normes sont en effet conçus par la doctrine et par la Convention de Vienne comme des contradictions binaires et strictement antagoniques entre deux normes. Elles tendent à distinguer les conflits potentiels, qui peuvent être évités ou neutralisés, des conflits réels, qui donnent lieu à un contentieux et doivent être résolus par la suppression d'une des normes en conflits ou l'attribution d'une priorité d'application. La doctrine relative aux conflits de normes déconsidère les conflits potentiels, qualifiés de « *faux conflits* », qui constituent des contradictions non antagoniques dans la mesure où ils ne se transforment pas en des conflits réels. Dans leur perspective, les situations dans lesquelles une norme frustre la réalisation des objectifs d'une autre norme ou annule ces effets ne constituent pas des conflits de normes. Ces définitions du conflit restent indifférentes à l'effectivité des normes juridiques et à leur dimension axiologique ou aux valeurs qu'elles visent à protéger. Celles-ci éludent de leurs champs les autres relations de contradictions entre deux ou plusieurs normes et produisent un appauvrissement tant quantitatif que qualitatif du phénomène de la conflictualité en droit international. Par exemple, dans cette perspective les relations entre le corpus normatif des droits de l'Homme et le système juridique de l'OMC ne peuvent en aucun cas être conçues comme des conflits, dans la mesure où leurs normes ne prescrivent pas des obligations mutuellement exclusives et que les juges élaborent des interprétations de conciliation ou de neutralisation. Pourtant les conflits potentiels constituent, à notre sens, des relations d'interprétation spécifiques entre les normes qui méritent une attention particulière. En effet, ces conflits potentiels constituent des terrains d'étude privilégiés des rapports entre les systèmes juridiques spécialisés du droit international et des mécanismes assurant leur coordination.

367. La réflexion bioéthique promeut une telle approche des conflits focalisée sur la substance et les objectifs poursuivis par les normes en cause. La qualité des normes du droit international de la bioéthique ne peut être déterminée par le biais d'une approche exclusivement formelle dans la mesure où certains des principes consacrés dans des sources formelles non contraignantes, tel que le principe de respect de la dignité humaine, peuvent constituer des normes impératives du droit international. La conception substantielle des normes et de leurs relations, promue par la réflexion bioéthique, est certes impuissante pour rendre compte de la complétude ou de l'unité formelle de l'ordre juridique

international, mais permet d'en apprécier la cohérence axiologique, c'est-à-dire l'adéquation des moyens juridiques aux fins politiques et aux valeurs métajuridiques poursuivies en tant qu'objectifs communs. L'unité du droit international doit être évaluée de ce double point de vue formel et substantiel. Aux mécanismes qui assurent l'unité formelle de l'ordre juridique international en neutralisant les conflits de normes s'adjoignent des mécanismes qui assurent sa cohérence matérielle ou axiologique. Ces derniers dépendent de l'existence d'un système de valeurs fondatrices et communes qui offriraient un paradigme herméneutique homogène aux instances juridictionnelles qui régulent le sens des normes et organisent leurs relations. Or, précisément la faiblesse du droit objectif, les incertitudes qui entourent la reconnaissance de normes impératives du droit international et les divers obstacles qu'une telle entreprise rencontre, ne permettent pas de dégager un système cohérent de valeurs au fondement de l'ordre juridique international qui puisse en orienter l'interprétation. En l'absence d'un tel système métajuridique, les normes juridiques internationales peuvent adopter n'importe quel contenu au risque d'entretenir entre elles des relations contradictoires qui ne débouchent pas nécessairement sur un conflit réel entre deux normes particulières.

368. À ce titre, les conflits potentiels qui constituent des contradictions non antagoniques présentent un intérêt spécifique. Bien plus nombreux que les conflits réels, leur réduction nécessite l'élaboration d'une relation d'interprétation où chacune des normes en conflit est appréciée et, éventuellement, tempérée au regard de sa concurrente. La conciliation de ces contradictions non-antagoniques ne s'opère pas par la suppression d'un des termes, mais par l'élaboration d'un nouveau rapport entre les normes considérées qui tient compte de leur substance respective. Une telle relation d'interprétation suppose de joindre la question des mécanismes de résolution et de neutralisation des conflits de normes à celle de la régulation du sens des normes ou de la médiatisation des valeurs et objectifs qu'elles protègent. La nécessité d'interpréter les conflits potentiels sur un mode dialectique emporte des effets importants sur le formalisme des raisonnements judiciaires et la cohérence de l'ordre juridique international.

369. La réflexion bioéthique invite à concevoir le Droit et les systèmes juridiques dans la perspective d'une épistémologie constructiviste et à dépasser certaines limites de la logique formelle qui conduisent notamment à concevoir les conflits de normes ou les contradictions normatives comme des rapports binaires et irréconciliables entre deux normes. Au contraire, n'apparaît-il pas nécessaire de s'interroger sur les relations contradictoires qui intègrent plus de deux éléments ou sur les contradictions qui peuvent être résolues ou réduites par la transformation réciproque du sens attribué à chacun des termes de la contradiction ? Par ailleurs, à la différence des approches classiques des

conflits de normes, l'approche bioéthique ne conçoit pas les contradictions et les conflits normatifs dans des termes péjoratifs, mais, au contraire comme les vecteurs de la complémentarité entre les principes qui doivent guider l'action. Étendre la définition des conflits pour y inclure les contradictions normatives non-antagoniques permettrait ainsi d'apprécier avec plus de précision les multiples variations des relations que les normes du droit international peuvent entretenir et leurs conséquences sur sa cohérence et sa complétude en tant que système. La réflexion bioéthique adopte l'exact contre-pied des positions défendues par les auteurs positivistes qui semblent considérer que la complémentarité ne s'opère que par voie d'accumulation. Au contraire, au regard de la bioéthique et selon la conception que nous avons tenté d'adopter, les contradictions normatives ne constituent pas une pathologie ou un défaut de rationalisation du système juridique international.

370. Ces conflits et ces contradictions apparaissent dans le contexte d'une complexification quantitative et qualitative du droit international, tant d'un point de vue normatif que d'un point de vue institutionnel. S'ils présentent certains risques pour la sécurité des relations juridiques et la prévisibilité de l'application du droit international, ils ne constituent pas un danger pour l'ordre juridique international, mais permettent son adaptation aux nouvelles réalités sociales et frayent les grandes lignes de son évolution. La résolution et la neutralisation des contradictions normatives recèlent l'opportunité de construire des passerelles, par voie d'interprétation, entre des normes ou des ensembles de normes jusqu'alors présentés comme indifférents les uns vis-à-vis des autres. Ils apparaissent ainsi comme les vecteurs de la reconfiguration des relations entre les normes et les systèmes juridiques spécialisés du droit international. Ces reconfigurations sont difficilement prévisibles, tant du point de vue du système juridique et que de celui des rapports entre les institutions internationales. Toutefois, cette imprévisibilité résulte aussi des conditions de l'observation de ces phénomènes et de l'accélération des rythmes de production et d'application des normes juridiques. En effet, l'existence de contradictions normatives implique la « *multistationnarité* » du système juridique international dans la mesure où pour une situation juridique donnée plusieurs normes ou ensembles de normes seront susceptibles de s'appliquer et d'emporter des conséquences et des effets opposés. En l'absence d'une instance centralisée de régulation du sens des normes et de leurs relations, le comportement du système juridique peut alors s'avérer indécidable ou imprévisible.

CHAPITRE 4 : LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES INTERNATIONAUX, ÉTUDE DES CONTRADICTIONS ENTRE LE SYSTÈME DES DROITS DE L'HOMME ET CELUI DE L'OMC

371. Le progrès technique et scientifique, notamment dans les domaines des transports et de la communication, a permis un accroissement sans précédent des relations transfrontalières entre les individus, les entreprises. L'apparition d'un marché mondialisé et d'une division internationale du travail, orchestrée par les firmes multinationales grâce à la libéralisation progressive des ordres juridiques nationaux, a permis le développement des échanges et des interdépendances entre les acteurs de cette société mondialisée. Pour faire face à ce développement, les États, qui constituent des institutions spécialement créées afin de gouverner de manière souveraine les diverses activités d'une communauté politique humaine sur un territoire, ont organisé collectivement un mode de collaboration dans le but de réguler ensemble des activités qui, par leur nature même, dépassent leurs champs individuels de compétences⁹³⁹.

372. Cette collaboration s'opère sous l'égide d'organisations internationales⁹⁴⁰ créées spécifiquement à cette fin. Ces organisations sont établies par des accords conventionnels qui lient les États membres et déterminent les compétences et les pouvoirs des institutions interétatiques⁹⁴¹. Ces institutions constituent des enceintes de gestion

⁹³⁹ Serge Sur considère notamment que : « la territorialité, assise traditionnelle de l'État, ne peut plus assurer sa clôture et protéger cette identité. Les frontières sont de plus en plus perméables aux échanges, humains, matériels, de biens et de services, intellectuels... À la logique d'une juxtaposition immobile tend à se substituer un nomadisme international, qui non seulement efface l'espace, mais transperce aussi les frontières. Dès lors, la distinction classique interne/international est érodée. Les questions transnationales par nature se multiplient, qu'il s'agisse des échanges économiques, de l'environnement, des droits de l'homme ». in SUR (S.), « L'État entre l'éclatement et la mondialisation », *Revue Belge de Droit International*, 1997/1, Bruylant, Bruxelles, pp.5 et s.

⁹⁴⁰ ABI-SAAB (G.), *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980, 292p. ; ZORGBIBE (Ch.), *Les organisations internationales*, PUF, coll. Que Sais-Je ? n°192, Paris, 1986, 125p. ; DUPUY (R.J.), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus-Nijhoff, Dordrecht Boston, 1988, 342p (X+332) ; BETTATI (M.), *Le droit des organisations internationales*, PUF, coll. Que Sais-Je ? n° 2355, Paris, 1987, 126p.

⁹⁴¹ DUPUY (R.J.), « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », *RGDIP*, 1957, pp.527-529 ; ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, Paris, 1994, pp.31-51 ; Sur le fonctionnement et les compétences des OI : RAMA-MONTALDO (M.), « International Legal Personality and Implied Powers of International Organisations », *BYIL* n° 44, 1970, pp.111-135 ; VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2000, pp.199 et s. (864p.)

collective, des interdépendances dans divers domaines d'activité spécifiques⁹⁴². L'expertise technique et le cadre organisationnel qu'elles proposent, facilitent et accompagnent la négociation, l'élaboration, la production, et éventuellement l'application, par les États, de normes juridiques internationales. Certaines de ces organisations peuvent, selon les pouvoirs que leur attribuent leurs actes constitutifs, produire par elles-mêmes des normes parajuridiques, d'autres sont dotées d'un appareil institutionnel capable de contrôler et, dans une certaine mesure, de sanctionner les politiques mises en œuvres par les États.

373. Au sein de ces organisations, les États accroissent leur coopération en établissant de véritables complexes normatifs, des réseaux de normes juridiques et/ou parajuridiques. Ces ensembles normatifs et institutionnels constituent des régimes spécialisés destinés à réguler un domaine d'activité spécifique. Ils sont dotés d'une cohérence interne, de mécanismes particuliers assurant leur mise en œuvre et présentent des degrés variables d'autonomie par rapport au droit international général et au système institutionnel onusien. Ils promeuvent des valeurs et poursuivent des objectifs qui leur sont propres. L'analyse formelle de leurs structures normatives peut conduire à distinguer des normes primaires et des normes secondaires⁹⁴³. Selon une autre conception, qui adjoint une appréciation axiologique à l'analyse formelle, nous pourrions distinguer des normes substantielles et des normes procédurales remplissant des fonctions différentes au sein de la structure normative des systèmes juridiques spécialisés. Ces régimes spécialisés sont parfois considérés, d'un point de vue épistémologique, comme des sous-systèmes de l'ordre juridique international⁹⁴⁴. Toutefois, considérant le niveau de développement du droit international contemporain, les questions relatives à la cohérence externe de ces sous-systèmes et aux relations qu'ils entretiennent entre eux font encore l'objet de réponses incertaines⁹⁴⁵.

⁹⁴² Michel Virally définit l'organisation internationale de manière générale comme « *une association d'États, constituée en vue de remplir certaines fonctions d'intérêt commun et dotée, à cet effet, d'un appareil permanent d'organes* », In VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain », RCADI, t.183, n° V, p.254

⁹⁴³ MARSCHIK (A.), « Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of International Legal System », *EJIL*, 1998, vol.9, pp.212-239

⁹⁴⁴ ZAPATERO (P.), « Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems », *Arizona Journal of International and Comparative Law* n°23, Fall 2005, pp. 55 et s.

⁹⁴⁵ Pour Joost Pauwelyn : « *fragmentation is not necessarily a bad thing, nor will it disappear anytime soon. Law making and law enforcement by specialized organizations are likely to lead to better law. Regulatory competition may increase efficiency and provide a laboratory for the development of new legal instruments. Moreover, the diversity of states means that not all states have the same interest and hence that not all states will want to, or should, join all treaty-regimes* ». cf. PAUWELYN (J.), « Bridging fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected islands », *Michigan Journal of International Law*, été 2004, pp.903 et s.

374. Certaines de ces relations s'apparentent à des contradictions complexes non antagoniques, ou conflits complexes potentiels, dans la mesure où une situation juridique peut relever de la compétence de plusieurs régimes spécialisés dont l'application concomitante aboutirait à des solutions divergentes. Dans ce type d'hypothèse, le traitement de la situation juridique par un sous-système peut se faire au détriment des valeurs et objectifs poursuivis par un autre. Suivant notre hypothèse de départ selon laquelle le droit international de la bioéthique constitue une interface où peuvent se développer les contradictions entre plusieurs régimes spécialisés du droit international, nous étudierons selon ce prisme les relations qu'entretiennent deux sous-systèmes normatifs du droit international que tout oppose du point de vue formel et institutionnel : le droit de l'OMC et le droit international des droits de l'homme.

Section 1 : L'hétérogénéité des ensembles normatifs du droit international : comparaison du système des droits de l'homme et du système de l'OMC

375. Les organisations internationales favorisent la coopération interétatique dans des domaines divers et selon des modalités propres à chacune. Elles ont des objectifs et des compétences très différents. En effet, les complexes normatifs qui se constituent sous leurs auspices disposent d'une cohérence matérielle, dans la mesure où ils s'appliquent à un objet ou une activité spécifique en poursuivant certains objectifs expressément établis. Ils sont également dotés d'une structure axiologique dans la mesure où ils se fondent sur un certain nombre de valeurs inscrites dans leurs actes constitutifs et qu'ils tendent à promouvoir et protéger. Ces ensembles normatifs sont parfois assortis de mécanismes assurant leur cohérence formelle interne et d'institutions accompagnant ou vérifiant leur mise en œuvre. De ces éléments assurant une structure formelle et institutionnelle dépend souvent le degré d'effectivité de ces régimes spécialisés en droit international.

§1. Hétérogénéité des structures formelles et institutionnelles des sous-systèmes du droit international

376. Les régimes spécialisés du droit international constituent des complexes de normes très hétérogènes. Ils peuvent être composés d'instruments normatifs divers : des traités, des conventions ou des déclarations internationales, des actes d'organisations internationales, d'une pratique concordante d'un certain nombre d'États résultant en une

série d'actes juridiques produisant des effets concordants. Les normes qui composent ces complexes normatifs peuvent être rassemblées en un seul instrument ou en plusieurs. Certains constituent de véritables systèmes de traités internationaux mis en réseau à la fois formellement et axiologiquement par un appareil institutionnel disposant de pouvoirs suffisant, tel qu'en témoigne le droit communautaire ou le droit de l'OMC⁹⁴⁶. D'autres sont constitués de normes éparses consacrées au sein d'instruments de types différents et dotés d'appareils institutionnels moins performants dans l'ordre juridique interétatique.

377. Afin de mettre en lumière cette hétérogénéité, nous retiendrons l'exemple de deux sous-systèmes du droit international présentant des structures formelles et institutionnelles radicalement différentes, voire opposées : le système normatif de l'OMC⁹⁴⁷ et le système normatif du droit de la bioéthique et des droits de l'homme. Le système normatif de l'OMC s'appuie sur des conventions multilatérales et tend vers l'universalité. Il est un ensemble normatif qui présente un degré important de cohérence et une forte efficacité dans l'ordre juridique international. Celle-ci tient à ses caractéristiques formelles et institutionnelles particulières. Inversement, le système normatif du droit de la bioéthique est principalement composé d'un droit recommandatoire dont l'application dépend largement de la volonté des États. Ses structures formelles et institutionnelles sont peu développées, à l'échelle internationale, et présentent moins de garanties du point de vue des critères de cohérence et d'efficacité. Ces deux systèmes peuvent apparaître comme archétypiques dans l'ordre juridique international, l'un comme étant un modèle d'efficacité dont la légitimité fait parfois défaut, l'autre comme un modèle de légitimité dont l'effectivité est souvent limitée.

⁹⁴⁶ Voy. not. STONE SWEET (A.) « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, n°16-2, pp.639-642 ; KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Larcier, Bruxelles, 2008, (371p.), spé. pp.253 et s. voy. le Chapitre « La constitutionnalisation du droit de l'OMC et son impact sur le système juridique international », ; Voy ég. TRACHTMAN (J.), « The Constitutions of the WTO », *EJIL* vol.17 n° 3, 2006, pp.623-646

⁹⁴⁷ La doctrine contemporaine considère majoritairement que le droit de l'OMC est un sous-système spécialisé du droit international. Il n'est ni totalement autonome, ni cliniquement isolé comme le rappelle la jurisprudence de l'ORD, notamment dans les affaires *États-Unis – Essence* et *États-Unis – Crevettes*. cf. PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit. pp.25-75, du même auteur « Bridging Fragmentation and Unity : International Law as a Universe of Inter-Connected Islands », *Michigan Journal of International Law* vol.25, pp.903 et s. ; ABI-SAAB (G.), « The WTO dispute settlement and general international law », in YERXA (R.) et WILSON (B.) s.d., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp.7-11 ; MARCEAU (G.), « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *EJIL*, Vol.13, n° 4, sept. 2002, pp.753 et s. ; ZAPATERO (P.), « Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems », *Arizona Journal of International and Comparative Law* n°23, Fall 2005, pp. 55 et s

A. Le droit de l'OMC : un « Self -Enforced Regime » (SER)

378. Le droit de l'OMC est constitué par un réseau de traités spécifiques aux différents aspects de la régulation juridique des activités commerciales. Il se compose d'un traité-cadre composé, en annexe⁹⁴⁸, d'un réseau de traités spécifiques dont certains consacrent des principes et des normes généraux et substantiels relatives au commerce et dont d'autres consacrent des normes procédurales et techniques⁹⁴⁹. Au sein de ce système normatif, on trouve au rang des traités contenant des normes substantielles, le GATT⁹⁵⁰ de 1994, l'AGCS⁹⁵¹ et l'ADPIC⁹⁵² qui constituent l'essentiel des trois annexes à l'Accord instituant l'organisation mondiale du commerce. Les instruments normatifs relatifs aux aspects techniques et procéduraux de la régulation des activités commerciales font l'objet d'accords spécifiques tels que le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ou les accords SPS⁹⁵³ et OTC⁹⁵⁴ ainsi que l'accord sur les MIC⁹⁵⁵. Enfin, il comprend des Accords plurilatéraux et/ou spécifiques à certains domaines d'activité ou concernant un nombre restreint d'États⁹⁵⁶. Son champ d'application *ratione materiae* est très large dans la mesure où il concerne à la fois le commerce des marchandises et des services, l'agriculture, les aspects de la propriété intellectuelle liés au commerce, les mesures concernant l'investissement et liées au commerce, les mesures de contrôles sanitaires et phytosanitaires des produits, les mesures concernant les normes techniques liées au commerce, ou encore les mesures antidumping et celles concernant les subventions étatiques.

⁹⁴⁸ L'Annexe 1 se compose des *Accords Multilatéraux sur le Commerce des Marchandises* (Annexe 1A) qui comprend notamment le GATT de 1994, les *Accords SPS, OTC et MIC*, de l'*Accord Général sur le Commerce des Services* (Annexe 1B) et de l'*Accord relatif aux Aspects des Droits de Propriété intellectuelle liés au Commerce* (Annexe 1C). L'Annexe 2 est constituée par le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*. L'Annexe 3 est relative aux *Mécanismes d'examen des politiques commerciales*. Enfin l'Annexe 4 se compose de quatre *Accords commerciaux plurilatéraux* qui concernent le commerce des aéronefs civils (Annexe 4a), les marchés publics (Annexe 4b), le secteur laitier (Annexe 4c) et la viande bovine (Annexe 4d).

⁹⁴⁹ Certains auteurs utilisent le concept de « *special secondary norms* » en référence à la distinction entre normes primaires et normes secondaires proposée par H.L.A. HART. cf. ZAPATERO (P.), « *Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems* », *op. cit.*, p.55-57. ; HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, Université de Californie, 263p. ; cf. *Infra*. Section 2.

⁹⁵⁰ *Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce* de 1994

⁹⁵¹ *Accord Général sur le Commerce des Services* de 1994

⁹⁵² *Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce*

⁹⁵³ *Accord sur les mesures Sanitaires et Phyto-Sanitaires*

⁹⁵⁴ *Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce*

⁹⁵⁵ *Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce*

⁹⁵⁶ Annexe 4 de l'*Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce : Accords commerciaux plurilatéraux* qui comprennent 4 accords : l'*Accord sur le commerce des aéronefs civils*, l'*Accord sur les marchés publics*, l'*Accord international sur le commerce laitier*, l'*Accord international sur la viande bovine*.

379. Le réseau d'instruments normatifs du droit de l'OMC comprend également un volet institutionnel. D'un point de vue institutionnel l'OMC se compose de la Conférence ministérielle des États membres et d'un Conseil général. La conférence ministérielle est compétente pour mener les négociations internationales à leur terme et éventuellement produire de nouvelles normes ou interpréter, voire amender, les normes existantes. Le rôle attribué au Conseil général est double⁹⁵⁷. D'une part, il est responsable de l'examen des politiques commerciales des gouvernements⁹⁵⁸, et, d'autre part, il se réunit en tant qu'organe de règlement des différends⁹⁵⁹.

380. Sa compétence s'articule autour d'un véritable ordre procédural, procédant principalement de deux instruments⁹⁶⁰, qui organisent, d'une part, la transparence des politiques commerciales étatiques par une procédure de vérification et, d'autre part, le contrôle contentieux de la conformité de ces politiques aux normes de l'OMC. Ces instruments prévoient des mécanismes capables d'assurer la cohérence formelle et matérielle interne au système de l'OMC. L'ORD apparaît, au sein de cette construction, comme une instance de régulation du sens des normes du système et de leurs relations internes. Parmi ces mécanismes, on trouve les facteurs classiques⁹⁶¹ assurant le respect conforme, ou « *compliance* »⁹⁶², des mesures étatiques aux normes d'un système. Les mécanismes de la « *compliance* » incitent les États à adhérer à un régime⁹⁶³. Ces facteurs ont pu être qualifiés d'« *enforcement mechanisms* »⁹⁶⁴. Toutefois, la spécificité du système normatif de l'OMC réside dans le fait qu'il bénéficie d'une effectivité accrue par rapport à ce que produisent les facteurs classiques.

381. C'est précisément l'ordre institutionnel et procédural propre au système normatif de l'OMC, ensemble de normes secondaires et d'organes capables de les mettre

⁹⁵⁷ Article IV alinéa 2 à 4 de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce

⁹⁵⁸ Article IV alinéa 4 de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce

⁹⁵⁹ Article IV alinéa 3 de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce

⁹⁶⁰ Annexe 2 et 3 à l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce. Annexe 2 *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* ; Annexe 3 *Mécanismes d'examen des politiques commerciales*

⁹⁶¹ Thomas Franck étudie les facteurs qui favorisent l'adhésion des États à un régime particulier. À ce titre, il repère trois grands facteurs de la « *compliance* » en droit international public : « *legitimacy, reputational pressure, or the threat of economic sanctions* ». cf. FRANCK (T.M.), « Legitimacy in the International Legal System », *American Journal of International Law*, n°82, 1988, p.705

⁹⁶² Sur la signification du terme « *compliance* » : Cf. MARAUHN (T.), « Toward a Procedural Law of Compliance Control in International Environmental Relations », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (2) : 686-731 ; article disponible sur le site de l'institut Max Planck : http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_3_a_696_731.pdf

⁹⁶³ DOWNS (G.W.), « Enforcement and the Evolution of Cooperation », *Mich. Journal of International Law*, n° 19, 1998, pp.319-324 ;

⁹⁶⁴ Le concept de « *enforcement* » peut être défini comme « *the act of compelling compliance with a law* », Cf. BRUNNÉE (J.), « Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law », in *Environmental Law Network International Review* 2005, p.3-13

en œuvre, qui assurent un tel degré d'efficacité à l'ensemble. En effet, même lorsqu'il existe un mécanisme de règlement des différends et des procédures de mise en œuvre, « *the regime may lack any meaningful enforcement apparatus or methods to secure compliance* »⁹⁶⁵. Par exemple, sous le régime du GATT de 1947⁹⁶⁶, il était parfois difficile d'assurer la mise en conformité des politiques étatiques avec la décision du panel relative au règlement d'un différend⁹⁶⁷. En plus des « *enforcement mechanisms* » classiques, l'ORD dispose depuis 1994 d'un élément de coercition supplémentaire.

382. Le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* octroie une compétence générale à l'ORD pour administrer ces règles de procédures⁹⁶⁸. L'organe de règlement des différends est institué en véritable instance d'administration des mécanismes de la cohérence formelle et de la régulation du sens des normes de l'OMC. L'ORD présente également les caractères d'une juridiction internationale⁹⁶⁹. L'article 3, alinéa 2, du *Mémoire d'accord* précise notamment que « *le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». De plus, bien que la compétence contentieuse de l'ORD se limite aux situations où une mesure étatique viole une norme de l'OMC, le *Mémoire d'accord* prévoit une procédure de *plainte en*

⁹⁶⁵ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.702

⁹⁶⁶ Ainsi, comme le note Clothilde Jourdain Fortier : sous le régime du GATT de 1947 « *un État qui ne respectait pas les règles du traité ne pouvait être sanctionné qu'à la condition d'un accord unanime de l'ensemble des États membres sur la sanction, y compris du pays devant subir celle-ci ; à l'inverse, sous l'OMC, les États membres, y compris celui qui subit la sanction, doivent être unanimement d'accord pour décider de ne pas appliquer la sanction prise par la juridiction* ». JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, Paris, p.33

⁹⁶⁷ ABBOTT (K.W.), « The Uruguay Round and Dispute Resolution : Building Private-interests System of Justice », *Columbus Business Law Review*, 1992, n°111, p.144 : l'auteur traite notamment de l'affaire *EC-US Oilseeds. European Economic Community Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, 25 janvier 1990, GATT, BISD, 37^{ème} Supp., 1991, p.86

⁹⁶⁸ Article 2 alinéa 1 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* : « *L'Organe de règlement des différends est institué pour administrer les présentes règles et procédures et, sauf disposition contraire d'un accord visé, les dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends* ».

⁹⁶⁹ Pour une analyse détaillée de la décision prise au terme du processus devant l'ORD, de sa force obligatoire et exécutoire : RUIZ-FABRI (H.), « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. Arb.* 2003, n° 3, p.920-938 ; Du même auteur, « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *JDI*, 1997, 3, p.709 et s. ; « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Travaux du Credimi, vol.20, Paris, Litec, 2000, p.303

situation de non-violation⁹⁷⁰. Cette procédure fait l'objet d'un moratoire de la part des États qui ne perçoivent que trop bien les dangers qu'une telle procédure recèle à l'égard de leur souveraineté.

383. En outre, le Mémorandum d'accord alloue un pouvoir nouveau à l'organe de règlement des différends lui permettant de mieux assurer la mise en conformité des politiques étatiques avec les décisions qu'il rend. L'article 2 dispose, en son 1^{er} alinéa, « l'ORD aura le pouvoir d'établir des groupes spéciaux, d'adopter les rapports de groupes spéciaux et de l'organe d'appel, d'assurer la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations ». Mais, de plus, ce même article reconnaît également à l'ORD « le pouvoir (...) d'autoriser la suspension de concessions et d'autres obligations qui résultent des accords visés ». L'article 22 du Mémorandum établit le régime de cette suspension. Ces mesures sont « temporaires » et peuvent être utilisées « dans les cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable »⁹⁷¹. Cette suspension des concessions et autres avantages peut concerner le même secteur d'activité, mais ne s'y limite pas nécessairement. Elle doit toutefois être « équivalente » au préjudice résultant de la mesure attaquée⁹⁷².

384. En d'autres termes, l'ORD contrôle les modalités du recours à la sanction économique par l'État victime d'un préjudice résultant de la violation d'une norme de l'OMC ou du refus d'appliquer un des rapports que l'ORD adopte. Ces mesures ont pour objectifs d'imposer un coût à la violation des normes du système de l'OMC⁹⁷³ sans pour autant le doter d'un pouvoir de coercition propre. On peut remarquer que d'autres ordres normatifs parajuridiques utilisent des méthodes similaires. Certaines firmes multinationales élaborent, pour elles-mêmes ou en commun, des standards normatifs, des guides de bonnes pratiques ou des guides éthiques, relatifs à leur activité⁹⁷⁴. Ces standards et autres ensembles normatifs, propres à ces firmes, peuvent être imposés à l'ensemble de leurs partenaires économiques en sanctionnant leur violation par une clause stipulant le paiement d'une indemnisation, voire en subordonnant la poursuite des relations contractuelles au

⁹⁷⁰ Article XXIII du GATT de 1994, Article 64-2 de l'ADPIC et Article 26 du Mémorandum d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends ; Voy. MACHROUH (J.), *Justice et développement selon l'Organisation Mondiale du Commerce*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp.59 et s. (337p.)

⁹⁷¹ L'article 22, alinéa 1^{er}, précise que « toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés ».

⁹⁷² L'article 22 alinéa 4 dispose que : « Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ».

⁹⁷³ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, pp.699 et s.

⁹⁷⁴ BERNS (T.), DOCQUIR (P.F.), FRYDMAN (B.), HENNEBEL (L.) et LEWKOWICZ (G.), *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 175-181, 212-215 (230p.)

respect des normes qu'elle produit. Ainsi, un coût économique est imposé à la violation des standards et des normes techniques élaborés par ces entreprises dans le but de réguler l'ensemble de la chaîne d'un secteur de production. De tels systèmes, composés de standards normatifs et de normes parajuridiques, capables d'imposer un coût aux acteurs d'un ordre contractuel, multilatéral et privé, disposent souvent d'une effectivité plus conséquente dans l'ordre social que de nombreuses normes juridiques internationales.

385. Les institutions de l'OMC compensent l'absence de pouvoir coercitif propre par l'autorisation donnée à l'État victime de mettre en œuvre une coercition économique⁹⁷⁵. Ainsi, l'effectivité du droit de l'OMC opère de manière quasi automatique. En effet, on imagine mal qu'un État, victime d'un préjudice résultant d'une politique qui viole les normes de l'OMC et qui n'obtient pas de compensation, se prive du pouvoir de compenser lui-même ce préjudice par la suspension de concessions et d'avantages qu'il octroie habituellement à son partenaire. Cette forme d'auto-effectivité est propre à certains systèmes normatifs du droit international qualifiés, par une partie de la doctrine, de « *Self-Enforcing Regime*⁹⁷⁶ »⁹⁷⁷ (SER). Le contrôle des sanctions économiques peut s'avérer

⁹⁷⁵ BOWN (C.P.), *Self-enforcing trade : developing countries and WTO dispute settlement*, Bookings Institution Press, Washington 2009, 282p, spé. p.57 « *Rational, forward-thinking policymakers surely recognize the limits of the WTO system, which ultimately self-enforces commitments through credible, underlying threats of retaliation* ».

⁹⁷⁶ Le concept d'« *International Regime* » fait l'objet de plusieurs définitions : Krasner considère que « *Regimes can be defined as sets of implicit and explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behaviour defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions of proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice* ». KRASNER (S.D.), *International Regimes*, Cornell University Press, 1983, (372p.), spé. p.2 ; Richard Keohane considère, plus simplement que les régimes sont des « *institutions with explicit rules, agreed upon by governments, that pertain to particular sets of issues in international relations* ». voy. KEOHANE (R.), « The Analysis of International Regimes. Towards a European-American Research Programme », in RITTBERGER (V.) s.d., *Regime Theory and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p.28 (23-45) ; voy. HASENCLEVER (A.), MAYER (P.) et RITTBERGER (V.) s.d., *Théories of International Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, 248p, spé. pp.8-22 ; HAGGARD (S.) et SIMMONS (B.A.), « Theories of International Regimes », *International Organization*, vol.41 n° 3, été 1987, pp.491-517

⁹⁷⁷ La doctrine définit, en droit privé, le concept de « *self-enforcement* », ou caractère auto-exécutoire des contrats : « *In a self-enforcing agreement each party decides unilaterally whether he is better off continuing or stopping its relation with the other parties. He stops if and only if the current gain from stopping exceeds the expected present value of his gain from continuing. No outside party intervenes to enforce the agreement, to determine whether there has been violation, to assess damages, and to impose penalties* ». TELSER (L.G.), « A Theory of Self-enforcing Agreements », *The Journal of Business*, vol.53, n°1, janvier 1980, pp.27 et s. ; Appliqué au Traités multilatéraux entre États, Claire Kelly précise l'emploi de ce concept : « *I use the term « self-enforcing » to refer to a regime or institution capable of imposing meaningful costs for non-compliance with its rules with some degree of autonomy, such as the WTO. A non self-enforcing regime, such as the International Labor Organization, lacks autonomous methods of securing compliance. A third type of regime is the non-conflictual regime. Non-conflictual regimes focus on coordination problems, such as the International Civil Aviation Organization, where compliance arises from successful coordination* ». KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.673

d'une redoutable efficacité pour contraindre les Membres d'une organisation au respect des normes qu'elle produit. Toutefois, comme le remarque Claire Kelly, imposer des sanctions économiques est possible et efficace « *only when the imposing nation controls something of value such as foreign aid or a preferential tariff rate with a market of goods* »⁹⁷⁸. Dès lors qu'un système normatif ou qu'une organisation dispose d'un élément de coercition, même indirect, une telle capacité emporte deux conséquences majeures.

386. En premier lieu, un tel système normatif cumule à la fois les « *standards methods of compliance that non-SERs have, including persuasion, legitimacy, dispute settlement and enforcement mechanisms* »⁹⁷⁹ et un élément permettant une certaine forme de sanction de ses normes. Ainsi, « *these compliance mechanisms are, however, strengthened by virtue of a regime's self enforcing capabilities* »⁹⁸⁰. Le système normatif de l'OMC se trouve ainsi capable de propager ses valeurs et objectifs non seulement grâce aux techniques classiques⁹⁸¹ de mise en œuvre et de contrôle des normes, mais également par la sanction économique que le contrôle des modalités d'exercice de la suspension de concessions et d'avantages rend possible. De tels systèmes normatifs qui peuvent imposer « *significant costs upon either non compliance or exit* »⁹⁸² acquièrent une autonomie et une autorité sans aucune subordination formelle des États⁹⁸³. L'adjonction d'une instance de régulation de la cohérence formelle qui prend la forme d'une quasi-juridiction dotée d'un ordre procédural et d'un pouvoir de coercition offre au système considéré une redoutable efficacité dans l'ordre juridique international⁹⁸⁴. Néanmoins, en second lieu, cette forme d'auto-efficacité induit une dévalorisation des autres facteurs d'adhésion au système normatif considéré. En effet, comme le notent Claire Kelly et Thomas M. Franck, l'apparition d'un élément de coercition rend moins pressante et moins nécessaire la quête de légitimité ou de persuasion⁹⁸⁵. Nous verrons, concernant la quête de légitimité notamment, que le système normatif de l'OMC dispose de stratégies pour compenser cette carence par l'intégration de certains éléments axiologiques et/ou techniques du système normatif des droits de l'homme.

⁹⁷⁸ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.704

⁹⁷⁹ *Id.*, p.702

⁹⁸⁰ *Id.*

⁹⁸¹ *Id.* « As noted above, collective interests, persuasion, a sense of joint obligation, fairness, and legitimacy contribute to « authority » within regimes ».

⁹⁸² *Ibid.*, p.703

⁹⁸³ *Id.*

⁹⁸⁴ *Ibid.* « Regimes that can adjudicate and coerce, however, will have more authority (and autonomy) than those capable only of discussing, recommending, and persuading ».

⁹⁸⁵ FRANCK (T.M.), « Legitimacy in the International Legal System », *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p.705 et s ; KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.701 et s.

B. Le droit international de la bioéthique : un non-SER

387. Du point de vue interne, le droit international de la bioéthique apparaît comme un système de normes, de principes, de valeurs et de droits ayant une vocation opérationnelle. Toutefois, cette appréciation doit être relativisée si l'on se place du point de vue extérieur afin d'évaluer son degré d'effectivité. En effet, si l'on se place du point de vue de l'ordre juridique international pris dans son ensemble, le droit international de la bioéthique comme le système normatif des droits de l'homme apparaissent comme des rassemblements de normes et d'instruments épars, présentant des degrés de normativité variés avec des destinataires différents et dont l'application et le contrôle sont souvent incertains en raison de leurs structures formelles et institutionnelles⁹⁸⁶.

388. Le droit international de la bioéthique consacre et protège un certain nombre de principes et de valeurs, d'autres systèmes de normes juridiques internationales consacrent et promeuvent également certains de ces mêmes principes et valeurs. Ainsi, d'un point de vue externe, il est difficile de définir précisément le corpus normatif du droit international de la bioéthique. En effet, on peut considérer, de prime abord, qu'il se cantonne aux instruments spécifiquement consacrés aux droits de l'homme en matière biomédicale. Une telle conception limitera le corpus du droit international de la bioéthique aux déclarations établies sous l'égide de l'UNESCO et adoptées à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies, certaines recommandations de l'OMS, certains traités régionaux comme la Convention européenne de biomédecine. Pourtant, d'autres normes appartenant à d'autres systèmes spécialisés peuvent promouvoir certains des principes et valeurs du droit de la bioéthique. La Convention sur la diversité biologique et son Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques mettent en œuvre certains principes consacrés par le droit de la bioéthique parmi lesquels on trouve les principes de coopération étatique⁹⁸⁷, scientifique et technique⁹⁸⁸, de partage des bienfaits découlant de la science et de l'exploitation des ressources génétiques⁹⁸⁹, de responsabilité⁹⁹⁰ individuelle et sociale

⁹⁸⁶ MALJEAN-DUBOIS (S.), « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : le droit international désarticulé », *JDI* n° 4, 1^{er} octobre 2000, pp.949-996

⁹⁸⁷ Articles 13 et 24 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Article 19 de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme* et article 5 de la *Convention sur la diversité biologique*

⁹⁸⁸ Articles 21, 23 et 24 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Articles 14, 15 et 19 de la *Déclaration sur le génome humaine et les droits de l'homme* et article 18 de la *Convention sur la diversité biologique*

⁹⁸⁹ Article 15 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Article 12 de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme* et Article 19 de la *Convention sur la diversité biologique*.

⁹⁹⁰ Articles 5 et 14 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Articles 8 et 13 de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme* et Article 27 du *Protocole de Carthagène*.

envers la biosphère et les générations futures⁹⁹¹, de protection de la biodiversité et de l'environnement⁹⁹². On trouve également le principe d'évaluation préalable et de gestion des risques issus des biotechnologies⁹⁹³. Le droit de l'OMC consacre le principe de non-discrimination⁹⁹⁴, la protection de l'environnement, de la santé publique⁹⁹⁵. L'activité normative des organisations internationales⁹⁹⁶ et régionales⁹⁹⁷, gouvernementales ou non-gouvernementales⁹⁹⁸, et des firmes multinationales⁹⁹⁹, participe également au

⁹⁹¹ Article 16 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

⁹⁹² Article 17 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Article 1 relatif aux objectifs et articles 8 et 9 relatifs à la conservation *in et ex-situ* de la biodiversité de la *convention sur la diversité biologique*

⁹⁹³ Article 5 a) de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme*, Article 4 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* et articles 15 et 16 du *Protocole de Carthagène*.

⁹⁹⁴ Article III du GATT et article 2 de l'AGCS

⁹⁹⁵ Article XX du GATT, article 16 de l'AGCS

⁹⁹⁶ L'OMS produit des recommandations qui participent à l'apparition et la consolidation de standards internationaux en matière de protection de la santé humaine.

⁹⁹⁷ Le **Conseil de l'Europe** oeuvre à l'élaboration d'un droit européen de la bioéthique par des propositions de recommandations, des rapports et par la négociation et la signature d'une convention internationale et d'un protocole additionnel. Par exemple : Proposition de recommandation *relative aux recherches sur les ADN hybrides* (manipulation des gènes), présentée par M. Hugosson et plusieurs de ses collègues, 28 avril 1978, Doc. 4173 ; Proposition de Recommandation *relative à la protection de l'humanité contre les manipulations génétiques et l'insémination artificielle*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, présentée par M. Elmquist et plusieurs de ses collègues, 31 janvier 1980, Doc. 4493. ; Recommandation 934 (1982) *relative à l'ingénierie génétique*, adoptée le 26 janvier 1982 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; Recommandation 104- (1986) *relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, Assemblée parlementaire, Commission de la science et de la technologie, M. Morf, rapporteur, 12 septembre 1986 et Rapport sur *l'utilisation d'embryons humains morts à des fins industrielles et commerciales*, M. Haase, rapporteur, Doc. 5460, 17 septembre 1985 ; Recommandation 1240 (1994), *relative à la protection et la brevetabilité des produits d'origine humaine*, adoptée le 14 avril 1994 ; convention d'Oviedo *pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* de 1997 et ses quatre protocoles additionnels portant respectivement *contre le clonage*, *sur la transplantation*, *sur la recherche biomédicale* et *sur les tests génétiques à des fins médicales*. L'**Union européenne** a également choisi de procéder par l'élaboration de normes incitatives : Résolution *sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique* du 16 mars 1989, Parlement européen, Doc. A2-327/88, JOCE n° C96 du 17 avril 1989 ; Résolution *sur la fécondation artificielle in vivo et in vitro* du 16 mars 1989, Parlement européen, Doc. A2-372/88, JOCE n° C96 du 17 avril 1989 ; Résolution *sur le clonage de l'embryon humain* du 28 octobre 1993, Parlement européen, JOC.E, du 22 novembre 1993, n° C315/224 ; Résolution *sur le clonage humain*, Parlement européen, le 15 janvier 1998, JOCE du 2 février 1998, n° C34/164. La seule norme contraignante élaborée par la commission concerne *la protection juridique des inventions biotechnologiques* du 6 juillet 1998, Directive 98/44 du 6 juillet 1998, JOCE 30 juillet 1998, n°L 213/13. Cette directive est complétée par le Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, JOCE n° L157, du 9 juin 2006, p.1-7

⁹⁹⁸ Association Médicale Mondiale comme d'autres ONG produisent des normes parajuridiques et déontologiques qui participent, via les phénomènes d'internormativité décrits dans le premier titre à la formation des normes juridiques du droit de la bioéthique. cf. LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Le droit international de la bioéthique*, PUF, 1998, pp.86-96 ; voy. ég. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.79 et s. ; BETTATI (M.), « La contribution des organisations non gouvernementales à la formation et à l'application des normes internationales », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.M.) s.d., *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, pp.7 et s. ; BEIGBEDER (Y.), « Les relations des organisations non gouvernementales avec l'Organisation mondiale de la santé », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.M.), s.d., *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, pp.165 et s.

développement du droit international de la bioéthique. Les instruments spécifiquement consacrés à la bioéthique ne font que rassembler sous une même bannière des principes par ailleurs consacrés et promus par d'autres ensembles normatifs juridiques, parajuridiques, contractuels.

389. Que l'on retienne une conception restrictive ou élargie du système normatif de la bioéthique, ces normes sont caractérisées par des degrés de normativité variables. En effet, parmi les normes consacrées dans les Déclarations internationales relatives à la bioéthique, certaines peuvent revêtir le caractère de normes impératives du droit international ou d'obligation *erga omnes* à la charge des États. C'est le cas par exemple du principe de respect de la dignité humaine et du noyau dur des droits fondamentaux de la personne. À l'inverse, d'autres normes de ce système sont de type « *recommandatoire* » ou incitative.

390. Le système normatif de la bioéthique, et plus largement celui des droits de l'homme dans l'ordre juridique international, ne disposent pas d'une structure institutionnelle aussi développée que celle du droit de l'OMC. Pour le système normatif de la bioéthique, l'acteur institutionnel majeur est l'UNESCO, notamment grâce au travail de son Comité international de bioéthique (CIB). L'UNESCO, cependant, ne dispose pas des mêmes pouvoirs que ceux d'un SER. En effet, la Conférence générale de l'UNESCO, organe principal de l'organisation, n'a aucun pouvoir de contrôle sur la mise en œuvre de ces instruments normatifs. L'article IV B.6 de l'*Acte constitutif* de l'organisation précise les compétences de la Conférence générale : « *La Conférence générale reçoit et examine les rapports qui sont adressés à l'Organisation par les États membres sur la suite donnée aux recommandations et conventions visées au paragraphe 4 ci-dessus ou, si elle en décide ainsi, des résumés analytiques de ces rapports* »¹⁰⁰⁰. Elle dispose d'une possibilité d'être

⁹⁹⁹ Karim Benyekhlef considère que : « *Le droit de la globalisation apparaît dès lors comme un droit hybride concentrant en son sein, d'une part, des règles de droit interétatique ou supraétatique, bref des règles de droit international public qui lient au premier chef les sujets de droit international que sont les États et, d'autre part, des règles de droit transnational ou anational élaborées, en bonne partie, par des acteurs privés visant à suppléer ou à remplacer les règles du droit interne* ». in BENYekhLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal., 2008, (934p.), p.86 ; à propos de l'activité normative des entreprises multinationales et l'impact de cette activité sur le droit international : cf. JAVILLIER (J.C.), « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », in JAVILLIER (J.C.) s.d., *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, 2007, Genève. Ouvrage disponible en ligne sur le site de l'organisation internationale du Travail : Document de travail n° 182 : <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp18207.pdf> ; à propos de la normalisation technique : voy. ég. LAPERCHÉ (B.), *La firme et l'information : innover pour conquérir*, L'Harmattan, Paris, 1998, pp.111-122 (175p.) ;

¹⁰⁰⁰ L'article 8 de l'*Acte constitutif* de l'UNESCO prévoit à ce titre que : « *Chaque État membre adresse à l'Organisation, aux dates et sous la forme que déterminera la Conférence générale, des rapports sur les lois, règlements et statistiques relatifs à ses institutions et à son activité dans l'ordre de l'éducation, de la science*

informée, mais ne peut prendre aucune mesure à l'encontre des États en vue d'assurer la mise en conformité de leurs politiques à celles de l'organisation. L'UNESCO ne dispose ni d'un organe ni de procédure de règlement des différends. Ainsi le système du droit de la bioéthique produit par cette institution ne dispose pas non plus d'outils et de mécanismes propres assurant une cohérence interne, formelle et matérielle, et garantissant son effectivité.

391. Le Comité international de bioéthique (CIB) est un organe pluridisciplinaire et pluriculturel dont les membres sont indépendants. Il constitue une enceinte de discussion et d'élaboration des normes juridiques du droit de la bioéthique. Il peut émettre des avis sur toutes questions relatives aux déclarations internationales de bioéthique adoptées par les membres de l'organisation. Ses avis font autorité en matière philosophique et morale. Ils n'ont valeur ni de norme juridique, ni de jugement. À l'instar des comités d'éthique nationaux, le CIB n'a qu'un rôle consultatif et préparatif. Néanmoins, le droit international de la bioéthique s'insère dans le système spécialisé des droits de l'homme qui dispose d'un appareil institutionnel varié. En effet, qu'il s'agisse de la Cour Pénale Internationale, des Tribunaux pénaux internationaux et des différentes cours opérant sous l'égide d'organisations régionales de protection des droits de l'homme, de nombreuses instances juridictionnelles appliquent les normes du système des droits de l'homme. Le droit de la bioéthique a pleinement vocation à prendre sa place dans l'éventail des normes disponibles appliquées et interprétées par ces juges internationaux¹⁰⁰¹. Toutefois, hormis la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions internationales spécifiquement destinées à la protection et l'application des droits de l'homme ont des compétences encore subsidiaires vis-à-vis de celles des États¹⁰⁰². Aucun Tribunal international ne contrôle, ni ne sanctionne la conformité des politiques étatiques aux normes du système des droits de l'homme. Seule la Cour internationale de justice pourrait théoriquement reconnaître la

et de la culture, ainsi que sur la suite donnée aux recommandations et conventions visées à l'article IV, paragraphe 4 ».

¹⁰⁰¹ L'interdiction du clonage humain reproductif semble œuvrer pour la reconnaissance de la qualification de crimes contre l'humanité de certaines pratiques que les biotechnologies sont susceptibles de permettre.

¹⁰⁰² Le principe de « complémentarité » des compétences juridictionnelles de la CPI vis-à-vis des compétences des États s'apparente plus aujourd'hui à une forme de subsidiarité qu'à une réelle complémentarité. cf. KALINOWSKY (W.), « Entretiens avec Mickeal Th. Johnson : Justice mondiale, tribunaux locaux, reformer la cour pénale internationale », *Chroniques de la Gouvernance*, éditions Charles Leopold Mayer, Paris, 2008, disponible également sur le site de la Vie des Idées : <http://www.laviedesidees.fr/Justice-mondiale-tribunaux-locaux.html#nh4> ; voy. ég. BURKE-WHITE (W.), « Complementarity in Practice, The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo », *Leiden Journal of International Law*, n° 18, 2005, pp.557 et s. Cet auteur défend une conception étendue de la complémentarité qui vise à étendre la compétence de la Cour Pénale Internationale aux criminels mineurs ayant participé à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et la collaboration des services de la cour avec ceux des instances nationales.

responsabilité internationale d'un État pour une violation d'une norme appartenant au système des droits de l'homme.

392. Le système normatif du droit de la bioéthique, à l'inverse du système normatif de l'OMC, ne dispose pas d'une instance de régulation du sens ni de mécanisme assurant sa cohérence formelle dans l'ordre juridique international. Le travail mené au sein du premier titre nous a permis de montrer que, d'un point de vue interne, l'ensemble normatif que constitue le droit international de la bioéthique est fondé sur une structure axiologique contradictoire et peut donner naissance à de multiples conflits entre les droits et entre les prérogatives juridiques découlant des différentes modalités de leur protection. Le droit international de la bioéthique apparaît comme l'archétype inverse de celui d'un SER. Contrairement au système normatif de l'OMC, la structure institutionnelle et procédurale du droit international de la bioéthique ne lui permet pas d'évoluer, par lui-même, vers la cohérence ni vers l'auto-effectivité.

393. Le régime spécialisé du droit de la bioéthique et, plus largement celui des droits de l'homme, reste ainsi fortement dépendant, tant vis-à-vis de sa cohérence formelle et axiologique que vis-à-vis de son effectivité, de l'activité normative et juridictionnelle d'autres systèmes normatifs, au premier rang desquels figurent les ordres juridiques nationaux. Les éléments normatifs du système seront alors soumis à la marge nationale d'appréciation et aux choix par les États de tel ou tel type de protection pour chaque droit. Concernant l'effectivité des Déclarations et Conventions adoptées au sein de l'UNESCO et des relations qu'elles peuvent entretenir avec d'autres ensembles normatifs dans l'ordre juridique international, l'Acte constitutif de l'organisation prévoit que « *le Conseil exécutif peut demander des avis consultatifs à la Cour internationale de justice sur les questions juridiques qui se poseraient dans le cadre des activités de l'organisation* »¹⁰⁰³. En d'autres termes, le Conseil exécutif peut emprunter, dans une certaine mesure et par une voie procédurale spécifique, les structures institutionnelles et les mécanismes de la cohérence formelle, du système juridique de l'ONU. Nous verrons que cette forme d'emprunt de la structure institutionnelle et formelle d'un autre système en vue d'assurer sa propre effectivité est une stratégie caractéristique visant à promouvoir le système normatif de la bioéthique et du système du droit international des droits de l'homme. Cette stratégie, que l'on pourrait qualifier de « *parasitaire* », consiste à viser l'effectivité par une voie dérivée. Elle emporte cependant des effets sur la structure axiologique du système normatif de la bioéthique.

¹⁰⁰³ Article 5 B. 12 de l'Acte constitutif de l'UNESCO

§2. Hétérogénéité matérielle et axiologique des sous-systèmes du droit international

394. Les sous-systèmes normatifs du droit international public se caractérisent également par la grande variété des domaines d'activités qu'ils tentent de réguler. En outre, ces systèmes présentent, comparativement, une grande hétérogénéité dans la mesure où les objectifs spécifiques qu'ils promeuvent, et les valeurs qui les sous-tendent apparaissent comme très différents les uns des autres. Toutefois, le caractère transnational et transdisciplinaire des activités que ces systèmes normatifs tendent à réguler implique que leurs champs d'application respectifs s'entrecroisent ou se concurrencent. Les objectifs, que ces systèmes juridiques spécialisés poursuivent et qui impliquent que des activités identiques soient soumises à des régulations diverses, sont parfois contradictoires.

A. Le droit de l'OMC et le droit de la bioéthique : des champs d'application différents, mais connectés

395. Les régimes spécialisés du droit international ont des champs d'application particuliers. Néanmoins, certains de ces régimes ont des champs tellement vastes ou qui concernent des activités ayant des implications et des conséquences dans des domaines si divers, qu'ils se recoupent parfois¹⁰⁰⁴. Dans ce type de situations, les deux systèmes normatifs se concurrencent¹⁰⁰⁵ l'un et l'autre. Tel est le cas, notamment du droit international des droits de l'homme et du droit de l'OMC.

1. Des champs spécifiques

396. Le champ d'application matériel du droit international de la bioéthique est établi au sein de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. L'article 1^{er}

¹⁰⁰⁴ Pour Joost Pauwelyn : « *What is relatively new is the realization that the different fields or branches of international law necessarily overlap and that the resolution of modern problems requires a careful examination of this interaction. It is no longer possible to resolve, for example, trade question delinked from the problem of environmental protection or the pursuit of human rights. These interactions require the development of a unitary framework of international law, one where law-making and law-enforcement by different, specialized agents can somehow be harmonized into a coherent set of disciplines (not necessarily universally applicable among all states, but at least, coherent as they apply in and between two specific countries)* ». cf. PAUWELYN (J.), « bridging fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected islands », *Michigan Journal of International Law*, été 2004, pp.903

¹⁰⁰⁵ La doctrine utilise également le terme de « *regime competition* » ou de « *treaties conflict* ». cf. KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, pp.699 et s ; BINDER (G.), *Treaty Conflict and Political Contradiction : the Dialectic of Duplicity*, Praeger, Université du Michigan, 2008, pp.33 et s. (226p.) ; SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, *op. cit.*, p.5, BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, pp.573 et s.

relatif à la portée de la Déclaration précise que : « *la présente Déclaration traite des questions d'éthique posées par la médecine, les sciences de la vie et les technologies qui leur sont associées, appliquées aux êtres humains, en tenant compte de leurs dimensions sociale, juridique et environnementale* »¹⁰⁰⁶. Par ailleurs, le chapeau de la section dédiée aux principes de la déclaration rappelle que : « *À l'intérieur du champ d'application de la présente Déclaration, les principes ci-après doivent être respectés par ceux à qui elle s'adresse, dans les décisions qu'ils prennent ou dans les pratiques qu'ils mettent en œuvre* ». Le champ d'application matériel du droit de la bioéthique est ainsi très large et particulièrement flou. Il s'applique notamment, aux comportements, aux pratiques et aux décisions, des individus, des collectivités, publics ou privés relatifs à toute activité de recherche médicale sur l'homme ou tout acte de soin ou de diagnostic impliquant une technologie médicale. Il s'applique enfin au génome humain en tant qu'objet spécifique, patrimoine symbolique de l'humanité.

397. Le système normatif de l'OMC est composé d'un réseau de traités aux champs d'applications spécifiques, mais qui sont tous relatifs à la régulation du commerce des biens et des services. Le GATT de 1994 s'applique à toutes mesures affectant le commerce de tout type de bien¹⁰⁰⁷. Le texte de l'accord n'exclut, *a priori*, aucun bien des activités commerciales. L'accord reconnaît à l'État, par les exceptions prévues à l'article XX, le droit de prendre des mesures affectant le commerce des biens afin de sauvegarder « *la moralité publique* », « *la santé des personnes et la vie des plantes et des animaux* ». Ainsi, le fait de reconnaître un droit par voie d'exception implique nécessairement l'existence d'un principe contraire. Le principe impliqué *a contrario* par les exceptions de l'article XX ne consiste-t-il pas en une liberté absolue de commercer ? Il faut remarquer que dans le texte de l'article XX, aucune référence à la dignité ou aux droits fondamentaux de la personne humaine n'apparaît. Il n'est pas étonnant, dès lors, que le GATT puis le système de l'OMC ne connaissent aucune restriction de principe au commerce des biens ou des services. *A priori*, aucune disposition dans les accords de Marrakech n'interdit, par exemple, le commerce des cellules souches embryonnaires humaines ou de tout autre élément ou produit du corps humain.

398. L'AGCS « *s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services* »¹⁰⁰⁸. À ce titre, il concerne « *les mesures prises par i) des gouvernements et*

¹⁰⁰⁶ Article 1 alinéa 1 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*. Le second alinéa de cet article précise que : « *La présente Déclaration s'adresse aux États. Elle permet aussi, dans la mesure appropriée et pertinente, de guider les décisions ou pratiques des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des sociétés, publiques et privées* ».

¹⁰⁰⁷ Les *Accords Multilatéraux sur le Commerce des Marchandises* constituent l'Annexe 1A du GATT

¹⁰⁰⁸ Article 1-1 de l'AGCS

administrations centraux, régionaux ou locaux ; et ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par les gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux »¹⁰⁰⁹. Son champ d'application *ratione materiae* est particulièrement large puisque toutes sortes de mesures sont susceptibles d'affecter le commerce des services. D'autant plus, que la notion de « service » est entendue extensivement dans le cadre de l'AGCS, au sens de service entrant dans le cadre d'activités commerciales. En effet, « les services comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »¹⁰¹⁰. L'AGCS s'applique, ainsi, aux services de santé comme aux activités de recherches biomédicales dès lors que ces services sont fournis « sur une base commerciale » ou « en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services »¹⁰¹¹.

399. L'ADPIC s'applique « aux droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » en vue de leur appliquer les principes du GATT et dans le but de « réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international »¹⁰¹². Plus étendu que les Conventions précédentes¹⁰¹³, son champ d'application matériel englobe non seulement les mesures relatives aux marques de fabrique ou de commerce, les dessins et modèles industriels, les brevets, les indications géographiques, les logiciels, les schémas de configuration des circuits intégrés et le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, mais également des droits d'auteurs et droits connexes¹⁰¹⁴. L'accord ADPIC dépasse le champ de la propriété industrielle *stricto sensu*, pour s'étendre à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

2. Des champs d'applications connectés

400. Le droit international de la bioéthique et le droit du commerce international ont des champs d'application spécifiques. Néanmoins, ces deux corpus normatifs peuvent être simultanément compétents pour connaître d'une situation juridique ou d'un ensemble de faits. Christopher Borgen remarque ainsi que des traités peuvent avoir « *a different foci but overlapping issue areas* »¹⁰¹⁵. Cet auteur précise de plus que : « *some of the most important*

¹⁰⁰⁹ Article 1-3 a) de l'A.G.C.S.

¹⁰⁰⁹ Article 1-3 a) de l'AGCS

¹⁰¹⁰ Article 1-3 b) de l'AGCS

¹⁰¹¹ Article 1-3 c) de l'AGCS

¹⁰¹² Préambule de l'accord ADPIC

¹⁰¹³ *Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle*, du 20 mars 1883 modifiée le 28 septembre 1979 et *Convention de Berne pour la Protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, modifiée le 28 septembre 1979.

¹⁰¹⁴ Partie II de l'accord ADPIC, Sections 1 à 8, Articles 9 à 40

¹⁰¹⁵ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, p.580

*potential conflicts arise, however, when treaties of seemingly different subject matter overlap either in effect or in regulatory scope »*¹⁰¹⁶.

401. De nombreux points de contact lient les sphères de compétence du système de l'OMC et du système du droit de la bioéthique, et plus largement celui des droits fondamentaux. Ces deux systèmes normatifs tendent parfois à s'appliquer à des objets ou des situations identiques, mais selon des perspectives différentes. Par exemple, l'accord ADPIC, notamment dans sa section consacrée au brevet, et la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines concernent tous les deux la protection de droits portant sur les informations génétiques. Par ailleurs, la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme reconnaît au génome humain un statut spécifique, celui de patrimoine symbolique de l'humanité, justifiant un régime particulier, l'interdiction d'en tirer des gains pécuniaires. À l'inverse, au sein du système du droit de l'OMC, rien ne distingue les brevets portant sur le génome humain des autres brevets, ils sont donc soumis au régime général¹⁰¹⁷.

402. Les activités qui entrent dans le champ d'application du droit de l'OMC peuvent également relever de la compétence de la Convention sur la diversité biologique et son Protocole de Carthagène sur la Biosécurité¹⁰¹⁸. Concernant le commerce des organismes vivants modifiés, ces deux accords se superposent¹⁰¹⁹. C'est le cas, notamment, à propos du transfert, de la manipulation et de l'utilisation, à des fins commerciales ou en situation de concurrence, des organismes vivants génétiquement modifiés. Des mesures relatives à la biosécurité du transfert et de l'utilisation de ce type de biens peuvent affecter le commerce international. Sabrina Safrin remarque à ce titre que : « *given the breadth of biotechnology, which encompasses, inter alia, microbes, medicine, food, forests, and fishes, as well as research and commerce, the negociators faced a palpable risk of unintentionally modifying other agreements through the provisions of the Protocol* »¹⁰²⁰. Ce risque est d'autant plus accru que le Protocole sur la biosécurité ne dispose pas d'une clause de prévention ou de neutralisation des conflits¹⁰²¹. Au contraire, le cadre

¹⁰¹⁶ *Id.*

¹⁰¹⁷ Sur les questions relatives à la brevetabilité du génome humain : cf., LYON-CAEN (A.), « Enjeux et perception de cette problématique », *RTDH*, n° spécial *Droit santé*, 2002, pp.279 et s.

¹⁰¹⁸ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, pp.613 et s.

¹⁰¹⁹ Pour une étude des relations entre le Protocole de Carthagène et le droit de l'OMC : Cf. BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation Française, Paris, 2002, 383 p.

¹⁰²⁰ SAFRIN (S.), « Treaties in Collision ? The Biosafety protocol and the World Trade Organization Agreement », *American Journal of International Law*, n°56, 2002, pp. 606-614

¹⁰²¹ WAINCYMER (J.), *Cartagena Protocol on Biosafety*, p15. Ce professeur de la faculté de Droit de l'Université de Melbourne critique l'absence de clause de neutralisation des conflits. cf. <http://www.apec.org.au/docs/waincymer2001.pdf>

interprétatif des relations du Protocole avec d'autres traités est abordé dans le préambule du texte :

« Estimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux »¹⁰²².

403. Il faut remarquer la stratégie normative des rédacteurs du Protocole qui ont préféré établir cette règle de conflit dans le préambule plutôt que dans une disposition spécifique. Il faut également relever l'aspect dialectique de ce préambule. En effet, si le Protocole « *ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations (...) en vertu d'autres accords internationaux* », cette formulation « *ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux* ». Ce choix a pour conséquence d'accroître la marge de manœuvre dont disposera l'interprète d'un conflit potentiel. En effet, ce dernier restera libre de concilier comme il le souhaite le Protocole et le GATT ou l'AGCS par exemple. On peut se demander si le choix de placer cette formulation dans le préambule n'a pas pour objectif de permettre par ce biais de lui reconnaître une valeur normative. Le juge pourrait encore rechercher dans le texte de la Convention sur la diversité biologique une clause de conflit. Toutefois, l'article 22 de la Convention prévoit une clause générale de conflit rédigée de la manière suivante : « *les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causeraient de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituaient pour elle une menace* ». Une telle clause est cependant tout aussi floue que celle prévue dans le préambule du protocole dans la mesure où elle intègre des concepts indéterminés tels que ceux de « *menaces* » ou de « *sérieux dommages à la diversité biologique* » qui ne sont pas définis par la convention.

404. Ces deux clauses sont formulées en des termes qui assurent une grande plasticité aux relations que la Convention et le Protocole entretiennent avec les traités du droit du commerce international. La Convention trouve d'ailleurs son origine dans cette volonté de conciliation entre les principes mercantiles et les principes de nature non

¹⁰²² Protocole de Carthagène sur la Biosécurité de la Convention sur la diversité biologique, 29 janvier 2000, Préambule.

économique¹⁰²³. La Convention consacre simultanément des principes relatifs à la conservation et la protection de la diversité biologique, de l'environnement, de la santé et un droit souverain d'exploiter ces ressources et des principes visant à en faciliter l'accès. La convention « invite les pays à attribuer des droits de propriété aux entreprises étrangères sur le matériel génétique »¹⁰²⁴. Il faut également remarquer que celle-ci « ne donne (...) ni de définition directe des milieux auxquels elle s'applique, ni de définition précise des organismes visés »¹⁰²⁵. Dès lors, l'espèce humaine n'est pas exclue de son champ d'application. Bien que cette exclusion « paraissait évidente aux négociateurs », l'être humain est néanmoins « biologiquement couvert par les définitions qui sont données »¹⁰²⁶. Cette question présente d'autant plus d'intérêt que « l'on assiste à une intensification du commerce international des tissus humains »¹⁰²⁷.

B. Des objectifs complémentaires et contradictoires

405. Le droit international de la bioéthique et le droit du commerce international ont des objectifs particuliers et très différents. Toutefois, leurs effets peuvent être coordonnés et ils peuvent sembler, par certains aspects, complémentaires. Cependant, cette complémentarité s'appuie sur un subtil équilibre des pouvoirs entre ces deux ensembles normatifs du droit international. Lorsque cet équilibre est remis en cause et que les objectifs de l'un se réalisent, au-delà d'un certain seuil, au détriment des objectifs de l'autre, cette complémentarité peut se transformer en contradiction. L'existence de telles contradictions entre les objectifs de certains systèmes normatifs ou régimes spécialisés peut constituer pour l'État un argument afin de ne pas se conformer à une certaine norme. En effet, « problems surrounding compliance often derive from regime competition. (...) another regime's conflicting norms may provide one reason for non compliance, i.e., the conflicting regimes will compete for a nation's compliance »¹⁰²⁸. Ainsi, les argumentations qui justifient la non-conformité d'une politique publique au droit du commerce international tendent à mettre en œuvre ces stratégies visant à utiliser les normes de

¹⁰²³ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, Paris, p.81 et s.

¹⁰²⁴ *Id.*, p.80

¹⁰²⁵ *Id.*

¹⁰²⁶ HEMITTE (M.-A.), « La convention sur la diversité biologique », *AFDI*, 1992, pp.845-846

¹⁰²⁷ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, *op. cit.*, p.82 ; Certains commentateurs soulignent que dans certains pays d'Amérique latine, la circulation transfrontalière des ressources génétiques humaines entre chercheurs se fait sans restriction ni surveillance. cf. MARQUES (M.B.), « Brevet pharmaceutique et accessibilité au Brésil », *RIDE*, 2000, n° 1 spécial Brevet pharmaceutique, innovations et santé publique, pp.105-106

¹⁰²⁸ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.699

références d'un régime spécialisé à l'encontre d'un autre¹⁰²⁹. La conflictualité des normes et des régimes spécialisés du droit international est mise à profit par les États pour faire valoir l'intérêt qu'ils considèrent, pour eux-mêmes, comme supérieur.

1. Les objectifs de l'OMC et du droit de la bioéthique

406. Les objectifs du droit de l'OMC sont évoqués par les préambules des Accords de Marrakech. Le préambule de l'Accord instituant l'organisation mondiale du commerce précise les objectifs généraux communs des traités : les États parties reconnaissent « *que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement* ». Le système normatif de l'OMC a donc pour objectif de développer et d'étendre le champ du commerce international et des relations commerciales. Cette conception qui tend à considérer que l'accroissement des flux d'échanges marchands, en vue de *l'utilisation optimale des ressources mondiales*, permettra l'élévation des niveaux de vie et de consommation de tous a été définie comme « *la théorie des retombées en cascade* ». Une telle conception utilitariste est fortement critiquée par de nombreux économistes, notamment Joseph Stiglitz¹⁰³⁰.

407. Le préambule de l'AGCS rappelle également que les États parties sont « *désireux d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce dans les conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux (...) [et] désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives* ». Le préambule du GATT de 1947, repris à l'identique par les accords de 1994, explicite déjà les modalités de réalisation de ces objectifs : « *Les Parties [sont] désireuses de contribuer à la réalisation de ces objectifs par*

¹⁰²⁹ Le différend relatif au commerce des organismes génétiquement modifiés constitue un exemple pratique ou de telles stratégies ont été mises en œuvre par les communautés européennes. Lors du déroulement de la procédure devant le Groupe Spécial, les Communautés ont établi une stratégie de défense consistant à justifier la mesure attaquée au regard d'un principe contenu dans la Convention sur la diversité biologique. cf. OMC, Communauté européenne – *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (Communauté européenne – OGM), Rapport du groupe spécial distribué le 29 septembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

¹⁰³⁰ STIGLITZ (J.), *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002, p. 250-290 (326p)

la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales ».

408. Néanmoins, tout type de mesure restreignant la liberté commerciale est susceptible de constituer un obstacle au commerce. Dès lors, la « libéralisation du commerce » apparaît comme le moyen optimal de réalisation des objectifs généraux. Une lecture combinée des articles I¹⁰³¹, III¹⁰³² et XX¹⁰³³ du GATT synthétise les modalités de libéralisation du commerce : « *il s'agit de veiller à ce que les mesures ayant des incidences sur le commerce ne soient pas des moyens de discrimination entre les pays d'origine des produits et qu'elles ne soient pas plus restrictives que nécessaire pour réaliser l'objectif recherché* »¹⁰³⁴. Un tel raisonnement peut être également formulé en combinant les articles 2.1¹⁰³⁵ et 2.2¹⁰³⁶ de l'Accord SPS et les articles 2.2¹⁰³⁷ et 2.3¹⁰³⁸ de l'Accord

¹⁰³¹ Article relatif au traitement général de la nation la plus favorisée qui prévoit notamment que « tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes ».

¹⁰³² Le 4e alinéa de l'article III du GATT de 1947 dispose que : « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur ».

¹⁰³³ L'article XX du GATT consacre les exceptions générales aux principes contenus dans l'accord. Cet article dispose notamment que « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures a) nécessaire à la protection de la moralité publique, b) (...) de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

¹⁰³⁴ MACKENZIE (R.) BURHENNE-GUILMIN (F.), LA VINA (A.G.M.) et WERKSMAN (J.D.), *Guide explicatif du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologique*, I.U.C/N vol. 46, 2003, (317p.), p.246

¹⁰³⁵ L'article 2.1 de l'Accord SPS précise que : « Les membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord ».

¹⁰³⁶ L'article 2.2 de l'Accord SPS dispose que : « Les membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuve scientifique suffisante, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ».

¹⁰³⁷ L'article 2.2 de l'Accord OTC est rédigé de la manière suivante : « les membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, (...) la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, de la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement ».

OTC¹⁰³⁹. Concernant les produits de santé, les principes du GATT emportent deux conséquences. La première concerne l'interdiction des barrières non tarifaires au commerce international et se traduit par « *l'interdiction des mesures aux frontières restreignant les flux internationaux de produits de santé* » et par « *l'interdiction des mesures limitant la commercialisation des produits de santé étrangers* »¹⁰⁴⁰. La seconde concerne l'harmonisation des obstacles au commerce, justifiée par des considérations de santé publique. Elle organise la coordination de l'OMC et d'autres organisations internationales, notamment l'OMS, dans la production de normes et de standards internationaux en matière de santé publique¹⁰⁴¹.

409. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme présente, en son article 2, les objectifs généraux du droit de la bioéthique. Le corpus normatif du droit de la bioéthique a notamment pour objectif : « *d'offrir un cadre universel de principes et de procédures pour guider les États (...) les actions des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des sociétés, publiques et privées* ». Ces principes ont vocation à « *contribuer au respect de la dignité humaine et de protéger les droits de l'homme, en assurant le respect de la vie des êtres humains, et les libertés fondamentales, d'une manière compatible avec le droit international des droits de l'homme* ». La formulation de ces objectifs généraux souligne tant le caractère universel du contenu du droit de la bioéthique, que sa structuration selon un modèle substantiel/procédural et son fondement axiologique ambivalent associant dignité et liberté. La notion de dignité, comme nous l'avons étudiée précédemment, présente des dimensions à la fois individuelle et collective, subjective et objective. L'une des fonctions que la valeur dignité tend à remplir, et qui constitue l'un des objectifs primordiaux du droit international

¹⁰³⁸ Article 2.3 de l'Accord OTC complète la disposition précédente : « *les règlements techniques ne seront pas maintenus si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce* ».

¹⁰³⁹ VIOLET (F.), « l'obstacle technique ; une entrave au commerce international », in s.d. OSMAN (F.), *l'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.200 et s ; MOTAAL (D.A.), « L'accord sur les obstacles techniques au commerce », in *l'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, s.d. OSMAN (F.), Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.223 et s ; Sur les questions spécifiques au commerce des Organismes génétiquement modifiés : cf. MALJEAN-DUBOIS (S.), « La régulation du commerce international des organismes génétiquement modifiés : entre droit international de l'environnement et le droit de l'organisation mondiale du commerce », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, s.d. BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), La documentation française, Paris, 2002, p. MATTHEE (M.), « l'identification et l'étiquetage des OGM : La démocratie existe-t-elle sur le marché international des aliments génétiquement modifiés ? », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, s.d. BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), la documentation française, Paris, 2002, p. 98 ; FRENCH (D.), « the international regulation of genetically modified organisms : synergies and tensions in world trade », *Environnemental Liability* n°3, 2001, pp.130 et s..

¹⁰⁴⁰ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.380 et s.

¹⁰⁴¹ *Id.* p.396 et s.

de la bioéthique, consiste à lutter contre toute forme de réification de l'être humain. Cette fonction a pu se traduire dans certains ordres juridiques nationaux par un principe d'indisponibilité et d'extrapatrimonialité du corps humain considéré, dès lors, comme hors du commerce juridique.

2. Complémentarité et contradiction des objectifs des deux systèmes

410. Les objectifs du droit de l'OMC et ceux du droit international de la bioéthique ne sont pas intrinsèquement contradictoires. Au contraire, ces objectifs apparaissent largement comme complémentaires. L'élévation du niveau de vie, de revenu et de consommation va de pair avec une amélioration des conditions matérielles de vie qui favorisent l'accession à un meilleur état de santé. La coordination des deux régimes est possible dans la mesure où les exceptions prévues par l'article XX du GATT ménagent un espace permettant la restriction du commerce en vue de la protection de la santé humaine et de l'environnement. L'application concomitante des deux régimes est, logiquement, possible. De plus, d'un point de vue plus spécifique, limiter les entraves à la libre circulation des produits et services de santé ne peut qu'améliorer et homogénéiser la qualité des soins et de la pratique médicale sur l'ensemble du territoire mondial. Les objectifs du droit de la bioéthique et du droit du commerce semblent, de ce point de vue, concordants. Ainsi, il existe souvent une interprétation disponible permettant la réconciliation des deux régimes. Les relations entre les normes du droit de l'OMC et celles du droit international de la bioéthique ne peuvent pas être considérées comme des conflits réels. Toutefois, dans la mesure où le droit international de la bioéthique tend à réguler l'exercice des pratiques de différents acteurs sociaux alors que le droit du commerce tend à libéraliser les pratiques commerciales, leurs objectifs peuvent, au-delà d'un certain seuil, apparaître contradictoires.

411. De la même manière, le droit de l'OMC vise à étendre tant les relations commerciales internationales que le champ de la commercialité. À ce titre, comme nous l'avons remarqué, il n'opère pas de distinction entre les biens et services dans le commerce et ceux qui sont hors du commerce. Au contraire, le principe de dignité humaine est le caractère de « *ce qui n'a pas de prix* » et qui ne peut faire l'objet d'un échange marchand ou d'une instrumentalisation. Ces deux objectifs peuvent entrer en contradiction. En effet, le droit de l'OMC reconnaît *a contrario* la licéité du commerce de tout bien. Si un État décide, au nom de la sauvegarde de la dignité humaine, d'interdire le commerce des cellules souches embryonnaires ou des organes humains, il pourra être amené à devoir

justifier ces mesures au regard de l'article XX a) du GATT dès lors que ces objets circulent librement entre d'autres États. Une autre hypothèse, plus complexe, pourrait consister à ce qu'un État « A » considère l'embryon dès la conception comme une personne dont il protège la vie, la santé et la dignité. Si d'autres États « B » et « C » considèrent l'embryon comme une chose et en autorisent la circulation et la commercialisation, ne pourront-ils pas être amenés à contester la protection reconnue à l'embryon dans l'État « A » comme constituant une entrave injustifiée au commerce ? L'État « A » pourra choisir d'organiser sa défense au regard de l'article XX b) du GATT relatif à la protection de la santé des personnes. Les États « B » et « C » contesteront l'applicabilité de l'article XXb) à l'embryon qu'ils considèrent comme une chose. Face à ce type de contentieux que déciderait l'ORD et selon quelles méthodes d'interprétation ? N'aurait-il pas, alors, à choisir entre deux maux ? La première solution consisterait à reconnaître l'applicabilité de l'article XX b) et, par ricochet, accorder le statut de personne à l'embryon humain. Une telle reconnaissance serait sans doute impossible puisqu'elle impliquerait d'extraire l'embryon humain du champ de compétence du droit de l'OMC qui concerne le commerce des Biens et des Services, et non celui des personnes. La seconde solution pourrait consister à nier l'applicabilité de l'article XX b) et lui substituer l'article XX a) en reconnaissant du même coup que l'octroi de la personnalité juridique à l'être humain relève d'un problème de moralité publique de chaque État, ce qui pourrait avoir pour conséquence d'affecter l'universalité des droits de l'homme en droit international.

412. Claire Kelly remarque à cet égard : « *although nations enter regimes, nations maintain other interests, and compliance issues may therefore arise depending on the goals of a regime* »¹⁰⁴². À ce titre, Friedrich Kratochwil et John Ruggie précisent que la nature intersubjective des régimes spécialisés « *suggests that compliance issues within regimes arise because regime participants possess different values and expectations of regime* »¹⁰⁴³. Un État peut considérer que les normes découlant d'un système normatif spécialisé constituent des raisons légitimes de ne pas se conformer aux normes d'un autre régime¹⁰⁴⁴. Ainsi, « *the conflicting regimes will compete for a nation's compliance* »¹⁰⁴⁵. Plus précisément, certains auteurs estiment que les valeurs situées aux fondements axiologiques des différents régimes spécialisés peuvent entrer en conflit les uns avec les

¹⁰⁴² KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, pp.694-695

¹⁰⁴³ KRATOCHWIL (F.) et RUGGIE (J.G.), « International organisations : A State on the Art on an Art of the State », *International Organisation* n° 40 ; 1986, p.759

¹⁰⁴⁴ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.700

¹⁰⁴⁵ *Id.*

autres¹⁰⁴⁶. Dès lors, la concurrence ou la compétition des régimes est « *inévitabile* », compte tenu des difficultés à réconcilier leurs fondements axiologiques¹⁰⁴⁷.

413. En ce qui concerne les rapports entre le système du droit de l'OMC et celui du droit de la bioéthique, la protection de la dignité humaine, consacrée par les instruments relatifs aux droits de l'homme, peut constituer une raison valable de restreindre le commerce international de certains éléments et produits du corps humain. En effet, le principe de dignité tend à empêcher toute forme de réification de l'être humain. Cette fonction dépasse très largement le cadre de la protection de la santé ou de l'environnement. Elle ne vise pas toujours la protection d'intérêts concrets et individualisables, mais aussi celle d'intérêts abstraits et symboliques qui peuvent apparaître, au regard des dispositions du droit de l'OMC, comme des raisons arbitraires de restreindre le commerce.

414. Dans ce contexte de concurrence, les régimes normatifs utilisent les outils¹⁰⁴⁸ dont ils disposent pour inciter les États à se soumettre à leurs normes et protéger leurs valeurs. Parmi ces outils, on trouve l'existence d'un droit international général, les mécanismes de la cohérence formelle tels que les mécanismes de résolutions des différends ou les mécanismes assurant l'effectivité des normes d'un système. « *These compliance factors operate to counterbalance resistance that may arise from competing interests* »¹⁰⁴⁹. Les stratégies mises en place par les différents systèmes normatifs et visant l'effectivité sont déterminantes au regard de leur compétitivité dans un ordre juridique international devenu concurrentiel. Au sein de cet ordre, le pouvoir n'apparaît plus comme univoque,

¹⁰⁴⁶ L'auteur considère que : « *For exemple, trade efficiency values may conflict with labor, environmental, human rights, or national security values. (...) Alternatively, a conflict may arise where one regime attempts to enforce its values using methods that encroach upon another regime ; the use of trade sanctions to promote human rights provides an example. To the extent that a value conflict emerges, regime competition arises* », KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, pp.700 ; voy. ég. BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, pp.612-615 ; MARCEAU (G.), « Le Règlement des Différends à l'OMC et les Droits de l'Homme », *EJIL*, vol.13, 2002 n° 4, pp.753-818, spé.785 et s. ; MARCEAU (G.) et GONZALES (A.), « The Relationship between the Settlement Systems of the WTO and MEA's », *In Trade and Environment, the WTO, the MEA's*, Heinrich Böll Foundation et Woodrow Wilson Center, 2001, p.71 ; PASPART (J.P.), CHASTONAY (Ph.) et FROIDEVEAUX (D.), « L'économie contre la santé : un devoir de résistance pour la santé publique », *in La santé au risque du marché : incertitudes à l'aube du XXIe siècle*, s.d. RAINHORN (J.D.) et BURNIER (M.J.), PUF, Paris, 2001, pp.267-278 ; FRITZ (J.C.), « La "mise en jeu" de la santé par la mondialisation », *in Id.*, p.262 ; COMELIAU (C.), « Approche économique de la santé : rationalisation ou marchandisation ? », *in La santé au risque du marché : incertitudes à l'aube du XXIe siècle*, s.d. RAINHORN (J.D.) et BURNIER (M.J.), PUF, Paris, 2001, pp.111-122 ; BERGER (T.), *L'accès aux médicaments des Pays en Développement*, L'Harmattan, Paris, 2011, pp.42 et s. ; SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, pp.45-90

¹⁰⁴⁷ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, pp.700

¹⁰⁴⁸ Ces outils sont qualifiés de « *compliance factors* » par la doctrine. FRANCK (T.M.), « Legitimacy in the International Legal System », *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p.705 et s.

¹⁰⁴⁹ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, pp.695

mais, au contraire, comme pluriel et multivoque¹⁰⁵⁰ tant les relations entre les systèmes normatifs qui le structurent oscillent entre domination et résistance¹⁰⁵¹.

3. Une communauté axiologique partielle

415. Droit du commerce international et Droit des droits de l'homme ont des champs d'application matériels étendus et spécifiques. Néanmoins, ils sont interdépendants et traitent d'ensembles de faits parfois identiques selon des perspectives différentes. Chacun de ces systèmes normatifs a des objectifs propres et les promeut selon des méthodes différentes : l'un s'appuyant sur sa structure institutionnelle propre et un ordre procédural développé et efficace, et l'autre empruntant la structure formelle et institutionnelle du système international général ou de systèmes normatifs spécialisés pour promouvoir ses valeurs. Toutefois, les structures axiologiques de ces deux systèmes normatifs, leurs fondements et leurs références en termes de valeurs, ne sont pas radicalement opposées. Au contraire, elles présentent une identité partielle. Ainsi, une certaine conception des droits de l'homme réside au fondement du droit du commerce international tandis que ce dernier peut représenter un outil efficace pour le développement des droits de l'homme.

416. Cette communauté de valeurs et cette complémentarité sont rappelées avec insistance par Pascal Lamy, directeur général de l'OMC depuis 2005. Dans son allocution du 13 janvier 2010 au Colloque de Genève sur les droits humains dans l'économie globale, le directeur général rappelle que : « *On oublie trop souvent que les droits de l'homme et les règles commerciales, y compris celles de l'OMC, reposent sur les mêmes valeurs : liberté et responsabilité individuelles, non-discrimination, primauté du droit et bien-être par une coopération pacifique entre les individus* »¹⁰⁵². L'apparition concomitante de la déclaration universelle des droits de l'homme et du GATT de 1947 immédiatement après la Seconde Guerre mondiale n'est pas un hasard¹⁰⁵³, droit de l'homme et droit du commerce visent à cultiver la paix internationale. La complémentarité entre le commerce et les droits de

¹⁰⁵⁰ SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance*, L'Harmattan, Paris, 2007, pp.30 et s.

¹⁰⁵¹ Cf. *Infra*. Section 2, §3 ; voy. ég. *Infra* Chapitre 8 section 2

¹⁰⁵² LAMY (P.), « Vers un partage des responsabilités et une plus grande cohérence : droits humains, commercer et politique macroéconomique », Allocution de Pascal Lamy au Colloque sur les droits humains dans l'économie globale, organisé par le Conseil international sur les politiques des droits humains et Realizing rights, Genève, 13 janvier 2010, Disponible en ligne sur le site de l'OMC :

http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl146_f.htm

¹⁰⁵³ *Id.* « Non seulement d'ailleurs reposent-ils sur les mêmes valeurs fondamentales ; mais ils sont aussi le résultat de préoccupations communes. Aussi bien les droits de l'homme que les règles commerciales mondiales étaient considérés comme une composante essentielle de l'ordre établi à la suite de la Deuxième Guerre mondiale, un rempart contre le totalitarisme ».

l'homme est réciproque¹⁰⁵⁴. En effet, le commerce participe à la promotion des droits de l'homme de deux manières : d'une part, « *les mesures commerciales sont l'instrument le plus fréquemment utilisé dans les pays développés pour exercer des pressions sur les États en situation de violation des droits de l'homme* », et, d'autre part, « *l'ouverture des marchés est source d'efficacité, elle stimule la croissance et contribue au développement, favorisant ainsi la mise en œuvre des droits de l'homme fondamentaux que sont les droits sociaux et économiques* »¹⁰⁵⁵. Inversement, les droits de l'homme apparaissent, aux yeux du directeur général comme doublement nécessaire au commerce international : « *Quel rôle les droits de l'homme jouent-ils dans le commerce ? Tout d'abord, les droits civils et politiques sont un ingrédient essentiel d'une bonne gouvernance, laquelle est à son tour essentielle à la bonne conduite des relations commerciales. (...) Ensuite, les droits sociaux, économiques et culturels, souvent considérés comme les principales victimes de la mondialisation et de l'ouverture des marchés, sont d'importants ingrédients d'une libéralisation réussie du commerce* »¹⁰⁵⁶.

417. Il faut également remarquer que la liberté du commerce et de l'industrie n'apparaît pas dans les déclarations internationales relatives aux droits de l'homme, mais elle en constitue le prolongement logique. Comme l'exprime Pascal Lamy, « *On pourrait presque dire que le commerce, c'est les droits de l'homme mis en pratique* »¹⁰⁵⁷ ! On peut citer plusieurs exemples récents qui mettent en lumière cette communauté de valeurs et cette complémentarité. Plusieurs études démontrent, dans des domaines divers tels que la sécurité sanitaire des aliments ou la santé publique¹⁰⁵⁸, que le droit de l'OMC peut participer à la promotion et la protection de valeurs extraéconomiques. Les exceptions prévues à l'article XX du GATT, à l'article XIV de l'AGCS et 27 alinéa 2 de l'accord ADPIC¹⁰⁵⁹ reconnaissent à l'État le droit de restreindre le commerce pour des raisons impérieuses relatives à la protection de la moralité et de l'ordre public, de la santé des personnes, de la vie des plantes et des animaux, de l'environnement. On peut s'interroger sur le fait de savoir si la reconnaissance d'une exception dans le but d'éviter un conflit de normes n'implique pas la reconnaissance de la conflictualité intrinsèque des deux normes considérées, au moins dans le domaine couvert par l'exception.

¹⁰⁵⁴ *Id.* « Et pourtant, les droits de l'homme et le commerce se renforcent mutuellement. Les droits de l'homme sont essentiels au bon fonctionnement du système commercial multilatéral tandis que les règles commerciales et celles de l'OMC contribuent à la réalisation des droits de l'homme ».

¹⁰⁵⁵ *Id.*

¹⁰⁵⁶ *Id.*

¹⁰⁵⁷ *Id.*

¹⁰⁵⁸ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., 699p.

¹⁰⁵⁹ Les articles 13 et 30 de l'ADPIC prévoient également des exceptions limitées aux droits exclusifs.

418. Toutefois, cette communauté axiologique n'est que partielle. Si une certaine conception des droits de l'homme repose au fondement du droit de l'OMC, c'est une conception relativiste et utilitariste des droits de l'homme. Une telle conception arbitre la contradiction entre les deux pôles de la structure axiologique des droits de l'homme en faveur du concept de liberté ou d'autonomie. Nulle part dans les dispositions des différents traités qui constituent le système du droit de l'OMC n'apparaît de référence spécifique au principe de respect de la dignité humaine. Celui-ci semble relégué au rang de principe relevant de la moralité ou de l'ordre public. Par ailleurs, il s'agit également, comme nous l'avons vu précédemment, d'une conception éminemment individualiste et subjectiviste des droits de l'homme qui rend difficilement compte des droits et des responsabilités collectives et objectives de l'homme envers lui-même, la biosphère, les générations futures. Ainsi, bien que reposant sur des valeurs communes, les agencements proposés entre ces valeurs, tantôt par le droit de l'OMC, tantôt par le droit international de la bioéthique, sont contradictoires.

419. Au sein du droit international de la bioéthique, dignité et liberté semblent entretenir une relation dialectique, arbitrée en faveur de la dignité. Selon cette conception la liberté est intrinsèquement limitée *ab initio* par la loi morale supérieure de respect de l'impératif catégorique. Au contraire, selon une conception relativiste, la dignité apparaît comme un concept inutile¹⁰⁶⁰, qui fait doublon avec les concepts d'intégrité physique et d'autonomie. Dans ce cadre théorique, la liberté n'a pas de limite intérieure. Elle n'est limitée, que de l'extérieur, par la liberté d'autrui. Telle semble être la conception véhiculée par le droit du commerce international qui ne contient aucune référence directe ni aux droits de la personne humaine ni au concept de dignité humaine. L'article XX du GATT, relatif aux exceptions générales aux principes du droit du commerce international, est formulé de manière tout à fait significative. En effet, celui-ci ne permet pas de déroger aux principes du droit du commerce dans le but de protéger les droits de l'homme, mais seulement dans le but de protéger la santé au sens d'état matériel des personnes et des animaux. La perspective utilitariste est clairement marquée. L'objectif des mesures sanitaires doit donc consister en l'évitement d'un dommage matériel quantifiable. Un autre indice révélant cette conception relativiste des droits de l'homme réside dans le fait que

¹⁰⁶⁰ MACKLIN (R.), « Dignity is a useless concept : it means no more than respect for persons or their autonomy », *British Medical Journal*, vol.327, 20-27 Décembre 2003, pp.1419-1421 ; PINKER (S.), « The Stupidity of Dignity », *The New Republic*, 28 mai 2008 ; voy ég. Alasdair Cochrane qui propose « to purge bioethics of dignity », in COCHRANE (A.), « Undignified bioethics », *Bioethics*, vol.24 n° 5, 2010, pp.234-241 ; voy. ég. La réponse de Roberto Andorno, ANDORNO (R.), « La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique ? », *RGDM*, 2005 n° 16, pp.95-102 ; l'auteur s'appuie sur Ronald Dworkin pour qui « anyone who professes to take rights seriously must accept the vague but powerful idea of human dignity », DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.198

l'article XX n'opère pas de distinction entre les mesures visant à protéger la santé des personnes et celle des animaux. L'absence de référence au principe de dignité humaine n'est, ici, pas anodine. En effet, nous avons pu constater que le principe de dignité remplit deux fonctions dans l'ordre juridique : la première consiste en une discrimination, qui sépare l'homme du reste du monde vivant ; la seconde qui valorise l'Homme en lui octroyant un statut supérieur et qui justifie qu'on lui applique un régime spécifique. Tel ne semble pas être la conception véhiculée par le droit de l'OMC, notamment les exceptions de l'article XX du GATT de 1994.

Section 2/Les contradictions entre systèmes juridiques spécialisés : l'exemple des relations entre le droit de l'OMC et le droit international de la bioéthique

420. Souhaitant s'opposer à une conception strictement positiviste des ordres juridiques, certains auteurs considèrent qu'il faut s'extraire de la thèse kelsénienne de « *la cohérence nécessaire de l'ordre juridique* »¹⁰⁶¹, pour affirmer au contraire « *le caractère potentiellement contradictoire de la matière juridique, qui tient au fait que les règles de droit ne sont pas des lois de la nature, mais "la conséquence d'une contradiction primitive qui a été provisoirement surmontée"* »¹⁰⁶². En effet, les règles de droit seraient « *la manifestation plus ou moins policée des rapports de force, l'expression de leur équilibre à*

¹⁰⁶¹ Hypothèse qui procède d'une confusion entre la théorie et son objet, puisque Kelsen glisse de la nécessité pour la théorie d'être cohérente (c'est-à-dire de ne pas se contredire dans ses propositions) à celle pour l'ordre juridique de ne pas contenir des normes contradictoires. Sur ce point voir : JAMMEAUD (A.), *De l'opposition des normes en droit privé*, Thèse Lyon III, 1975, pp.569 et s. Une telle position doit être nuancée dans la mesure où nous avons observé que Kelsen a lui-même reconnu la possibilité de l'existence d'un conflit de normes au sein des systèmes juridiques, même si ceux-ci doivent être évités ou résolus. cf. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. H. Thevenaz, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, p.161. Voy. ég. p.144 : « *Quand on est en présence de deux normes simultanément valables, mais contradictoires, celui qui doit les appliquer (organe de l'État ou sujet de droit) ne peut se conformer à l'une sans violer l'autre* » ; KELSEN (H.), « *Derogation* », in KLECATSKY (H.), MARCIC (R.) et SCHAMBECK (H.) s.d., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (1968), ii., at 1439 ; originally published in NEWMAN (R.A.) s.d., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (1962), pp.339-361 ; Voy. VRANES (E.), « *The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory* », *EJIL*, 2006, vol.17, n°2, pp.395-418 ; Kelsen précise : « *If one has recognize that "prescribing" and "permitting" constitute two different normative functions, one cannot deny that a permission and a prescription mutually exclude each other* », in KELSEN (H.), *Allgemeine Theorie der Normen (Théorie générale des normes)*, Vienne, 1979, p.79 (« *Wenn man Gebieten und Erlauben als zwei verschiedene normative Funktionen gelten lassen muss, kann man nicht leugnen, daß sich Erlaubt-Sein und Geboten-Sein gegenseitig ausschließen* »), traduction proposée par Erich Vranes, in *op. cit.* VRANES (E.), « *The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory* », *EJIL* 2006, vol.17, n°2, p.403

¹⁰⁶² PELLET (A.), « *Harmonies et contradictions de la justice internationale* », in *Harmonie et contradictions en droit international* », s.d. BEN ACHOUR (R.) et LAGHMANI (S.), Pedone, Paris, 1997 p.195 cité par SALAH (M.M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, Paris, 2002, p.21

un moment donné »¹⁰⁶³. Cependant, il faudrait également ajouter que ces rapports de force concernent un certain objet et se concrétisent en poursuivant une perspective et des valeurs spécifiques. En droit international, ces rapports de force et le caractère politique de la production, comme de l'application, des normes juridiques revêtent une importance toute particulière. En effet, et peut-être plus que dans d'autres systèmes juridiques, les normes du droit international sont le « *résultat d'un compromis entre des intérêts divergents* »¹⁰⁶⁴. Cependant, ces normes sont également des « *normes structurantes (...) [qui] s'assemblent dans "des constructions rationnelles et apparentes plus ou moins charpentées et solides"* »¹⁰⁶⁵ *qui dessinent les contours de l'ordre que le droit imprime sur les choses* »¹⁰⁶⁶. Dès lors, le système juridique qui résulte de cette construction est lui-même traversé par de nombreuses contradictions qui résultent de sa structure normative et l'ordre apparent qu'il imprime sur les choses peut parfois se révéler chaotique.

421. Les relations de contradictoires qui peuvent s'établir entre différents régimes spécialisés du droit international sont des contradictions complexes à plusieurs points de vue. Atypiques, elles dépassent largement le cadre théorique des conflits de normes dans la mesure où elles impliquent des relations croisées entre plus de deux normes et qu'elles s'articulent autour d'un conflit de valeurs ou d'objectifs entre les ensembles considérés. Tout au long de ce chapitre, nous suivrons l'exemple des relations qu'entretiennent le droit de l'OMC et le droit international de la bioéthique. D'un point de vue dynamique, le développement de la contradiction dépend du comportement des États, des acteurs institutionnels de chaque sous-système et des stratégies juridiques qu'ils mettent en œuvre pour y faire face. Telle qu'elle semble se développer, la contradiction entre le droit de la bioéthique et le droit du commerce apparaît dans un premier temps comme une contradiction complexe non antagonique. Les deux systèmes partagent un certain nombre de valeurs communes, ce qui permet d'établir plus facilement des relations d'interprétation de conciliation. Cependant, cette contradiction complexe produit un certain nombre d'effets, à la fois sur chaque régime spécialisé et à la fois sur le système juridique international dans son ensemble.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ SALAH (M.M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, Paris, 2002, p.21

¹⁰⁶⁵ CHAMPAUD (Cl.), « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éd. Frison Roche, 1999, spéc. p.85

¹⁰⁶⁶ SALAH (M.M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, op. cit., p.21

§1. Les contradictions de systèmes normatifs : des contradictions complexes et atypiques

422. Les contradictions entre les systèmes normatifs du droit international ne sont pas des conflits de normes tels qu'ils sont définis par la doctrine et la jurisprudence. Au contraire, ces contradictions apparaissent comme des conflits atypiques et complexes.

A. Des conflits complexes

423. À l'inverse des conflits réels de normes entendus au sens strict, les conflits de systèmes voient s'opposer des ensembles normatifs composés d'un grand nombre d'éléments. Les conflits potentiels entre les régimes juridiques du droit international, notamment celui entre le droit international de la bioéthique et le droit international du commerce, impliquent plus de deux normes. À ce titre, de telles contradictions peuvent être qualifiées de complexes. Toutefois, cette complexité ne tient pas seulement à l'aspect quantitatif, le nombre de normes impliquées dans la relation de contradiction systémique, mais également à un aspect qualitatif. En effet, d'un point de vue qualitatif, les contradictions systémiques font intervenir des normes dont la nature est différente. Tel est l'un des points essentiels mis en valeur par la théorie du droit d'H.L.A. Hart¹⁰⁶⁷. Ce dernier « opère un décentrement fondamental au niveau de la définition du droit en déplaçant l'accent mis traditionnellement sur les normes, en tant qu'éléments constitutifs du système juridique, vers le système juridique lui-même et les relations spécifiques existant entre ses éléments »¹⁰⁶⁸. Ce décentrement permet notamment d'apprécier la qualité et la nature des éléments d'un système juridique, c'est-à-dire des normes, non plus seulement au regard de leurs caractéristiques intrinsèques, mais au regard des relations qu'elles entretiennent entre elles et des fonctions qu'elles remplissent vis-à-vis du système compris dans son ensemble.

¹⁰⁶⁷ H.L.A. Hart apparaît comme un précurseur dans l'approche systémique moderne du droit. cf. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. par Michel Van de Kerchove, avec la collaboration de J. van Drooghenboreck et R. Célis, Bruxelles, 1976 : Michel Van de Kerchove et François Ost explicitent le renversement que sa théorie opère vis-à-vis notamment des conceptions kelsénienne : « l'une des causes essentielles que Hart assigne à l'échec de la théorie du droit classique à définir son objet réside dans le fait qu'elle a toujours prétendu retrouver dans les différentes normes composant un ordre juridique des caractéristiques communes qui permettraient à la fois de caractériser leur juridicité et de les différencier par rapport à des entités non juridiques. Or, comme l'avait déjà suggéré avant lui Santi Romano, par exemple, (...) Hart insiste à la fois sur la diversité des normes juridiques et sur le fait que la caractérisation la plus satisfaisante des phénomènes juridiques réside plutôt dans l'articulation spécifique qui peut exister entre normes d'un type différent au sein d'un même système ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1988, p.38

¹⁰⁶⁸ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1988, p.39

424. Depuis Hart, la doctrine comme la commission du droit international et ses rapporteurs successifs, distinguent les normes primaires des normes secondaires. Les normes primaires sont définies comme les règles qui se réfèrent à des conduites, des comportements, des actions physiques et qui imposent « *des devoirs ou des obligations* »¹⁰⁶⁹. À l'inverse, les règles secondaires « *confèreraient des pouvoirs* », « *se réfèreraient à d'autres règles* », et « *concerneraient la création des devoirs et obligations, c'est-à-dire des actes juridiques* »¹⁰⁷⁰. Règles primaires et secondaires entretiennent, dans la théorie de Hart, des relations spécifiques de « *complémentarité* »¹⁰⁷¹. Cette complémentarité prend « *la forme de trois fonctions sociales spécifiques* »¹⁰⁷² : « *la reconnaissance qui permettra d'identifier les règles appartenant au système, en déterminant leurs conditions de validité* »¹⁰⁷³, « *la décision habilitant des individus à trancher d'autorité la question de savoir si une règle primaire a été transgressée et déterminant les sanctions applicables* »¹⁰⁷⁴, cette dernière permet également de lever l'indétermination sur la signification des règles primaires et secondaires¹⁰⁷⁵. Ainsi, les règles primaires constituent des règles de conduite tandis que les règles secondaires concernent l'administration générale des éléments du système juridique, car elles concernent l'application, la sanction, la modification et la mise en relations des autres règles.

425. La distinction que nous opérons entre normes substantielles et normes procédurales s'inspire de cette classification tout en tentant de s'en détacher. En effet, les normes substantielles, qui font référence aux valeurs axiologiques et aux objectifs du système juridique auquel elles appartiennent, concernent les conduites et les comportements des sujets ou destinataires auxquelles elles s'adressent. Néanmoins, elles ne se limitent pas aux comportements et actions physiques des sujets, mais également aux actes juridiques qu'ils produisent. La théorie des conflits de normes implique qu'une norme substantielle peut être contrariée par un acte juridique créant une norme comportant une obligation strictement exclusive de la précédente. En outre, les normes procédurales ressemblent aux règles secondaires puisqu'elles se réfèrent à d'autres normes et concernent les conditions d'application et de garantie des normes substantielles. Bien qu'elles puissent directement créer des obligations, elles ne se réfèrent pas directement à une valeur ou un

¹⁰⁶⁹ *Id.*

¹⁰⁷⁰ *Id.*

¹⁰⁷¹ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, op. cit. p.117 et 118

¹⁰⁷² OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1988, p.41

¹⁰⁷³ *Id.*

¹⁰⁷⁴ *Id.*

¹⁰⁷⁵ *Id.*

objectif, mais plutôt s'associent avec une norme substantielle particulière. Chacun de ces types de normes tend à mettre l'accent sur la fonction que celles-ci remplissent de manières complémentaires dans l'ordre juridique. Les normes substantielles assurent la structure axiologique et matérielle du système juridique tandis que les normes procédurales constituent les mécanismes assurant la structure formelle et l'effectivité empirique du système juridique. Par ailleurs, cette formulation tend à mettre en lumière le glissement qui s'opère au sein de la rationalité juridique depuis une conception fondée sur la distinction entre légitimité formelle et matérielle vers une autre axée sur la distinction entre légitimité procédurale et légitimité substantielle¹⁰⁷⁶.

426. Les contradictions entre systèmes normatifs du droit international peuvent donc être qualifiées de complexes non pas seulement en fonction du nombre d'éléments impliqués, mais également en fonction des relations qualitatives qu'entretiennent ces éléments différenciés fonctionnellement. La relation de contradiction entre les normes dans le cadre d'un conflit de système est, elle-même, qualitativement différente de la relation entre les normes dans le cadre d'un conflit au sens strict. Ainsi, les contradictions entre systèmes normatifs impliquent des relations croisées entre les normes substantielles et les normes procédurales de deux systèmes qui ont pour conséquence d'empêcher ou de frustrer la réalisation des objectifs d'un des systèmes considérés. En effet, nous verrons que l'ORD est amené à utiliser certaines normes et standards normatifs de systèmes qui lui sont extérieurs. Néanmoins, cette utilisation par l'OMC de normes extérieures s'effectue au sein du cadre établi par son ordre procédural de référence, soit l'ensemble des normes procédurales qui garantissent la primauté et la réalisation effective de ses objectifs propres. C'est également pour cette raison que de telles contradictions peuvent apparaître comme atypiques.

B. Des conflits atypiques

427. Les contradictions entre systèmes normatifs du droit international apparaissent également comme atypiques par rapport à la catégorie des conflits de normes. De telles contradictions sont exclues de la catégorie des conflits de normes par voie de définition et ne sont pas ou peu étudiées par la doctrine. Elles correspondent à l'hypothèse de conflit potentiel entre des permissions et des obligations ou entre différentes obligations qui ne sont pas mutuellement exclusives, mais dont l'application de certaines affecte la réalisation des objectifs véhiculés par les autres. En effet, une contradiction entre systèmes

¹⁰⁷⁶ cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 ; MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.109 et s. et pp.213-245 ; PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., pp.83-100

s'apparente à une somme de conflits potentiels et non pas à des conflits réels dans la mesure où des solutions interprétatives permettent, souvent, de neutraliser ceux-ci avant même qu'ils ne surviennent. De plus, les normes considérées de chaque système ne sont pas strictement conflictuelles dans la mesure où elles ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives. Elles semblent plutôt empêcher, frustrer, contrecarrer, ou dénaturer l'application de leurs concurrentes appartenant à d'autres systèmes normatifs ou la réalisation optimale des objectifs propres à ces autres systèmes. Ces contradictions ne se situent pas directement sur un plan logique ou abstrait, mais peuvent être repérées dès lors qu'on les étudie sous l'angle de l'effectivité. Ainsi, de telles contradictions sont non-antagoniques dans la mesure où elles ne supposent pas la disparition d'un des termes de la contradiction. Au contraire, leur développement suppose le dépassement de l'opposition des systèmes contraires par l'établissement, entre eux, d'une relation d'interprétation qui les concilie en modifiant leurs portées ou leurs structures respectives.

428. Pour envisager l'existence d'une contradiction interrégimes en droit international, il faut s'extraire d'une perspective qui enserme l'étude des conflits de normes dans un cadre fondé exclusivement sur la matière que régulent ces normes ou sur leurs champs d'application. Au contraire, apprécier une contradiction non-antagonique, ou un conflit potentiel, nécessite de se placer du point de vue des effets que l'application d'une norme produit concrètement, sur l'application ou l'interprétation d'une autre. Ainsi, comme le note Wilfried Jenks, si des traités « *deal with related question or have a repercussion upon one another in any other way, there is a possibility of conflict* »¹⁰⁷⁷. Dès lors, mieux vaut se placer du point de vue des effets, ou des résultats, pour apprécier ce type de relations normatives. « *In such cases, the political goals of state parties are inhibited by their own actions and, on a more abstract level, such conflicts undermine the structural role of treaties within the international legal system. Whether or not these treaties happen to have the "same subject-matter" is less important than the effects of the treaties themselves and how those effects relate to the underlying purpose of treaties* »¹⁰⁷⁸. Suivant cette conception attachée aux effets plutôt qu'aux causes, les conflits potentiels, entre certaines normes du système des droits de l'homme – celles relatives au respect de la dignité de l'être humain – et celles du droit de l'OMC, peuvent être perçus de plusieurs manières. En effet, les relations entre les normes du droit de l'OMC et certaines normes des droits de l'homme peuvent être appréciées, tantôt comme des conflits potentiels entre des obligations ou entre des obligations et des permissions, tantôt comme des conflits de prérogatives juridiques reconnues aux États ou comme des conflits de droits étatiques.

¹⁰⁷⁷ JENKS (W.), « The Need for an International Legislative Drafting Bureau », *AJIL*, 1945 n° 39, pp.163 et s., spé.p.175.

¹⁰⁷⁸ *Id.*

429. Conçue comme un réseau de conflits entre les obligations étatiques découlant de leur engagement dans deux systèmes normatifs différents, la contradiction systémique entre le droit de l'OMC et le système des droits de l'homme présente plusieurs aspects. En effet, on peut envisager cette contradiction comme une succession de conflits potentiels entre, d'une part, les obligations pour l'État de « *protéger* » tel ou tel droit de la personne ou de l'être humain, et, d'autre part les obligations de « *laisser faire* » ou de ne pas prendre des mesures ayant pour effet de restreindre le commerce international. On peut remarquer également que la perception de ces types de conflits potentiels variera en fonction de la modalité de protection accordée aux droits de la personne et de l'être humain. À ce titre, il faut noter que les mesures établissant une protection « *objective* » de la dignité de l'être humain ou des droits de la personne et qui consistent souvent en des interdictions par principe de certains types d'activités impliquant le corps humain, sont celles présentant le degré d'incompatibilité le plus élevé avec les obligations de « *laisser faire* » ou de ne pas restreindre le commerce international.

430. Un second aspect de cette contradiction consiste en ce que ces conflits potentiels mettent en relation des obligations de comportement, celles découlant du système normatif des droits de l'homme, et des obligations de résultat, celles découlant du système normatif de l'OMC. La multiplication des obligations de comportement est un trait caractéristique du droit international contemporain¹⁰⁷⁹. Les obligations de comportement, à l'inverse des obligations de résultat, n'exigent pas « *de manière précise et stricte* » l'obtention d'un résultat déterminé, mais simplement « *le devoir de mettre en œuvre les moyens nécessaires* » pour le réaliser¹⁰⁸⁰. Ces obligations de comportement sont particulièrement utilisées dans le système normatif des droits de l'homme dans la mesure où elles offrent une élasticité et une plasticité accrues au système compte tenu de ces objectifs visant le respect du pluralisme et de la diversité culturelle. En effet, comme le note le professeur Pastor Ridruejo, « *puisque l'accomplissement de cette dernière espèce d'obligations (de comportement) accorde une marge de discrétion, plus ou moins large, à leurs destinataires – tout au moins dans le choix de moyens pour atteindre le résultat –, le contrôle du respect des normes en question devient plus problématique que la vérification*

¹⁰⁷⁹ PASTOR RIDRUEJO (J. A.), « Le droit international à la veille du XXI^e siècle : normes, faits et valeurs », *RCADI*, 1998, tome 274, Martinus Nijhoff Publisher, La Haye, pp.30 (9-308). Pour l'auteur, « à côté des normes créant des obligations de résultat, qui sont celles qui imposent aux États le devoir d'atteindre ou d'éviter un état de choses précis (par exemple, l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force), il y a des normes ne contenant que des obligations de comportement, c'est-à-dire le devoir de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour atteindre ou éviter un état de choses déterminé, sans exiger d'une manière précise et stricte l'obtention de celui-ci (par exemple le devoir de rechercher le règlement pacifique des différends internationaux ou l'obligation de coopérer) ».

¹⁰⁸⁰ *Id.*

du respect des obligations de résultat »¹⁰⁸¹. Dans ce type d'hypothèse, le conflit potentiel pourra être facilement neutralisé, en faveur de l'obligation de résultat, dans la mesure où les destinataires de l'obligation de comportement bénéficient d'une marge de discrétion dans la recherche et la mise en œuvre des moyens de sa réalisation.

431. Enfin, on peut envisager cette contradiction comme un réseau de conflits entre les droits que les États tiennent des normes internationales et des obligations qu'elles recèlent. La grille d'analyse qui tend à distinguer les droits de l'homme en fonction des modalités de protection qui leur sont associées dans un ordre juridique national est partiellement transposable à l'étude des droits étatiques dans l'ordre international. En effet, il est possible d'effectuer un classement entre les droits étatiques en fonction de la qualité des normes qui les consacrent et des modalités associées à leur exercice ou leur sanction. Certains droits des États leur sont personnels dans la mesure où ils découlent d'engagements conventionnels qu'ils ont pris avec d'autres États. Ces droits découlent des obligations réciproques auxquelles leurs partenaires ont consenti dans le cadre de ces engagements. Ces droits peuvent être qualifiés de subjectifs dans la mesure où ils sont ceux d'un État particulier dans ses relations avec un ou plusieurs autres États. Ces droits sont exercés de manière individuelle et leur violation peut amener l'État lésé à saisir une instance arbitrale ou juridictionnelle afin d'exiger une réparation. On peut ainsi considérer que ces droits subjectifs des États correspondent à la coordination, pour ceux-ci, d'un intérêt légitime protégé et d'un intérêt personnel à agir. D'autres droits des États découlent de normes impératives du droit international ou des obligations *erga omnes*. Les normes de *jus cogens* ne sont pas susceptibles de faire l'objet de dérogation, leur respect est inconditionnel. Les obligations et les droits découlant de ces normes ne peuvent pas, compte tenu de l'absence de pouvoir centralisé dans la société internationale, faire l'objet d'une protection objective par un pouvoir exécutif ou judiciaire. Ces droits sont ceux de la communauté internationale prise dans son ensemble et chaque État dispose d'un intérêt à agir en justice afin d'en faire cesser la violation. Ainsi, c'est par la reconnaissance d'une forme d'*actio popularis* que ces droits sont protégés. À ce titre, ils s'apparentent clairement à une hybridation des modèles des droits objectifs et des droits collectifs. Les conflits de normes peuvent être appréciés également comme des conflits de droits ou de prérogatives juridiques reconnus aux États. Ainsi les contradictions systémiques peuvent également être perçues comme une succession de conflits de droits étatiques ou de prérogatives juridiques contradictoires reconnus aux États par plusieurs systèmes normatifs. Néanmoins, par delà la description statique de cette contradiction et de ses éléments, c'est son développement dynamique et le comportement adopté par chacun des

¹⁰⁸¹ *Id.*

acteurs institutionnels attachés à chaque système qui emporte des conséquences sur ces derniers comme sur l'ordre juridique international.

§2. Aspect dynamique du développement de la contradiction entre droit de l'OMC et droit international de la bioéthique

432. La description des systèmes du droit international de la bioéthique et du droit de l'OMC combinée à celle des caractéristiques des contradictions systémiques nous ont permis de mettre en lumière, de manière statique, les points de contact et les types de relations conflictuelles que ces deux systèmes peuvent entretenir. Désormais, l'analyse du comportement de chacun des deux systèmes doit nous permettre d'étudier leurs relations dans une perspective dynamique qui mettra en lumière le développement de cette contradiction systémique. Nous constaterons que les différences de chaque système vis-à-vis du traitement de cette contradiction reposent notamment sur le fait qu'ils disposent de paradigmes herméneutiques différents.

A. L'OMC et le traitement de la contradiction systémique

433. Le système normatif de l'OMC dispose d'une instance qui régle à la fois le sens de ces normes, mais également les mécanismes de sa cohérence formelle : l'ORD. Cette institution joue un rôle déterminant dans le traitement de la contradiction entre les droits de l'homme et le droit de l'OMC. En effet, cette instance quasi juridictionnelle interprète et applique les normes du droit du commerce international à l'occasion des contentieux interétatiques qui lui sont soumis. Dans le cadre de cette fonction et eu égard aux normes procédurales qui déterminent sa compétence, l'ORD précise à la fois le sens et la portée des exceptions générales prévue par les accords commerciaux multilatéraux. Mais, de plus, l'ORD est également amené à s'interroger sur les relations que les normes du droit du commerce international entretiennent avec leur environnement normatif, c'est-à-dire avec le droit international général et les autres sous systèmes normatifs du droit international.

1. Le rôle de l'ORD vis-à-vis de la cohérence externe du droit de l'OMC

434. La cohérence externe d'un système concerne les relations qu'il entretient avec son environnement. Du point de vue du système normatif de l'OMC, cet environnement se

compose du système juridique international général et des régimes spécialisés ou sous-systèmes du droit international. Le rôle de l'ORD est toutefois doublement limité vis-à-vis de la régulation de la cohérence externe du système. En effet, d'une part, sa compétence est limitée par les normes procédurales qui lui servent de référence, et, d'autre part, par le fait que l'ORD a adopté une définition restrictive des conflits de normes.

a. Une compétence limitée par les normes procédurales du système

435. L'organe d'appel considère qu'« *il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* »¹⁰⁸². Comme certains auteurs le remarquent, le droit de l'OMC fait partie intégrante de l'ordre juridique international et il n'est ni autonome ni autosuffisant¹⁰⁸³. Toutefois, bien que l'ORD soit compétent pour apprécier la cohérence externe du droit de l'OMC, sa compétence est limitée. En effet, l'organe d'appel a précisé dans plusieurs affaires le cadre des relations entre les accords du droit de l'OMC et d'autres règles du droit international pertinentes au regard du contentieux en cause. Le second alinéa de l'article 3-2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit à ce titre que « *le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral* » et que « *les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». Ainsi, cette règle procédurale qui fixe le cadre de la fonction de l'ORD établit un renvoi à d'autres règles procédurales relatives à l'interprétation des traités. Ces « *règles coutumières d'interprétation du droit international public* » sont notamment consacrées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

436. Dans une affaire récente, le groupe spécial a été amené à s'interroger sur les relations entre les accords du droit de l'OMC avec d'autres règles du droit international,

¹⁰⁸² OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule* (États-Unis – Essence), Rapport de l'Organe d'appel distribué le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, p.11

¹⁰⁸³ Joost Pauwelyn insiste sur le fait que le droit de l'OMC n'est pas un « *self-contained Regime* » et qu'au contraire, il est inséré dans le système général du droit international et ne peut ni s'extraire de l'application des règles générales de ce dernier ni faire abstraction des autres normes juridiques internationales. PAUWELYN (J.) « Bridging Fragmentation and Unity : International Law as a Universe of Inter-Connected Islands », *op. cit.*, p.904 et s. ; du même auteur *Conflicts of Norms in Public International Law*, *op. cit.* pp.35 et s. ; SRENSON (M.), « Autonomous Legal Orders : Some Considerations Relating to a System Analysis of International Organization in the World Legal Order », *ICLQ*, 1983, n° 32, pp.559-576 ; SIMMA (B.), « Self-Contained Regime », *NYIL*, 1985 n° 16, pp.115 et s. ; Voy. ég. MALJEAN-BUDOIS (S.), « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres règles du droit international ? », *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 2, 2008, pp.159-176

notamment avec la Convention sur la diversité biologique et le protocole de Carthagène sur la biosécurité. Conformément à l'article 3-2 du mémorandum d'accord, le groupe s'est référé à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969¹⁰⁸⁴. L'ORD a centré son analyse sur l'alinéa 3 c) de l'article 31 qui précise qu'en vue de l'interprétation d'un traité, « *il sera tenu compte en même temps que du contexte c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Dans l'affaire *Communauté européenne – OGM*, le groupe spécial a ainsi considéré, à propos de l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne, que « *le fait d'exiger qu'un traité soit interprété à la lumière des autres règles de droit international qui lient les États parties au traité assure ou renforce la compatibilité des règles de droit international applicables à ces États et contribue ainsi à éviter des conflits entre les règles pertinentes* ».¹⁰⁸⁵ Ainsi, c'est par l'interprétation de ces normes procédurales que le juge de l'OMC fixe le cadre de sa compétence en ce qui concerne le recours à des règles qui sont extérieures à son système normatif.

437. Les termes « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations des parties* » n'établissent aucune distinction *a priori* entre ces règles pertinentes. Ainsi, comme le note le groupe spécial dans l'affaire *Communauté européenne – OGM* : « *cette référence semble suffisamment large pour englober toutes les sources de droit international public généralement acceptées, c'est-à-dire i) les conventions internationales (traités), ii) la coutume internationale (droit international coutumier) et iii) les principes généraux de droit*¹⁰⁸⁶ reconnus »¹⁰⁸⁷. Toutefois, le Groupe spécial a restreint son approche

¹⁰⁸⁴ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est intitulé « Règle générale d'interprétation » :

« 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

¹⁰⁸⁵ OMC, Communauté européenne – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Communauté européenne – OGM), Rapport du groupe spécial distribué le 29 septembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, §7.70.

¹⁰⁸⁶ Concernant les principes généraux de droit l'organe d'appel a, dans l'affaire États-Unis – Crevettes, établi qu'il fallait tenir compte des principes généraux de droit international dans l'interprétation des dispositions de l'OMC. États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis – Crevettes), Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §.158 L'Organe d'appel a également constaté dans cette affaire que « *le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États* ».

¹⁰⁸⁷ Communauté européenne – OGM, rapport du groupe spécial *op. cit.*, §7.67.

en ce qui concerne le critère d'applicabilité de ces règles pertinentes. En effet, le groupe spécial a estimé que « *les règles de droit international applicables dans les relations entre les “parties” sont les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels le traité est en vigueur. Cette compréhension de l'expression “les parties” amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les membres de l'OMC* »¹⁰⁸⁸. Une telle appréciation limite le recours aux règles extérieures puisque, selon le groupe spécial, « *on peut (...) dire que si une règle de droit international n'est pas applicable à l'un des quatre Membres de l'OMC qui sont parties au présent différend, la règle n'est pas applicable dans les relations entre tous les membres de l'OMC* »¹⁰⁸⁹. En l'espèce, le fait que les États-Unis ne soient pas partie à la Convention sur la diversité biologique et au Protocole de Carthagène a amené le panel à considérer que ces deux instruments, bien que pouvant constituer des règles pertinentes de droit international vis-à-vis du commerce des OGM, n'étaient pas applicables dans les relations entre les parties¹⁰⁹⁰.

438. Le panel a également fait preuve d'une grande prudence quant à l'interprétation du mémorandum d'accord et de l'étendue de sa propre compétence vis-à-vis de la cohérence externe du droit de l'OMC. Estimant, à propos du différend OGM, que « *la présente affaire n'est pas une affaire dans laquelle les règles pertinentes du droit international sont applicables dans les relations entre toutes les parties au différend, mais pas entre tous les membres de l'OMC, et dans laquelle toutes les parties au différend font valoir qu'un Accord multilatéral de l'OMC devrait être interprété à la lumière de ces autres règles de droit international* », ainsi le groupe spécial a refusé de « *prendre (...) position sur le point de savoir si dans une telle situation nous [le panel] serions habilités à tenir compte des autres règles pertinentes de droit international* »¹⁰⁹¹.

439. Le groupe spécial n'a pourtant pas fermé la porte à l'emploi de règles de droit international extérieures au droit de l'OMC. En effet, s'il ne prend pas position vis-à-vis de la conciliation entre les dispositions de l'OMC et des règles pertinentes extérieures dans les cas où toutes les parties au différend seraient liées par ces règles, le panel admet plus

¹⁰⁸⁸ *Id.* §7.68.

¹⁰⁸⁹ *Id.* §7.71.

¹⁰⁹⁰ Pour le groupe spécial : « *Compte tenu du fait que les États-Unis ne sont pas partie à la Convention sur la diversité biologique, nous ne partageons pas l'avis des Communautés européennes selon lequel il nous faut tenir compte de la Convention sur la diversité biologique pour interpréter les Accords multilatéraux de l'OMC en cause en l'espèce* ». cf. *Id.* §7.74

¹⁰⁹¹ *Id.* §7.72.

facilement leur utilisation lors de l'interprétation des termes de l'Accord général¹⁰⁹². En effet, l'ORD considère, conformément aux prescriptions de l'article 31-1) de la Convention de Vienne, que « *les termes d'un traité doivent être interprétés suivant le sens ordinaire attribué aux termes du traité à la lumière de son objet et de son but* ». À cette fin, le groupe spécial estime que, « *outre les dictionnaires, d'autres règles pertinentes de droit international peuvent dans certains cas aider celui qui interprète un traité à établir, ou confirmer, le sens ordinaire des termes du traité dans le contexte spécifique dans lequel ils sont utilisés* »¹⁰⁹³.

440. Cependant, le recours à ces règles n'emporte aucune conséquence à l'égard des relations qu'entretiennent les dispositions du droit de l'OMC avec d'autres règles du droit international applicables aux parties d'un différend. En effet, le panel précise immédiatement que « *de telles règles ne seraient pas prises en considération parce qu'il s'agit de règles juridiques, mais plutôt parce qu'elles peuvent apporter des éléments de preuve indiquant le sens ordinaire des termes de la même façon que les dictionnaires* »¹⁰⁹⁴. Le juge de l'OMC ne se considère pas lié par ces règles extérieures, mais les mobilise comme une source de connaissance. Bien qu'il accepte qu'« *elles devraient être prises en considération pour leur caractère éclairant* »¹⁰⁹⁵, il affirme également son indépendance vis-à-vis de ces dernières : « *un groupe spécial peut prendre en considération d'autres règles pertinentes de droit international lorsqu'il interprète les accords de l'OMC s'il juge ces règles nécessaires. Mais un groupe spécial ne doit pas nécessairement recourir à d'autres règles de droit international, en particulier s'il considère que le sens ordinaire des termes des Accords de l'OMC peut être établi par référence à d'autres éléments* »¹⁰⁹⁶. De plus, lorsque l'ORD utilise ces règles extérieures afin de préciser le sens ordinaire des termes de l'Accord général, celui-ci n'exige plus que toutes les parties au différend y soient liées¹⁰⁹⁷. Une telle interprétation est déclarée conforme à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹⁰⁹⁸. À l'inverse, dans l'affaire O.G.M., le panel n'a pas « *jugé nécessaire ni approprié d'avoir recours à ces dispositions*

¹⁰⁹² *Id.* §7.92

¹⁰⁹³ *Id.*

¹⁰⁹⁴ *Id.*

¹⁰⁹⁵ *Id.*

¹⁰⁹⁶ *Id.* §7.93.

¹⁰⁹⁷ Le groupe spécial précise à ce propos que « *le simple fait qu'une ou plusieurs parties au différend ne sont pas parties à une convention ne signifie pas nécessairement qu'une convention ne peut pas éclairer le sens et la portée du terme d'un traité à interpréter* ». cf. *Id.* §7.94.

¹⁰⁹⁸ *Id.* Dans cette affaire l'Organe d'appel avait notamment eu recours à la Convention sur la diversité biologique pour établir le sens et la portée de l'expression « *ressources naturelles épuisables* ». Cependant dans ce rapport l'Organe d'appel n'avait nullement fait référence à l'article 31 1) de la convention de Vienne. cf. OMC, *États-Unis – Crevettes*, rapport de l'organe d'appel *op. cit.*, §.130

particulières pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce »¹⁰⁹⁹. La solution aurait pu s'en trouver radicalement changée dans la mesure où la Convention sur la biodiversité et le Protocole de Carthagène véhiculent une conception de la similarité des produits qui conduit à distinguer les produits contenant des O.G.M. des produits n'en contenant pas. À l'inverse, l'ORD a estimé qu'en l'espèce ces deux types de produits étaient similaires au sens du droit de l'OMC.

441. Outre le cadre de sa compétence vis-à-vis de la cohérence externe du système normatif de l'OMC, l'ORD a également adopté une définition restrictive des conflits de normes qui limite, comme nous l'avons montré, l'occurrence des situations de conflit entre les normes du droit international. Réduire les situations de conflit entre les règles du droit de l'OMC et celles d'autres systèmes normatifs ne limite-t-il pas, corrélativement, les situations dans lesquelles d'autres règles pertinentes sont susceptibles d'être utilisées pour interpréter les normes du droit de l'OMC ? En d'autres termes, adopter une conception restrictive des conflits de normes ne conduit-il pas à limiter l'émergence de situations recélant l'opportunité de coordonner et synchroniser les différents systèmes spécialisés du droit international ?

b. L'adoption d'une définition restrictive des conflits de normes

442. L'ORD a été confronté, dans deux affaires intervenues postérieurement à la création de l'OMC, au problème du conflit potentiel entre deux traités. Le groupe spécial a notamment adopté, dans ces décisions, une définition restrictive¹¹⁰⁰ des conflits de normes qui a largement influencé la résolution du différend et la conception des mécanismes de la cohérence formelle du droit de l'OMC

443. Dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*, une mesure indonésienne avait fait l'objet d'une plainte devant l'ORD de la part des Communautés européennes, du Japon et des États-Unis. Ces États invoquaient notamment le fait que ces mesures, qui prévoyaient l'exonération, pour les importations des véhicules dits d'origine nationale et de leurs

¹⁰⁹⁹ OMC, Communauté européenne – OGM, rapport du groupe spécial *op. cit.*, §7.95. Toutefois, il faut remarquer également que le Groupe spécial a consulté plusieurs organisations internationales (FAO, CODEX, OMS, PNUE...) afin qu'elles lui fournissent les données nécessaires afin d'établir le sens ordinaire à donner aux termes du traité. cf. *Id.* §7.96.

¹¹⁰⁰ « *In international law for a conflict to exist between two treaties... [their] provisions must conflict, in the sense that the provisions must impose mutually exclusive obligations... Technically speaking, there is conflict when two (or more) treaty instruments contain obligations which cannot be complied with simultaneously* » ; OMC, Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Indonésie – Automobiles), rapport du groupe spécial distribué le 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, §.14.28

composants, des droits de douane et de la taxe sur les produits de luxe, étaient incompatibles avec les obligations de l'Indonésie découlant des articles I et III du GATT¹¹⁰¹. Considérant ces mesures comme des subventions, l'Indonésie s'appuya, afin de construire sa défense, sur les droits spéciaux dérivant de son statut de pays en développement au regard de l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (SMC). Pour l'Indonésie, l'accord SMC constituait, en l'espèce, la *lex specialis* applicable aux subventions et mesures compensatoires. En effet, l'Indonésie considérait qu'un conflit existait entre certaines dispositions de l'accord SMC et certaines dispositions du GATT, notamment l'article III. Néanmoins, lors de l'examen de cet argumentaire, le groupe spécial rappela qu'il existait selon lui une « *présomption d'absence de conflit en droit international* »¹¹⁰². À ce titre, le panel adopta une définition restrictive des conflits de normes en droit international en faisant expressément référence aux travaux de Jenks et Karl¹¹⁰³. Une telle conception exclut la possibilité logique d'un conflit entre normes permissives et obligations. Comme le remarque Erich Vranes: « *The practical consequence in this case was that the panel did not examine whether the permissive norm invoked by Indonesia was the lex specialis which should have prevailed. In other words, it was the very definition of conflict which influenced the outcome of this dispute in that the panel declined to address Indonesia's developing country rights under the SCM Agreement, which pursuant to an explicit conflict clause in Annex 1A of the WTO Agreement*¹¹⁰⁴ *would have prevailed to the extent of conflict*¹¹⁰⁵ »¹¹⁰⁶.

444. Lors d'un second différend opposant l'Inde à la Turquie, le groupe spécial élaborait un raisonnement quelque peu paradoxal vis-à-vis des conflits de normes au sein du droit de l'OMC. Dans l'affaire *Turquie – Textiles*¹¹⁰⁷, l'Inde contestait les restrictions quantitatives sur les importations de textiles et de vêtements indiens, imposées par la Turquie suite à la formation d'une union douanière avec les Communautés européennes.

¹¹⁰¹ L'article I du GATT concerne le traitement général de la nation la plus favorisée et prévoit que « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes* ». L'article III prévoit que les produits nationaux et les produits importés soit soumis à un traitement identique en matière d'imposition et d'accès au marché.

¹¹⁰² OMC, Indonésie – *Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Indonésie – Automobiles)*, rapport du groupe spécial distribué le 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, §.14.28

¹¹⁰³ *Ibid.* cf. Note 649,

¹¹⁰⁴ cf. La Note générale interprétative de l'Annex 1A de l'Accord de l'OMC, stipulant qu'en cas de conflits entre les accords spécifiques tels que l'accord SMC et l'accord général, les premiers prévalent.

¹¹⁰⁵ Joost Pauwelyn le remarque justement in PAUWELYN (J.), *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp.193-194

¹¹⁰⁶ VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International and Legal Theory », *EJIL* vol.17, 2006 n°2, p.400

¹¹⁰⁷ OMC, Turquie – *Restriction on Imports of Textile and Clothing Products (Turquie – Textiles)*, rapport du groupe spécial WT/DS43/R, distribué le 31 mai 1999, §9.88.

L'Inde invoquait, pour appuyer sa plainte, l'article XI du GATT qui interdit les restrictions quantitatives au commerce, l'article XIII qui requiert l'administration non discriminatoire des quotas sur les importations et l'article 2.4 de l'Accord sur les Textiles qui interdit les nouvelles restrictions sur le commerce des textiles. Afin de défendre ses mesures, la Turquie argumenta qu'elles étaient justifiées au regard des dispositions de l'article XXIV du GATT relatives aux accords régionaux sur le commerce qui constituaient, selon elle, la *lex specialis* applicable en l'espèce. Le groupe spécial, confirmant l'adoption de la définition restrictive de Jenks, précisa qu'« *il y a uniquement conflit entre des traités normatifs lorsqu'il est impossible de s'acquitter simultanément des obligations prévues par des instruments différents (...) Il n'y a pas conflit si les obligations découlant d'un instrument sont plus rigoureuses que celles qui résultent d'un autre, sans être incompatibles avec celles-ci, ou s'il est possible de s'acquitter des obligations découlant d'un instrument en s'abstenant d'exercer un privilège ou un pouvoir discrétionnaire conféré par un autre* »¹¹⁰⁸.

445. Pourtant, alors qu'un conflit semble exclu à propos de l'hypothèse soulevée en l'espèce, le groupe spécial poursuit son analyse et examine « *la question de savoir si l'article XXIV autorise des mesures que les articles XI et XIII du GATT et l'article 2:4 de l'ATV prescrivent par ailleurs* »¹¹⁰⁹. À ce titre, il précise que « *compte tenu de la présomption d'absence de conflit, reconnue par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, nous gardons à l'esprit la nécessité d'éviter autant que possible toute interprétation de ces dispositions qui aboutirait à un conflit entre elles* »¹¹¹⁰. Le raisonnement du panel n'apparaît-il pas contradictoire ? Paradoxal¹¹¹¹ ? Tautologique ? En effet, raisonner ainsi ne conduit-il pas à exclure, *a priori*, une hypothèse par voie de définition, pour l'examiner par la suite, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'interpréter les dispositions pertinentes de manière à ce que cette hypothèse ne se réalise pas, compte tenu du fait que l'on présume qu'elle ne peut exister ? Le panel conclut – mais comment aurait-il pu en être autrement ? – à l'inexistence du conflit entre l'article XXIV et les articles XI et XIII du GATT et l'article 2:4 de l'ATV¹¹¹².

¹¹⁰⁸ *Id.* § 9.92.

¹¹⁰⁹ *Id.* §9.95.

¹¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹¹ VRANES (E.), « The Definition of "Norms Conflict" in International Law and Legal Theory », *EJIL*, vol. 17 n°2, p.400-401 : Pour l'auteur, « *It is evident that the stance taken by the panel is paradoxical : had it really complied with the definition of conflict that it set forth, then there would have been no need to inquire in whether there exists and authorization colliding with obligations under the GATT* ».

¹¹¹² OMC, Turkey – Restriction on Imports of Textile and Clothing Products (Turquie – Textiles), rapport du groupe spécial WT/DS43/R, distribué le 31 mai 1999. §.9.95. Le groupe spécial conclut : « *Nous estimons que pour atteindre les objectifs de la Turquie liés aux circonstances spécifiques de l'établissement de son union douanière avec les Communautés européennes, il existe d'autres solutions possibles (relèvement des droits de douane, règles d'origine, suppression anticipée des mesures, tarification, par exemple) que*

446. Erich Vranes résume parfaitement les conséquences de ces deux jurisprudences : « Thus, whereas the Indonesia – Automobiles panel denied the existence of a conflict of norms where a permission and a prescription collide, the Turkey – textiles panel additionally indicated a denial of the possibility of a unilateral conflict between obligations in the similar situation in which complying with a less stringent obligation results in breaching a stricter one, as in the example given above. This definition unavoidably favours the strictest obligation among a given set of "parallel" obligations ». Le type de raisonnement proposé par le groupe spécial et l'organe d'appel tend ainsi à méconnaître certaines situations de conflits entre les normes. C'est bien par le choix d'une définition restrictive des conflits de normes et par la mise en œuvre d'une interprétation qui suppose que le conflit n'existe pas que l'ORD favorise ses normes de référence et le justifie.

447. L'ORD utilise également l'interprétation des exceptions générales afin de concilier les principes et les normes du droit du commerce avec d'autres principes et normes juridiques qui lui sont extérieurs et qui assurent, dans les ordres nationaux comme dans l'ordre international, la protection d'intérêts non économiques. Les exceptions générales apparaissent ainsi comme des mécanismes permettant de réguler les relations du droit du commerce avec d'autres ensembles normatifs extérieurs à lui, ou, tout le moins, avec des valeurs qui lui sont étrangères. Dans cette perspective, les exceptions générales du droit de l'OMC ne tendent-elles pas à remplir formellement la fonction d'un mécanisme de la cohérence externe du système normatif de l'OMC ?

2. L'ORD : l'instance de régulation de la portée des exceptions générales aux principes du droit de l'OMC

448. L'ORD via sa fonction contentieuse a pu connaître de certains différends impliquant le recours aux exceptions générales. En interprétant les textes des accords au regard de situations concrètes, le groupe spécial et l'organe d'appel ont déterminé le régime et les conditions de validité des exceptions générales, notamment celles relatives à la protection de la santé publique¹¹¹³. L'ORD a ainsi précisé que les exceptions générales

l'imposition de restrictions quantitatives à l'encontre d'importations en provenance de pays tiers, l'article XXIV étant ainsi interprété de façon à éviter des conflits avec d'autres dispositions de l'OMC ».

¹¹¹³ L'article XX b) fut invoqué dans de nombreuses affaires : GATT, *Thaïlande – Restriction à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* (Thaïlande – Cigarettes), rapport du groupe spécial, 7 novembre 1990, DS10/R – 37S/214 ; GATT, *États-Unis – Restriction à l'importation de thon* (Thon I), rapport du groupe spécial distribué le 3 septembre 1991, non adopté, DS21/R ; GATT – États-Unis – *Restriction à l'importation de thon* (Thon II), rapport du groupe spécial distribué le 16 juin 1994, non adopté, DS29/R ; OMC, États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (États-Unis – Crevettes), rapport du groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R et rapport de

consacrées dans les accords commerciaux multilatéraux de l'OMC sont « limitées et conditionnelles »¹¹¹⁴. Cette qualification emporte deux conséquences¹¹¹⁵ : la première est qu'une règle d'exception s'interprète restrictivement¹¹¹⁶ ; la seconde suppose que celui qui invoque une exception supporte la charge et le risque de la preuve¹¹¹⁷.

a. L'ORD détermine les conditions de validité des exceptions générales

449. Concernant les exceptions générales énumérées à l'article XX du GATT, l'ORD a élaboré un mode de raisonnement spécifique afin d'en préciser les conditions d'exercice. La doctrine considère que la jurisprudence de l'ORD n'applique l'article XX que de manière « subsidiaire »¹¹¹⁸. En effet, la mesure contestée, avant de pouvoir être éventuellement justifiée au regard de l'article XX, doit méconnaître une obligation du traité. Le recours à l'article XX suppose ainsi la constatation préalable d'une violation d'une disposition du GATT par la mesure contestée. Ainsi, le panel doit raisonner en deux temps : « constater que cette mesure méconnaît une obligation du traité et, ensuite, examiner si celle-ci peut être justifiée sur le fondement de l'article XX b), c'est-à-dire si elle remplit les conditions de mise en œuvre »¹¹¹⁹. De manière générale, en matière de

l'organe d'appel 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R ; OMC, *Communauté européenne – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Communauté européenne – *Amiante*), rapport du groupe spécial, 18 septembre 2000, WT/DS135/R et rapport de l'organe d'appel, 5 avril 2001, WT/DS135/AB/R

¹¹¹⁴ D'abord reconnus à propos de l'article XX d) du GATT de 1994 dans l'affaire *US – Loi Douanière de 1930*, GATT, États-Unis – *L'article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du groupe spécial, 7 novembre 1989, L6439 – 36S/386, §5.9 : « L'article XX d) prévoit ainsi une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions » ; les caractères, limité et conditionnel, des exceptions sont également étendus à l'article XX b) dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* (§157). Dans l'affaire *Thon I*, sous le régime du GATT, le panel avait déjà étendu ces caractères à l'ensemble des exceptions prévues à l'article XX : « Le groupe spécial a rappelé que des groupes spéciaux précédents avaient considéré que l'article XX était une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions de l'Accord général, et non une règle positive établissant en soi des obligations ». GATT, États-Unis – *Restrictions à l'importation de thon*, Rapport du groupe spécial distribué le 3 septembre 1991 (*Thon I*) non adopté, DS/21/R, §5.38 ; Voy. Sur ces questions JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., pp.503-506

¹¹¹⁵ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.503 et s.

¹¹¹⁶ Le groupe spécial a précisé dans l'affaire *Thon II* que : « L'article XX prévoyait une exception aux obligations découlant de l'Accord général. Les groupes spéciaux avaient donc de longue date choisi d'interpréter cette disposition au sens strict, d'une manière qui préserve les objectifs et principes fondamentaux de l'Accord général ». cf. GATT, États-Unis – *Restrictions à l'importation de thon*, rapport du groupe spécial distribué le 16 juin 1994, non adopté, DS29/R, §5.38. (*Thon II*)

¹¹¹⁷ *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, note du Secrétariat au Comité du commerce et de l'environnement, 8 mars 2002, WT/CTE/W/203, §6-8.

¹¹¹⁸ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.505

¹¹¹⁹ Le groupe spécial dans l'affaire *Amiante* a précisé : « Dans la mesure où l'article XX prévoit un certain nombre d'exceptions aux règles du GATT de 1994, il est nécessaire et suffisant d'examiner l'applicabilité de ces exceptions uniquement à l'égard des mesures et en rapport avec les produits pour lesquels une violation

protection des droits de la personne et de l'être humain, deux exceptions peuvent être invoquées pour justifier ce type de mesure ayant trait au droit de la bioéthique, mais impliquant des effets restrictifs pour les échanges commerciaux internationaux : il s'agit des alinéas a) et b) des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS relatifs à la protection de la moralité publique et de la santé et la vie des personnes et des animaux.

450. Les conditions de mise en œuvre, comme le régime du recours à ces exceptions générales, ont été façonnées dans le but de rechercher un équilibre entre deux types d'excès : ceux induits par l'emploi abusif du droit de limiter les importations, les exportations ou la commercialisation des produits et services contre ceux induits par une interprétation exagérément extensive des obligations contenues dans le traité. L'organe d'appel a, dans l'affaire CE – *Amiante*, eu l'occasion de mettre en lumière les relations qu'entretiennent les principes du GATT et l'exception générale de l'article XX b) qui doit être considérée comme une règle indépendante¹¹²⁰. L'organe d'appel a infirmé la position du groupe spécial qui avait considéré comme similaires les produits contenant de l'amiante et ceux n'en contenant pas¹¹²¹. Ainsi, la protection de la santé dans le cadre des accords commerciaux multilatéraux fait l'objet de deux approches différentes¹¹²² : « *sous un angle "positif" d'une part, celui de l'article III §1 et 4 de l'Accord du GATT qui permet à un État de conditionner la commercialisation des produits sur son territoire à un haut niveau de sécurité sanitaire, mais dans le respect du principe de non-discrimination ; sous un angle "défensif" d'autre part, celui de l'article XX b), qui permet au contraire à un État de fermer son marché à des produits étrangers, pour des motifs de santé publique, et donc de discriminer* »¹¹²³. La recherche de cet équilibre entre un droit limité et conditionné à restreindre les échanges commerciaux et les obligations de libéralisation du commerce découlant des dispositions des accords commerciaux multilatéraux semble aujourd'hui s'articuler autour des conditions de validité des exceptions.

451. Ces conditions sont posées par l'article XX du GATT et l'article XIV de l'AGCS qui sont rédigés en des termes quasi identiques : « *Sous réserve que ces mesures*

d'une autre disposition du GATT a été identifiée ». OMC, Communauté européenne – *Amiante*, rapport du groupe spécial, *op. cit.*, §8.166.

¹¹²⁰ « *L'article III §4 et l'article XX b) sont des dispositions distinctes qui doivent chacune être interprétées de façon autonome* ». OMC, Communauté européenne – *Amiante*, rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, §115.

¹¹²¹ L'organe d'appel a précisé : « *Au titre de l'article III §4, les éléments de preuve relatifs aux risques pour la santé peuvent être pertinents pour évaluer le rapport de concurrence sur le marché entre des produits prétendument "similaires". Les mêmes éléments de preuve, ou des éléments de preuve semblables, ont un objectif différent au titre de l'article XX b), à savoir évaluer si un Membre a un fondement suffisant pour "adopter et appliquer", afin de protéger la santé des personnes, une mesure incompatible avec les règles de l'OMC* » ; OMC, Communauté européenne – *Amiante*, rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, §115.

¹¹²² CORREA (C. M.), « Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements », *Journal of World Trade*, 2000, n°34, p.89

¹¹²³ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, *op. cit.*, p.507-508

ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaire à la protection de la moralité publique ; b) nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux »¹¹²⁴.

i. La nécessité de la mesure incompatible : une condition spécifique à l'article XX a) et b)

452. Selon la jurisprudence du groupe spécial, l'article XX b) a pour objectif de « permettre aux parties contractantes d'imposer des mesures de restriction des échanges incompatibles avec l'Accord général pour poursuivre les objectifs supérieurs de l'action gouvernementale pour autant que ces incompatibilités étaient inévitables »¹¹²⁵. Le critère de nécessité de la mesure est une exigence spécifique aux exceptions des alinéas a), b) et d) de l'article XX. En effet, les exceptions relatives à la protection de la santé publique, de la moralité et de l'ordre public sont rédigées en des termes plus restrictifs que les autres exceptions générales de l'article XX. Toutefois, ni l'accord du GATT ni celui de l'AGCS ne précisent la définition de la notion de nécessité. La jurisprudence a du développer le sens de ce critère afin de concilier le droit de limiter les échanges avec les obligations découlant des dispositions des accords commerciaux multilatéraux.

453. Le critère de nécessité ne concerne que la mesure et non pas l'objectif poursuivi¹¹²⁶. En effet, « ce n'est pas la nécessité de l'objectif de politique générale qui doit être examiné, mais la nécessité de la mesure destinée à atteindre l'objectif de politique générale visé »¹¹²⁷. Le groupe spécial, dans l'affaire Thaïlande – Cigarettes, a transposé à l'article XX b) l'interprétation du critère de nécessité qu'il avait retenu vis-à-vis de l'article XX d)¹¹²⁸. Pour des raisons de cohérence générale de l'application des accords, on peut supposer que le groupe spécial et l'organe d'appel retiennent la même interprétation du

¹¹²⁴ Article XX du GATT L'article XIV de l'AGCS fait référence au « commerce des services » et dispose d'un alinéa a) plus étendu que l'article XX du GATT puisqu'il englobe à la fois « la protection de la moralité publique » et le « maintien de l'ordre public ».

¹¹²⁵ GATT, Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, Rapport du Groupe Spécial adopté le 7 novembre 1990, DS10/R, §74

¹¹²⁶ Chlotilde Jourdain Fortier précise à ce propos la démonstration que l'État doit opérer : « Les États doivent donc établir que l'objectif de politique générale, que tend à mettre en œuvre la mesure restrictive aux échanges, entre bien dans l'une des catégories de l'article XX, puis que cette mesure est "nécessaire" pour atteindre cet objectif ». cf. JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.517

¹¹²⁷ Note du Secrétariat au Groupe de travail de la réglementation intérieure, « Les "critères de la nécessité" à l'OMC », 2 décembre 2003, S/WPDR/W/27, §.12

¹¹²⁸ GATT, États-Unis – Loi douanière de 1930, rapport du groupe spécial, op. cit., §5.26.

concept de nécessité pour les trois alinéas a), b) et d) de l'article XX¹¹²⁹. Selon le groupe spécial : « une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant nécessaire au sens de l'article XX d) si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général. De même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général »¹¹³⁰.

454. Néanmoins, cette appréciation du critère de la nécessité n'est pas toujours favorable à la protection de la santé. En effet, si « la jurisprudence reconnaît très facilement la légitimité de la mesure pour atteindre le but recherché, elle reconnaît beaucoup plus difficilement la nécessité de la mesure prise pour atteindre l'objectif visé »¹¹³¹. La mesure nécessaire apparaît comme « celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général ». Toutefois, cette formulation appelle une double remarque. En premier lieu, elle dénote une conception, non plus binaire, mais graduelle, de la compatibilité entre les normes. Une telle conception ne pouvait qu'aboutir à l'introduction d'un critère de proportionnalité pour finaliser l'interprétation du critère de nécessité. Compatibilité et incompatibilité apparaissent alors comme les deux extrémités d'un continuum. En second lieu, il faut noter que la mesure nécessaire est, parmi l'ensemble des mesures potentielles que l'État aurait pu prendre pour poursuivre l'objectif légitime, « la mesure compatible avec les obligations de l'accord ou, en tout cas, la moins incompatible »¹¹³². La mesure nécessaire « apparaît donc comme celle qui est la moins restrictive pour le commerce, la moins attentatoire aux intérêts du commerce international »¹¹³³. Dès lors, le raisonnement du panel qui consiste à constater d'abord que la mesure contestée est incompatible avec les obligations découlant des dispositions de l'accord avant de vérifier la nécessité de la mesure, c'est-à-dire son degré de compatibilité avec l'accord, apparaît quelque peu contradictoire ou tautologique. En tous les cas, il semble avoir pour effet de marginaliser le recours à l'article XX b).

¹¹²⁹ Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le groupe spécial a retenu une interprétation identique du concept de nécessité. cf. OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence ancienne et nouvelle formule*, rapport du groupe spécial, 29 janvier 1996, WT/DS2/R, §6.28

¹¹³⁰ GATT, *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport du groupe spécial distribué le 7 novembre 1990, DS10/R – 37S/214, §74.

¹¹³¹ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.517

¹¹³² *Id.* Une telle interprétation est confirmée par le panel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, §6.28.

¹¹³³ *Id.* p.518

455. Ainsi, l'appréciation du critère de nécessité par l'ORD s'opère en référence aux principes et buts de l'accord général, c'est-à-dire en gardant comme point de mire la libéralisation du commerce des produits et services. Sans ce dispositif restrictif, et particulièrement sans ce critère de nécessité, « il suffirait qu'une mesure soit posée par la législation interne comme un moyen de réalisation d'un objectif légitime pour qu'elle apparaisse nécessaire – ce qui donnerait alors le droit aux parties contractantes de créer à leur guise des situations légales d'incompatibilité avec les termes du GATT »¹¹³⁴. Néanmoins, s'il est entendu que l'interprétation du critère de nécessité par l'ORD tend à protéger les principes du droit de l'OMC des effets néfastes des mesures de politique générale des États, il faut s'interroger sur le fait de savoir si « les mesures compatibles ou les moins incompatibles avec les obligations de l'Accord du GATT sont (...) également celles qui protègent le mieux la santé des populations »¹¹³⁵ ?

456. Dans l'affaire Thaïlande – Cigarettes, la mesure thaïlandaise contestée consistait en une interdiction des importations de cigarettes étrangères. Toutefois, la Thaïlande n'interdisait pas la commercialisation des cigarettes produites sur son territoire. Le groupe spécial avait estimé que d'autres mesures pouvant agir sur l'offre de cigarettes avec un degré d'efficacité similaire auraient pu être employées plutôt que l'interdiction totale des importations. L'ORD avait notamment proposé des mesures interdisant la publicité sur les cigarettes. Néanmoins, comme le note Clothilde Jourdain-Fortier, « des mesures d'interdiction de publicité pour les cigarettes peuvent-elles, par exemple, avoir le même effet qu'une mesure aussi radicale que celle qui interdit ou limite l'offre ? »¹¹³⁶. Dans cette affaire, une communication de l'OMS au groupe spécial concluait pourtant que « l'importation de cigarettes étrangères en Thaïlande aurait nécessairement pour effet l'augmentation de la consommation de tabac ». Une mesure prescrivant l'interdiction totale de l'importation et la commercialisation de cigarettes sur son territoire, qui donc n'aurait pas discriminé entre produits étrangers et nationaux similaires, aurait-elle pu être considérée comme nécessaire au sens de l'article XX b) du GATT ?

457. Tout comme compatibilité et incompatibilité ne se délimitent pas par une frontière fixe, mais constituent plutôt un continuum composé de degrés divers de compatibilité et d'incompatibilité, la protection de la santé et de la dignité humaine d'un côté, et la libéralisation du commerce de l'autre, apparaissent eux-mêmes comme les deux extrémités d'un continuum composé de degrés de conciliation divers en faveur de l'un ou

¹¹³⁴ CARREAU (D.) et JULLIARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 4e éd., Paris, 2010, pp. 298-299

¹¹³⁵ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, *op. cit.*, p.519

¹¹³⁶ *Id.*

en faveur de l'autre. La recherche d'un équilibre entre ces deux objectifs ultimement contradictoires s'opère dialectiquement, non pas en déterminant un point statique, mais par un processus dynamique et interactif qui consiste, au cas par cas, à retrancher au champ d'application de l'un ce que l'on ajoute au champ d'application de l'autre. En d'autres termes, plus on tend à étendre le champ de la protection objective de la dignité et de la vie, c'est-à-dire plus on tend à empêcher la réification de l'être humain et à enserrer la liberté de l'homme dans un réseau de responsabilités collectives ou objectives, et plus on entrave le commerce. Inversement, plus on cherche à réduire les entraves au commerce international et moins on étendra le champ de la protection objective de la dignité et de la vie. On retrouve ici la relation dialectique qui lie dignité et autonomie ou liberté dans le cadre des relations internes aux principes des droits de l'homme et de la bioéthique.

458. L'imprécision attachée aux conditions de validité des exceptions générales, notamment celle relative au critère de nécessité en matière de protection de la santé est « *grosse de danger* ». Comme le notent les professeurs Carreau et Julliard « *de nos jours, en effet, nombre de visées ou de menées protectionnistes s'abritent derrière le pavillon respectable de la protection de l'ordre public, entendu au sens large – c'est-à-dire au sens de la protection des consommateurs, de l'environnement, de la santé publique, entre autres* »¹¹³⁷. Ainsi, on peut supposer que l'application du critère de nécessité dans le cadre de l'article XX a), relatif à la protection de la moralité publique, aurait été autrement plus difficile dans la mesure où l'objectif poursuivi autant que les moyens retenus pour y parvenir apparaissent, à l'inverse de la protection de la santé et de la vie, comme éminemment subjectifs. L'article XX a) pourrait, en matière de commerce des biotechnologies et des produits biologiques d'origine humaine, devenir rapidement l'un des moyens de justifier au regard du droit de l'OMC les mesures nationales adoptées en vue de sauvegarder la dignité de la personne humaine ou celle de l'être humain.

459. Carreau et Julliard considèrent qu'« *il aurait été opportun, bien que fort difficile, de donner un contenu clair et précis à ce concept d'“ordre public”, qui peut être aisément utilisé pour justifier de nombreuses restrictions et discriminations commerciales* »¹¹³⁸. Pourtant, l'ORD est-il une instance disposant d'une légitimité suffisante pour élaborer un ordre public international, fût-il uniquement économique ? À ce titre, nous verrons que le recours à certaines valeurs protégées par le système des droits de

¹¹³⁷ CARREAU (D.) et JULLIARD (P.), « L'OMC – Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in 1997 *L'organisation mondiale du commerce*, Académie du droit international de La Haye/Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, n° 80, p.50

¹¹³⁸ *Id.*

l'homme dans le but d'en tirer une légitimité dérivée peut être l'une des stratégies mises en œuvre par l'institution OMC.

460. L'introduction d'un critère de proportionnalité permet d'évacuer une partie de ces imprécisions et de s'opposer à certains effets défavorables à la protection des valeurs non marchandes qu'induit une appréciation strictement économique du critère de nécessité des mesures exceptionnelles. L'appréciation du rapport entre compatibilité et incompatibilité comme un continuum est parfaitement mise en lumière par l'organe d'appel dans l'affaire Corée – *Viande de bœuf*¹¹³⁹. En effet, interprétant la portée du critère de nécessité vis-à-vis de l'article XX d), l'organe d'appel estime que le terme nécessité peut désigner des « *nécessités d'ordres différents* ». Menant une analyse sémantique l'organe d'appel considère qu'« *à une extrémité du champ sémantique, on trouve "nécessaire" dans le sens d'"indispensable" ; à l'autre extrémité, on trouve "nécessaire" pris dans le sens de "favoriser". Dans ce champ sémantique, nous estimons qu'une mesure "nécessaire" se situe beaucoup plus près du pôle indispensable que du pôle opposé : "favoriser" »*¹¹⁴⁰.

461. Toutefois, l'organe d'appel a tempéré cette formulation en introduisant une pluralité de facteurs auxquels l'interprète peut se référer pour apprécier la nécessité de la mesure. Ainsi, l'organe d'appel considère que « *l'interprète d'un traité qui apprécie une mesure dont on prétend qu'elle est nécessaire peut, s'il y a lieu, tenir compte de l'importance relative de l'intérêt commun ou des valeurs communes que la loi ou le règlement que l'on veut faire respecter est censé protéger. Plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" d'une mesure conçue comme un instrument d'application* »¹¹⁴¹. Pour le panel, il faut « *dans chaque cas sopeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations* »¹¹⁴². La doctrine relève trois critères ou facteurs d'appréciation découlant de cette formulation. En effet, la nécessité de la mesure s'apprécie par rapport à « *l'importance de la valeur non marchande protégée* », au « rôle

¹¹³⁹ Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, WT/DS161/R, WT/DE169/R, rapport de l'organe d'appel, 10 janvier 2001, WT/DS161/1B/R, WT/DS169/AB/R, §160-161

¹¹⁴⁰ Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'organe d'appel, 10 janvier 2001, WT/DS161/1B/R, WT/DS169/AB/R, §160-161.

¹¹⁴¹ *Id.* §162.

¹¹⁴² Corée – *Viande de bœuf*, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, WT/DS161/R et WT/DS169/R, §164

de la mesure prise dans le respect de la loi mettant en œuvre un objectif de santé publique » et à « l'incidence de cette loi sur les importations ou les exportations »¹¹⁴³. Ainsi l'ORD précise, dans l'affaire Corée – *Viande de Bœuf*, qu'« une mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme “nécessaire” qu'une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges »¹¹⁴⁴.

462. Cette tendance semble se confirmer dans le rapport de l'organe d'appel dans l'affaire CE – *amiante*. En effet dans cette affaire, l'Organe d'appel a infirmé l'interprétation du groupe spécial qui considérait que le concept de similarité ne devait être apprécié que par rapport à l'usage économique du produit considéré. L'organe d'appel a précisé également l'interprétation, vis-à-vis de l'article XX b), du critère de proportionnalité introduit précédemment dans l'affaire Corée – *Viande de bœuf*. L'organe d'appel estima, en effet, que la santé des personnes était une valeur « à la fois vitale et importante au plus haut point »¹¹⁴⁵ et conclût qu'« on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que la France emploie une autre mesure quelle qu'elle soit, si cette mesure supposait la continuation du risque même que [la mesure adoptée] cherchait à “arrêter”. Une telle mesure empêcherait en fait, la France d'atteindre le niveau voulu de protection de la santé »¹¹⁴⁶. Il nous semble que la multiplication de ces critères complémentaires d'appréciation résulte principalement de l'obligation, pour le juge de l'OMC, de recourir à une contextualisation accrue de son raisonnement afin de puiser, dans le contexte de l'espèce, les moyens lui permettant de justifier sa décision. Nous constaterons ultérieurement que cette contextualisation participe d'une réélaboration du formalisme des raisonnements judiciaires qui résulte de la problématique des conflits de normes et qui affecte un grand nombre de juridictions nationales et internationales¹¹⁴⁷. Une fois déterminée la nécessité de la mesure, le panel examine si la mesure est conforme aux conditions générales communes à toutes les exceptions de l'article XX.

¹¹⁴³ Clothilde Jourdain-Fortier remarque à propos de ce dernier facteur que « moins la mesure portera atteinte aux flux transfrontaliers, c'est-à-dire sera restrictive pour le commerce international, plus elle sera importante pour la bonne application de la loi de santé publique et aura de chances d'être reconnue comme nécessaire ». cf. JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.521-522

¹¹⁴⁴ Corée – *Viande de Bœuf*, rapport du groupe spécial, op. cit., §163

¹¹⁴⁵ Communauté européenne – *Amiante*, Rapport de l'organe d'appel, op. cit., §.172

¹¹⁴⁶ *Id.* §174

¹¹⁴⁷ *Infra.*, Partie 2, chapitre 7 et 8

ii. *Les conditions de validité communes à toutes les exceptions de l'article XX*

463. Après avoir évalué la nécessité de la mesure, le panel examine les conditions générales de validité inscrites dans le chapeau de l'article XX. En effet, cet article autorise les États à prendre des mesures dérogatoires vis-à-vis des principes du droit du commerce seulement « *sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* ». Ainsi si une discrimination entre les produits ou entre les pays est possible, elle ne doit en aucun cas apparaître comme arbitraire, injustifiable ou constituer une restriction déguisée au commerce international, sous peine d'être considérée par le panel comme illicite au regard du droit de l'OMC. Ici, l'ORD n'examine plus la mesure elle-même, mais « *si elle a été correctement appliquée par son auteur* »¹¹⁴⁸. Lors de cette dernière étape du contrôle de licéité de la mesure exceptionnelle, le panel vérifie non pas la légitimité de l'objectif poursuivi ni la nécessité de la mesure, mais les conditions dans lesquelles l'État membre exerce son droit. L'instance examine notamment si la manière dont la mesure est appliquée ne constitue pas un abus de droit ou un exercice déraisonnable de celui-ci¹¹⁴⁹.

464. Lors de ce contrôle, le panel est encore guidé par un souci d'équilibre : « *Pour interpréter et appliquer le texte introductif, il nous faut donc essentiellement mener à bien la tâche délicate de localiser et de circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (par exemple l'article XI) du GATT de 1994, de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord* »¹¹⁵⁰. L'ORD démontre par ce biais le caractère systémique de son appréciation du droit de l'OMC. Mais, de plus, l'ORD apprécie aussi le système normatif de l'OMC comme un système dynamique. En effet, le panel considère que dans les relations entre les droits et obligations des membres, « *la localisation du point*

¹¹⁴⁸ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.523

¹¹⁴⁹ L'Organe d'appel considère que : « *L'une de ses applications [au principe de bonne foi], communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable". L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle* ». cf. États-Unis – Crevettes I, rapport de l'organe d'appel, op. cit., §159. On peut s'interroger sur le fait de savoir si une telle formulation implique ou non la reconnaissance implicite de l'existence de conflits entre les droits étatiques découlant des accords de l'OMC.

¹¹⁵⁰ *Id.*, On retrouve ici l'hypothèse d'un conflit entre les droits étatiques subjectifs.

d'équilibre, tel qu'il est conçu dans le texte introductif, n'est pas un point fixe ni immuable ». Dès lors, il ne peut apprécier le système normatif comme un corps inerte, mais l'envisage bien comme sujet à évolution. Et, l'ORD de conclure que « *ce point [d'équilibre] se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent* »¹¹⁵¹. Compte tenu de l'importance de la preuve scientifique du risque sanitaire tant dans le cadre de l'Accord SPS que dans celui de l'article XX b), il n'y a nul doute que cette évolution risque de s'opérer par rupture et par renversement.

465. Afin de lutter contre l'exercice abusif, par les Membres, du droit de restreindre le commerce international, le panel a développé une interprétation de l'interdiction des restrictions déguisées au commerce et du principe de justification qui vise à éviter que la mesure soit prise arbitrairement. Le droit de l'OMC s'appuie également sur l'effort de normalisation internationale afin de vérifier la conformité des normes techniques nationales au regard des accords OTC et SPS¹¹⁵². Si ces accords prévoient que les États disposent du droit de déroger aux normes internationales existantes afin de protéger un objectif légitime¹¹⁵³, ce droit est tout aussi limité et conditionnel que ceux découlant de l'article XX du GATT. L'Organe d'appel a néanmoins précisé, dans l'affaire CE – *Hormones*, que le droit, d'établir un niveau de protection sanitaire plus élevé que celui résultant de l'application des normes internationales pertinentes, est un droit autonome reconnu aux États¹¹⁵⁴ et pas une exception similaire à celles contenues dans l'article XX du GATT. La différence de régime entre ces deux droits se situe donc principalement au niveau de la charge de la preuve. Dans le cadre de l'article XX, l'État qui prend une mesure exceptionnelle assume la charge de la preuve de sa nécessité, notamment la preuve scientifique du risque sanitaire qui justifie que l'État déroge aux règles du commerce international. À l'inverse, dans le cadre de l'article 3§3 de l'accord SPS, l'Organe d'appel

¹¹⁵¹ *Id.*

¹¹⁵² L'article 2.4 de l'accord OTC est rédigé en des termes similaires à ceux de l'article 3.3 de l'accord SPS et prévoit que : « *Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales existent (...), les Membres utiliseront ces normes internationales (...) comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés* » ; à propos de la normalisation internationale et de ses conséquences dans les rapports entre système juridique de l'OMC et celui des droits de l'homme : BROSSET (E.) et TRUILHE-MARENGO (E.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, CERIC, Paris, 2006, 334p.

¹¹⁵³ L'article 2§2 de l'accord OTC précise la nature de ces objectifs légitimes : « *Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement* ».

¹¹⁵⁴ « *L'article 3§3 reconnaît le droit autonome de tout Membre d'établir pareil niveau plus élevé de protection, à condition que ce membre se conforme à certaines prescriptions lorsqu'il promulgue des mesures SPS pour atteindre ce niveau* ». cf. Communautés européennes – *Hormones*, rapport du groupe spécial, §8.87

a adopté la solution contraire : « *La décision d'un membre de ne pas rendre une mesure particulière conforme à une norme internationale n'autorise pas l'imposition à ce membre de la charge générale ou spéciale de la preuve, qui peut représenter le plus souvent une pénalité* »¹¹⁵⁵.

466. Dans les affaires États-Unis – Crevettes, CE – Amiante et Japon – Boissons alcooliques II, l'ORD a précisé le sens qu'il entendait donner aux termes du chapeau de l'article XX. De manière générale, ces critères de licéité des exceptions générales sont de nature commerciale et visent à contrôler « *l'objectif réel de la mesure* »¹¹⁵⁶ et « *à sanctionner les comportements déloyaux de la part des États qui ne respectent pas suffisamment la philosophie de l'Accord du GATT, dont le but est de supprimer ou réduire les obstacles au commerce* »¹¹⁵⁷.

467. Concernant le caractère « *injustifiable* » de la mesure et de son application, le panel, dans l'affaire États-Unis – Crevettes I, a estimé qu'une discrimination peut être justifiée si elle présente un degré suffisant de flexibilité. En effet, l'Organe d'appel laisse entendre, dans la première affaire Crevettes, que si la mesure américaine avait été suffisamment flexible elle aurait pu être considérée comme justifiée¹¹⁵⁸. De même, le fait de recourir à une mesure unilatérale présentant des effets restrictifs sur le commerce international sans avoir recherché au préalable une solution diplomatique apparaît comme le fondement de la reconnaissance du caractère injustifiable de l'application de la mesure contestée. En effet, l'Organe d'appel considère que « *le caractère unilatéral de l'application de l'article 609 aggrave l'effet perturbateur et discriminatoire de la prohibition à l'importation et met en évidence son caractère injustifiable* »¹¹⁵⁹. De plus,

¹¹⁵⁵ *Id.* §8.87

¹¹⁵⁶ Communautés européennes – Amiante, rapport du groupe spécial, *op. cit.*, §8.236 : « Une restriction qui, dans la forme, répond aux exigences de l'article XX b), devient abusive si ce respect n'est en fait qu'un déguisement et que des buts de restriction aux échanges sont poursuivis sous couvert de cette mesure ».

¹¹⁵⁷ JOURDAIN-FORTIER (C.), Santé et commerce international, *op. cit.*, pp.525 à 527.

¹¹⁵⁸ « Considéré isolément, le règlement semble permettre une certaine latitude ou une certaine flexibilité dans la façon dont les critères de détermination de la comparabilité pourraient être appliqués, dans la pratique, aux autres pays. Toutefois, si le Congrès avait eu l'intention de ménager une certaine flexibilité lorsqu'il a adopté la disposition réglementaire, cette flexibilité a été en fait éliminée dans la mise en œuvre de cette politique en raison des Directives de 1996 promulguées par le Département d'État et de la pratique suivie par les administrateurs pour les déterminations concernant la certification ». cf. OMC, États-Unis – Crevettes I, rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, §162 et 163.

¹¹⁵⁹ *Id.* §172. L'Organe d'appel relève plus exactement le caractère discriminatoire des solutions diplomatiques mises en œuvre par les États-Unis : « De toute évidence, les États-Unis ont négocié sérieusement avec certains Membres qui leur expédient des crevettes, mais pas avec d'autres (y compris les intimés). Cette attitude a un effet manifestement discriminatoire et, à notre sens, injustifiable. Le caractère injustifiable de cette discrimination apparaît clairement si l'on considère les effets cumulés du manquement des États-Unis, qui n'ont pas mené de négociation pour établir des moyens consensuels de protection et de conservation des ressources biologiques de la mer qui font l'objet de la présente affaire, nonobstant la disposition réglementaire explicite de l'article 609 lui-même, qui prévoit que des négociations devront être engagées dès que possible pour l'élaboration d'accords bilatéraux et multilatéraux. La principale

l'Organe d'appel précise que « *cette rigidité et cette inflexibilité constituent aussi une "discrimination arbitraire" au sens du texte introductif* »¹¹⁶⁰. Pour y remédier, l'Organe d'appel dresse une liste d'éléments pouvant contribuer à accroître le degré d'inflexibilité de la mesure et qu'il s'agit de corriger¹¹⁶¹.

468. Peu de temps après la distribution du rapport de l'organe d'appel en 1998, la Malaisie, considérant que les recommandations du panel n'avaient pas été mises en œuvre de façon convenable par les États-Unis, saisit l'ORD d'une nouvelle plainte. Cependant, le groupe spécial, confirmé par l'Organe d'appel, considéra que la mesure américaine, bien que demeurant incompatible avec les dispositions du droit de l'OMC, pouvait être justifiée au regard de l'article XX b)¹¹⁶². Ce renversement de l'appréciation de la licéité de la mesure par le panel était largement tributaire des efforts mis en œuvre par les États-Unis pour rendre la mesure flexible et assurer une réelle négociation internationale en vue de parvenir à un accord multilatéral plutôt qu'une solution unilatérale. En d'autres termes, une mesure « *injustifiable* » peut se voir justifiée du fait qu'elle se trouve appliquée de manière différente. On peut toutefois s'interroger sur l'utilité de rechercher une solution multilatérale dans la mesure où, compte tenu de la jurisprudence postérieure à l'affaire crevettes et relative aux relations entre l'OMC et les systèmes normatifs extérieurs, il suffirait qu'un des États parties à un contentieux commercial ne soit pas partie à ce traité extérieur pour que ce dernier ne soit pas applicable aux relations entre les parties, et donc, qu'il ne puisse pas être interprété ou pris en compte par l'ORD.

469. Le second critère formulé par le chapeau de l'article XX vise à s'assurer que la mesure ne constitue pas une restriction déguisée au commerce international. Les panels examinent, par delà l'objectif affiché par la mesure contestée, l'objectif réel que cette

conséquence de ce manquement trouve peut être son expression dans l'unilatéralisme qu'il entraîne et qui caractérise l'application de l'article 609 ».

¹¹⁶⁰ *Id.* §177.

¹¹⁶¹ *Id.* §180. L'Organe d'appel considère que : « *pour l'un et l'autre type de certifications au titre de l'article 609 b) 2), le processus suivi par les fonctionnaires compétents des États-Unis n'est ni transparent ni prévisible. (...) Dans les deux cas, le processus n'offre pas au pays demandeur de possibilité formelle d'être entendu ni de répondre aux arguments qui peuvent lui être opposés, avant que la décision d'accorder ou de refuser la certification soit prise. En outre les demandes de certification (...) ne font pas l'objet d'une décision formelle, écrite et raisonnée, d'acceptation ou de rejet. (...) Les pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pas non plus avisés, et les raisons du rejet ne leur sont pas communiquées. Aucune procédure de réexamen du rejet d'une demande, ni d'appel de cette décision, n'est prévue* ».

¹¹⁶² L'organe d'appel « *confirme la constatation formulée par le Groupe spécial (...) selon laquelle l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies* ». cf. États-Unis – Crevettes II, rapport de l'organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW, §153. b)

mesure poursuit. En effet, si une mesure qui poursuit un objectif légitime peut avoir des effets restrictifs sur le commerce international, tel ne doit pas être son objectif premier. Au cours de ce contrôle, les panels « *recherchent si son application [celle de la mesure] a une finalité protectionniste* »¹¹⁶³. Néanmoins, le groupe spécial a assoupli sa position en menant un raisonnement similaire à l'utilisation du critère de proportionnalité dans l'appréciation de la nécessité de la mesure. Dans l'affaire CE – *Amiante*, le groupe spécial précisa en effet : « *Certes, il est impossible d'exclure que des mesures comme celles contenues dans le décret puissent avoir pour effet de favoriser l'industrie nationale des produits de substitution. Un tel effet est la conséquence de la nature de l'interdiction d'un produit donné et ne saurait suffire en soi à conclure que la mesure a un objectif protectionniste, tant qu'il ne dépasse pas certaines proportions. Or les informations mises à la disposition du groupe spécial ne permettent pas de juger que l'interdiction d'importation a bénéficié à l'industrie française des fibres de substitution par rapport aux productions des pays tiers de manière telle que l'on devrait conclure que le décret a été appliqué de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international* »¹¹⁶⁴.

470. On peut également se demander quel serait alors le sort réservé à une mesure nationale interdisant strictement le commerce ou la distribution de certains produits sur son territoire pour des raisons de moralité publique. Dans une affaire récente, l'ORD a été amené à se prononcer sur cette question spécifique. En effet, dans l'affaire Chine – *Services audiovisuels*¹¹⁶⁵, les États-Unis ont contesté deux types de mesures chinoises, d'une part, des mesures destinées à réserver aux entreprises chinoises appartenant à l'État et désignées par lui le droit d'importer des films pour projection en salle et autres produits de divertissement audiovisuel, et, d'autre part, des mesures qui imposent des restrictions ou des limitations discriminatoires en matière d'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers en matière de distribution de produits audiovisuels. La Chine a justifié ses mesures par référence à l'article XX a) du GATT, c'est-à-dire en considérant que sa mesure était nécessaire à la protection de la moralité publique¹¹⁶⁶. Elle a également

¹¹⁶³ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., p.526

¹¹⁶⁴ OMC, Communauté européenne – *Amiante*, rapport du groupe spécial, op. cit., §8.239

¹¹⁶⁵ OMC, Chine – *Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, Rapport du groupe spécial distribué le 12 août 2009, WT/DS363/R, Rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 janvier 2010, WT/DS363/AB-R

¹¹⁶⁶ L'argumentation chinoise, qui se fonde sur la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle, est particulièrement intéressante pour saisir le sens qui pourrait être attribué à l'article XX a) également en matière de commerce des biotechnologies : « *La Chine estime que [...] les publications électroniques et les produits audiovisuels finis sont ce qu'il est convenu d'appeler des "biens culturels", c'est-à-dire des marchandises ayant un contenu culturel. Elle estime qu'il s'agit de produits d'un type unique qui sont susceptibles d'avoir une incidence négative sur la moralité publique. Elle explique que, du fait qu'ils sont porteurs d'identité de valeurs et de sens, les biens culturels jouent un rôle essentiel dans l'évolution et la*

invoqué la Convention sur la diversité culturelle signée par tous les membres de l'UNESCO, y compris l'État plaignant, à l'appui de son argumentation. Après avoir constaté l'incompatibilité de certaines de ces mesures avec les normes du droit de l'OMC, le groupe spécial a contrôlé la nécessité celles-ci au regard de l'article XX a) du GATT de 1994¹¹⁶⁷ et a considéré que la Chine n'avait ni démontré que les dispositions pertinentes étaient « *nécessaires* » à la protection de la moralité publique, ni établi que ces dispositions étaient justifiées au regard de l'article XX a). L'Organe d'Appel a confirmé cette décision.

471. Toutefois, l'impact de la fonction interprétative de l'ORD sur la cohérence formelle externe du système ne se limite pas aux conditions d'exercice des exceptions générales. En effet, l'interprétation de concepts indéterminés, tels que les notions de nécessité, de risque sanitaire, de moralité publique, ou de similarité des produits, permet de circonscrire le champ d'application des exceptions générales.

b. L'ORD interprète les concepts indéterminés pour circonscrire le champ des exceptions générales

472. L'interprétation des concepts indéterminés influence tant la portée des exceptions générales au commerce international que l'attribution de la charge de la preuve de la justification de la mesure.

i. Les concepts indéterminés

473. Les concepts indéterminés peuvent être définis comme les termes ou des expressions que contient un traité et dont le sens n'est pas défini par celui-ci. De tels concepts sont très nombreux au sein des textes des traités de l'OMC. Parmi ces concepts, on trouve par exemple les différents critères du régime des exceptions générales de l'article XX. Les concepts de « *nécessité* », de « *restrictions déguisées* », « *de discrimination arbitraire* » et « *injustifié* », la notion de « *risque sanitaire* » ou de « *risque écologique* », de « *moralité publique* », sont des termes qui ne sont pas définis ni par le traité, ni par ses annexes. Mais on trouve également ces concepts dans les autres dispositions du droit de l'OMC : les notions de « *similarité* », d'« *équivalence* », de « *niveau approprié de protection sanitaire* » de « *preuve scientifique* » en sont autant d'exemples. Lorsque des concepts indéterminés sont présents dans le texte d'un traité, ceux-ci représentent une opportunité pour l'interprète de façonner le sens et la portée des dispositions. L'interprète d'un texte pourra considérer les concepts indéterminés comme une opportunité d'aménager

définition, d'éléments tels que les particularités de la société, les valeurs, les modes de vie en groupe, l'éthique et les comportements ». Rapport du groupe spécial, *op. cit.*, §.7.751

¹¹⁶⁷ *Id.*, §7.710 et s.

le sens de la norme en fonction des circonstances ou des contraintes auxquelles il est soumis¹¹⁶⁸.

474. Les concepts indéterminés recèlent une grande élasticité et offrent aux textes qui les contiennent une grande plasticité. L'Organe d'appel a, dans l'affaire amiante, particulièrement mis en lumière cette élasticité par la métaphore de l'accordéon : « *il ne peut exister de définition précise et absolue de ce qui est "similaire". Le concept de "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'Accord sur l'OMC qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en l'un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similarité" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auxquels cette disposition est applicable* »¹¹⁶⁹. L'élasticité sémantique des concepts indéterminés et la plasticité de l'interprétation et de l'application des normes de l'OMC qui en résulte dénotent, de nouveau, l'emploi d'une logique gradualiste et dynamique. En effet, leur sens étant susceptible de varier, d'une espèce à une autre ou d'une disposition à l'autre et en fonction du contexte, les concepts indéterminés permettent aux normes qui en disposent de s'adapter plus facilement aux contraintes politiques qui accompagnent les contentieux interétatiques.

475. L'ORD est l'organe responsable de l'interprétation des concepts indéterminés. Toutefois, le groupe spécial et l'organe d'appel pourront ne pas retenir une définition identique d'un même concept indéterminé. Dans l'affaire CE – *Amiante*, par exemple, l'organe d'appel a infirmé, compte tenu du contexte, l'interprétation du concept de « *similarité* » proposée par le groupe spécial¹¹⁷⁰. Ce renversement a sapé les bases du raisonnement du groupe spécial et la solution retenue par l'Organe d'appel fut l'exact opposée de celle retenue en première instance. L'interprétation des concepts indéterminés joue en effet un rôle décisif dans la délimitation de la portée des exceptions générales au commerce et dans l'attribution de la charge de la preuve de la nécessité de la mesure sanitaire.

¹¹⁶⁸ KENNEDY (D.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1997, pp.160-161 ; cf. *Infra* Partie 2, Chapitre 8, section 2, §1B iii)

¹¹⁶⁹ OMC, Communautés européennes – *Amiante*, Rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, §88

¹¹⁷⁰ *Id.*, §132

ii. *L'influence des concepts indéterminés sur la portée des exceptions générales et sur l'attribution de la charge de la preuve*

476. Nous avons pu constater à quel point l'interprétation des concepts de « *similarité* » des produits et de « *nécessité* » des mesures de protection de la santé publique peuvent influencer l'issue d'un contentieux commercial interétatique. Ainsi, l'introduction de valeurs non marchandes dans l'interprétation des concepts indéterminés de « *similarité* » et de « *nécessité* » a permis un décentrement du paradigme interprétatif de l'ORD vis-à-vis d'une logique trop strictement économique et utilitariste. Néanmoins, l'ORD a, par la suite, développé conjointement le sens des concepts de « *risques* », de « *justification de la mesure* », de « *preuve scientifique* » et de « *proportionnalité de la mesure* » dans le but de circonscrire et restreindre son appréciation de la portée et des modalités de recours aux exceptions générales au commerce international. À ce titre, la prise en compte nuancée du principe de précaution dans le cadre de l'accord SPS et la manière dont l'ORD circonscrit la portée de ce principe est significative.

477. On peut citer l'affaire CE – *Hormones*¹¹⁷¹, dans laquelle l'organe de règlement des différends a pu transformer une relation d'exceptionnalité entre deux normes en deux droits autonomes, dont il a fixé les régimes en interprétant des concepts indéterminés. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a estimé que la relation liant l'article 3§1¹¹⁷² et l'article 3§3¹¹⁷³ étaient « *qualitativement différente* » de celle liant les principes de l'article III du GATT de 1994 et les exceptions prévues par l'article XX. En effet, infirmant le groupe spécial, l'Organe d'appel a estimé que l'article 3§3 de l'accord SPS ne consacre pas une exception à l'article 3§1 mais que ce dernier « *exclut simplement de son champ d'application les situations visées par l'article 3§3* » et « *reconnaît le droit autonome de tout Membre d'établir [un] niveau plus élevé que celui qui serait obtenu par une mesure*

¹¹⁷¹ OMC, Communauté européenne – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, Rapport de l'organe d'appel distribué le 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R

¹¹⁷² L'article 3§1 de l'accord SPS prévoit que « *les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe, sauf disposition contraire du présent accord et en particulier les dispositions du paragraphe 3* ».

¹¹⁷³ L'article 3§3 de l'Accord SPS précise que : « *Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection (...) plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection (...) qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 6. Nonobstant ce qui précède, aucune mesure qui entraîne un niveau de protection (...) différent de celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales ne sera incompatible avec une autre disposition du présent accord* ».

fondée sur une norme internationale »¹¹⁷⁴. Ce renversement du rapport entre les articles 3§1 et 3§3 induit un renversement de la charge de la preuve, l'organe d'appel rappelant qu'il appartient à la partie plaignante d'apporter un commencement de preuve que la mesure contestée n'est pas fondée sur une évaluation préalable des risques avant que la partie défenderesse n'ait à apporter la preuve de la justification scientifique de la mesure. Le rapport de l'Organe d'appel semble justifier ce choix par le souci de garantir l'objet et le but de l'article 3 de l'Accord SPS¹¹⁷⁵, c'est-à-dire l'harmonisation des normes techniques des États Membres de manière compatible avec les normes de l'OMC. On pourrait cependant s'interroger sur le fait de savoir si en considérant qu'il n'y a pas de rapport d'exceptionnalité entre les articles 3§1 et 3§3 tout en reconnaissant que l'article 3§3 constitue un droit autonome de ne pas se conformer à l'article 3§1, l'Organe d'appel n'a pas mis en lumière un conflit de normes au sens ou Pauwelyn le définit, c'est-à-dire un conflit entre une permission et une obligation contraire au sein même des normes du système de l'OMC ?

478. Dans un passage éclairant, l'Organe d'appel met parfaitement l'accent sur l'aspect dialectique de l'interprétation qu'il mène et les différentes fonctions qu'il attribue, dans ce cadre, aux différents concepts indéterminés des dispositions de l'accord SPS : « *L'harmonisation des mesures SPS a pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international, sans pour autant empêcher les Membres d'adopter ou de faire appliquer des mesures qui sont à la fois “nécessaires à la protection” de la vie et de la santé des personnes et “fondées sur des principes scientifiques”, et cela sans les obliger à modifier leur niveau de protection approprié* »¹¹⁷⁶. Mais, en outre, il établit l'objectif poursuivi par l'utilisation de ces concepts indéterminés : « *L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux “preuves scientifiques suffisantes” énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains* »¹¹⁷⁷. Ainsi, il affirme le rôle joué par l'interprétation de ces

¹¹⁷⁴ OMC, Communauté européenne – Mesures concernant les viandes et les produits carnés, Rapport de l'organe d'appel, op. cit., §64

¹¹⁷⁵ « De manière générale, l'objet et le but de l'article 3 consistent à favoriser l'harmonisation la plus large possible des mesures SPS des Membres, tout en reconnaissant que les Membres ont le droit et le devoir de protéger la vie et la santé de leurs populations et en leur garantissant ce droit ». CE – Hormones, rapport de l'organe d'appel distribué le 16 janvier 1998, WT//DS48/AB/R, §159

¹¹⁷⁶ OMC, CE – Hormones, rapport de l'organe d'appel distribué le 16 janvier 1998, WT//DS48/AB/R, §159

¹¹⁷⁷ Id.

concepts sur la plasticité d'un texte et la faculté de l'interprète d'en user pour « *maintenir l'équilibre fragile* » entre des « *intérêts partagés, quoique parfois divergents* »¹¹⁷⁸.

479. Le paragraphe 3 de l'article 3 de l'Accord SPS reconnaît aux États le droit d'adopter des standards de protection plus élevés que ceux préconisés par les normes techniques internationales, dès lors que ceux-ci seront conformes aux dispositions de l'article 5 de l'Accord SPS, relatif à « *l'évaluation des risques et la détermination du niveau approprié de protection sanitaire* ». Certains ont pu apprécier ce paragraphe comme une introduction du principe de précaution dans le droit de l'OMC. Ainsi, en dissociant le régime des exceptions générales de celui des relations des articles 3§1 et 3§3 de l'accord SPS malgré les similitudes des raisonnements employés, l'Organe d'appel a certainement souhaité limiter l'utilisation de la logique de précaution à l'accord SPS et ne pas risquer de l'étendre au régime de l'article XX du GATT. Néanmoins, l'interprétation donnée de l'article 3§3 n'épuise pas le sens du principe de précaution notamment dans les situations d'incertitude face au risque. En effet, l'ORD a circonscrit la portée qu'il entendait donner à ce principe en précisant les liens entre les articles 3§1 et §3 et l'article 5 de l'accord SPS relatif à l'évaluation des risques.

480. Ainsi, c'est en développant les concepts d'« *évaluation du risque* », « *fondée sur des principes scientifiques* » et de « *proportionnalité de la mesure* » que l'ORD a limité la portée du principe de précaution et de l'article 3§3 de l'accord SPS. Dans l'affaire CE – *Hormones*, l'Organe d'appel, après avoir affirmé que l'évaluation des risques prévue à l'article 5§1 était « *un processus scientifique visant à établir la base scientifique de la mesure sanitaire qu'un Membre envisage de prendre* »¹¹⁷⁹, a adopté une conception étendue de la notion de risque et des critères de la preuve scientifique. Ainsi l'Organe d'appel a remarqué qu'« *il est essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué dans le cadre d'une évaluation des risques aux termes de l'article 5§1 n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans les conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent dans la réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel* »¹¹⁸⁰. Celui-ci a également accepté d'envisager des avis scientifiques divergents dans le cadre de l'évaluation d'un risque¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ *Id.*

¹¹⁷⁹ *Id.* §171

¹¹⁸⁰ *Id.* §194.

¹¹⁸¹ *Id.* §176 : « *Nous ne pensons pas que l'évaluation des risques doit déboucher sur une conclusion monolithique qui coïncide avec la conclusion ou l'opinion scientifique qui sous-tend implicitement la mesure SPS. L'évaluation des risques pourrait faire ressortir à la fois l'opinion la plus répandue qui représente le courant scientifique « dominant » ainsi que les opinions scientifiques qui ont un point de vue divergent. L'article 5.1 ne requiert pas que l'évaluation des risques fasse état nécessairement du seul point de vue de la*

Toutefois, l'Organe d'appel a fait usage du concept de proportionnalité, développé à propos de l'article XX du GATT, pour limiter le recours au principe de précaution et circonscrire la portée de l'article 3§3¹¹⁸². La transformation du test de nécessité en test de proportionnalité, amorcée, à propos de l'article XX, dans l'affaire Corée – *Viande de Bœuf*¹¹⁸³ est transposée par la jurisprudence postérieure à l'article 5 de l'accord SPS. Ainsi, l'Organe d'appel tend à considérer que la mesure doit être proportionnée par rapport à l'évaluation du risque. Dans l'affaire Japon – *Pommes*, l'Organe d'appel a confirmé les conclusions du groupe spécial qui avait considéré que « *la mesure était manifestement disproportionnée au risque identifié* »¹¹⁸⁴. L'ORD vérifie également la cohérence des mesures étatiques de gestion des risques en se fondant sur l'article 5§7 de l'accord SPS.

481. La malléabilité des concepts indéterminés et leur interprétation parallèle offrent une grande liberté à l'interprète dans le contrôle de la conformité des politiques étatiques aux normes de son système de référence. L'ORD les utilise pour maintenir le subtil équilibre entre les droits et obligations négociés par les États membres de l'OMC. À ce titre, certains auteurs ont pu considérer que les panels montrent leur « *préoccupation de donner un contenu réel à ces expressions générales qu'il convient de lire "parallèlement", chacune influant sur les autres (...). Grâce à cet effort d'analyse et de construction, l'organe de règlement des différends espère circonscrire le recours au régime d'exception de l'article XX à un strict et incompressible minimum* »¹¹⁸⁵.

majorité de la communauté scientifique intéressée. Parfois, l'existence même d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique. Parfois, les divergences peuvent indiquer que les opinions scientifiques sont à peu près également partagées, ce qui peut dénoter une forme d'incertitude scientifique ».

¹¹⁸² BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Le principe de précaution : une reconnaissance mitigée », in MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, pp.392-395 ; BOISSON DE CHAZOURNE (L.) et MBENGUE (M.), « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit à propos des OGM », in BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation française, 2002, pp.331-340 ; RUIZ-FABRI (H.), « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *RJE*, 2000, n°spécial, pp.55-66 ; DE ROANY (C.), « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétations différenciées », *R.J.E.*, 2004, pp.143-156 ; NOIVILLE (Ch.), « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire », *JDI*, 2000, pp.263-297. voy. spé. p.268.

¹¹⁸³ Dans cette affaire l'Organe d'appel avait notamment estimé que : « *plus l'intérêt commun ou les valeurs communes poursuivies sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la nécessité des mesures conçues pour atteindre ces objectifs* ».

¹¹⁸⁴ OMC, Japon – *Mesures visant l'importation des Pommes* (Japon – Pommes), Rapport de l'Organe d'appel distribué le 26 novembre 2003, WT/DS245/AB/R, §163.

¹¹⁸⁵ CARREAUX (D.) et JULLIARD (P.), *Droit international économique*, Précis Dalloz, op. cit., n° 703, p.242

B. Le droit international de la bioéthique et le système de l'OMC : une alliance institutionnelle

482. Le système normatif du droit de la bioéthique ne dispose pas d'institution internationale capable de réguler les mécanismes permettant d'assurer sa cohérence formelle, interne, et externe. Il est donc largement dépendant du fonctionnement général du système juridique international et de la pratique des acteurs internationaux, États et Organisations internationales. Le CIB, qui peut formuler des avis sur le sens des normes du droit de la bioéthique, n'est pas une instance juridictionnelle. Son seul pouvoir, lui-même fortement limité, réside dans l'élaboration et la proposition des normes du droit de la bioéthique. L'application comme l'interprétation de ces normes sont déléguées aux États.

483. Nous avons pu constater que la structure et la nature du système normatif de la bioéthique sont à l'opposé de celles dont dispose le droit de l'OMC. Incapable de sanctionner la violation de ses propres normes, l'effectivité du système normatif de la bioéthique dépend de la volonté des États. Toutefois, s'il ne peut faire preuve d'effectivité, le système normatif de la bioéthique, et plus généralement celui des droits de l'Homme, dispose d'une grande légitimité. Certaines organisations internationales, l'OMC notamment, disposent du pouvoir de sanctionner la violation de leurs normes, mais présentent des carences du point de vue de leur légitimité. Ainsi certaines de ses organisations puissantes, les SER, cherchent à établir des alliances avec d'autres systèmes normatifs et institutionnels internationaux ayant une faible puissance, mais dotés d'une grande légitimité. Ces alliances ont non seulement pour objectif de coordonner l'action de ces différents acteurs, mais également pour le plus puissant des deux, de bénéficier par ricochet de la légitimité de l'autre¹¹⁸⁶. Claire Kelly utilise le terme de « *derivative legitimacy* »¹¹⁸⁷ pour décrire ce phénomène et cette stratégie.

484. À l'inverse, on peut également considérer que les institutions et systèmes normatifs ne disposant pas du pouvoir de contraindre leurs membres au respect de leurs normes s'engageront dans de telles alliances, non pas pour accroître leur légitimité, mais pour accéder, au moins partiellement, à une forme d'effectivité. Bénéficiant de la structure institutionnelle de son allié, un système normatif non-SER pourra voir certaines de ses

¹¹⁸⁶ Claire Kelly précise que : « *International organizations form law-making alliances to achieve instrumental goals and enhance the legitimacy of their work product. For example, (...) The WTO has incorporated the standards set by the Codex Alimentarius Commission (for food safety), the International Office of Epizootics (for animal health) and the International Plant Protection Convention (for plant health) into its Agreement on Sanitary and Phytosanitary measures (SPS)* ». in KELLY (C.), « Institutional Alliances and Derivative Legitimacy », *Michigan Journal of International Law*, vol.29, p.606

¹¹⁸⁷ KELLY (C.), « Institutional Alliances and Derivative Legitimacy », *Michigan Journal of International Law*, vol.29, pp.605 et s.

normes reconnues, valorisées dans le réseau de traités du SER ou appliquées et interprétées par les organes de ce dernier. Les instances internationales de normalisation s'inscrivent dans cette perspective. Ces alliances pourraient alors être caractérisées par ce double intérêt : celui d'accroître sa légitimité pour un système normatif doté du pouvoir de faire respecter ses normes, mais qui présente un déficit en termes de légitimité démocratique ; celui d'accéder à l'effectivité pour un système normatif qui présente un haut degré de légitimité tout en étant incapable de faire respecter ses normes par lui-même. L'OMS, la FAO, le FMI, la Banque mondiale, par exemple, sont autant d'organisations qui ont, au fil du temps, noué des liens plus ou moins ténus avec l'OMC.

485. En outre, les accords SPS et OTC reconnaissent qu'« *afin d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe, sauf disposition contraire du présent accord, et en particulier les dispositions du paragraphe 3* »¹¹⁸⁸. Hormis ces références textuelles, les organes de l'OMC ont fait appel à l'expertise de l'OMS dans de nombreuses affaires contentieuses¹¹⁸⁹ ou lors des réunions de ses comités spécialisés. Dans d'autres cas, l'ORD établit, dans ses rapports, des références directes aux normes que certaines organisations produisent¹¹⁹⁰. Toutefois, ces alliances varient en intensité. En effet, certaines organisations ont un statut d'observateur au sein des différentes instances de l'OMC et nouent des liens de travail plus étroits. C'est le cas du FMI, de la Banque mondiale et de la FAO qui participent, en qualité d'observateurs, aux travaux de la totalité des organes et commissions de l'OMC, notamment le Conseil général et l'Organe d'examen des politiques commerciales. L'OMS participe en qualité d'observateur seulement aux travaux de certains comités, notamment les comités sur les mesures sanitaires et sur le commerce des services. À l'inverse, l'OIT ne dispose pas encore du statut d'observateur et les normes qu'elle produit ne font pas l'objet de références directes dans les décisions de l'ORD. Des relations existent entre les secrétariats de l'OMC et de l'OIT, mais l'ORD, compte tenu du refus des pays en développement de voir appliquer ces normes dans leurs relations commerciales, n'a jamais valorisé les normes et standards internationaux relatifs aux conditions de travail. En dernière analyse, ce sont les

¹¹⁸⁸ Article 3.1 de l'Accord SPS

¹¹⁸⁹ OMC, États unis – *Mesures affectant la production et la vente de cigarettes au clous de girofle*, Rapport du Groupe spécial distribué le 2 septembre 2001, WT/DS406/R voy. §.7.323, 7.413 et s.

¹¹⁹⁰ C'est le cas du Codex Alimentarius notamment dans deux affaires : OMC, CE – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés* (CE – Hormones), Rapport du groupe spécial délivré le 18 août 1997, WT/DS26/R et Rapport de l'Organe d'appel délivré le 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R et OMC, CE – *Désignations commerciales des Sardines* (CE – Sardines), Rapport du groupe spécial délivré le 29 mai 2001, WT/DS231/R et Rapport de l'Organe d'appel délivré le 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R

institutions de l'OMC qui choisissent, en fonction de considérations souvent strictement politiques, quels standards et normes internationales prendre en compte et valoriser dans les relations commerciales de leurs membres et quels standards ignorer.

486. Claire Kelly distingue deux types de procédés par lesquelles les organisations internationales forment des alliances : ces dernières « *use linkage and accomodation to form alliances from which they derive legitimacy. Linkage and accomodation allow IOs to partner, coordinate, endorse, and share expertise in order to answer the challenges of globalization and improve their legitimacy claims* »¹¹⁹¹. Le « *linkage* » implique « *the influence of one IOs norms, decisions, or rules on another IO in an affirmative way. (...) For example, an IO might affirmatively consider the expertise of another IO and reference that expertise in making a decision* »¹¹⁹². Ainsi, dans cette hypothèse la référence d'un système aux normes, décisions ou expertises d'un autre système doit être explicite. Inversement, le procédé d'« *accomodation* » englobe les hypothèses où « *one regime implicitly acknowledges the norms, rules, or decisions of another* »¹¹⁹³. Ce second procédé permet notamment d'éviter la survenance de conflits. En effet, « *It may take the form of a clear demarcation of boundaries, so that one IO does not contradict another, or it may involve an effort to avoid future conflicts through the use of saving clauses* »¹¹⁹⁴. Selon ce même auteur, un exemple d'« *accomodation* » peut être tiré de la relation entre le Protocole de Carthagène et l'Accord SPS de l'OMC : « *where the drafters of the Cartagena Protocol crafted a precautionary principle akin to that of the WTO's SPS Agreement, those drafters accomodated the WTO. The Protocol does not invoke the SPS Agreement, but it parrots the language used there, implicitly accomodating the values in that agreement* »¹¹⁹⁵.

487. Cependant, la mise en réseau des organisations internationales et des systèmes normatifs du droit international ne procède pas nécessairement de la volonté de ces institutions. Souvent, ces mises en relation sont le fait des États qui y voient, parfois, une opportunité de faire valoir leur intérêt particulier. En effet, une lutte politique traverse le cœur même des organisations internationales au sein desquelles les États se concurrencent pour accroître leur propre pouvoir d'influence au détriment de celui des autres États. Dès

¹¹⁹¹ L'auteur précise : « *The legitimacy gained from these alliances is derivative, as each IO imbues the alliance, and to some extent the other IO* ». In KELLY (C.), « Institutional Alliances and Derivative Legitimacy », *op. cit.*, p.626 et s. ; Voy. ég. KELLY (C.), « Power, Linkage and Accomodation : The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkeley J. INT »L. L.*, n°24, 2006, pp 89 et s. (pp.79 et s.)

¹¹⁹² KELLY (C.), « Power, Linkage and Accomodation : The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes », *op. cit.*, pp 91-92.

¹¹⁹³ *Id.*

¹¹⁹⁴ KELLY (C.), « Institutional Alliances and Derivative Legitimacy », *op. cit.*, p.627

¹¹⁹⁵ *Id.*

lors, « *it is not always clear whether state proposals are aimed at improving the legitimacy of the organization, or at increasing the power of the individual State, or diminishing the power of another State* »¹¹⁹⁶. Suivant cette perspective, lors de l'affaire O.G.M., le choix des Communautés européennes d'invoquer le Protocole de Carthagène à l'appui de leur argumentation, peut s'expliquer tant par la volonté de proposer une alliance institutionnelle entre l'OMC et la Convention sur la biodiversité que par celle de promouvoir au sein de l'ORD une interprétation de l'article XX qui soit favorable aux intérêts et aux politiques européens. En l'espèce, le Protocole de Carthagène a été tout autant promu par les communautés européennes que ce qu'il a été instrumentalisé à des fins stratégiques. Le système des droits de l'homme comme celui du droit de la bioéthique sont généralement invoqués, dans le cadre du droit de l'OMC, afin d'étayer une certaine interprétation des concepts indéterminés. La fonction du recours aux principes et aux valeurs des droits de l'homme est précisément de permettre une forme de décentrement du paradigme interprétatif des termes des accords de l'OMC depuis une conception strictement économique et utilitariste vers une conception qui tient de plus en plus compte de valeurs non marchandes.

488. Ainsi, nous avons pu constater que le développement de cette contradiction non antagonique implique des changements dans chacun des systèmes concernés comme dans le type de relations qu'ils entretiennent. Ainsi, si aucun conflit réel de normes ne survient, cette contradiction n'est pourtant pas sans conséquence tant pour chacun des systèmes considérés que pour l'ordre juridique international.

§3. Effet de la contradiction complexe droit de l'OMC/droit international de la bioéthique sur le système juridique international

489. La contradiction complexe entre le système normatif de l'OMC et le système normatif de la bioéthique – ou plus largement le système normatif des droits de l'homme – n'aboutit pas à l'apparition d'un ou de plusieurs conflits réels de normes. En effet, il s'agit d'une contradiction non antagonique vis-à-vis de laquelle des interprétations de réconciliation peuvent être mobilisées afin d'éviter la survenance de conflits réels. Pourtant, cette contradiction emporte, à travers son développement dynamique, un certain nombre de conséquences et d'effets tant sur chacun des deux systèmes considérés que sur le droit international général pris dans son ensemble.

¹¹⁹⁶ KELLY (C.), « The Politics of International Economic Law : Legitimacy and the UNCITRAL Working Methods », *Brooklyn Law School Legal Studies*, Research Paper n°140, Mars 2009, p.20

490. Cette relation, entre le système du droit de l'OMC et celui du droit de la bioéthique, est marquée par un rapport inégalitaire. Le droit de l'OMC est un SER, qui, à ce titre, dispose d'un certain pouvoir pour se rendre effectif. Inversement, le droit de la bioéthique n'est pas un SER, et, s'il dispose d'une grande légitimité axiologique dans l'ordre juridique international, il n'est pourtant pas apte à sanctionner sa propre application. De ce point de vue, une complémentarité entre ces deux types de régimes est envisageable et la formation d'alliances institutionnelles y participe. Cependant la coexistence des SER et des non-SER sera clairement orientée vers la domination des SER sur les non-SER. Comme le remarque Claire Kelly, « *although non-SERs will continue to promote their values, the vitality of their persuasion diminishes through the continual reinforcement of SER values, with or without a direct conflict between two regimes* »¹¹⁹⁷. Ainsi, le fait que les normes du droit de l'OMC soient interprétées et appliquées par un organe qui contrôle la conformité des politiques nationales à ces règles et impose un coût à leur violation, suffit à assurer leur domination sur les normes d'autres systèmes. Dès lors, même en cas de conflit réel entre les normes d'un SER et celle d'un non-SER, les États préféreront sans doute se conformer à la norme dont la violation est sanctionnée au détriment de la norme la moins contraignante. Un SER ne se limite pas à valoriser ses propres normes, il est aussi capable d'imposer un coût au respect des normes d'un système qui lui est extérieur et qui ne sont pas compatibles avec les siennes.

491. Par ailleurs, l'ORD est compétent pour réguler la cohérence formelle externe du droit de l'OMC. Celui-ci détermine les conditions dans lesquelles il accepte d'accueillir et d'interpréter une norme extérieure, par exemple une norme appartenant au système des droits de l'homme. C'est bel et bien l'appareil institutionnel du SER, ici de l'OMC, qui décidera, suivant des critères qu'il aura lui-même élaborés, quelle norme accueillir ou ne pas accueillir et si un conflit potentiel ou réel existe entre les normes de l'OMC et des normes extérieures. Enfin, c'est l'ORD qui déterminera quelle interprétation retenir afin de le neutraliser¹¹⁹⁸ ou de le résoudre¹¹⁹⁹. Compte tenu du fait que l'ORD a retenu une définition restrictive des conflits de normes, la quasi-totalité des normes du droit de la bioéthique ne sera probablement pas considérée comme conflictuelle avec celles de l'OMC dans la mesure où l'application des unes ne sera pas, en apparence, exclusive de l'application des autres. Comme on peut le constater à propos des standards internationaux élaborés dans l'enceinte de l'OIT, l'indifférence de l'ORD à l'égard de certaines normes

¹¹⁹⁷ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.701

¹¹⁹⁸ Nous verrons que la neutralisation consiste à éviter la survenance du conflit par l'établissement d'une interprétation réconciliant les normes potentiellement contradictoires.

¹¹⁹⁹ À l'inverse nous verrons que la résolution est une méthode de traitement des conflits réels qui ne peuvent pas être neutralisés *a priori*.

n'induit pas d'empêchement, mais provoque une forme de marginalisation. Pourtant, ces normes appartenant à des systèmes différents et qui peuvent être substantiellement contradictoires, seront considérées, du point de vue de la doctrine comme des normes complémentaires qui s'accumulent.

492. De plus, l'absorption de normes extérieures par l'ORD implique une interprétation et une application qui ne sont pas fondées sur le paradigme interprétatif du système auquel elles appartiennent, mais qui se fondent plutôt sur les objectifs et les valeurs du système d'accueil. En effet, l'ORD n'est jamais lié, ni par les conclusions de l'expertise qu'il sollicite à une autre organisation, ni par l'interprétation que ces organisations pourraient éventuellement établir vis-à-vis des normes qu'elles produisent et que l'ORD accepte d'accueillir. Cette absorption a donc pour conséquence la modification de la structure axiologique de référence des normes absorbées. Enfin, de manière plus générale, l'apparition des SER dans l'ordre juridique international ne risque-t-elle pas d'en modifier la structure et le fonctionnement ? Pour Claire Kelly, « *the emergence of SERs will tear down the existing framework for values propagation and identity formation, thereby allowing a new framework to emerge. This framework will include i)SER, ii)non-SERs(in their weakened state) ; and iii) SERs which contain exceptions or accommodations for the values of other regimes (namely, regimes within regimes in the form of "side agreements")* »¹²⁰⁰.

A. L'absorption : une figure aliénante de l'accumulation normative

493. Les droits de l'homme et le droit de l'OMC présentent une communauté partielle de valeurs. Celle-ci facilite l'intégration des principes issus des premiers par le second. En effet, des références aux normes, aux principes et à l'expertise des institutions de systèmes extérieurs sont de plus en plus fréquentes dans les décisions de l'ORD. Dans ce contexte, les références aux principes des droits de l'homme et à l'expertise des institutions spécialisées des Nations unies compétentes en ce domaine se multiplient au sein du droit de l'OMC. Certaines normes et certains standards du système des droits de l'homme, par exemple, bénéficient d'un accès au forum que constitue l'ORD, notamment à travers les stratégies argumentatives des États dans les contentieux relatifs à l'accord SPS ou au régime des exceptions prévu par l'article XX du GATT de 1994.

¹²⁰⁰ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.702 et s.

494. Ces références et le recours à certains principes et valeurs des droits de l'homme, notamment en matière de protection de la santé et de l'environnement, permettent un décentrement du paradigme interprétatif trop strictement économique de l'ORD dans son appréciation des concepts indéterminés des accords commerciaux. L'interprétation de ces concepts indéterminés est décisive dans la détermination du régime des exceptions générales au commerce international, qu'il s'agisse de celles du GATT ou des droits autonomes de l'accord SPS, dans la mesure où elle permet de faire varier leur portée et le régime de la preuve qui leur est associé.

495. Toutefois, cette intégration s'opère sous l'angle d'une domination totale du système OMC sur celui des droits de l'homme puisque l'ORD demeure l'instance qui choisit d'appliquer ou d'écarter une norme ou une expertise du système normatif et institutionnel des droits de l'homme. Cette domination n'est toutefois pas sans partage dans la mesure où les références aux droits de l'homme par l'ORD octroient à ces décisions une légitimité accrue, mais l'oblige à nuancer certaines de ses prises de position. Le rapport de pouvoir qui s'instaure entre ces systèmes normatifs et leurs institutions semble dès lors comprendre à la fois des forces de domination qui expriment l'influence du droit de l'OMC sur celui des droits de l'homme, mais aussi des forces de résistance qui révèlent l'influence des droits de l'homme sur l'appréciation des termes des accords de l'OMC¹²⁰¹.

496. Ceci peut s'expliquer notamment par le fait que l'ORD est l'instance qui interprète et met en relation les normes et standards des droits de l'homme avec celles du commerce international. Par ce biais, l'OMC est le système qui fixe, et qui, au moins pour un temps, fige, le sens et la portée des dispositions qu'il reçoit. Concernant les droits de l'homme et les standards internationaux qui tendent à les promouvoir ou les garantir, cette intégration s'effectue sous le prisme d'une conception relativiste des droits de l'homme qui permet d'interpréter les objectifs des deux systèmes de manière conciliable. En effet, lorsqu'il réceptionne une norme extérieure à son système, l'ORD opère cette introduction compte tenu de l'ordre procédural qui détermine sa compétence et sous l'égide d'un paradigme interprétatif orienté par ses valeurs, ses objectifs et ses règles substantielles propres. En d'autres termes, compte tenu de la partialité de la communauté axiologique entre droit de l'OMC et droits de l'homme, les valeurs promues par le droit de la bioéthique seront interprétées en référence à une conception strictement relativiste du système normatif des droits de l'homme. Soumis à un tel traitement, le contenu de la

¹²⁰¹ *Infra.*, Partie 2, Titre 4, Chapitre 8, section 2, §2 ; Voy. ég. SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance*, Le Seuil, Paris, 2007, pp.30 et s.

norme n'appartenant pas à l'OMC est fortement relativisé¹²⁰² lorsqu'il n'est pas clairement dénaturé. La réception du principe de précaution par l'ORD dans les affaires CE – *Hormones* est topique sur ce point¹²⁰³.

497. En ce qui concerne les valeurs du droit de la bioéthique, notamment la structure axiologique dialectique entre dignité et liberté, il faut d'abord remarquer qu'aucune référence au principe de dignité n'est opérée par les textes des accords ni par l'ORD. De même, le concept d'être humain est absent du système normatif de l'OMC. Si l'article XX prévoit que des exceptions au commerce peuvent être établies dans le but de protéger la moralité publique ou la santé et la vie des personnes, aucune référence à la dignité humaine ni à l'être humain n'apparaît dans les textes ni dans les décisions du groupe spécial et de l'organe d'appel. Par ailleurs, si une mesure d'un État visant à protéger la dignité de l'être humain venait à être contestée par un membre de l'OMC, cette mesure serait soumise au régime des exceptions générales. Une telle mesure, fondée sur un principe visant à empêcher la réification de l'être humain, ne pourrait que contrevenir aux principes du droit du commerce qui vise à étendre le champ de la commercialité. De plus, l'être humain n'étant pas une personne, de telles mesures ne pourraient entrer que dans le champ d'application de l'article XX a) relatif à la protection de la moralité publique. Dès lors, pour vérifier sa conformité au droit de l'OMC, le panel appliquerait les critères classiques qu'il a définis dans sa jurisprudence. On ne peut que s'interroger alors sur la possibilité logique d'imposer un test de proportionnalité à une mesure visant à protéger un « *impératif catégorique* » comme sur la manière de justifier le caractère non arbitraire d'une telle mesure.

498. Devant une telle situation, le panel disposerait de deux choix : soit accueillir les normes et standards internationaux relatifs à la protection de la dignité, soit les ignorer

¹²⁰² Dans une perspective spinoziste, on peut considérer que les valeurs ou les normes importées depuis un système extérieur vers le système de l'OMC font l'objet d'une dévaluation ou, du moins, d'une réévaluation de leurs sens et de leurs portées.

¹²⁰³ OMC, CE – *Hormones*, Rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, point VI. : GOSSEMENT (A.), *Le principe de précaution : essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, Paris, 2003, pp.70-74 (527p.) ; BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Le principe de précaution : une reconnaissance mitigée », in MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, pp.392-395 ; BOISSON DE CHAZOURNE (L.) et MBENGUE (M.), « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM », in BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation française, 2002, pp.331-340 ; RUIZ-FABRI (H.), « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *RJE*, 2000, n°spécial, pp.55-66 ; DE ROANY (C.), « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *RJE*, 2004, pp.143-156 ; NOIVILLE (Ch.), « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire », *JDI*, 2000, pp.263-297. voy. spé. p.268. L'auteur observe que le fait de refuser de se prononcer sur le sens et la valeur juridique d'un principe donné, c'est du même coup choisir ne juger qu'au regard des accords de l'OMC.

comme il le fait avec les normes produites par l'OIT. Les ignorer conduirait à marginaliser les normes relatives au respect de la dignité humaine, car celles-ci ne pourraient accéder par elles-mêmes à l'effectivité et la marge de manœuvre des États en matière de protection des droits de l'homme serait réduite à la seule protection de l'autonomie et de l'intégrité physique de la personne. Telle est la position défendue notamment par Ruth Macklin qui considère que le principe de dignité humaine est inutile et encombrant dans la mesure où il fait trop souvent doublon avec la protection accordée au principe d'autonomie et d'intégrité physique¹²⁰⁴. Inversement, l'ORD pourrait accueillir certaines normes et certains standards internationaux afférant à la protection de la dignité humaine comme l'expertise de l'UNESCO ou du CIB dans certains domaines, par exemple en matière de biotechnologies¹²⁰⁵. Néanmoins, si tel était le cas, il interpréterait ces normes et standards à la lumière des objectifs et des règles procédurales qui fixent sa compétence, c'est-à-dire abstraction faite du concept d'être humain et selon une conception qui considère le principe d'autonomie comme le principe cardinal des droits de l'homme. Le principe de dignité serait alors réévalué, comme en son temps le principe de précaution¹²⁰⁶, par rapport aux valeurs fondatrices du système normatif de l'OMC afin d'assurer sa mise en conformité. En d'autres termes, le sens du principe de dignité serait élaboré compte tenu du paradigme interprétatif du droit de l'OMC, c'est-à-dire sur la base d'une structure axiologique fondée sur les valeurs de liberté commerciale, d'échange marchand et de propriété. Ainsi la conciliation des deux systèmes est possible, mais au prix d'une dénaturation de la structure axiologique des droits de l'homme.

499. Du point de vue du droit de la bioéthique et des droits de l'homme, une telle absorption impliquerait une modification structurelle. En effet, cet accueil et cette promotion, par les organes de l'OMC, des normes et standards internationaux relatifs à la protection de la dignité de l'être humain, s'il s'opérait de la sorte, favoriserait des interprétations extensives de la portée des exceptions au principe de dignité en faveur du principe d'autonomie et de liberté commerciale. Cette absorption favoriserait une seule des

¹²⁰⁴ MACKLIN (R.), « Dignity is a Useless Concept », *British Medical Journal*, 2003, vol. CCCXXVII, pp.1419 et s ; Roberto Andorno adopte le contrepied d'une telle position et déconstruit le discours consistant à décrédibiliser le concept de dignité pour en affirmer la nécessité. ANDORNO (R.), « La dignité humaine est-elle un concept superflu en bioéthique ? », *RGDM* n° 16, 2005, pp.97 et s ; ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, pp.37 et s

¹²⁰⁵ Il faut remarquer que vis-à-vis de la position chinoise qui consiste à invoquer la convention sur la diversité culturelle à l'appui de mesures visant à protéger la moralité publique, l'ORD a choisi de ne pas faire appel à l'expertise de l'UNESCO et à éluder la question. cf. OMC, Chine – *Services audiovisuels*, Rapport du groupe spécial §7.751 et s., voir ég. Note 538.

¹²⁰⁶ BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Le principe de précaution : une reconnaissance mitigée », in MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, pp.392-395 ; DE ROANY (C.), « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *RJE*, 2004, pp.143-156 ; NOIVILLE (Ch.), « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire », *JDI*, 2000, p.292 et s.

deux branches de la structure axiologique des droits de l'homme, celle qui correspond au pôle « *autonomie de la personne* » de la contradiction dialectique entre « *autonomie de la personne* » et « *dignité de l'être humain* ». Ainsi, cette absorption des normes et standards internationaux relatifs aux droits de l'homme et à la bioéthique pourrait logiquement conduire à un renforcement du pôle autonomie de la personne au détriment du pôle dignité de l'être humain dans le système normatif des droits de l'homme. En favorisant l'effectivité des normes et standards relatifs à la liberté au sein des droits de l'homme et en interprétant ceux relatifs à la protection de la dignité selon une conception relativiste, l'intégration des droits de l'homme dans le cadre du droit de l'OMC pourrait emporter une évolution vers un antagonisme renforcé de la relation dialectique entre dignité et liberté dans le système des droits de l'homme.

500. L'absorption consiste, lorsqu'une relation conflictuelle potentielle s'établit entre le contenu de plusieurs normes appartenant à des systèmes normatifs différents, l'un SER et l'autre non, à réguler cette conflictualité en interprétant la norme potentiellement conflictuelle à l'aune du paradigme interprétatif du système le plus contraignant, ou celui doté du plus haut degré d'efficacité. Ce type de situation peut apparaître entre une norme émanant d'instrument de *soft law* et une autre relevant d'un système conventionnel doté d'un mécanisme de règlement juridictionnel ou quasi juridictionnel des différends, par exemple entre les normes du droit de la bioéthique et celle du droit de l'OMC. Dans ce cas, le contenu de la norme la moins contraignante ou appliquée par le système institutionnel le plus faible est interprété par un organe du système conventionnel auquel appartient sa concurrente. Mais, de plus, le contenu de la norme la moins contraignante est interprété à l'aune des référents axiologiques et procéduraux du système conventionnel à partir duquel le contenu de la norme concurrente a été élaboré. La réception et l'interprétation du principe de précaution par l'organe de règlement des différends de l'OMC sont un exemple qui montre comment, des normes au degré d'effectivité inférieur sont *absorbées* par un système normatif plus efficace. Une projection de ce mode d'absorption vis-à-vis du principe de dignité humaine et des normes du droit de la bioéthique laisse entrevoir qu'elle impliquerait une évolution de la relation dialectique entre dignité et liberté vers un plus grand antagonisme. Cette forme d'absorption correspond au schéma de résolution d'une contradiction antagonique qui suppose la transformation ou la suppression d'un seul des deux termes de l'unité dialectique, c'est-à-dire la sursumption des valeurs non économique sous le paradigme herméneutique de l'OMC. Toutefois, ce type de régulation des conflits entre les contenus des normes apparaît davantage comme une régulation *de facto*, un effet découlant du déséquilibre institutionnel entre des systèmes normatifs différents.

B. Les conséquences de la contradiction intersystèmes sur la structure et le fonctionnement de l'ordre juridique international

501. Le développement dynamique de la contradiction entre le système des droits de l'homme et celui du droit de l'OMC emporte deux types de conséquences dans l'ordre juridique international : des conséquences structurelles et des conséquences fonctionnelles.

502. D'un point de vue structurel, le système juridique international est métamorphosé par l'apparition de régimes spécialisés et d'organisations internationales capables d'imposer un coût important à la violation de leurs normes ou au retrait d'un de leurs Membres. Certains auteurs considèrent que les SER atteignent, par ce biais, une « *authority* »¹²⁰⁷ supérieure à celle d'autres régimes sans induire la subordination formelle de leurs Membres¹²⁰⁸. L'OMC, qui maîtrise le recours, par l'État victime d'une violation d'une norme commerciale, à la sanction économique et à la suspension des avantages résultant des traités, gagne en autonomie tant vis-à-vis du système onusien et du droit international général que vis-à-vis de ses Membres. En général, les régimes commerciaux sont susceptibles d'évoluer plus rapidement vers un SER que les autres régimes. Mais, de plus, l'existence d'organisations, telle l'OMC, qui contrôlent et sanctionnent les politiques tarifaires et le régime des préférences commerciales accordées par leurs Membres rendent plus difficile l'imposition de sanctions économiques par d'autres systèmes normatifs. En effet, « *other regimes cannot use tariff and trade preferences to coerce behavior without violating trade norms* »¹²⁰⁹.

503. Ainsi, une organisation comme celle de l'OMC « *possesses the ability to promote its values more often than non-SER* »¹²¹⁰. En conséquence, le droit de l'OMC présente cette tendance à dominer les autres régimes en rendant ses normes effectives au détriment des normes d'autres régimes qui ne disposent pas de ce pouvoir. La quête d'effectivité, comme la quête de légitimité, des systèmes normatifs en droit international ne

¹²⁰⁷ Claire Kelly fait référence au concept d'autorité. Nous verrons toutefois que le terme de puissance semble plus approprié. KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.701 et s.

¹²⁰⁸ Pour Claire Kelly notamment, « *As noted above, collective interests, persuasion, a sense of joint obligation, fairness, and legitimacy contribute to « authority » within regimes. Regimes that can adjudicate and coerce, however, will have more authority (and autonomy) than those capable only of discussing, recommending, and persuading. Moreover, the coercive power of SERs increases the difficulty of studying and assessing other compliance pulls* ». In *Ibid.*

¹²⁰⁹ *Id.*

¹²¹⁰ *Id.*, pour l'auteur « *the WTO now stands at the point where it is an almost self-enforcing regime whose Members commit to a series of precise obligations. Further, those obligations can be adjudicated and compliance can be sought through means that fairly automatically impose real costs on regime defectors* ». In KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.*, vol.24, n° 1, 2006, pp.79 et s.

se présente-t-elle pas alors comme un jeu à somme nulle dans lequel ce que certains gagnent correspond à ce que d'autres perdent ?

504. Ces autres systèmes normatifs qui ne disposent pas d'une telle effectivité seront susceptibles de souhaiter bénéficier de l'ordre procédural et des institutions d'un SER en tentant d'établir des liens avec lui. Par ailleurs, les SER, comme l'OMC, perdent souvent en légitimité ce qu'ils gagnent en effectivité et en hégémonie ; l'établissement d'alliances avec d'autres systèmes normatifs peut avoir pour effet d'accroître leur légitimité. Comme le remarque une partie de la doctrine, « *WTO dominance invites call for linkage with other regimes, both to ameliorate negative externalities caused to those other regimes and improve WTO efficiency and legitimacy.* »¹²¹¹ L'établissement de ces liens permet aux valeurs et normes d'un régime d'en influencer un autre¹²¹². À ce titre, on peut remarquer que de nombreuses raisons militent en faveur de l'établissement de liens entre le droit de l'OMC et le système normatif des droits de l'homme¹²¹³.

505. Toutefois, dans l'établissement de ces alliances, l'OMC est l'acteur qui décide, parce qu'il dispose des organes institutionnels aptes à le faire, avec quels systèmes normatifs établir des liens et quelles normes intégrer. De plus, cette intégration s'opère par l'ORD et en référence aux valeurs et objectifs propres du droit de l'OMC qui dessinent un paradigme interprétatif souvent différent de celui du système d'où proviennent ces normes extérieures et qui est susceptible d'en modifier substantiellement le sens et la portée. À l'effort d'association ou de « *linkage* » opéré par le système normatif de l'OMC correspond un effort d'« *accommodation* » de la part des systèmes qui s'allient à lui¹²¹⁴. Ces autres régimes et systèmes normatifs du droit international adaptent leurs structures afin de mieux s'insérer et tirer leur épingle du jeu dans un contexte où l'OMC domine. Ces

¹²¹¹ KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *op. cit.*, p.82

¹²¹² LEEBRON (D.), « Linkages », *AJIL*, vol.96, n° 5, 2002, pp. 16-24 L'auteur propose une typologie structurelle des « *linkages* » et distingue les « *negotiating linkage, hierarchical linkage, membership linkage, incorporation (of an issue area), issue linkage, interpretive linkage, participatory linkage and permissive unilateral linkage* ». Chacune de ces structures « *implicates the decision, values, or norms in one area or regime, into another* ». p.16

¹²¹³ ALVAREZ (E. J.), « How Not to Link : Institutional Conundrums of an Expanded Trade Regime », *Widener. Symp. J.*, vol.7, n° 1, 2001, p.12 : pour l'auteur : « *Human rights issues might justifiably be linked with trade for a number of reasons : (1) normative (because linkage is demanded by justice and fairness) ; (2) coherence (because a free trade regime simply would not make sense if human rights are ignored) ; (3) consequentialist (because free trade will adversely affect human rights) ; (4) strategic (because linking these issues in creative package deals leads to more effective negotiations as to both) ; or (5) effectiveness (because the more effective WTO approach to dispute settlement can be usefully borrowed to the benefit of human rights* ».

¹²¹⁴ KELLY (C.), « Power, Linkage and Accommodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *op. cit.*, p.80, l'auteur estime que : « *The WTO dominance and linkages also structurally impact other regimes because the other regimes accommodate the WTO in their operation and functioning. Today other regimes operate and function in the shadow of the WTO* ».

« *accomodations* » constituent des stratégies non seulement d'adaptation, mais également de résistance dans la mesure où ces systèmes peuvent espérer que l'intégration de leurs normes et valeurs de référence transformera, au moins partiellement, le paradigme interprétatif suivant lequel l'ORD établit le sens, la portée de ses normes comme il modèle les relations que celles-ci entretiennent avec des normes extérieures appartenant à d'autres systèmes normatifs.

506. Enfin, les SER promeuvent leurs valeurs et leurs normes indépendamment de la volonté individuelle de chaque membre. Bien que ces derniers conservent une maîtrise collective de l'organisation, leur marge de manœuvre individuelle vis-à-vis des obligations qui découlent des traités tend à se réduire proportionnellement à l'accroissement du pouvoir institutionnel de l'OMC. En d'autres termes, les SER s'extraient du procédé classique par lequel les États internalisent les normes et valeurs internationales tout en véhiculant dans l'ordre international leurs valeurs et préférences internes : ce procédé est aussi appelé boucle de rétroaction normative ou « *normatif feedback loop* »¹²¹⁵.

507. En effet, un État qui choisit, entre deux normes potentiellement conflictuelles, de prendre des mesures conformes à l'une plutôt qu'à l'autre, internalise certaines valeurs et normes d'origines internationales tout en extériorisant une certaine conception des rapports entre ces normes et en exprimant laquelle il entend faire prévaloir, en fonction de ses valeurs et des préférences normatives nationales¹²¹⁶. Le moratoire de la Communauté Européenne sur la commercialisation des certains O.G.M., fondé sur une certaine interprétation du principe de précaution et du Protocole de Carthagène sur la biosécurité, est une mesure qui à la fois internalise les valeurs et normes du Protocole, mais également qui véhicule une certaine conception des relations entre les normes et les systèmes normatifs du droit international fondée sur leurs préférences et valeurs nationales.

508. Vis-à-vis des normes du droit de l'OMC, un État ne choisira pas en fonction de ses valeurs et préférences nationales, mais en fonctions du coût que représente le refus de les internaliser. L'OMC n'empêche pas un État de prendre une mesure pour se conformer à une norme internationale qui sollicite une restriction du commerce international et que l'ORD n'a pas reliée à son ordre de référence. Mais l'OMC peut pénaliser cet État pour le

¹²¹⁵ Ce concept est notamment développé par Claire Kelly in « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001. Néanmoins le concept de boucle de rétroaction normative est également employé par François Ost et Michel Van de Kerchoeve sous l'appellation de « *boucle étrange* » dans leur théorie dialectique du droit. cf. OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, pp.49-60

¹²¹⁶ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.711-733.

dommage que la protection qu'il souhaite établir cause aux autres Membres de l'OMC en vertu des droits qu'ils tiennent des obligations consenties dans les traités. Ainsi, si un État « *retains the power to violate the WTO rules (...) The WTO, however, quantifies and collects a cost of non compliance like traffic summons "enforce" traffic law* »¹²¹⁷. Ce pouvoir de contraindre ses Membres et de s'extraire de la boucle de rétroaction par laquelle ses derniers internalisent les normes internationales et véhiculent leurs préférences dans l'ordre international induit une plus grande assimilation et une internalisation plus rapide des valeurs du droit du commerce dans les ordres juridiques internes¹²¹⁸ par rapport à celles d'autres systèmes spécialisés du droit international.

509. En conclusion, la dévaluation de la boucle de rétroaction normative entre le droit international et les ordres étatiques implique une réorganisation de la hiérarchie des systèmes normatifs du droit international avec l'OMC et les SER à son sommet. Quatre facteurs sont responsables de cette réorganisation : « *1) SERs are often capable of enforcing norms and benefiting from repeated compliance. 2) an increased number of disputes brought to SERs provide more enforcement opportunities and strengthens their legitimacy. 3) SERs are a forum for inter-regime conflicts. 4) continued iteration of the SERs norms leads to greater domestic internalization* »¹²¹⁹.

¹²¹⁷ *Id.*

¹²¹⁸ REICH (A.), « The WTO as a Law Harmonizing Institution », *University of Pennsylvania. Journal of International Economic Law*, vol.25, pp.321- 362, 2004

¹²¹⁹ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dilution of the normative feedback loop », *op. cit.*, p.710

CONCLUSION CHAPITRE 4 :

510. L'accroissement des interdépendances entre les acteurs étatiques et non étatiques de la société internationale induit une multiplication des domaines d'intervention de la régulation juridique par les États. Les normes juridiques qui organisent la coopération interétatique sont de plus en plus nombreuses. Elles véhiculent des modes divers de régulation dans des domaines d'activité variés et coordonnent l'action des États au sein d'organisations internationales aux compétences et aux pouvoirs différents. Toutefois, à cette complexification quantitative correspond une modification qualitative des relations entre les normes, éléments du système juridique international. Les États, au sein des organisations internationales, produisent des normes juridiques en les structurant dans des ensembles cohérents d'un point de vue interne. Ces normes peuvent être réparties en deux types complémentaires : des normes substantielles qui consacrent des principes, des valeurs et concernent le comportement des États, et des normes procédurales qui conditionnent les modalités d'application des normes substantielles et garantissent leur effectivité. L'articulation cohérente de ces deux types de normes permet la construction d'ensembles normatifs spécifiques à la régulation de certains domaines d'activité. Ainsi, le droit international contemporain est marqué par l'apparition de régimes spécialisés ou de sous-systèmes juridiques, qui, sans être autonomes vis-à-vis du droit international général, fonctionnent néanmoins selon des logiques, des objectifs et des procédures qui leur sont propres. Le droit de l'OMC comme l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme constituent de tels sous-systèmes spécialisés.

511. Ces sous-systèmes ou régimes spécialisés du droit international ne sont cependant pas dotés d'appareils institutionnels et de normes procédurales identiques. Au contraire ces systèmes sont très divers et hétérogènes, tant par leurs normes substantielles et procédurales que par les appareils institutionnels qui les mettent en œuvre. Dans cette perspective, la construction du système juridico-institutionnel des droits de l'Homme est à l'opposé de celle du droit de l'OMC. En effet, l'OMC est un « *Self-Enforcing Regime* » capable, par le biais notamment de son organe de règlement des différends de promouvoir, interpréter, appliquer, et, dans une certaine mesure, sanctionner les normes de son système. À ce titre, l'ORD maîtrise des moyens de coercition économique dans la mesure où il peut autoriser un État à suspendre les avantages commerciaux vis-à-vis d'un partenaire qui, par une mesure nationale, lèse les droits qu'il tire des traités de l'OMC. À l'inverse, le système juridique des droits de l'Homme n'est pas doté d'une juridiction centralisée et d'un ordre

procédural lui permettant d'effectuer ce contrôle et cette vérification à propos de ses propres normes. Ces différences dénotent une forme de désynchronisation temporelle des processus évolutifs agissant au sein des systèmes juridiques internationaux.

512. Le système du droit de l'OMC et celui des droits de l'Homme ont des objectifs différents, mais reposent sur une communauté partielle de valeurs. En effet, le droit du commerce international promeut l'idée de liberté et est soutenu par une conception relativiste des droits de l'Homme. Bien que le droit de l'OMC et celui des droits de l'homme puissent être complémentaires, en ce double sens que le commerce est impossible sans la stabilité et la sécurité qu'assure la protection des droits de l'homme et que le développement du commerce peut être un facteur de promotion de ces derniers, leurs objectifs sont ultimement contradictoires. En effet, au sein des droits de l'homme, le principe de dignité humaine tend à lutter contre la réification et la marchandisation du corps humain, de ses éléments et de ses parties. Inversement, le droit du commerce international n'interdit aucun type d'activité commerciale et ne prévoit aucune limitation *ab initio* du commerce international. À ce titre, l'interdiction de faire commerce des cellules souches embryonnaires comme le privilège accordé à certains établissements d'importer de telles cellules à des fins de recherche pourraient être considérés tantôt comme des restrictions arbitraires au commerce international tantôt comme des discriminations injustifiées envers les autres prestataires de services et organismes de recherches étrangers.

513. On peut imaginer qu'une mesure étatique soit déclarée conforme aux normes du droit de l'OMC par le juge de ce système alors même qu'elle pourrait être considérée comme incompatible avec le respect des droits de l'Homme par une juridiction compétente pour en assurer le respect. Inversement, on pourrait également imaginer qu'une mesure prise afin de protéger les droits de l'homme constitue une entrave injustifiée au commerce international et soit du même coup déclarée, par l'ORD, incompatible avec le droit de l'OMC. Ces complexes normatifs et institutionnels spécialisés sont donc susceptibles d'entretenir des relations de contradiction. Les mesures visant la protection objective de la dignité de l'être humain semblent receler un tel potentiel conflictuel vis-à-vis du droit du commerce international. De tels phénomènes n'induisent pas nécessairement l'apparition de conflits réels entre les normes. En effet, ces relations conflictuelles concernent le plus souvent les relations entre une obligation et une norme permissive ou une recommandation. De telles situations n'entrent pas dans la définition des conflits adoptée par l'ORD. Toutefois, on peut constater que, sans la survenance d'un conflit réel, deux normes peuvent entretenir des relations contradictoires. En effet, sans empêcher l'application de sa concurrente, une norme peut néanmoins contrecarrer son application

optimale ou dénaturer celle-ci. À l'inverse des conflits réels de normes, les contradictions de systèmes se présentent plutôt comme une somme de conflits potentiels ou de contradictions non antagoniques entre les normes, ou encore comme un conflit de rationalité entre deux systèmes spécialisés du droit international. Ces contradictions non-antagoniques entre le système de l'OMC et celui des droits de l'Homme opposent, d'une part, les obligations de l'État de protéger les droits de la personne ou la dignité de l'être humain, et, d'autre part, l'obligation de ne pas prendre de mesure ayant pour effet de restreindre le commerce international.

514. Toutefois, de telles contradictions sont complexes et atypiques. Outre qu'elles peuvent impliquer plus de deux normes, ces contradictions reposent également sur les relations croisées entre des normes qui remplissent des fonctions différentes dans l'ordre juridique : les normes substantielles et les normes procédurales. Un conflit de systèmes ou une contradiction complexe du droit international s'apparente à une somme de conflits potentiels dont les normes peuvent être conciliées par voie d'interprétation. À ce titre, elles sont exclues de la catégorie des conflits de normes par voie de définition et ne sont pas ou peu étudiées sous cet angle par la doctrine. De plus, ces contradictions normatives ne résultent pas du caractère mutuellement exclusif des obligations que recèlent deux normes, mais constituent des conflits dans le domaine de l'effectivité ; l'application d'une norme ou d'un ensemble de normes entraînant des effets de frustration ou de dévaluation vis-à-vis de l'application d'une autre norme ou d'un autre ensemble de normes. En ce sens, elles peuvent également être conçues comme des conflits de droits étatiques qui opposent tantôt des droits étatiques subjectifs, tantôt un droit subjectif étatique et des droits que les États tirent de leur appartenance à la communauté internationale.

515. Dès lors, les interrogations relatives aux relations normatives et institutionnelles entre les droits de l'homme et le droit du commerce international demeurent en suspens. Celles-ci dépendent du comportement des acteurs institutionnels de chacun des systèmes considérés. Comme nous l'avons déjà noté, les caractéristiques du système juridico-institutionnel de l'OMC offrent, à travers l'ORD, une capacité d'attirer des différends qui ne concernent pas exclusivement le commerce international. L'ORD devient une instance où les conflits de système trouvent à s'exprimer par le développement de stratégies argumentatives de la part des États qui lui soumettent leurs différends. Ainsi, La Chine ou l'Union européenne ont, dans le but de justifier des mesures restreignant le commerce international, construit certains de leurs arguments sur le fondement d'instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des droits de l'Homme ou de la diversité culturelle. Les organisations internationales et les autres systèmes juridiques spécialisés du droit international mettent également en oeuvre des stratégies institutionnelles qui visent à

développer des partenariats avec l'OMC dans le but de promouvoir leurs objectifs au sein de ce système efficace. L'OMC accueille ces alliances institutionnelles dans le but de renforcer la légitimité de son action et développer des synergies normatives et interprétatives.

516. Dans le cadre de sa fonction contentieuse, notamment dans les affaires relatives aux exceptions générales au commerce international prévues par l'article XX du GATT de 1994, l'ORD a précisé la cohérence formelle externe de son système de référence, c'est-à-dire les relations qu'il entretient avec les autres normes et systèmes juridiques du droit international. L'ORD puise sa compétence de l'interprétation des normes procédurales du système juridique de l'OMC. À ce titre, il ne se considère pas lié par les normes extérieures à son système de référence et adopte, au gré d'un raisonnement tautologique ou paradoxal, une définition restrictive des conflits de normes dans le but d'en limiter la survenance. Néanmoins, il peut mobiliser les normes juridiques extérieures à son système qu'il juge pertinentes pour éclairer le sens d'une disposition qu'il doit appliquer dans un cas concret. Le sens malléable des concepts indéterminés de l'article XX du GATT ménage à l'ORD une marge d'interprétation afin de concilier ses objectifs et ses valeurs avec des valeurs ou des intérêts qui lui sont extérieurs. Le régime des exceptions générales, façonné par l'ORD dans le but de rechercher un équilibre entre le recours abusif au droit de limiter les échanges commerciaux et les excès induits par une interprétation démesurément extensive des obligations liées aux principes et aux normes des traités de l'OMC, apparaît comme un mécanisme qui permet au juge d'assurer la cohérence externe du système juridique de l'OMC. Le test de nécessité et l'emploi d'un critère de proportionnalité dénotent la conception graduelle de la compatibilité des comportements étatiques aux normes du droit de l'OMC adoptée par l'ORD. L'appréciation par l'ORD de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure étatique qui protège la santé publique ou l'environnement s'opère, cependant, en référence aux objectifs du système juridique de l'OMC et au principe de libéralisation des échanges commerciaux. Toutefois, les mesures les moins incompatibles avec les principes et normes de l'OMC ne sont pas nécessairement celles qui concourent le mieux à la protection de la santé publique ou de l'environnement. Enfin, par la maîtrise d'une forme de sanction économique, le système juridique de l'OMC est capable d'imposer un coût aux comportements étatiques incompatibles avec le respect de ses normes, même lorsque ces derniers sont adoptés sur le fondement de normes juridiques internationales appartenant au système juridique des droits de l'homme.

517. De même que compatibilité et incompatibilité se délimitent par degré, la protection de la vie humaine et de la dignité de la personne et la libéralisation intégrale des échanges commerciaux constituent les deux extrémités d'un continuum composé de divers

degrés de conciliation. Cette conciliation s'effectue de manière dialectique et dynamique dans la mesure où, d'une part, la protection de la dignité suppose, pour chaque cas d'espèce, d'encadrer la liberté humaine par un réseau de responsabilités collectives et objectives qui entravent nécessairement la libéralisation des échanges commerciaux, et dans la mesure où, d'autre part, la protection du principe de libéralisation des échanges commerciaux implique, inversement, de limiter les modalités de protection de la dignité et de la vie humaine. Le système juridique de l'OMC ne dispose pas, à l'inverse du système juridique des droits de l'homme, d'une structure axiologique contradictoire qui rassemble dignité et autonomie, mais sur un principe unique, celui de libéralisation des échanges commerciaux. Dès lors, quand le juge de l'OMC prend en compte des intérêts protégés par une mesure étatique prise sur le fondement de normes juridiques extérieures à son système, telles que des normes du système juridique des droits de l'homme, il les interprète et en fixe provisoirement le sens en fonction de son paradigme herméneutique unique et sur la base de critères qu'il détermine lui-même. Toutefois, la prise en compte de ces intérêts et valeurs extérieures implique également un décentrement du paradigme herméneutique du droit de l'OMC et conduit à reformuler l'objectif de libéralisation des échanges en fonction de considérations qui ne sont plus exclusivement économiques. Cette conciliation s'opère souvent au risque d'une dénaturation ou d'une dévaluation des intérêts en causes qui sont soumis à une interprétation de conciliation élaborée sous l'égide de l'axiologie du for. Nous avons défini comme une absorption la conciliation de ces normes potentiellement en conflit qui s'opère à l'aune des objectifs de la norme qui appartient au système le plus efficace. Dans cette perspective, l'absorption constitue une figure aliénante de l'accumulation et la projection de ce mode d'absorption vis-à-vis du principe de dignité humaine et des normes du droit de la bioéthique laisse entrevoir qu'elle impliquerait une évolution de la relation dialectique entre dignité et liberté vers un plus grand antagonisme.

518. Ainsi, les rapports entre le système juridique de l'OMC et celui des droits de l'homme, en particulier en ce qui concerne les instruments de protection des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine, sont marqués par un rapport inégalitaire. Le droit international de la bioéthique ne dispose pas de mécanismes garantissant sa cohérence externe ni des moyens susceptibles d'assurer, indépendamment de la volonté des États, son effectivité à l'échelle de l'ordre juridique international. À l'instar d'autres institutions internationales, tels que les organismes de normalisation, le F.M.I ou la banque mondiale, les institutions responsables de la protection des droits de l'homme proposent leur expertise à l'ORD afin de promouvoir leurs normes et leurs objectifs éthiques vis-à-vis de l'interprétation et l'application des normes du droit de l'OMC. Cette coopération interinstitutionnelle prend plusieurs formes, directes ou indirectes, mais demeure

réciroquement avantageuse. Les systèmes incapables de garantir et sanctionner leur propre application visent l'effectivité par ce partenariat tandis que les systèmes efficaces s'en servent à des fins de légitimation substantielle.

519. Le système juridique de l'OMC témoigne de l'apparition, dans l'ordre juridique international, de systèmes dotés d'une autonomie procédurale et capables, non seulement d'imposer un coût économique à la violation de leurs normes ou au retrait d'un de leurs membres, mais aussi de rendre plus difficile l'imposition de sanctions économiques par d'autres régimes juridiques spécialisés. S'ils en conservent la maîtrise collective, les États disposent d'une marge de manœuvre individuelle réduite vis-à-vis de l'application des normes de tels systèmes. La construction de tels systèmes met en évidence la transformation de la structure de l'ordre juridique international dans la mesure où la coexistence des systèmes juridiques et la coopération entre les institutions internationales s'opèrent sur la base de relations de domination et d'adaptation ou de résistance. En effet, les institutions du système de l'OMC ne se considèrent pas liées par l'expertise ou les interprétations produites par d'autres organisations internationales à propos des normes de leur propre système juridique. Les systèmes capables d'assurer leur effectivité appliquent leurs normes et promeuvent leurs objectifs indépendamment des autres systèmes et de la volonté individuelle des États. Lorsqu'un État adopte un comportement dans le but de se conformer à une obligation découlant d'un instrument de protection des droits de l'Homme, mais qui comprend des effets qui restreignent le commerce international, le juge de l'OMC peut imposer un coût à ce comportement s'il considère qu'une modalité différente de protection de ces intérêts est susceptible de produire des effets moins restrictifs pour le commerce international. Pourtant, l'adoption d'un tel comportement constitue pour l'État souverain un choix politique qui exprime ses préférences et sa conception des relations entre les différents engagements qu'il a pris dans l'ordre juridique international. Imposer un coût économique à l'expression de ces préférences étatiques permet pour un système juridique de peser sur les mécanismes par lesquels les États internalisent les normes juridiques internationales et les objectifs éthiques des systèmes juridiques spécialisés. En d'autres termes, la dévaluation de la boucle de rétroaction normative entre le droit international et les ordres étatiques implique une réorganisation de la hiérarchie des systèmes normatifs du droit international en faveur des systèmes capables d'assurer par eux-mêmes leur effectivité.

CONCLUSION TITRE 2 : LES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE : CONFLIT DE NORMES ET CONFLITS DE SYSTÈMES

520. L'encadrement juridique des pratiques liées aux biotechnologies apparaît dans un contexte social où s'accroissent les interdépendances globales entre les acteurs étatiques et non étatiques. Les instruments de protection des droits de l'Homme dans le domaine de la bioéthique consacrent des normes juridiques substantielles et procédurales qui s'insèrent dans un ordre juridique international fragmenté et soumis à des processus d'expansion et de diversification. Les États coordonnent en effet leurs actions au sein d'organisations internationales et produisent des normes et régimes juridiques spécialisés afin de réguler ces interdépendances et en vue de satisfaire des intérêts, non plus seulement individuels, mais communs. Un régime juridique spécialisé constitue un ensemble de normes juridiques, régulant une même matière à travers la poursuite d'un objectif fondé sur des valeurs spécifiques. À ce titre, ils peuvent être considérés comme des systèmes juridiques spécialisés de l'ordre juridique international. Le droit international de la bioéthique peut être considéré comme appartenant au système juridique des droits de l'Homme. Ces systèmes s'organisent, d'un point de vue interne, comme des ensembles cohérents de normes substantielles, qui consacrent les valeurs et les objectifs qu'ils promeuvent, et de normes procédurales, qui en assurent l'effectivité et déterminent les compétences de leurs institutions. Ces institutions vérifient la mise en oeuvre par les États des normes de leur système de référence et en assurent l'effectivité selon des procédures qui varient dans la forme comme dans le degré de contrainte qu'elles impliquent. En conséquence, l'ordre juridique international se complexifie quantitativement, par la prolifération des normes et des régimes juridiques internationaux dans des domaines toujours plus variés, mais aussi qualitativement, par la reconfiguration des relations entre ces normes et les institutions qui en garantissent l'application.

521. À une conception strictement volontariste et subjectiviste du Droit international succède progressivement une conception objectiviste à mesure que se construit la coopération étatique. Conçu lui même comme un système, l'ordre juridique international se compose d'éléments très hétérogènes soumis à l'influence de forces de dispersion et de fragmentation. Ces facteurs entropiques, combinés aux faiblesses du droit objectif et à l'absence d'un législateur centralisé, aboutissent à une relativisation de la normativité et à

une maximisation des interactions entre les normes de l'ordre juridique international. Dans ce contexte, des relations contradictoires peuvent émerger entre des normes ou des ensembles normatifs qui poursuivent des objectifs différents tout en disposant de champs d'application *ratione materiae*, *personae* et *temporis*, qui se chevauchent. Dès lors se pose la question de la cohérence générale de l'ordre juridique international. Face à ces incertitudes, la doctrine distingue classiquement deux types de relations entre les normes juridiques du droit international. Ces dernières tantôt s'accumulent, lorsqu'elles peuvent être appliquées simultanément, tantôt sont en conflit lorsqu'elles sont mutuellement exclusives. Toutefois, l'appréciation du phénomène de la conflictualité ou de la contradiction entre les normes juridiques dépend de la manière dont on définit le concept de conflit de normes.

522. Compte tenu de l'absence de définition textuelle, la doctrine définit le conflit de normes de manière négative comme la relation entre deux normes qui ne s'accumulent pas, c'est-à-dire deux normes qui ne peuvent pas être réconciliées par voie d'interprétation. Le concept d'accumulation apparaît particulièrement englobant et recouvre tant les relations de complétion ou de confirmation d'une norme par une autre, que la relation entre un principe et une exception prévue formellement ou même les relations d'indifférence entre deux normes. Dès lors que deux normes consacrent des droits ou imposent des obligations qui ne s'excluent pas mutuellement d'un point de vue logique, tout conflit entre elles peut être neutralisé par voie de réconciliation et celles-ci s'accumulent. En d'autres termes, selon cette conception, un conflit survient exclusivement lorsque la satisfaction d'une norme implique la violation d'une autre. La survenance d'un tel conflit nécessite alors non seulement le recoupement des champs d'application des normes, mais encore leur concordance parfaite, c'est-à-dire que les normes considérées doivent réguler la même matière, concerner les mêmes sujets et s'appliquer dans une même temporalité. La doctrine propose deux définitions concurrentes de la notion de conflit de normes qui ont pour objectif de garantir l'unité de l'ordre juridique international, et donc de minimiser les occurrences de conflits de normes. La première, restrictive, considère que des conflits peuvent survenir lorsque deux normes prévoient des obligations mutuellement exclusives. La seconde, qui apprécie également le conflit en termes péjoratifs, est plus élargie et intègre au sein de la notion de conflit de normes les relations de contradiction entre une norme permissive et une norme prescriptive ou entre une interdiction et un droit. Un conflit de normes résulte alors tantôt du fait qu'un même comportement étatique est soumis à deux dispositifs juridiques qui prescrivent des obligations contraires et dont le respect de l'une engendre la violation de l'autre, tantôt lorsqu'une norme commande ou autorise un

comportement qui ne peut être réalisé sans remplir une condition préalable ou produire une conséquence inéluctable, qui est proscrite par une autre norme.

523. Les définitions proposées par la doctrine emportent un appauvrissement tant quantitatif que qualitatif du concept de conflit de normes. En effet, celles-ci sont excessivement réductrices, car fondées sur une approche exclusivement formelle des normes et de leurs relations. Les conflits de normes sont conçus, tant en doctrine que dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, comme des relations binaires entre deux normes qui apparaissent radicalement antagoniques. La doctrine distingue ainsi les conflits réels, dont la résolution nécessite la suppression ou la non-application d'un des deux termes contradictoires, des conflits potentiels, ou faux conflits, dans lesquels les normes peuvent être réconciliées par voie d'interprétation et appliquées de manière concomitante. Ainsi, selon les définitions doctrinales de la notion, il n'y a pas de conflit de normes lorsque l'application d'une norme, par un État ou une institution internationale, entrave l'application intégrale d'une autre norme ou en annule certains effets dès lors que les obligations qu'elles prescrivent ne sont pas mutuellement et strictement exclusives l'une de l'autre. Une telle conception demeure aveugle non seulement à ces conflits dans le domaine de l'effectivité, mais également aux conflits entre les objectifs et les fondements axiologiques auxquels les normes se réfèrent. En effet, cette conception, ainsi que les méthodes de résolution des conflits qui en découlent, permet d'assurer la complétude formelle de l'ordre juridique international elle rend également inexprimable sa cohérence axiologique.

524. À l'inverse, la réflexion bioéthique promeut une approche des contradictions entre les normes centrée sur leur dimension axiologique et sur une appréciation des conflits du point de vue de l'effectivité. Il s'agit d'une conception des contradictions normatives orientée par la recherche d'une cohérence de l'ordre juridique international et non pas seulement de l'unité et de la complétude formelle de ce dernier. Au sein de la réflexion bioéthique, la complémentarité n'est pas conçue comme une accumulation entre les normes, mais de manière dialectique comme une conciliation entre des principes contradictoires. Dans cette perspective, le concept de conflit n'est pas réduit aux seuls conflits réels qui constituent des contradictions antagoniques, mais intègre également les conflits potentiels qui constituent des contradictions non-antagoniques entre les normes juridiques. Elle invite à s'interroger sur la relation d'interprétation spécifique qui permet de réconcilier deux normes dont les contenus peuvent se contredire sans que leur application soit mutuellement exclusive. La résolution des contradictions non-antagoniques ou des conflits potentiels nécessite l'élaboration d'interprétations où chacune des normes en conflit est appréciée au regard des objectifs protégés par leur concurrente. La résolution de ces

contradictions n'implique pas la suppression d'un des deux termes en conflit, mais la reformulation dialectique du contenu de chacune des normes considérées. L'approche bioéthique des conflits de normes met en lumière l'absence, dans l'ordre juridique international, d'un système commun de valeurs susceptibles de guider l'interprétation et la conciliation des normes juridiques internationales.

525. Apprécier les relations entre les normes et les systèmes juridiques du point de vue de la substance et de l'effectivité implique d'analyser les différences qui existent entre les normes substantielles et les normes procédurales des différents systèmes juridiques spécialisés du droit international. Nous avons retenu les exemples du système juridique des droits de l'Homme et de celui de l'OMC pour décrire ces différences et pour analyser les relations contradictoires qu'ils peuvent entretenir. Le système de l'OMC est un « *Self-Enforcing Regime* » qui, à l'inverse du système des droits de l'homme, dispose d'un organe juridictionnel centralisé. L'ORD est en effet compétent, en vertu des normes procédurales du droit de l'OMC, pour contrôler et, éventuellement, sanctionner le respect des normes substantielles de son système. Ce système juridique dispose d'une autonomie procédurale et maîtrise la sanction économique. Ainsi, il peut autoriser un État à suspendre les avantages commerciaux qu'il offre à un autre membre si ce dernier adopte des mesures qui lèsent les droits que le premier tire des normes de l'OMC. Le système juridique de l'OMC et celui des droits de l'Homme reposent sur des fondements axiologiques et poursuivent des objectifs partiellement communs. Tous deux promeuvent l'idée de liberté et peuvent s'avérer complémentaires. Toutefois, au sein des droits de l'Homme, la consécration du concept de dignité dénote une volonté de lutter contre la réification de l'être humain et de limiter la liberté, notamment la liberté commerciale. Inversement, le droit de l'OMC ne fait nulle référence au concept de dignité et n'interdit aucun type d'activité commerciale. Dès lors, l'interdiction de faire commerce des cellules souches embryonnaires et les autorisations exceptionnelles, accordées à certains organismes de recherche, d'importer ou d'exporter de telles cellules, pourraient apparaître comme des restrictions arbitraires au commerce international ou comme des discriminations injustifiées. De manière plus générale, un même comportement étatique pourra être considéré simultanément comme licite du point de vue des normes d'un système juridique spécialisé et comme illicite du point de vue des normes d'un autre système. De même, un comportement étatique adopté sur le fondement d'une obligation découlant des normes du système juridique des droits de l'homme pourra affecter le commerce international de manière arbitraire, discriminatoire ou injustifiée. Ces conflits entre les normes et les systèmes juridiques dans le domaine de l'effectivité constituent des conflits potentiels ou des contradictions non-antagoniques.

526. Ces contradictions normatives non-antagoniques sont complexes, car elles peuvent impliquer plus de deux normes et concerner des normes fonctionnellement différentes, c'est-à-dire des normes substantielles et des normes procédurales. Le développement, la neutralisation ou la résolution de ces contradictions dépendent à la fois du comportement des institutions de l'ordre juridique international et de la volonté collective des États. Ainsi, nous avons vu que l'organe juridictionnel de règlement des différends de l'OMC dispose de caractéristiques qui lui permettent d'attirer des contentieux qui concernent des situations dont les enjeux ne sont pas strictement économiques. Devant ce forum, certains États adoptent des stratégies argumentatives qui visent à justifier sur le fondement des obligations découlant des instruments de protection des droits de l'homme certaines mesures restreignant le commerce international. En effet, dans le cadre de sa fonction contentieuse, l'ORD est conduit à préciser les termes de la cohérence externe de son système de référence, c'est à dire des relations que ce dernier peut entretenir avec les autres normes et systèmes juridiques spécialisés du droit international. Cette initiative est toutefois doublement limitée, d'une part, en fonction de l'interprétation des normes procédurales qui fixent la compétence de l'ORD, et, d'autre part, en fonction de la définition des conflits de normes, formaliste et restrictive, qu'il adopte.

527. Le juge de l'OMC utilise à ce titre le régime des exceptions générales au commerce international, prévues par l'article XX du GATT de 1994, pour assurer la cohérence externe de son système. Les concepts indéterminés que l'article XX recèle sont suffisamment malléables pour offrir au juge des marges d'interprétation lui permettant de concilier les objectifs de son système avec ceux, éventuellement contraires, provenant d'autres ensembles cohérents de normes juridiques internationales. Le test de nécessité et le critère de proportionnalité sont utilisés pour concevoir un équilibre entre les intérêts et les valeurs protégés par les normes du droit de l'OMC et des intérêts ou des valeurs auxquels il ne se réfère pas, mais qui sont protégés, dans l'ordre juridique international, par d'autres systèmes juridiques spécialisés. Le critère de proportionnalité de la mesure étatique implique une conception graduelle de la compatibilité et de l'incompatibilité vis-à-vis des normes de l'OMC et emporte des conséquences importantes sur le formalisme des raisonnements employés par le juge de l'OMC. Dans cette perspective, la protection de la vie et de la dignité humaine d'une part, et la libéralisation optimale des échanges commerciaux d'autre part, constituent les deux pôles entre lesquels oscille, pour chaque cas d'espèce relatif aux exceptions de l'article XX, la recherche d'un équilibre par le juge. L'intégration d'intérêts non économiques au sein du système de l'OMC implique un relatif décentrement de son paradigme herméneutique. Néanmoins, la prise en compte de ces intérêts extérieurs s'opère sous l'égide de l'objectif principal du for, c'est-à-dire le principe

de libéralisation des échanges. En effet, le juge de l'OMC ne se considère pas lié par les interprétations produites par les organes institutionnels d'autres systèmes juridiques spécialisés à propos de leurs normes de référence. Ainsi, lorsqu'il utilise une norme extérieure qu'il juge pertinente pour interpréter le sens des dispositions des traités de l'OMC, l'ORD l'interprète en fonction de critères qu'il a lui-même élaborés.

528. L'apparition de systèmes tels que celui de l'OMC, dotés d'institutions décidant sur la base de procédures autonomes et capables d'imposer un coût économique au respect de ses normes, constitue une évolution structurelle importante de l'ordre juridique international. Ces systèmes efficaces tirent leur puissance et leur autorité de la volonté souveraine des États, mais il ne s'agit pas d'une addition de volontés individuelles, mais de l'expression d'une volonté collective. Considérés individuellement, les États disposent de marges de manoeuvre réduites vis-à-vis des modalités d'application des normes du droit de l'OMC. L'État demeure le siège de la conciliation démocratique des intérêts contradictoires, économiques et non économiques, mais l'ORD contrôle si les modalités de cette conciliation sont conformes aux obligations auxquelles l'État s'est engagé au regard des normes du système juridique de l'OMC. En d'autres termes, le juge de l'OMC vérifie s'il existe des modalités différentes de conciliation des intérêts contradictoires en cause, mais qui emportent des restrictions de moindre importance pour le commerce international. Le système de l'OMC est ainsi capable de promouvoir ces valeurs indépendamment des préférences individuelles des États et des autres systèmes juridiques et institutions internationales. L'ORD est même capable d'imposer un coût économique aux mesures étatiques prises sur le fondement de normes juridiques internationales qui ne relèvent pas de son système, mais qui produisent des effets négatifs sur la libéralisation des échanges commerciaux.

529. À l'inverse, le système juridique des droits de l'Homme, auquel appartiennent les instruments relatifs à la bioéthique, ne dispose pas d'un organe juridictionnel à l'échelle internationale et sa cohérence externe demeure incertaine. Il peut entretenir des relations de contradictions non-antagoniques, ou conflits potentiels, avec d'autres systèmes juridiques spécialisés, mais ne dispose pas des moyens de les résoudre de manière centralisée. Nous verrons toutefois que certains systèmes juridiques régionaux disposent de tels moyens et affrontent la problématique des conflits de systèmes juridiques. À l'échelle internationale, les rapports entre le système juridique de l'OMC et celui des droits de l'Homme sont marqués du sceau de l'inégalité. Comme d'autres organisations internationales, celles qui sont compétentes au regard de la protection internationale des droits de l'Homme favorisent des stratégies de partenariat avec les systèmes juridiques les plus efficaces, en particulier le système de l'OMC. À travers ces coopérations, le système de l'OMC puise une certaine

légitimité tandis que les organisations de protection des droits de l'Homme visent l'effectivité *via* la transformation de l'interprétation des normes de l'OMC.

530. Toutes ces considérations, comme la réflexion bioéthique, nous invitent à dépasser les limites du positivisme et de la logique formelle et à compléter notre compréhension du phénomène juridique à l'échelle internationale par une épistémologie constructiviste et une logique dialectique qui rendent possible l'appréciation dynamique des relations normatives du point de vue de leurs substances et des objectifs contradictoires qu'elles poursuivent. Dans cette perspective, les conflits et les contradictions n'apparaissent pas seulement comme des dysfonctionnements ou des défauts de rationalisation des systèmes juridiques et de l'ordre juridique international, mais aussi, et surtout, comme des opportunités de tisser des liens d'interprétation entre des normes jusqu'alors isolées et de construire leur complémentarité et leur convergence d'un point de vue pragmatique. Néanmoins, en l'absence d'une instance centralisée, dans l'ordre juridique international, qui assure à la fois sa complétude formelle et sa cohérence axiologique, la résolution ou la neutralisation de ces contradictions normatives risquent d'intervenir devant des instances éparses soumises à des rationalités et des valeurs différentes. Il s'agit dès lors d'analyser les instances et les méthodes qui assurent, dans l'ordre juridique international, la résolution ou la neutralisation des contradictions normatives et des conflits de normes.

CONCLUSION PARTIE 1

531. Ce que l'on nomme le droit international de la bioéthique est constitué par un ensemble d'instruments juridiques relatifs à la protection internationale des droits de l'Homme dans le domaine de la biologie et de la médecine. Le droit international de la bioéthique, dont la construction récente a nécessité l'élaboration, dans le respect du pluralisme et de la diversité culturelle, d'un consensus entre les États sur un socle commun de valeurs éthiques, s'inscrit dans un rapport de filiation par rapport au système juridique des droits de l'Homme. La réflexion bioéthique se situe au carrefour de plusieurs ordres normatifs et le droit international de la bioéthique est le fruit de multiples échanges entre la science, la morale ou l'éthique, la déontologie et le Droit. Le droit international de la bioéthique apparaît comme un ensemble complexe d'éléments hétérogènes fondé sur une dynamique internormative. Il rassemble des principes éthiques et des valeurs morales qu'il intègre au droit positif. Il consacre des droits en faveur des individus ou des groupes d'individus et établit des procédures en vue d'en favoriser la mise en œuvre par les États et les acteurs non étatiques dans leurs décisions et leurs actions. L'indivisibilité et la complémentarité entre ces éléments divers, dont les champs d'application se chevauchent et qui sont parfois contradictoires, s'opèrent sur un mode dialectique et dans une perspective pragmatique. La protection des droits de l'Homme par rapport aux biotechnologies oblige, dans chaque cas d'espèce, à trouver un équilibre entre des intérêts et des valeurs contradictoires et suppose d'élaborer des relations de restrictions réciproques entre les droits et principes garantis. Ces facteurs dénotent la capacité autoorganisationnelle du système juridique des droits de l'homme et du droit international de la bioéthique qui nécessite que de multiples variations puissent intervenir dans l'interprétation des droits et leur mise en relation en fonction du contexte dans lequel ils doivent être appliqués. Dès lors, l'analyse de la cohérence systémique interne du droit international de la bioéthique et du système juridique des droits de l'Homme nous a permis d'en concevoir le fonctionnement. De plus, pour concevoir les relations des normes du droit international de la bioéthique et du système juridique des droits de l'Homme avec les autres normes et ensembles de normes dans l'ordre juridique international, nous avons tenté de déterminer sa cohérence externe.

532. Du point de vue de sa cohérence interne, le droit international de la bioéthique repose sur un équilibre instable entre des fondements axiologiques, c'est-à-dire des principes éthiques et des valeurs morales, contradictoires. Sujet des droits ou objet de la

protection, l'Homme présente, dans les instruments juridiques relatifs à la bioéthique, un visage ambivalent qui oscille entre la figure de l'être humain et celle de la personne. En effet, le droit international de la bioéthique consacre une conception normative de l'Homme qui intègre des perspectives éthiques radicalement opposées : d'une part, l'éthique objectiviste ou substantialiste fondée sur une conception ontologique de l'Homme et sur l'impératif catégorique de respect de la dignité humaine, et, d'autre part, l'éthique relativiste ou procédurale, fondée sur une conception subjective de l'Homme et sur le principe d'autonomie de la personne. Les principes d'autonomie de la personne et de dignité de l'être humain peuvent être la source de prérogatives juridiques contradictoires et constituent les deux pôles d'une unité dialectique qui structure tant la conception normative de l'Homme au fondement des droits de l'Homme que les modalités de sa protection et les relations entre les droits garantis. Cette structure axiologique dialectique induit des effets importants sur l'interprétation et l'application effective des droits de l'Homme dans le domaine de la bioéthique. En effet, cette structure se prolonge dans l'expression de logiques interprétatives contradictoires ou conflits de rationalités : logique objective contre logique subjective, logique individuelle contre logique collective, logique substantielle contre logique procédurale. Cette structure axiologique dialectique, fondée sur un conflit de valeurs éthiques entre dignité et autonomie et qui se prolonge dans des conflits de rationalité et d'interprétation, conduit à l'émergence de conflits entre les droits de l'Homme. Ces derniers consistent en des conflits de prérogatives juridiques fondés sur des normes valides, d'origine internationale et/ou constitutionnelle, c'est-à-dire des contradictions entre des pouvoirs d'agir reconnus à des individus ou des groupes d'individus. Les conflits entre ces prérogatives, tantôt fondées sur la violation d'un droit subjectif tantôt sur le respect du droit objectif ou la défense d'un intérêt collectif, consistent en des contradictions entre les différentes modalités de protection des différents droits et entre les différentes dimensions de cette protection. Du point de vue de l'effectivité, ces conflits de droits peuvent être conçus comme des contradictions entre des normes substantielles, qui consacrent en droit positif des principes éthiques et des valeurs morales, et des normes procédurales, qui en assurent la mise en œuvre efficace. La formulation, dans les dispositions qui consacrent une norme substantielle, d'une exception procédurale ouverte par la consécration de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* » vis-à-vis de l'exercice d'un droit, assume et favorise l'émergence de relations conflictuelles entre les droits et promeut des méthodes d'interprétation dynamiques et dialectiques. Néanmoins, nous constaterons que les méthodes d'interprétation qui permettent de concilier et de résoudre ces conflits de droits impliquent de profondes transformations du formalisme des raisonnements judiciaires et représentent des constructions prétoriennes encore inachevées. La conflictualité entre les valeurs et les droits apparaît comme une force dynamique sur

laquelle repose sa cohérence interne et qui permet son adaptation aux multiples contingences de la réalité sociale, mais engendre comme conséquences des phénomènes entropiques. Le droit international de la bioéthique et le système juridique des droits de l'Homme intègrent en effet l'incertitude vis-à-vis des conséquences de la décision et de l'action comme un élément constitutif de son interprétation et de son fonctionnement et s'avèrent soumis à des processus évolutifs non-linéaires.

533. Du point de vue de sa cohérence externe, c'est-à-dire les relations qu'il entretient avec son environnement normatif et juridique, le droit international de la bioéthique intègre un ordre juridique international fragmenté qui s'étend et se diversifie. Ce dernier se complexifie à la fois par la prolifération des normes juridiques internationales, mais aussi par la reconfiguration des relations entre ces normes et entre les institutions qui en contrôlent, et éventuellement, en sanctionnent l'application. Le droit international n'assure plus simplement la coexistence pacifique et la satisfaction des intérêts individuels des États, mais coordonne leur coopération au sein d'organisations internationales qui produisent des normes et des régimes juridiques spécialisés afin de régler leurs relations dans de multiples domaines d'activité et de garantir des intérêts communs. Les États produisent des ensembles d'instruments juridiques qui consacrent des normes substantielles, qui déterminent leurs objectifs éthiques et les obligations de comportements à la charge des États, et des normes procédurales qui en assurent la mise en œuvre selon des moyens divers et déterminent les compétences d'institutions responsables pour les appliquer et/ou les promouvoir. Ces ensembles qui rassemblent des normes et créent des institutions capables de les appliquer constituent des systèmes juridiques spécialisés de l'ordre juridique international. L'ordre juridique international se conçoit donc comme un système qui n'est pas doté d'institutions ou de mécanismes centralisés susceptibles d'assurer sa cohérence globale, mais qui se compose d'ensembles hétérogènes de normes et d'institutions qui remplissent des fonctions et poursuivent des objectifs différents et sectoriels tout en disposant de champs d'application qui peuvent se recouper.

534. En l'absence de définition et de dispositif qui établit clairement la nature des relations entre les normes du droit international, la doctrine distingue deux grands types de relations normatives : l'accumulation, lorsque deux normes peuvent s'appliquer intégralement et simultanément, et le conflit, lorsque deux normes s'excluent mutuellement et que leur application concomitante suppose la violation de l'une par l'autre. Ainsi, un conflit entre deux normes ne peut intervenir que lorsque leurs champs d'application respectifs concordent parfaitement. Selon la doctrine majoritaire, deux normes s'accumulent si elles ne s'excluent pas et peuvent être conciliées par voie d'interprétation. À ce titre, deux propositions de définition du concept de conflit de normes divisent la

doctrine. Définis strictement, les conflits de normes se limitent aux situations dans lesquelles deux normes prévoient des obligations mutuellement exclusives. La seconde définition, plus large, intègre les situations dans lesquelles une norme permissive contredit une norme prescriptive ou lorsqu'un droit s'oppose à une interdiction. Cette distinction est particulièrement réductrice et les définitions doctrinales de la notion de conflit conduisent à un appauvrissement à la fois quantitatif et qualitatif de l'appréciation du phénomène de la contradiction entre les normes juridiques. Le concept de conflit de normes est en effet défini négativement par rapport au concept d'accumulation, lequel s'avère exagérément englobant et recouvre sous un même vocable des relations normatives différentes telles que la confirmation, la complétion, l'indifférence entre deux normes, ou encore le rapport formel entre un principe et une exception. Dans la perspective de la doctrine et de la Convention de Vienne de 1969, les conflits sont conçus, de manière exclusivement formelle, comme des relations bilatérales entre deux normes radicalement antagoniques. La doctrine distingue ainsi les conflits réels, qui ne peuvent être résolus que par la suppression d'un des deux termes contradictoires, et les conflits potentiels, qui constituent de fausses hypothèses de conflit dans la mesure où les normes considérées sont susceptibles d'être conciliées par voie d'interprétation.

535. La réflexion bioéthique invite les observateurs comme les décideurs à dépasser les limites de la logique formelle et de cette conception strictement bilatérale et antagonique des conflits de normes. Une telle conception, formelle, demeure aveugle aux conflits de normes du point de vue de leur effectivité ou de leur substance. L'épistémologie constructiviste, promue par la réflexion bioéthique, suppose d'apprécier de manière complémentaire la complétude et l'unité formelle de l'ordre juridique international et sa cohérence axiologique. Dans la perspective bioéthique, la complémentarité entre les normes n'est pas envisagée comme une accumulation, mais au contraire comme une entreprise dialectique et contradictoire. Les contradictions normatives n'y sont pas réduites aux conflits strictement antagoniques entre les normes. Au contraire, la bioéthique suppose, en son fondement comme dans sa pratique, la conciliation permanente de principes et d'intérêts contradictoires, c'est-à-dire qu'elle assume le développement des contradictions non-antagoniques qui existent en son sein et qui peuvent exister avec son environnement normatif. L'approche des contradictions normatives du point de vue de l'effectivité et de la substance permet de rendre compte de certaines relations de contradiction entre deux ou plusieurs normes dans lesquelles les effets engendrés par l'application d'une norme dans la poursuite d'un certain objectif affectent de manière négative, frustrant ou annulent, les effets attendus de l'application d'une autre norme qui poursuit un autre objectif. Les conflits potentiels ne sont pas dévalorisés par la réflexion

bioéthique, mais sont appréciés comme des relations d'interprétation spécifiques et dialectiques qui emportent des conséquences importantes vis-à-vis de la régulation du sens des normes et de la cohérence axiologique du droit international.

536. Ces contradictions normatives internes au système des droits de l'Homme et externes, entre celui-ci et d'autres systèmes juridiques spécialisés, affectent non seulement sur l'interprétation et l'application du droit international de la bioéthique et du système juridique des droits de l'Homme, mais aussi vis-à-vis d'autres systèmes juridiques spécialisés comme vis-à-vis de la structure de l'ordre juridique international. Nous avons retenu l'exemple des relations entre le système juridique des droits de l'Homme et le système juridique de l'OMC pour illustrer ces contradictions externes du droit international de la bioéthique et nous avons tenté de décrire le comportement de chacun de ces systèmes et de leurs acteurs institutionnels afin d'évaluer la manière dont se développent ces contradictions non-antagoniques dans l'ordre juridique international. Comparer ces systèmes en terme de substance et d'effectivité nécessite d'analyser leurs normes substantielles et procédurales, leurs institutions et les compétences dont elles disposent, enfin les relations croisées que ces normes et ces institutions peuvent entretenir.

537. Du point de vue de l'effectivité on constate que le système juridique de l'OMC est doté d'un organe juridictionnel centralisé de règlement des différends, compétent, en vertu des normes procédurales du droit de l'OMC, pour contrôler et sanctionner l'application de ces normes substantielles. Il dispose d'une autonomie procédurale et est capable d'imposer un coût économique au respect de ses normes et des principes qui en guident l'interprétation. Ces caractéristiques lui permettent d'attirer un grand nombre de différends qui portent non seulement sur des questions économiques ou commerciales, mais intègrent également des problématiques sociales et éthiques plus vastes. À l'inverse, le système juridique des droits de l'Homme comme le droit international de la bioéthique, ne disposent pas de juridiction centralisée susceptible d'en garantir la cohérence axiologique et la complétude formelle et ne maîtrisent aucun moyen de coercition. Du point de vue substantiel, on remarque que le système de l'OMC et celui des droits de l'Homme présentent une communauté axiologique partielle et poursuivent des objectifs partiellement communs. Le système juridique de l'OMC repose ainsi sur le concept de liberté ou d'autonomie. Toutefois, au contraire du droit international de la bioéthique et du système juridique des droits de l'Homme, le système de l'OMC ne fait aucune référence au principe de dignité et ne dispose pas d'une structure axiologique duale et dialectique. Dès lors, certaines conséquences découlant du respect de la dignité de l'être humain, telles que l'interdiction de faire commerce de certains éléments et produits du corps humain, peuvent s'avérer contradictoires vis-à-vis de la poursuite de l'objectif de libéralisation des échanges

et constituer des restrictions commerciales arbitraires ou injustifiées. De manière plus générale, un comportement étatique, adopté sur le fondement d'une norme du système juridique des droits de l'Homme, pourra être considéré, par le juge de l'OMC, comme un comportement illicite et qui mérite d'être sanctionné.

538. L'ORD utilise le régime des exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994 comme un mécanisme de la complétude formelle et de la cohérence axiologique externe du droit de l'OMC. Il adopte une définition restrictive des conflits de normes et dispose d'une compétence limitée pour interpréter et appliquer les normes juridiques internationales qui n'appartiennent pas à son système. Les concepts indéterminés présents dans les dispositions qui consacrent les exceptions générales au commerce international, tels que les concepts de similarité ou de nécessité, sont interprétés par le juge de l'OMC afin de concilier les intérêts et les objectifs protégés par les normes de son système avec les intérêts et les valeurs protégés par d'autres systèmes. La construction d'un critère de proportionnalité pour apprécier la compatibilité des mesures étatiques aux normes de l'OMC dénote l'apparition d'une logique graduelle et non plus binaire. Libéralisation des échanges et protection d'intérêts non économiques constituent les deux pôles d'un continuum entre lesquels le juge tente d'élaborer une décision équilibrée. À ce titre, le recours au critère de proportionnalité et la conciliation des intérêts contradictoires par le juge du droit de l'OMC entraînent d'importantes conséquences sur la formalisation de ces raisonnements. La prise en compte de ces intérêts non économiques, protégés par des normes juridiques qui appartiennent au système des droits de l'Homme, opère un décentrement du paradigme herméneutique de l'ORD. Néanmoins, leur absorption s'opère à l'aune des objectifs du for, c'est-à-dire les principes de libéralisation des échanges et de non-discrimination. L'absorption des intérêts, protégés par des normes extérieures au système de l'OMC, implique donc une forme de dénaturation ou, du moins, de réélaboration du sens de ces derniers à l'aune des principes et objectifs de l'OMC. L'ORD ne se considère pas, à ce titre, lié par les interprétations de ces normes extérieures par les institutions d'autres systèmes juridiques spécialisés. Ainsi d'un point de vue axiologique, l'ORD promeut, compte tenu des fondements axiologiques et de sa pratique interprétative, une conception relativiste des droits de l'homme fondée exclusivement sur le concept de liberté.

539. Le système juridique des droits de l'Homme et le droit international de la bioéthique ne disposent pas de telles capacités. Ils reposent sur l'activité d'organisations, internationales et régionales, composées d'institutions qui ne sont pas capables d'assurer l'effectivité de leurs normes. Cette effectivité peut être affectée par les effets découlant de l'application ou de la sanction des normes d'autres systèmes juridiques, notamment le

système de l'OMC qui peut imposer un coût économique à l'application des normes du système des droits de l'Homme dès lors que les modalités d'application de ces dernières conduisent à restreindre, de manière disproportionnée, le commerce international. Les organisations qui oeuvrent à la protection des droits de l'Homme élaborent, compte tenu de cette situation, des stratégies d'alliance et de partenariat avec les systèmes juridiques les plus efficaces. En ce qui concerne les relations interinstitutionnelles entre le système de l'OMC et les organisations internationales compétentes en matière de droits de l'Homme, ces alliances permettent à l'un de gagner en légitimité ce que les autres espèrent gagner en terme d'effectivité. Ces relations de puissance disproportionnées entre le système de l'OMC et celui des droits de l'Homme témoignent d'une évolution importante de la structure et du fonctionnement de l'ordre juridique international.

540. L'apparition de systèmes efficaces dotés d'une capacité de sanction affecte l'effectivité des autres systèmes juridiques spécialisés. Elle implique également une certaine émancipation des systèmes les plus puissants vis-à-vis de la volonté individuelle des États. Ces derniers demeurent en effet les responsables et les dépositaires de la conciliation des intérêts contradictoires protégés par les normes juridiques auxquelles ils s'engagent. Le choix, par l'État, des modalités de cette conciliation exprime ses préférences politiques au regard de la coordination des objectifs contradictoires des normes juridiques internationales. Néanmoins, les États disposent de marges de manoeuvre réduites en la matière dans la mesure où les modalités qu'ils retiennent pour concilier ces intérêts contradictoires pourront faire l'objet d'un contrôle de la part des juridictions internationales appartenant à des systèmes spécialisés. Par exemple, l'ORD contrôlera si la protection des intérêts non économiques n'emporte pas des effets disproportionnés sur la libéralisation des échanges commerciaux ou s'il n'existait pas d'autres mesures qui induisent des restrictions commerciales moins importantes et qu'il juge équivalentes du point de vue de la protection des autres intérêts. Un tel système est ainsi capable de promouvoir ces valeurs et d'assurer de manière hégémonique l'effectivité de ses normes, indépendamment de la volonté individuelle des États ou de l'activité d'autres organisations internationales.

541. Percevoir ces contradictions non-antagoniques et décrire les processus évolutifs de l'ordre juridique international nécessitent de s'extraire, partiellement, de l'épistémologie positiviste pour adopter une conception moins formelle de la fonction des normes et de leurs relations. Dans cette perspective, la neutralisation et la résolution des contradictions normatives, antagoniques et non-antagoniques, sont des opportunités pour configurer les relations entre les normes du droit international et coordonner les politiques menées par les États et les organisations internationales. Néanmoins, en l'absence d'une instance centralisée qui traite ces contradictions ou d'une méthode commune assurant leur

résolution, ces dernières risquent de conduire à des conflits d'interprétation entre des juridictions appartenant à différents systèmes spécialisés, répondant à des objectifs éthiques sectoriels et usant de logiques différentes et parfois contradictoires. Dès lors, il s'agit d'analyser les instances où s'opèrent ces neutralisations et ces résolutions, les procédures qu'elles adoptent à cette fin et les méthodes d'interprétation qu'elles construisent pour faire face au phénomène de la conflictualité des normes.

PARTIE 2 : LES MÉTHODES DE NEUTRALISATION ET DE RÉSOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

542. Les phénomènes d'internormativité et les contradictions normatives, internes et externes, du droit international de la bioéthique consistent en des contradictions entre les principes et les valeurs éthiques, des conflits antagoniques ou non-antagoniques entre les normes et les structures qui guident les actions et les décisions, relatives aux biotechnologies, des autorités publiques, nationales et internationales, et des acteurs de la société civile, personnes physiques et morales de droit privé. Confrontés à de telles contradictions, quelles stratégies adoptent les États et les organisations internationales, mais aussi les entreprises, les particuliers, les ordres professionnels et autres groupements d'intérêts privés ? De quelles manières les institutions publiques coordonnent-elles les politiques qu'elles mènent, dans divers domaines, et qui affectent la régulation des pratiques liées aux biotechnologies ? Les instruments de protection des droits de l'Homme dans le domaine de la bioéthique prévoient-ils des méthodes susceptibles de faciliter les décisions et les pratiques relatives aux biotechnologies des acteurs publics et privés ? L'ordre juridique international recèle-t-il des ressources supplémentaires permettant d'éviter ou de résoudre de telles contradictions normatives ?

543. Dès lors que certaines organisations internationales produisent des complexes de normes juridiques obéissant à des rationalités systémiques différentes et que les compétences de celles-ci peuvent se chevaucher, comment élaborent-elles des moyens de communiquer, d'interagir ou de coordonner leurs décisions et leurs actions ? Nous avons étayé l'hypothèse selon laquelle l'effectivité de certains systèmes juridiques spécialisés du droit international est susceptible d'affecter l'effectivité d'autres systèmes juridiques spécialisés. Cependant, dans cette perspective, quels comportements adoptent les institutions qui tirent leurs compétences de systèmes divers au regard des contradictions normatives qui peuvent survenir au cours des différentes phases du processus normatif, depuis l'élaboration ou la production d'une norme juridique en matière de bioéthique jusqu'à son application contentieuse ou non contentieuse ?

544. L'émergence des contradictions normatives constitue non seulement un risque au regard de la sécurité et la prévisibilité des relations juridiques, mais affecte également la légitimité des normes juridiques dans la mesure où la consécration d'obligations légales contradictoires ne permet pas aux sujets de droit d'apprécier clairement la licéité de leurs comportements ou la validité de leurs décisions. L'émergence de telles contradictions intervient en effet dans le contexte général d'une crise de légitimité de la norme juridique et des modes de représentation démocratique. Deux types de méthodes peuvent être mobilisées pour traiter la problématique des contradictions normatives, au cours des procédures décisionnelles mises en œuvre par ces institutions et ces acteurs privés. En effet, les décideurs publics et privés, confrontés à l'incertitude de leurs décisions et de leurs actions dans le domaine des biotechnologies, élaborent des techniques qui visent à prévenir ou éviter la réalisation d'un conflit de normes. Celles-ci consistent à neutraliser les contradictions au cours des procédures décisionnelles qui visent l'élaboration, la production ou l'application des normes juridiques relatives à la bioéthique.

545. Il convient, dès lors, de s'interroger sur la nature des mécanismes qui permettent la prévention des conflits de normes et de systèmes et les modalités de leur utilisation par les décideurs publics ou privés. Par ailleurs, il conviendra de déterminer en quoi consiste la neutralisation d'une contradiction normative et quels sont les effets de la prévention des conflits de normes et de systèmes au regard de la structure et du fonctionnement des systèmes juridiques et de l'ordre juridique international ? Toutefois, ces décideurs sont également susceptibles de recourir, lorsqu'un conflit se matérialise à l'occasion d'un contentieux, à des méthodes décisionnelles qui consistent en des règles et des méthodes d'interprétation et qui permettent la résolution des contradictions normatives antagoniques ou non-antagoniques. Qu'est-ce qui différencie les procédures décisionnelles qui aboutissent à la résolution d'une contradiction normative de celles qui assurent sa neutralisation ? Dans cette perspective, ne convient-il pas également de lier ces deux problématiques et considérer que les méthodes de neutralisation ou de résolution des contradictions normatives à l'occasion des procédures décisionnelles participent également d'une fonction de légitimation des normes et des systèmes juridiques ? Quelles transformations affectent ces procédures décisionnelles et les structures institutionnelles qui les mettent en œuvre en vue de légitimer, par l'organisation de la représentation des intérêts privés, la production ou l'application des normes juridiques ? Afin de répondre à ces questions, nous analyserons, successivement et de manière comparative, les techniques procédurales de neutralisation et de résolution des contradictions normatives du droit international de la bioéthique.

TITRE 3 : LA FONCTION DES PROCÉDURES EN DROIT DE LA BIOÉTHIQUE : LÉGITIMATION DES DÉCISIONS ET NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

546. Aussi appelées « *conflicts avoidance techniques* »¹²²⁰, les méthodes de neutralisation ou d'évitement des conflits de normes sont nombreuses. Ces méthodes ont pour objet la prévention de la réalisation effective d'un conflit entre les normes existantes au sein d'un système juridique déterminé ou de plusieurs, qu'il s'agisse des ordres juridiques nationaux, internationaux, régionaux ou de systèmes juridiques spécialisés. Ces méthodes présentent, d'un système juridique à l'autre, de nombreuses similitudes bien qu'elles s'adaptent à l'environnement systémique au sein duquel elles s'insèrent. En outre, concernant le droit international de la bioéthique, les méthodes de neutralisation mises en œuvre pour éviter les contradictions normatives internes du droit de la bioéthique sont similaires à celles mises en œuvre pour neutraliser ses contradictions externes. Nous les présenterons donc de manière synthétique.

547. Les méthodes d'évitement des conflits de normes peuvent être mises en œuvre aux différentes étapes du processus normatif. Certaines méthodes de neutralisation sont employées *ex ante*, c'est-à-dire lors des négociations interétatiques ou lors de la procédure législative interne relative à la production d'une nouvelle norme ou de la modification d'une norme existante¹²²¹. D'autres méthodes interviennent, plus en amont encore de la production normative, lors de la phase d'élaboration des textes par des comités d'experts. À ce titre, la rédaction de clauses anticipatrices de conflits de normes au sein des instruments normatifs du droit international joue un rôle important dans la neutralisation des conflits potentiels futurs. Ces méthodes sont particulièrement utilisées en matière de bioéthique où la prévention et la neutralisation des conflits apparaissent, compte tenu du relativisme moral et de la diversité des conceptions axiologiques qui traversent les communautés politiques contemporaines, comme essentielles à l'établissement de politiques et de normes communes. Enfin, les normes du droit de la bioéthique ont

¹²²⁰ cf. PAUWELYN (J), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op.cit.*, p.237 et s. ; BORGÉN (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *The Georges Washington International Law Review*, vol.37, 2005, pp.584-588, et 638-644 ;

¹²²¹ PAUWELYN (J), *Conflict of Norms in Public International Law*, *op.cit.*, p.237

vocation à être révisées et modifiées régulièrement en fonction de l'évolution des techniques, des pratiques et des choix politiques. Cette précarité caractérise l'aspect expérimental des législations de bioéthique. En effet, celles-ci donnent lieu à un suivi et une évaluation visant à recueillir les informations relatives à l'impact concret de la norme juridique et les propositions d'adaptation de cette dernière à l'environnement social.

548. Dans d'autres cas, enfin, la neutralisation du conflit intervient après la phase de production de la norme lors de la phase précontentieuse ou concurremment à la phase contentieuse. En effet, la régulation, par le droit, des pratiques biomédicales n'est pas exclusive d'autres modes de régulations parajuridiques et/ou parajudiciaires. La médiation des conflits entre les parties à un différend et la justice négociée concurrencent parfois la fonction contentieuse des instances juridictionnelles d'un ordre juridique dans la prise en charge des contradictions normatives. Cette prise en charge évacue généralement la survenance de contentieux spécifiquement consacrés à de telles contradictions.

549. La procédure et les normes procédurales apparaissent comme le rouage essentiel du dispositif de neutralisation des contradictions normatives. L'analyse du système institutionnel et des procédures décisionnelles que les administrations mettent en œuvre, au plan national et international, rend compte des mécanismes qui organisent la participation des acteurs privés à la justification et l'application des normes juridiques. Deux types d'approches, l'une sociologique et l'autre normativiste, rendent compte des deux fonctions que remplissent les procédures dans les systèmes juridico-politiques, c'est-à-dire la légitimation des décisions et la neutralisation des contradictions.

CHAPITRE 5 : LES MÉTHODES PROCÉDURALES DE NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DANS LA PRODUCTION ET L'APPLICATION NON CONTENTIEUSE DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

550. Le droit international de la bioéthique a généralement pour objectif « d'offrir un cadre universel de principes et de procédures pour guider les États » et « les actions des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des sociétés, publiques et privées »¹²²². La régulation des activités de santé nécessite de concilier plusieurs objectifs parfois contradictoires. La protection de la santé publique suppose de promouvoir la recherche scientifique afin de développer de nouvelles solutions thérapeutiques pour les malades et d'assurer la distribution optimale des produits et technologies sanitaires. Ces objectifs sont assurés par la commercialisation et la mise en place de systèmes, publics ou privés, d'assurances maladie. Néanmoins, les médicaments comme les technologies biomédicales sont des « poisons utiles »¹²²³ et leur utilisation comprend une part importante de risques et d'incertitudes¹²²⁴. Dans cette perspective, la protection des droits des personnes utilisatrices de ces produits et technologies par les procédures classiques d'action en responsabilité s'avère largement insuffisante. Protéger la santé publique suppose alors à la fois de créer un cadre réglementaire et éthique susceptible de guider les diverses pratiques médicales et de vérifier la qualité et la sécurité des produits de santé et des technologies médicales avant leur mise à disposition des malades sur le marché.

551. Les normes du droit de la bioéthique sont introduites dans un système juridique en mouvement et dont les normes existantes sont appliquées par des institutions spécialisées. Toute norme introduite dans un système juridique a vocation, du moins théorique, à produire des effets à l'intérieur de ce système. Compte tenu de la complexité

¹²²² Article 2 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

¹²²³ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2006, p.12

¹²²⁴ Dans un communiqué d'octobre 2002, l'OMS insiste sur les effets négatifs des médicaments : « *Par ailleurs, malgré une bonne réglementation et des mesures de sécurité, des réactions indésirables aux médicaments surviennent souvent même dans les pays les mieux réglementés. En 1998, ces effets négatifs ont été estimés constituer entre la quatrième et la sixième cause principale de décès aux États-Unis d'Amérique. En Europe, les réactions indésirables aux médicaments sont responsables d'hospitalisations dans une proportion pouvant aller jusqu'à 15 %. Il peut y avoir à cela plusieurs raisons : erreur de prescription, posologie inadéquate ou mauvaise qualité* ». cf. <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/pr81/fr/>

des systèmes juridiques contemporains, les normes du droit de la bioéthique chevauchent et parfois concurrencent l'application d'autres normes juridiques qui régulent certaines pratiques étatiques ou privées ayant trait aux biotechnologies. Enfin, ces normes concurrentes tendent également à protéger des valeurs et des intérêts qui sont parfois conflictuels. Pour éviter l'occurrence de tels conflits, des méthodes de neutralisation peuvent être employées lors de l'élaboration, de la production, de l'interprétation et de l'application de normes nouvelles au sein d'un système juridique.

552. Afin de concilier ces intérêts, ces objectifs et ces normes contradictoires et ainsi préserver la cohérence générale de leurs ordres juridiques, les États, comme certaines organisations internationales et régionales, ont intégré des organes innovants dans leurs structures institutionnelles. Ces institutions ont vocation à organiser, en situation d'incertitude, le recours par les autorités publiques à l'expertise éthique, scientifique et technique. Les comités d'éthique, nationaux et internationaux, encadrent le recours à l'expertise éthique et scientifique par les exécutifs nationaux ou les organes de certaines organisations internationales¹²²⁵. Les comités d'éthique clinique organisent le recours à cette expertise au sein des établissements publics ou privés de santé. En matière de contrôle des produits et technologies sanitaires, les États, puis certaines organisations régionales, ont choisi de se doter d'un « système public de contre-expertise »¹²²⁶ afin d'assurer le contrôle des produits et technologies de santé avant leur commercialisation. Les agences de sécurité sanitaire et les organismes qui assurent la normalisation technique internationale, qui concernent à la fois les produits de santé et les produits alimentaires, constituent de telles innovations institutionnelles. L'analyse du fonctionnement de ces administrations qui assurent la légitimation ou l'effectivité des législations nationales et communautaires, et, en particulier, l'étude des procédures décisionnelles qu'elles mettent en œuvre, révèle l'imbrication de leurs fonctions de légitimation des décisions publiques et de neutralisation des contradictions normatives.

¹²²⁵ Sophie Monnier précise notamment que « les comités correspondent à la situation d'expertise puisqu'ils traitent de questions problématiques en ayant recours à des savoirs spécialisés. Ils sont a priori composés d'experts puisque les membres sont choisis en fonction de leur compétence, en tant que médecin, juriste, sociologue, théologien ».... Toutefois, celle-ci remarque également une certaine ambiguïté dans la position exigée des experts, à la fois « savants » et « sages » : « L'aptitude à prendre position en matière éthique caractérise le "sage" et non l'expert alors même qu'ils exercent des fonctions analogues : éclairer, informer, conseiller et qu'ils présentent des caractéristiques similaires telles que l'indépendance. Ce qui les distingue, c'est le champ d'exercice de leurs compétences, dans un cas il s'agit de traiter, d'analyser des données objectives, dans l'autre de traiter des conflits de valeurs, des problèmes éthiques. Dans cette hypothèse, l'expert n'est plus expert mais "sage". L'expert, à la différence du "sage" exerce une compétence exclusivement technique ou scientifique. Confondre la personne du "sage" avec celle de l'expert serait confondre la science et l'éthique. (...) Les membres des comités sont donc amenés à dépasser leur qualité d'expert pour se prononcer en "sage", c'est-à-dire à prendre position à titre personnel et en toute indépendance ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.177 et s.

¹²²⁶ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit. pp.20 et s.

553. La neutralisation d'éventuels futurs conflits peut s'opérer a priori, avant que ceux-ci ne surviennent devant une instance judiciaire ou juridictionnelle. Les méthodes relatives à ce type de neutralisation interviennent généralement en amont de la production de normes nouvelles, ou entre deux cycles législatifs ou deux périodes de révisions. Elles peuvent également opérer après la production de normes nouvelles, mais en dehors de tout contentieux et devant des instances non juridictionnelles. Elles consistent en l'application de règles procédurales qui organisent la décision publique en situation d'incertitude et le recours à l'expertise éthique, scientifique et technique par les organes de l'État ou des organisations internationales à des fins de légitimation. Ces méthodes procédurales de neutralisation peuvent opérer directement sur les contenus des normes, par l'élaboration des termes des énoncés normatifs de la bioéthique avant leur consécration en tant que normes juridiques ou par l'évaluation et la révision de ces derniers. Elles peuvent également intervenir de manière indirecte au cours de la phase d'interprétation et/ou d'application non contentieuse des normes juridiques après leur consécration. Deux types d'approches, l'une sociologique et l'autre normativiste, peuvent être mobilisées afin d'analyser ces mécanismes.

Section 1 : Les instances de la neutralisation des contradictions normatives du droit international de la bioéthique

554. La régulation des pratiques médicales échappe traditionnellement au domaine du droit. Le droit de la bioéthique est une construction récente et la régulation des pratiques médicales s'est longtemps organisée autour des ordres professionnels. En effet, c'est à la suite de plusieurs scandales impliquant des médecins et des chercheurs au début du XXe siècle que les premiers éléments de régulations ont été élaborés¹²²⁷. La régulation de ces

¹²²⁷ Jean Pierre Baud constate : « le XXe siècle a été marqué par quelques grands procès médicaux et, bien que le procès de Nuremberg l'ait emporté dans la dramatisation, l'importance des enjeux n'a cessé de croître : des affaires moins médiatisées de la fin du siècle, dont certaines ne sont pas terminées, mettent en jeu, plus encore que les abominations de la "science nazie", les fondements de notre civilisation. Pour montrer comment nous en sommes arrivés là, il convient de faire percevoir un itinéraire qui, du Moyen Âge à nos jours, montre la montée en puissance du pouvoir médical jusqu'au point où, la société occidentale réalisant avec horreur la possibilité du cataclysme de civilisation, tenta de conjurer son angoisse en devenant intarissable au sujet d'une bioéthique qui signifiait tout en ne voulant rien dire. On peut considérer que les procès médicaux du XXe siècle n'ont pas cessé de poser la question de la définition de l'être humain ». BAUD (J.-P.), « Le pouvoir médical et le statut juridique du corps humain disloqué : les procès médicaux », *JIB*, vol. 12, n° 2, juin 2001, pp.17-22 ; Sophie Monnier précise : « Il est topique que l'encadrement des pratiques médicales réponde à la découverte de scandales. L'apparition des comités d'éthique de la recherche aux États-Unis se situe dans cette perspective dans la mesure où leur création résulte de la découverte d'une série d'expérimentations abusives largement exploitées par les médias. La nécessité d'adopter rapidement des règles face à une situation potentiellement dangereuse et ressentie comme telle par l'opinion publique, s'intensifie avec le développement du progrès technique et, elle se révèle

activités par la loi a pris naissance en Allemagne et aux États-Unis dans le courant des années 1930¹²²⁸. Cependant, les ordres professionnels ont également élaboré des corps de règles capables de guider leurs actions¹²²⁹. L'élaboration des codes de déontologie professionnelle, l'internationalisation et l'institutionnalisation des ordres professionnels ont participé à l'émergence d'une réflexion collective et à la formulation d'un ensemble de principes et de règles destinés aux praticiens¹²³⁰. Ce que certains considèrent comme l'acte de naissance du droit de la bioéthique intervient à l'issue de la Seconde Guerre mondiale¹²³¹. Après la découverte des atrocités commises par les médecins et scientifiques agissant pour le compte du régime nazi, le tribunal militaire américain établi pour les juger a dû déterminer un cadre normatif, un ensemble de principes juridiques, à l'aune desquels ce tribunal a jugé leurs actions¹²³². Le Code de Nuremberg¹²³³ rassemble dix principes fondamentaux relatifs à l'exercice de la médecine et de l'expérimentation médicale sur la personne humaine, constitue le premier instrument normatif du droit international de la bioéthique¹²³⁴. Les dispositifs parajuridiques ont longtemps suffi à la régulation des

particulièrement pressante dans le domaine biomédical où la réglementation tend à s'adapter ponctuellement au progrès scientifique ». MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.60

¹²²⁸ Id., pp.59 et s. Sophie Monnier précise que « L'Allemagne a édicté les premières directives gouvernementales réglementant l'expérimentation sur l'être humain en 1931 ». Pourtant, le gouvernement allemand avait déjà réglementé par décret dès l'année 1900. « Par décret du 29 décembre 1900, le ministère prussien interdit les expérimentations sur les mineurs et les personnes incapables et requiert l'obtention du consentement du sujet de recherche après une information convenable avant toute expérimentation ». ; Voy. ég. SCHLAUDRAFF (U.), « Ethics committees in Germany », *Bulletin of Medical Ethics*, Août 1992, p.40

¹²²⁹ Déclaration d'Helsinki adoptée par la 18e Assemblée médicale mondiale, Helsinki, Finlande, juin 1964, amendée par la 29e assemblée médicale mondiale de Tokyo en octobre 1975, la 35e assemblée d'octobre 1983 de Venise, la 41e assemblée de septembre 1989 de Honk-Kong. ; Déclaration de Manille de 1981, adoptée conjointement par l'Organisation mondiale de la santé et du Conseil des organisations internationales des sciences médicales ; cf. MATHIEU (B.) et LENOIR (N.), *Le droit international de la bioéthique*, PUF, Paris, p86 et s.

¹²³⁰ LECA (A.), *La déontologie médicale – Actes du Vème Colloque national Droit, histoire, médecine*, Aix en Provence, 1^{er} et 2 décembre 2006 ; HOTTOIS (G.) et MISSA (J. N.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie*, De Boeck Université, Bruxelles, 2001, p.262 et s.

¹²³¹ DUPRAT (J.P.) s.d., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2002, p.15 ; DURAND DE BOUSINGEN (D.) et ROGERS (A.), *Une bioéthique pour l'Europe*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, pp.74 et s. ;

¹²³² LEPICARD (E.), « Procès de médecins et codification éthique. Une lecture comparée des richtligen de 1931 et du Code de Nuremberg de 1947 », *JIB*, vol.12, n° 2, pp.41-47, spé. 41-44 Voy. eg ; TERNON (Y.), « Le procès des médecins. Actualisation », *Revue d'histoire de la Shoah*, n° 160, mai-août 1997, p.16 ; KANOVITCH (B.), « Les expérimentations médicales dans les camps nazis », in *Revue d'histoire de la Shoah*, n° 160, mai-août 1997, p.88 et s.

¹²³³ À propos du procès des médecins nazis à Nuremberg : ANNAS (G.J.) et GRODIN (M.A.), *The nazi doctors and the Nuremberg Code : human rights in human experimentation*, Oxford University Press, 1995, 371p. ; Voy. ég. LEPICARD (E.), BONAHE (C.), ROELCKLE (V.), *La médecine expérimentale au tribunal : implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*, Broché, 2003, 473p et LEPICARD (E.), « Procès de médecins et codification éthique. Une lecture comparée des richtligen de 1931 et du Code de Nuremberg », *JIB*, vol.12, n° 2, 2001, p.41

¹²³⁴ LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, op. cit., p.19 ; voy. ég. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.58-76

activités médicales¹²³⁵. Dans ce cadre, la régulation par le droit n'intervenait qu'a posteriori, les dispositifs juridiques consistant le plus souvent dans des régimes de responsabilité délictuelle.

555. Le développement récent des biotechnologies dans le contexte d'une mondialisation économique qui les rend directement accessibles, renouvelle tant la question du traitement de la personne humaine pendant une recherche biomédicale ou lors de l'utilisation d'une biotechnologie que celle des risques sanitaires, environnementaux ou sociétaux, que le développement sans entrave de ces activités pourrait représenter pour les collectivités humaines. La dangerosité et les incertitudes inhérentes à la prescription et la consommation de produit de santé ou l'utilisation de technologies médicales¹²³⁶ rendent nécessaire une forte intervention des autorités publiques¹²³⁷. Assurer la qualité et la sécurité de ces produits et technologies tout en maintenant une flexibilité suffisante pour ne pas priver les malades de nouvelles solutions thérapeutiques est devenu un enjeu primordial pour les États non seulement vis-à-vis de la protection des droits des personnes¹²³⁸, mais également d'un point de vue économique, dans le but de protéger les intérêts des industries pharmaceutiques, et social, dans le but de garantir la viabilité de leurs systèmes d'assurance maladie. À ce titre, l'élaboration d'un cadre normatif cohérent à l'aune duquel encadrer ces pratiques est apparue nécessaire. L'outil juridique a semblé le plus pertinent pour garantir l'efficacité de ces règles¹²³⁹.

556. Cette élaboration s'est avérée redoutablement difficile compte tenu des multiples contradictions, éthiques et pratiques, existant dans le contexte des sociétés démocratiques respectueuses du pluralisme et dans des domaines où un degré important d'incertitude affecte les effets de la décision et l'action publique¹²⁴⁰. Si nous avons pu

¹²³⁵ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.78-102 ; MATHIEU (B.) et LENOIR (N.), *Le droit international de la bioéthique*, op. cit., p86 et s.

¹²³⁶ L'OMS rapporte que les médicaments sont responsables de 15% des hospitalisations dans certains pays européens et constitue entre la troisième et la sixième cause de mortalité aux États-Unis.

www.who.int/mediacentre/releases/pr81/fr/ ; voy. ég. HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.12

¹²³⁷ Cette nécessité résulte selon Boris Hauray de « l'incapacité des consommateurs et des prescripteurs à juger eux-mêmes des caractéristiques des traitements et par l'existence de systèmes d'assurance maladies ». HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.13

¹²³⁸ L'État doit protéger les droits fondamentaux des médecins prescripteurs ou chercheurs, des pharmaciens, des consommateurs de produits ou technologies de santé, des participants à une recherche. Compte tenu de l'évolution des techniques, l'expérimentation et la pratique médicales ne portent désormais plus seulement sur la personne vivante ou le cadavre, mais également sur l'être humain à des stades antérieurs de son développement, notamment aux stades embryonnaires.

¹²³⁹ MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, op. cit., p.14 et s. ; MATHIEU (B.), « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.) *Les lois « bioéthiques » à l'épreuve des faits*, PUF, 1999, pp.22 et s

¹²⁴⁰ CALLON (M.) LASCUMES (P.) et BARTHE (Y.), *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Seuil, Paris, 2001, 358p.

constater que ces contradictions donnaient naissance à des conflits de droits fondamentaux et de normes juridiques, la résolution de telles contradictions intervient devant les organes juridictionnels des États ou des organisations internationales. Cependant, les autorités publiques ont mis en place des mécanismes de prévention de tels conflits et de neutralisation de telles contradictions. Ceux-ci consistent en des normes procédurales qui guident la délibération, la décision et l'action publique et son évaluation en matière de régulation des produits et technologies de santé. La mise en œuvre de ces procédures est assurée par des organes institutionnels spécifiques qui remplissent une fonction d'expertise dans l'élaboration, l'évaluation, la révision, l'application et l'interprétation des normes juridiques. L'institutionnalisation de comités d'éthique internationaux, nationaux et de comités d'éthique clinique et de recherche, d'autorités administratives indépendantes ou encore, plus généralement, de comités spécialisés qui produisent, indépendamment de tout contentieux, des interprétations neutralisantes du contenu des règles d'un système juridique, tend à répondre à ces difficultés.

§1. Les comités d'éthique : institutions polymorphes de préparation et d'évaluation des contenus normatifs du droit de la bioéthique

557. L'apparition des comités d'éthique relève d'un mouvement en deux étapes. Dans un premier temps, ces comités apparaissent à l'initiative des médecins et professionnels de la recherche qui, confrontés aux problèmes éthiques dans leur pratique quotidienne, ont ressenti le besoin d'organiser des forums collégiaux et pluridisciplinaires afin de prendre des décisions dans les cas médicaux les plus difficiles. Dans un second temps, et en réaction à plusieurs scandales sanitaires¹²⁴¹, les pouvoirs publics ont officialisé

¹²⁴¹ En France, on pense notamment aux scandales du Distilbène (1971), du Talc Morhange (1972), à celui de l'hormone de croissance (1988), l'affaire du sang contaminé (1991), ou encore l'affaire de l'Isoméride (1995) qui impliquait le laboratoire Servier. Pour une analyse de la relation entre la survenance des différents scandales sanitaires en Europe et l'évolution du droit de la responsabilité en matière de médicaments : voy. : Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, *La dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Colloque organisé le 3 mars 1994, Palais du Luxembourg, Paris, Éd. John Libbey Eurotext, 1996, Montrouge/Londres/Rome, 148p., pp.71-85 Session 3 du Colloque ; à propos de l'affaire du sang contaminé : HERMITTE (M. A.), *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, éd. du Seuil, 1996, 477 p ; L'histoire des scandales sanitaires dépasse largement la seule problématique des produits et pratiques médicaux et s'étend également à la protection des consommateurs : À propos de la crise de l'amiante : FOOTER (M.), ZIA-ZARIFI (S.), Note intitulée « European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products », *Melbourne Journal of International Law*, disponible sur le site <http://www.austlii.com/au/journals/MelbJIL/2002/5.html> ; MALJEAN-DUBOIS (S.), « La conformité aux textes de l'OMC de l'interdiction de l'amiante par la France », *LPA* du 30 avril 2002, n° 86, pp. 6 et ss. ; à propos de la crise de la vache folle : DE GROVE-VALDEYRON (N.), « Libre circulation et protection de la santé publique : la crise de "la vache folle" », *RMCUE*, 1996, n° 403, pp. 749-767 ; BORIACHON (S.), TAMBURINI-BONNEFOY (C.), « OMC et viande aux hormones : un exemple de désaccord entre la

l'existence des comités d'éthique clinique et de la recherche¹²⁴². Ils ont, en outre, créé des comités nationaux d'éthique afin de guider leur activité normative et d'opérer une surveillance sur les activités médicales et expérimentales. Les comités d'éthique sont des institutions originales dont la fonction spécifique consiste à préparer et évaluer le cadre normatif du droit de la bioéthique. Les comités d'éthique internationaux et nationaux constituent des enceintes de discussion où sont élaborés, selon une procédure particulière, les éléments substantiels du droit de la bioéthique. Les comités hospitaliers et de recherche vérifient la conformité des procédures et protocoles de diagnostic, de soin et de recherche aux principes du droit de la bioéthique et actualisent leur application sur le terrain en fonction des difficultés rencontrées par les praticiens. Ces comités produisent, en outre, des interprétations des normes substantielles et procédurales du droit de la bioéthique et fournissent une expertise pour les décideurs publics et privés.

A. L'institutionnalisation des comités d'éthique : des organes originaux et polymorphes

558. Apparaissant d'abord aux États-Unis dès le début des années soixante, les comités d'éthique s'exportent en Europe¹²⁴³ dans la plupart des démocraties¹²⁴⁴. La Déclaration d'Helsinki de 1975, adoptée par l'Association Médicale Mondiale, précise que les protocoles de recherche doivent être soumis « *pour avis et conseil, à un comité indépendant désigné spécialement à cet effet* »¹²⁴⁵. La nécessité d'instaurer un contrôle et

Communauté européenne, les États-Unis et le Canada », *Gazette du Palais* du 21 mai 1998, pp. 652-655. À propos de l'affaire de la dioxine : DE GROVE-VALDEYRON (N.), « La protection de la santé et de la sécurité du consommateur à l'épreuve de l'affaire de la dioxine », *RMCUE*, 1999, n°433, pp.700-707

¹²⁴² Débuté aux États-Unis, ce mouvement s'est étendu à l'ensemble des démocraties occidentales. Aux États-Unis l'officialisation de l'existence des comités d'éthique de la recherche s'effectue par la loi en 1974, tandis que la reconnaissance des comités d'éthique clinique intervient par le biais de la jurisprudence Quilan. « *Dans cette affaire, une instance judiciaire a, pour la première fois, requis une prise de position d'un comité d'éthique dans un domaine jusque-là réservé aux médecins et aux patients. La fonction du comité consistait à confirmer le pronostic c'est-à-dire l'état comateux de Karen Ann Quinlan* ». cf. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.143 ; Sur l'affaire Quinlan, cf. BARON (H.C.), *Droit constitutionnel et bioéthique, l'expérience américaine*, Éd. PUAM – Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1997, p.102 et s.

¹²⁴³ BERGKAMP (L.), « The rise of research ethics committees in western Europe : some concomitant problems », *Bioethics*, vol.3, n°2, 1989, pp.122 et s.

¹²⁴⁴ Comme le note Sophie Monnier, aux États-Unis, « *les découvertes successives d'expérimentations conduites en violation des principes éthiques énoncés dans le Code de Nuremberg et dans la Déclaration d'Helsinki, ont souligné la nécessité d'instituer un contrôle indépendant sur les recherches médicales. Les mesures prises spontanément afin de contrôler les protocoles de recherches, se sont révélées insuffisantes, d'autres scandales ont surgi qui ont déterminé l'intervention du législateur fédéral* ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.135

¹²⁴⁵ LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, op. cit., p.86. Depuis sa dernière révision, la Déclaration d'Helsinki précise la nature des informations à fournir à ces comités, notamment les informations relatives aux financements, aux promoteurs de la recherche et aux conflits d'intérêts pouvant exister vis-à-vis des liens éventuels qu'ils peuvent entretenir avec les institutions. voy.

une évaluation collective des protocoles de recherche et de soin avait été ressentie dans le milieu hospitalier et celui de la recherche après « *la dénonciation d'abus répétés* »¹²⁴⁶. Certains établissements de santé ont institué, dès les années 1960, « *des groupes multidisciplinaires (...) chargés d'étudier au cas par cas, des situations individuelles nécessitant d'effectuer un choix moral* »¹²⁴⁷, notamment dans les domaines de l'expérimentation sur l'être humain. À ce titre, les comités d'éthique clinique ou de recherche constituent des tentatives « *d'autorégulation* »¹²⁴⁸ par les milieux scientifiques et médicaux de leurs activités. En Grande Bretagne, les comités d'éthique se sont constitués en premier lieu à l'initiative des ordres professionnels en matière de recherche ; l'apparition des comités d'éthique clinique étant plus tardive¹²⁴⁹. En France¹²⁵⁰ et au Canada¹²⁵¹, « *l'implantation des comités est l'œuvre d'initiatives ponctuelles, et indépendantes des instances représentatives de la corporation médicale* »¹²⁵². En Allemagne, au contraire des expériences rencontrées dans d'autres pays, les médecins sont réticents à établir des comités d'éthique de la recherche¹²⁵³. Après avoir recommandé leur création en 1979, la Convention médicale fédérale rend déontologiquement obligatoire, en 1988, la consultation d'un comité institué auprès des conseils médicaux ou des facultés de médecine¹²⁵⁴.

BYK (C.), « La déclaration d'Helsinki révisée : Un nouveau contexte, de nouveaux défis pour la recherche biomédicale », *JIB*, vol.15, n° 1, 2004, pp.15-30, spé. pp.17 et s.

¹²⁴⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.136

¹²⁴⁷ *Id.*

¹²⁴⁸ MEMETEAU (G.), « Les règles éthiques : qui les dit ? Pourquoi et comment ? », *RIDC*, vol.14, 1992, pp.334 et s.

¹²⁴⁹ À propos de l'apparition des comités d'éthique en Grande Bretagne : GILLON (R.), « Clinical ethics committee – pros and cons », *Journal of Medical Ethics*, vol.23, n° 4, 1997, p.203 ;

¹²⁵⁰ LANGLOIS (A.), « L'incidence de la loi Huriet-Sérusclat sur la composition et l'activité des comités d'éthique », in s.d. DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses Universitaires de Namur, 1997, Namur, pp.93 et s. ; FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives*, CRJO, Université Rennes 1-CNRS, oct.1998, pp.10 et s.

¹²⁵¹ À propos de l'apparition des comités d'éthique au Canada, PARIZEAU (M.H.), « Les comités d'éthique au Canada et au Québec : des instances de régulation sociale ? » In DELFOSSE (M.L.) s.d., *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses Universitaires de Namur, 1997, Namur, pp.109 et s. ; PARIZEAU (M.H.), « Un aperçu de la situation des comités d'éthique au Québec », in s.d. MOULIN (M.), *Contrôler la science ? La question des comités d'éthique*, Bruxelles, DeBoeck Université, coll. Sciences-éthiques-société, 1990, p.39 ; FORTIN (J.), « Les comités d'éthique, Expérience québécoise », in *ibid.* pp.127 et s.

¹²⁵² MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.149 ;

¹²⁵³ BYK (C.) et MEMETEAU (G.), *Le droit des comités d'éthique*, Paris, Éd. ESKA – Alexandre Lacassagne, coll. Médecine et droit, 1996, p.250

¹²⁵⁴ SCHLAUDRAFF (U.), « Ethics committees in Germany », *Bull. Med. Eth.*, Août 1992, p.40 ; SAAS (H.-M.), « Bue-ribbon commissions and political ethics in the federal republic of Germany », *The journal of medicine and philosophy*, vol.14, 1989, p.465 ; Un problème spécifique s'est posé en Allemagne. En effet, « *en ne reconnaissant compétents que les comités des conseils médicaux et des facultés de médecine et en imposant le recours à ces seuls comités, la réglementation professionnelle a déclenché une concurrence entre les comités créés par des collectivités de droit public : Universités et Chambre des médecins, et les comités privés ou comités dits libres. Ces derniers condamnés à disparaître ont contesté en justice le monopole établi par la profession* ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.149 ; Sur

559. Certaines initiatives ont favorisé, voire ont rendu nécessaire, la formation de comités d'éthique de la recherche. La régulation de la recherche scientifique par la communauté scientifique elle-même constitue une telle initiative. En effet, les revues scientifiques anglo-saxonnes instituent, dès 1960, des comités de publication qui évaluent le caractère éthique des recherches menées par des scientifiques qui souhaiteraient publier les résultats¹²⁵⁵. Par la suite, ces revues ont conditionné la publication de résultat à l'approbation du protocole de recherche par un comité d'éthique indépendant. Ainsi en Allemagne, « *c'est par nécessité que la profession s'est engagée à promouvoir la création de comités en raison de la censure américaine exercée à l'égard des publications de recherches non approuvées par un comité d'éthique* »¹²⁵⁶. Néanmoins, l'autorégulation par le système de la publication des recherches n'intervient qu'*a posteriori* et n'est pas capable d'empêcher la réalisation de recherches contraires aux règles éthiques¹²⁵⁷.

560. Ces comités d'éthique clinique, hospitaliers¹²⁵⁸, de recherche ou de publication, sont souvent issus d'initiatives individuelles ou locales, dès lors « *la grande hétérogénéité de ces instances tant du point de vue de leur composition*¹²⁵⁹, *que de leur compétence, que de leur ressort géographique* » offrait « *des garanties inégales et imparfaites quant au contrôle des protocoles de recherches* »¹²⁶⁰. Des doutes, portant sur leur légitimité et leur capacité de contrôle sur l'activité médicale et scientifique, ont conduit les pouvoirs publics à réglementer leur activité. Cette régulation par les pouvoirs publics intervint en deux temps, par la reconnaissance des comités d'éthique de la recherche puis par la création de Conseils nationaux et internationaux d'éthique. Les pouvoirs publics sont intervenus « *pour harmoniser la composition et la compétence des comités locaux de recherche (...), de manière plus ou moins contraignante selon les pays, en fonction du degré de compromis*

cette question spécifique : Cf. GRAF (H.-P.) et COLE (D.), « Ethics-committees authorization in Germany », *Journal of Medical Ethics*, vol.21, n° 4, 1995, p.229

¹²⁵⁵ LUNA (F.), « What should be publish ? The case of unethical research », *JIB*, vol.10, n° 1-2, 1999, p.119

¹²⁵⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.148

¹²⁵⁷ Certains auteurs dénoncent une certaine hypocrisie, de ce système de censure, dans la mesure où certaines recherches publiées utilisent des données résultant des expérimentations nazies, particulièrement celles sur l'hypothermie. Pour Sophie Monnier : « *Ce dédouanement a posteriori participe cependant d'une certaine hypocrisie, hypocrisie qui entoure d'ailleurs l'utilisation des expériences nazies depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale puisque nombre de scientifiques ont été récupérés par l'armée et le gouvernement américain dans le cadre de l'opération paperclip* ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.140, Cf. TERNON (J.), « Le procès des médecins – Actualisation », *Revue d'histoire de la Shoah*, mai-août 1997, n°160, p.10

¹²⁵⁸ ENGLERT (Y.), « L'institutionnalisation des comités d'éthique locaux hospitaliers », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op.cit., pp.77-82

¹²⁵⁹ Diverses études démontrent la grande diversité des comités au sein d'un même pays. Le nombre de leurs membres varie fortement, certains sont exclusivement composés de scientifiques et de médecins, d'autres accueillent également en leur sein des juristes ou des représentants du clergé. cf. BERKAMP (L.), « The rise of research ethics committees in western europe : some concomitant problems », op. cit., p.122

¹²⁶⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.151-152

entre l'autorégulation professionnelle et l'intervention de la puissance publique »¹²⁶¹. Le terme « comité d'éthique » s'attache en fait à décrire plusieurs sortes d'institutions et de réalités. Pourtant, ces nouveaux « gardiens »¹²⁶² ou « cléricatures »¹²⁶³ des corps présentent des caractéristiques communes¹²⁶⁴. Le terme « comités d'éthique » rassemble sous un même vocable un amalgame d'instances qui présentent des similarités tant vis-à-vis de la mission qu'elles assurent que vis-à-vis de leurs compositions. Toutefois, leur nature juridique est très hétérogène et leur statut « atypique »¹²⁶⁵.

1. La composition des comités d'éthique

561. La doctrine considère que trois principes communs fondamentaux gouvernent la composition des comités d'éthique¹²⁶⁶. Les principes de pluridisciplinarité, de pluralisme et d'indépendance assurent la légitimité des comités d'éthique. L'article 19 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme encourage la formation de tels comités : « *Des comités d'éthique indépendants, pluridisciplinaires et pluralistes devraient être mis en place, encouragés et soutenus* »¹²⁶⁷. En effet, le respect de ces trois principes tend à garantir la « capacité [des comités d'éthique] à contrebalancer les intérêts de la recherche scientifique en étant le terrain de l'expression et de la confrontation d'intérêts et d'opinions contradictoires »¹²⁶⁸.

562. Le principe de pluridisciplinarité concerne la représentation, au sein des comités d'éthique, des diverses compétences et professions qui participent à l'activité scientifique

¹²⁶¹ Id. p.152

¹²⁶² MEMMI (D.), *Les gardiens du corps, Dix ans de magistère bioéthique*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1996, 254p.

¹²⁶³ BYK (C.), « Les nouvelles cléricatures et le corps », Communication lors des 1ères rencontres internationales, s.d. DEMICHEL (A.), Saint-Denis, 2001, Université Louis Pasteur, Strasbourg, 2001, conférence disponible en ligne sur le site : <http://www.canalc2.tv/video.asp?idvideo=716>

¹²⁶⁴ Sophie Monnier remarque : « le recours à une même qualification laisse supposer qu'au-delà de leur hétérogénéité, elles présentent des caractéristiques communes. Dès lors il faut dégager les critères qui permettent d'identifier et de définir les comités d'éthique pour déterminer si l'amalgame de ces différents organismes est légitime et cohérent ou au contraire artificiel et arbitraire ». In MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op.cit., p.158

¹²⁶⁵ Id. p.158-159 et pp.192-210

¹²⁶⁶ BYK (C.) et MEMETEAU (G.), *Le droit des comités d'éthique*, op. cit. p.140 et s. ; MATHIEU (B.) et LENOIR (N.), *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, PUF, Que Sais-Je ?, 1998 ; LE BRIS (S.), *Les instances nationales d'éthique*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1993, pp.10 et s. ; GUILLOD (O.), « Les comités nationaux d'éthique », in *Bioéthique : de l'éthique au droit, du droit à l'éthique*, Zürich, Institut suisse de droit comparé, 1997, p.257 (290p.) ; BERRISCH (F.), « Les règles de composition des comités d'éthique aux États-Unis, au Danemark et en Belgique », in DELFOSSE (M.L.) s.d., *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses Universitaires de Namur, 1997, Namur, pp.143-154 ; SOKAL (G.), « La composition des comités d'éthique : un peu d'histoire et quelques réflexions », in *ibid*, p.155-160

¹²⁶⁷ Article 19 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*.

¹²⁶⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.160

ou médicale au sein d'un établissement de santé ou au sein de la société¹²⁶⁹. Le principe de pluralisme assure la représentation des différents courants philosophiques, moraux, religieux ou éthiques. Le principe d'indépendance des comités est primordial puisqu'il a vocation à éviter toute forme de contrôle émanant d'un pouvoir politique, scientifique, médical ou économique. Ces trois principes sont cumulatifs et interdépendants dans la mesure où « *l'indépendance est garantie par la pluridisciplinarité et le pluralisme, symboles de l'équilibre des intérêts à représenter et de la présence de contrepoids* »¹²⁷⁰.

563. Toutefois, de nombreuses critiques dénoncent certains conflits d'intérêts susceptibles de lier les membres de ces instances et certains acteurs industriels. En outre, la représentation des patients, des usagers des services de santé et des citoyens contribuables qui financent en partie ces activités n'est pas requise par les instruments du droit de la bioéthique et est rarement réalisée. Cet état de fait a conduit certains observateurs à considérer que les comités d'éthique constituaient des instances élitistes¹²⁷¹, ou dépourvues de caractère démocratique. Enfin, concernant les membres des comités d'éthique clinique, aucune mesure spécifique n'assure la protection de l'emploi des personnels soignants qui sont membres du comité d'éthique de leur établissement¹²⁷².

564. Ces trois exigences ne sont pas toujours requises par les instruments normatifs. On peut constater que « *les fondements textuels mettent (...) en lumière le déséquilibre existant entre les exigences formelles de pluridisciplinarité, de pluralisme et d'indépendance, tant au sein des comités d'éthique clinique, que des comités d'éthique de la recherche, que des comités nationaux et internationaux* »¹²⁷³. L'existence des comités d'éthique clinique, créés à l'initiative des professionnels, n'est pas consacrée par la loi. Ainsi, leur composition ne fait pas l'objet de règles particulières et se révèle en réalité très hétérogène¹²⁷⁴. La situation est différente pour les comités d'éthique de la recherche. En

¹²⁶⁹ SOKAL (G.), « La composition des comités d'éthique : un peu d'histoire et quelques réflexions », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.155-160

¹²⁷⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.161

¹²⁷¹ Id.

¹²⁷² En France, les représentants du personnel, qui disposent d'une protection particulière par le droit du travail, sont souvent désignés pour siéger au sein du comité d'éthique de l'établissement dans lequel ils travaillent. Voy. HASARD (D.), « La participation du personnel infirmier aux comités d'éthique », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit. pp.175-178

¹²⁷³ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.161

¹²⁷⁴ Les études sur le sujet semblent indiquer que, si l'exigence de pluridisciplinarité est souvent assurée, les exigences de pluralisme et d'indépendance font parfois défaut. En effet, la représentation des opinions et des courants philosophiques et religieux est souvent limitée. En effet, lorsqu'elle est assurée, le nombre de ces représentants est souvent limité à un. cf. PARIZEAU (M.H.), « Les comités d'éthique au Canada et au Québec : des instances de régulation sociale ? » in DELFOSSE (M.L.) s.d., *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses Universitaires de Namur, 1997, Namur, pp.109 et s. ; PARIZEAU (M.H.), « Un aperçu de la situation des comités d'éthique au Québec », in s.d. MOULIN (M.), *Contrôler la science ? La question des comités d'éthique*, Bruxelles, DeBoeck Université, coll. Sciences-éthiques-société, 1990, p.39 (250p.) ;

effet, ceux-ci font l'objet de réglementations juridiques tant aux États unis¹²⁷⁵, en France¹²⁷⁶, au Canada, au Danemark¹²⁷⁷, en Belgique¹²⁷⁸, en Allemagne¹²⁷⁹ qu'en Grande Bretagne¹²⁸⁰, et toutes prévoient les exigences de pluridisciplinarité, de pluralisme et d'indépendance. Au niveau européen, une directive du 26 février 2001 relative aux essais cliniques définit les comités d'éthique et se réfère explicitement aux principes de pluridisciplinarité et d'indépendance¹²⁸¹. Néanmoins, les situations de ces comités restent très contrastées d'un État à l'autre et, au sein d'un même État, d'un établissement à l'autre. Ceci apparaît comme la contrepartie de la flexibilité des règles éthiques. En ce qui concerne les comités nationaux, les règles relatives à leur composition varient en fonction des États, mais tendent à mettre en œuvre les mêmes principes¹²⁸². Enfin, les États ont souhaité inscrire au sein du Statut du comité international de bioéthique, les principes de pluralisme, de pluridisciplinarité et d'indépendance¹²⁸³. Outre les règles qui déterminent leur composition, c'est le statut atypique de ces instances qui soulèvent de nombreuses questions.

2. Le statut atypique et pluriel des comités d'éthique

565. Afin d'intégrer la diversité de ces instances hétérogènes sous la qualification de « *comité d'éthique* », une partie de la doctrine a développé une définition large. Un comité

FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives*, op. cit., p.13 et s. ; MATHIEU (B.), « Les comités d'éthique hospitaliers. Étude sur un objet juridiquement non identifié », *RDSS*, 2000-1, p.73-86

¹²⁷⁵ BERRISCH (F.), « Les règles de composition des comités d'éthique aux États-Unis, au Danemark et en Belgique », in *Les comités de la recherche biomédicale*, s.d. DELFOSSE (M.-L.), op. cit., p.143 et s.

¹²⁷⁶ L'article L. 1123-1 du *Code de la Santé Publique*

¹²⁷⁷ La loi du 28 mai 2003 : *Act on the biomedical research ethics committee system*, entré en vigueur le 1^{er} juin 2003

¹²⁷⁸ Arrêté Royal du 12 août 1994 et la Loi du 7 mai 2004 relatifs aux expérimentations sur la personne humaine

¹²⁷⁹ Législation fédérale du 30 juillet 2004 ; cf. BERRISCH (F.), « Les règles de composition des comités d'éthique aux États-Unis, au Danemark et en Belgique », in s.d. DELFOSSE (M. L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., p.143

¹²⁸⁰ The Medicines for Human Use (clinical trials) Regulations 2004. cf. *Id.*

¹²⁸¹ Directive 2001/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite des essais cliniques de médicament à usage humain*, JOCE 1^{er} mai 2001, L.121/34. L'Article 2 k) de la directive définit un « *comité d'éthique* » : *un organe indépendant, dans un État membre, composé de professionnels de la santé et de membres non-médecins, chargé de préserver les droits, la sécurité et le bien-être des participants à un essai et de rassurer le public à ce sujet, notamment en formulant des avis sur le protocole d'essai, l'aptitude des investigateurs et l'adéquation des installations, ainsi que sur les méthodes et les documents à utiliser pour informer les participants aux essais en vue d'obtenir leur consentement éclairé* ».

¹²⁸² En France, les règles relatives à la composition du CCNE découlent de l'article 4 du Décret n° 83-132 du 23 février 1983 *portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, JO du 25 février 1983.

¹²⁸³ Article 3 1) et 2) des *Statuts du Comité International de Bioéthique* de l'UNESCO

d'éthique est « *une institution, chargée par une autorité publique ou privée, de se prononcer sur les aspects moraux et accessoirement sur la rigueur scientifique, d'une politique, d'une recherche ou d'un projet de recherche, biomédical, individuel ou collectif, d'une intervention biomédicale sans visée expérimentale* »¹²⁸⁴. D'autres auteurs adoptent une définition organique et fonctionnelle qui conçoit la spécificité des comités d'éthique par rapport à leur « *mode de composition* » et à leur fonction de « *médiateurs de la société civile* »¹²⁸⁵. Le statut et la nature juridique des comités d'éthique sont encore largement débattus au sein de la communauté des juristes. Leur nature est, dans les faits, très diversifiée dans la mesure où leur statut dépend de la volonté de leur créateur et des institutions auxquelles ces comités sont rattachés. Ainsi, les comités d'éthique peuvent aussi bien revêtir un caractère public que privé.

566. Les comités d'éthique clinique ou hospitaliers ne font pas l'objet d'un encadrement légal et peuvent prendre plusieurs formes juridiques. En France, par exemple, la création d'un comité d'éthique clinique peut se faire sous la forme d'une association loi 1901 ou sous la forme d'un organe interne de l'hôpital. La forme associative, outre l'octroi de subvention, permet également d'assurer une plus grande indépendance à l'instance ainsi créée vis-à-vis de l'institution dans laquelle elle opère. Ces comités peuvent être dotés, ou non, de la personnalité morale. Le statut des comités d'éthique de la recherche est également flou. Aux États-Unis et au Canada, le statut des comités de la recherche dépend de l'institution à laquelle ils sont rattachés : hôpitaux publics ou privés, Fondations, Universités, Instituts de recherche ou sociétés privées. Au Danemark et en Allemagne, les comités de la recherche sont institués dans un cadre régional. Cependant, alors qu'en Allemagne les comités sont exclusivement régis par le droit des Länder, le Danemark superpose à cette organisation régionale une structure pyramidale du contrôle éthique de la recherche¹²⁸⁶. La structure danoise d'organisation du contrôle éthique de la recherche est certainement la plus sophistiquée en Europe. En effet, le comité d'éthique central de la recherche (CREC) fonctionne, vis-à-vis des comités d'éthique locaux (REC), comme un degré supérieur de juridiction. Outre une fonction d'appel pour les chercheurs mécontents d'une décision d'un comité local, le CREC prend également les décisions à propos des recherches menées simultanément dans plusieurs établissements. Il assure

¹²⁸⁴ MEMETEAU (G.), « Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique ou l'Iroquois sur le sentier des comités d'éthique », *RRJ*, 1989-1, p.64

¹²⁸⁵ C'est notamment la position de Sophie Monnier. MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.159

¹²⁸⁶ Sören Holm considère que le CREC « *makes decisions about multi-center trials in cases where there is irresolvable disagreements among REC's (...) it ensures uniformity of decisions in the local RECs* ». In HOLM (S.), « The Danish Research Ethics Committee System, Overview and Critical Assessment (Research Involving Human Participant V2 », article disponible sur le site du Online Ethics Center for Engineering : le 2 nov. 2010 www.onlineethics.org/Topics/RespResearch/ResResources/nbacindex/nbachindex/hholm.aspx

l'uniformité et la cohérence des décisions prises par les comités locaux¹²⁸⁷. Enfin, à propos de la situation française, Sophie Monnier constate que « *la réglementation étatique des comités de la recherche prête peu attention au statut des comités, laissant ainsi une relative liberté concernant leur établissement, alors même qu'il n'est pas indifférent que ces organismes relèvent du droit public ou du droit privé, qu'ils soient dotés ou non de la personnalité juridique, qu'ils soient ou non sous la tutelle des pouvoirs publics* »¹²⁸⁸. Dans d'autres pays, c'est l'absence de cadre légal qui jette le doute sur le statut et la légitimité des comités d'éthique¹²⁸⁹. En France, la loi octroie aux comités d'éthique de la recherche ou Comité de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CPP) la personnalité morale. Toutefois, la loi est silencieuse sur le caractère public ou privé de cette personnalité morale. Plusieurs indices militent en faveur de la reconnaissance du caractère public de la personnalité des CPP.¹²⁹⁰

567. Les comités nationaux d'éthique sont, à l'exception du *Nutfield Council on Bioethics*, des organismes consultatifs de droit public. Toutefois, rares sont les comités nationaux dont le statut est clairement déterminé. Outre le *Nutfield Council on Bioethics*, organisme britannique de droit privé créé à l'initiative du conseil d'administration de la fondation *Nutfield*, le *President's Council on Bioethics* est le seul comité national doté d'un statut clair, établi par le décret présidentiel américain qui l'a institué. En effet, le *President's Council on Bioethics* est un comité fédéral consultatif régi, à ce titre, par le *Federal Advisory Committee Act*. Enfin, les comités européens et le comité international d'éthique sont des organes consultatifs d'organisations internationales. Le CIB a été établi par le directeur général de l'UNESCO dès 1993, sur le fondement de l'article 6 al.3 de l'acte constitutif de l'UNESCO comme structure de travail sur les questions éthiques liées au développement technologique. Son institutionnalisation comme comité permanent de l'UNESCO n'est intervenue qu'en 1998 avec l'adoption de son statut¹²⁹¹. Les institutions européennes ont également institué une instance consultative en matière de bioéthique¹²⁹².

¹²⁸⁷ *Id.*

¹²⁸⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.195

¹²⁸⁹ NYS (H.), « Vers un cadre légal pour les comités d'éthique en Belgique ? » In DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.83 et s.

¹²⁹⁰ Sophie Monnier récapitule ces indices : Ces comités trouvent leur origine dans la loi, ils doivent recevoir l'agrément du ministre (Art. L.1123-1 al.1 CSP), ils disposent d'un monopole légal (Art. L.1123-6 al.1 CSP), les membres sont nommés par le représentant de l'État dans la région (Art. L.1123-1 al.1 CSP), leur siège est rattaché à la DRASS ou à la DDASS (Art. R.1123-12 CSP), le financement des comités est géré conjointement par les ministres chargés de la santé et du budget (Art. R. 1123-21 CSP), les statuts des comités doivent être conformes à des statuts types fixés par Décret en Conseil d'État (Art. R.1123-18 CSP) et chaque comité doit adresser un rapport annuel d'activité au ministre chargé de la santé et au préfet de région (Art. R. 1123-23 CSP). ; in MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.196

¹²⁹¹ Statut du CIB, Adopté le 7 mai 1998 par le Conseil exécutif à sa 154^{ème} session, 154 EX/Déc.8.4

¹²⁹² « En novembre 1991, la Commission européenne décidait d'intégrer la dimension éthique au processus décisionnel afférent aux politiques communautaires en matière de recherche et de développement

B. La fonction normative des comités d'éthique : l'élaboration et l'évaluation des contenus normatifs du droit de la bioéthique

568. La fonction normative des comités d'éthique consiste à élaborer, évaluer et adapter les contenus normatifs substantiels et procéduraux du droit de la bioéthique. Les lois de bioéthique ont vocation à réguler un domaine d'activité soumis à de fortes mutations et qui évolue rapidement. Ces législations comprennent souvent des clauses de révisions qui maintiennent ouverte les possibilités d'adaptation. La « révisibilité » des lois bioéthiques dénote le caractère provisoire de ses normes. Afin d'assurer l'adaptation de la loi aux exigences du contexte biomédical, ces comités recueillent l'information fournie par la pratique des professionnels de la santé et de la recherche et organisent à cette fin la participation d'une vaste pluralité d'acteurs. L'élaboration ou la reformulation des énoncés normatifs s'opèrent dès lors sous la forme d'une coproduction entre la puissance publique et les acteurs privés qui participent à ces procédures. Afin de permettre la décision dans ce contexte incertain et conflictuel, les comités utilisent pour cela une méthode spécifique inspirée de l'éthique procédurale : le consensus.

1. Le caractère provisoire des normes du droit international de la bioéthique

569. L'introduction d'une procédure de suivi, d'évaluation et de révision des normes dans les instruments normatifs du droit de la bioéthique est l'effet de la flexibilité de la normativité éthique sur les normes juridiques. Ainsi la plasticité des normes éthiques et leur adaptabilité aux temps et aux circonstances concrètes sont les caractères qui leur assurent une légitimité. Néanmoins, si « *les procédures d'ajustement présentent dans une certaine mesure une garantie d'efficacité de la norme juridique, et son adéquation à la réalité* »¹²⁹³, celles-ci induisent aussi quelques effets sur les qualités de la norme juridique. « *L'institutionnalisation* » du caractère « *provisoire* »¹²⁹⁴ de la norme juridique s'appuie sur une conception performative de la loi. Selon cette perspective, la loi, pour être efficace,

technologique et créait à cet effet le groupe de conseiller pour l'éthique de la biotechnologie (GCEB). Le 16 décembre 1997, elle décidait de remplacer le GCEB par le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) et d'étendre le mandat de ce nouveau groupe à tous les domaines d'application des sciences et technologies. Le mandat du GEE, avec des attributions légèrement modifiées, a été renouvelé pour une période de quatre ans par la décision C(2001) 691 de la Commission du 26 mars 2001. L'actuel mandat du GEE a été établi le 11 mai 2005 par la décision 2005/383/CE de la commission et prorogé par la décision 2009/757/CE de la Commission ». La décision 2010/1/UE du 23 décembre 2009, relative au renouvellement du mandat du groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, remplace la décision 2009/57/CE et renouvelle le mandat du GEE pour cinq ans.

¹²⁹³ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.424

¹²⁹⁴ Id.

doit être adaptée aux évolutions et aux changements sociaux, à la pratique des acteurs. À ce titre, l'évaluation et l'expérimentation législatives sont « *deux techniques qui offrent la possibilité de modifier des dispositions existantes, et de légitimer cette modification* »¹²⁹⁵. À notre sens, ces techniques qui visent à adapter les normes aux réalités des situations qu'elles entendent régir sont une conséquence de la spirale de l'accélération sociale dans la modernité tardive¹²⁹⁶. Elles constituent en effet des techniques de fluidification des structures normatives de la société. Néanmoins, l'introduction de telles procédures produit une forme de précarisation des normes juridiques. Ainsi, ces dispositifs produisent un effet paradoxal dans la mesure où, bien qu'ils visent à « *l'optimisation de la norme juridique* »¹²⁹⁷ ils conduisent, irrémédiablement, à son affaiblissement.

a. L'évaluation et la révision des normes du droit de la bioéthique

570. Les Déclarations de l'UNESCO¹²⁹⁸ en matière de bioéthique, comme les lois nationales¹²⁹⁹ relatives à ces questions prévoient des procédures de suivi, d'évaluation et de révision. Ces procédures comprennent différentes « *techniques législatives* »¹³⁰⁰, notamment l'évaluation législative et la révision périodique. Cette volonté des rédacteurs s'inscrit dans le souci contemporain de renouveler « *les légitimités de l'action de l'État* »¹³⁰¹, opérant un glissement depuis une conception de la légitimité axée sur la légalité de l'action publique vers une conception axée sur l'efficacité des politiques publiques¹³⁰². Toutefois, l'évaluation et la révision constituent des procédures autonomes. La Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme, par exemple, dispose d'une procédure de suivi et d'évaluation,¹³⁰³ mais non de révision. En revanche, de nombreuses

¹²⁹⁵ *Id.* p.425

¹²⁹⁶ ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, La Découverte, Paris, 2010, pp.135-150

¹²⁹⁷ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, *op. cit.*, p.429-431.

¹²⁹⁸ Articles 22 à 25 de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme*, Articles 22 à 25 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Articles 23 à 27 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*.

¹²⁹⁹ Cf. en France, Loi n°2004-800 *relative à la bioéthique*, du 6 août 2004, JO du 7 août 2004

¹³⁰⁰ CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexion sur le concept d'expérimentation législative », *RFDC*, 2003/4, n° 56, pp. 675

¹³⁰¹ FLÜCKIGER (A.), « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue Européenne des Sciences Sociales*, 2007, n°3, pp.83-101, spé. p.93

¹³⁰² *Id.*

¹³⁰³ L'article 24 de la *Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme* : « *Le Comité international de bioéthique de l'UNESCO devrait contribuer à la diffusion des principes énoncés dans la présente Déclaration et à l'approfondissement des questions que posent leurs applications et l'évolution des techniques en cause. Il devrait organiser toute consultation utile avec les parties concernées telles que les groupes vulnérables. Il devrait formuler, suivant les procédures statutaires de l'UNESCO des recommandations à l'intention de la Conférence générale et des avis quant au suivi de la Déclaration, en particulier quant à l'identification des pratiques qui pourraient être contraires à la dignité humaine, telles que les interventions sur la lignée germinale* ».

lois nationales prévoient un dispositif de révision périodique, généralement tous les cinq ans.

571. En France, la loi du 8 juillet 1983 institutionnalise la technique de l'évaluation par la création de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques¹³⁰⁴, auquel s'ajoute, par les lois du 14 juin 1996, la création de l'Office d'évaluation de la législation¹³⁰⁵ et l'Office d'évaluation des politiques publiques¹³⁰⁶. La Cour constitutionnelle allemande a considéré que la technique d'évaluation législative revêtait une valeur constitutionnelle dans la mesure où elle contribue « à la garantie des droits dans le cadre d'une protection dynamique des droits fondamentaux »¹³⁰⁷. Le juge constitutionnel allemand a développé une jurisprudence qui impose au législateur des obligations de veille et de correction législatives.¹³⁰⁸ Cette évaluation peut être prospective¹³⁰⁹, mais dans le cas du droit de la bioéthique l'évaluation s'opère de manière rétrospective. Ce type d'évaluation suppose d'observer l'impact de la législation, les effets¹³¹⁰ que son application produit, sur les comportements et pratiques sociaux. Par exemple, l'Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques dans son rapport sur l'évaluation des lois de bioéthique françaises du 6 août 2004, évalue l'impact sur la recherche scientifique française du moratoire décidé sur les recherches portant sur les cellules souches embryonnaires et recommande son abandon¹³¹¹.

572. Toutefois, l'évaluation législative suppose également de s'interroger sur l'impact juridique de la loi, c'est-à-dire les effets en termes normatifs que la loi nouvelle emporte au sein du système juridique dans lequel elle s'insère. Ainsi l'étude d'impact juridique permet notamment de repérer les contradictions normatives et les conflits de prérogatives juridiques que cette loi nouvelle peut engendrer. La révision peut alors consister en une stratégie de neutralisation de ces éventuelles contradictions par une

¹³⁰⁴ Loi n° 83-607 du 8 juillet 1983

¹³⁰⁵ Loi n° 96-516 du 14 juin 1996

¹³⁰⁶ Loi n° 96-517 du 14 juin 1996

¹³⁰⁷ MONNIER (S.), *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., p.426 ; Voy. ég. HÖLAND (A.), « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, sd. BERGEL (J.-L.) et MORAND (C.A.), PUAM, 1993, Aix-Marseille, pp.26

¹³⁰⁸ FLÜECKIGER (A.), « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in AUER (A.), FLÜECKIGER (A.) et HOTTELIER (M.), *Les droits de l'homme et la constitution : étude en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007, p.155-170

¹³⁰⁹ L'évaluation prospective consiste à « procéder à une évaluation prévisionnelle des effets potentiels de chaque variante envisageable ». cf. MONNIER (S.), *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., p.426

¹³¹⁰ MORAND (C.A.), « L'obligation d'évaluer les effets des lois », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, op. cit., p.79 et s.

¹³¹¹ Le rapport conclut à la possibilité d'abandonner ce moratoire afin de favoriser la recherche française. OPECST, *Rapport sur l'Évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004*, CLAYES (A.) et VIALATTE (S.), pp.184 et s.

reformulation des principes ou un aménagement des normes procédurales leur étant attachées.

b. L'expérimentation législative en matière de droit de la bioéthique

573. L'expérimentation législative découle, en France, de la loi constitutionnelle du 23 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. L'article 37-1 de la Constitution prévoit désormais que *« la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental »*. Par ailleurs, l'article 72 al. 4 précise que *« dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »*. À ce titre, elle correspond, pour certains auteurs à une avancée de l'autonomie locale et de la décentralisation politique¹³¹².

574. L'expérimentation législative est une *« technique légistique qui vise à étudier les effets d'une réforme ou d'une loi sur un échantillon de personnes et dans un temps limité »*¹³¹³. Le Conseil constitutionnel fixe le régime de ces lois expérimentales et impose au législateur de préciser *« la nature et la portée des expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification,*

¹³¹² DAUPHIN (L.), *Collectivités territoriales et expérimentation*, Thèse de droit public, soutenue le 4 décembre 2008, Université de Limoges, 624p. L'auteur conclut notamment : *« Avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, l'expérimentation locale change fondamentalement de nature. Si le nouvel article 37-1 de la Constitution a confirmé le principe des expérimentations nationales, auxquelles les autorités locales peuvent toujours participer, le nouvel article 72 alinéa 4 donne une tout autre dimension à l'expérimentation locale : il ne s'agit plus pour les collectivités territoriales d'expérimenter dans le cadre d'une loi dérogatoire, mais d'édicter elles-mêmes les normes applicables, en écartant les lois et règlements nationaux. L'expérimentation locale accomplit avec ce nouveau dispositif un véritable saut qualitatif : de simple technique de rationalisation de l'action publique, elle devient, sur son principe même, une expression directe de l'autonomie locale. Au-delà du procédé expérimental, C'est la nature même des relations entre l'État et les collectivités territoriales qui aurait pu s'en trouver affectée. L'émergence d'un "pouvoir législatif" expérimental tend ainsi à enrichir l'autonomie locale d'une dimension politique dont elle était jusqu'alors dépourvue, tout en permettant une adaptation pragmatique du droit à la diversité des territoires »*. Cf., p.588

¹³¹³ CROUZATIER-DURAND (F.), *« Réflexion sur le concept d'expérimentation législative »*, RFDC, 2003/4, n° 56, pp. 675 l'auteur estime que la loi expérimentale *« pose donc, par définition, un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi. Les jurisprudences administratives et constitutionnelles ont, pour cette raison, tenté d'en tracer les contours afin d'en limiter les effets indésirables »*.

à leur généralisation ou à leur abandon »¹³¹⁴. En outre, le Conseil constitutionnel interdit leur renouvellement automatique¹³¹⁵ ; le maintien d'une loi expérimentale dépend de l'adoption d'une nouvelle loi. L'expérimentation apparaît comme une forme spécifique et plus complexe de l'évaluation. En effet, l'évaluation est une des étapes de l'expérimentation. À l'issue de celle-ci le législateur, pourra choisir de prolonger le dispositif, de le modifier, de le généraliser ou de l'abandonner. Ce prolongement ou cette modification s'opèrera par le vote d'une nouvelle loi.

575. Les techniques de l'expérimentation législative et de l'évaluation visent à répondre à des problèmes d'ordre politique, sociologique et technologique¹³¹⁶. En effet, ces techniques constituent des « *stratégies de persuasion* »¹³¹⁷ mises en œuvre par les pouvoirs publics pour convaincre les citoyens de l'intérêt d'une réforme dans un contexte général d'incertitude affectant des domaines d'activité sujets à de fortes et rapides mutations. L'objet de la législation étant soumis à des mutations, celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'ajustements. Ces méthodes découlent d'une volonté commune aux législateurs des démocraties contemporaines de rationaliser de manière pragmatique les systèmes juridiques¹³¹⁸.

576. Pourtant, l'utilisation du terme « *expérimentation* » en rapport avec l'idée de législation procède cependant d'un glissement sémantique qui n'est pas sans danger, et cela à plusieurs points de vue. En effet, expérimenter c'est soumettre une réalité à un dispositif de contrôle permettant de produire un résultat supposé « *objectif* ». Dès lors, la qualité d'une norme ne sera appréciée qu'au regard de sa capacité à produire les effets attendus, selon une perspective uniquement performative et techniciste. Toutefois, rien n'indique quels devront être les critères retenus par l'évaluateur pour apprécier la performance d'une norme, quelles expertises il retiendra, quelles autres il évacuera. En effet, « *tout est mesurable, si l'on ne se pose pas la question (...) de savoir ce que signifie la mesure, de quoi elle témoigne, ce qu'elle permet de montrer* »¹³¹⁹. Les relations multiples et ambiguës entre sciences et pouvoirs jouent ici un rôle déterminant¹³²⁰. Car, en définitive, qui expérimente si ce ne sont les pouvoirs publics ? Mais sur qui ou sur quoi

¹³¹⁴ Conseil Constitutionnel, 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Établissements publics universitaires*, JO, 30 juil. 1993, p.10750, comm. PHILLIPPE (X.), RFDC, 1993, p.830

¹³¹⁵ Conseil Constitutionnel, 92-333 DC du 21 janvier 1994, JO, 26 janv. 1994, Rec. 1994, p.32, note VERPEAUX (M.), LPA, n° 38, mars 1995, p.8

¹³¹⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.429-430

¹³¹⁷ HÖLAND (A.), « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », op. cit., p.24

¹³¹⁸ DAUPHIN (L.), *Les collectivités territoriales et l'expérimentation*, op. cit. pp.21 et s.

¹³¹⁹ STENGERS (I.), *Sciences et pouvoirs, la démocratie face à la technoscience*, La découverte, Paris, 2002, p.75

¹³²⁰ Id. pp.35-40

porte une expérimentation législative ? Sur la loi ou sur le comportement des citoyens ? De quels droits disposent les citoyens au sein de ce dispositif expérimental ? Y ont-ils directement consenti ? Quid de l'égalité des citoyens devant la loi ? De quels recours disposent-ils ? En d'autres termes, d'un point de vue éthique, le sujet, ou le participant de l'expérimentation législative est-il impliqué dans celle-ci et dans quelles conditions ? Au-delà de la problématique relative à l'égalité des citoyens devant la loi, la question de leurs consentements à participer et se soumettre à ces dispositifs spécifiques et expérimentaux met à jour certaines conceptions sous-jacentes de la démocratie représentative. En effet, l'assentiment des citoyens à participer à cette expérimentation sociale n'est pas direct et s'opère par le biais de leurs représentants. Ainsi, l'observateur espiègle osant l'analogie avec le régime de l'expérimentation médicale constatera probablement que, concernant l'expérimentation législative, le citoyen est placé de fait, dans la position de l'incapable.

577. Il faut de plus remarquer que le savoir expérimental s'intègre dans un contexte méthodologique très spécifique. Le pouvoir de l'expérimentation consiste dans le fait « *qu'il est possible de mettre en scène un fait de telle sorte que, face à un doute, une critique, une autre interprétation, le scientifique puisse se tourner vers son dispositif et le faire répondre à sa place* »¹³²¹, par la préformation du fait en question. « *Le dispositif transforme un phénomène naturel en argument, il crée des faits qui font autorité* »¹³²². Ainsi, l'un des objectifs de l'expérimentation législative consiste en une quête de légitimité. Dès lors l'expérimentation législative ne conduit-elle pas à draper la loi ayant franchi le test de l'expérimentation fructueuse d'une forme d'objectivité scientifique dont les décisions politiques se réclament ? La norme juridique apparaît, dans cette perspective, comme une norme strictement technique, dont le contenu est dépolitisé, et dépourvu de toute valeur dans l'ordre symbolique puisqu'elle n'assure qu'une fonction performative. Cette conception strictement relativiste de la normativité juridique la réduit à sa fonction performative ou procédurale d'un point de vue strictement matérialiste et évacue tout rapport à l'idéologie, la politique ou la justice, et toute fonction axiologique ou symbolique du droit.

578. Enfin, il faut remarquer qu'associer « *expérimentation* » et « *règle de droit* » apparaît quelque peu contradictoire dans la mesure où « *la norme juridique (...) n'est pas susceptible d'être juste [au sens de vrai, de vérifiable] ou fausse ; elle ne présente aucune valeur de vérité* »¹³²³. Ainsi, « *le droit n'a pas besoin de recourir, en principe, à la*

¹³²¹ *Id.*

¹³²² *Id.*

¹³²³ C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, Thèse de droit public, Université de Limoges, 2006, p. 13.

méthode expérimentale : ses normes expriment un devoir-être qui n'a pas à être vérifié empiriquement »¹³²⁴. Une norme juridique correspond en définitive toujours à un acte de volonté émanant d'un pouvoir. Que cette volonté soit incertaine ou prudente et, qu'à ce titre, le pouvoir cherche à en évaluer la portée et les résultats sont des choses certainement nécessaires et utiles. Toutefois, que ce pouvoir utilise la méthode expérimentale pour justifier, par la performativité, du caractère objectif de cette volonté en est une autre certainement moins utile et plus ambiguë, voire dangereuse.

2. La fonction normative des comités d'éthique

579. La bioéthique apparaît, dans cette perspective, « *comme une discipline à double dimension, spéculative et prescriptive* »¹³²⁵. Cette double dimension est incarnée dans les comités d'éthique qui ont pour fonction d'évaluer, d'élaborer et d'adapter les énoncés normatifs substantiels et procéduraux du droit de la bioéthique¹³²⁶. Ces comités naissent de la nécessité de développer « *un savoir susceptible d'informer sur l'état d'avancement des recherches scientifiques, de faire le point sur les implications des expériences déjà réalisées, de mesurer les enjeux sociaux et d'établir un corpus de règles permettant d'unifier les pratiques scientifiques impliquant le vivant humain* »¹³²⁷. Ainsi, la fonction des comités consiste à la fois à produire une certaine information sur les pratiques biomédicales et de recherches sur l'être humain et à décider de la formulation des énoncés normatifs. Cette fonction est assurée par les procédures décisionnelles au sein des comités qui adoptent la méthode du consensus.

a. L'évaluation, l'élaboration et l'adaptation des éléments normatifs substantiels et procéduraux du droit de la bioéthique

580. Les comités consultatifs d'éthique, nationaux ou internationaux, élaborent les contenus normatifs des instruments du droit de la bioéthique. En effet, qu'il s'agisse du CIB préparant la rédaction des déclarations internationales sous l'égide de l'UNESCO ou des comités d'éthique nationaux qui élaborent les principes repris dans les lois bioéthiques

¹³²⁴ *Id.*

¹³²⁵ BORRILLO (D.), « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Politique, culture et société*, n° 14, mai-août 2011, sur le site www.histoire-politique.fr, p.2

¹³²⁶ Patricia Palermi considère que les comités d'éthique « *ont été institués pour prendre en charge des interrogations éthiques suscitées par le développement de nouvelles pratiques médicales, mais aussi pour établir des normes susceptibles d'encadrer celles-ci* ». PALERMINI (P.), « La bio-éthique : enjeu éthique ou politique », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., p.52

¹³²⁷ BORRILLO (D.), « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Politique, culture et société*, n° 14, mai-août 2011, sur le site www.histoire-politique.fr, p.2

nationales, ces institutions affinent la formulation des éléments normatifs substantiels du droit de la bioéthique et de leurs relations, les confrontent à la réalité des pratiques médicales et expérimentales. Bien que non contraignants, leurs avis, par effet de répétition et de convergence, assurent la construction d'interprétations qui permettent l'évolution du système normatif du droit de la bioéthique¹³²⁸.

581. Cependant, les comités d'éthiques nationaux ne participent pas seulement à la formulation d'une axiologie du droit de la bioéthique, mais étudient également les pratiques, les protocoles de soins, de diagnostics ou de recherche. Ainsi, le travail des comités d'éthiques nationaux consiste aussi dans la confrontation de ces principes à la réalité des pratiques, le suivi et l'évaluation de la mise en œuvre de ces principes par les acteurs de la médecine et de la recherche¹³²⁹. Les comités d'éthiques nationaux et le CIB, dans les avis qu'ils établissent, prennent position sur la conformité aux principes du droit de la bioéthique des procédures et des protocoles qui assurent leur mise en œuvre par les praticiens. Ils participent ainsi à élaborer les éléments de la structure procédurale du droit de la bioéthique, ce que certains dénomment « le *droit des pratiques* » par opposition au « *droit des principes* »¹³³⁰.

582. Les comités d'éthique clinique et de la recherche évaluent et contrôlent les protocoles de diagnostics, de soins et de recherches, propres aux établissements de santé ou de recherche auxquels ils appartiennent. Ils permettent de constituer une base de données relative à l'application des principes du droit de la bioéthique et sur les difficultés rencontrées par les praticiens pour les appliquer et les concilier dans des situations concrètes. Ils permettent, en outre, d'actualiser l'application des principes par rapport à l'évolution des techniques. En d'autres termes, les comités d'éthique clinique et de recherche évaluent les différentes modalités de mise en œuvre des principes substantiels par les praticiens dans leurs relations concrètes avec un patient ou un sujet de recherche, ou dans les relations entre un promoteur de recherche et celui qui réalise la recherche.

583. En effet, qu'il s'agisse de la relation médecin-patient, de la relation entre le chercheur et le sujet d'expérimentation ou de la relation entre le promoteur de la recherche et le chercheur, chacune d'entre elles se voit « *procéduralisée* » et prend la forme d'une

¹³²⁸ Sophie Monnier démontre que « *la consécration de la dignité en droit français est due non seulement à l'influence du droit comparé mais aussi à la référence insistante du CCNE à ce principe* ». L'auteur précise : « *Le comité français a souligné qu'au centre de sa réflexion, se trouve la notion de dignité de la personne, qui fonde depuis son origine la démarche du comité* ». MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.306 et s.

¹³²⁹ THIRY (L.), « Pour une éthique concrète, nourrie par les problèmes vécus sur le terrain », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.25-30

¹³³⁰ BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? », *Jurisanté* n° 24, décembre 1998, p. 16

relation juridique. Un débat anime la doctrine sur le fait de savoir si les relations qui lient les différents intervenants du processus de soin ou de recherche sont des relations contractuelles. Si le caractère contractuel de la relation qui lie le médecin à son patient est reconnu depuis longtemps¹³³¹, le caractère contractuel des relations qui lient l'expérimentateur au sujet de recherche est encore discuté. Certains considèrent que la possibilité offerte au sujet de recherche de se retirer à tout moment du protocole implique que sa volonté ne produit pas d'effets juridiques dans la mesure où il n'est pas sanctionné en cas de retrait et n'engage pas sa responsabilité¹³³². Pourtant, les auteurs de l'unique traité des contrats exclusivement consacré à la problématique « *contrats et vivant* » considèrent que :

*« Le montage et l'exécution des protocoles expérimentaux (...) reposent sur des accords multilatéraux qui lient le plus souvent de nombreux établissements sous l'égide d'un promoteur et parfois de plusieurs ; ce sont de véritables opérations contractuelles complexes entre des personnes morales publiques et privées, mais aussi entre des individus, des personnes physiques, en ce qui concerne notamment les investigateurs et les sujets d'expérimentation. Contrats-cadres, ces opérations au cours desquelles s'échangent ressources et données biologiques débouchent sur de multiples contrats d'exécution »*¹³³³.

584. La qualification de ces relations en tant que contractuelles dépend finalement de la conception retenue du contrat. En effet, on peut, en premier lieu, retenir une conception élargie du contrat, privilégiant l'échange des consentements. Dans cette perspective, les relations qui s'établissent au cours d'une recherche entre l'investigateur et le sujet d'expérimentation sont « *indéniablement* »¹³³⁴ des contrats. Il s'agit d'« *un contrat de type spécial en ce qu'il porte sur la personne, mais un contrat quand même* »¹³³⁵. À l'inverse, on peut insister sur « *l'idée que le contrat est avant tout générateur d'obligations, nombreux sont ceux qui pensent alors qu'il ne peut y avoir de lien contractuel envers des*

¹³³¹ Cour de Cass, Ch. Civ., 20 mai 1936, arrêt « *Mercier* ». La cour considère à ce titre : « *Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconque ainsi que paraît l'énoncer le moyen de pourvoi, mais consciencieux, attentifs et réserves faites des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la Science* ».

¹³³² FARGOT-LARGEAULT (A.), « *Expérimentation humaine* » in s.d. HOTTOIS (G.), MISSA (J.-N.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologies*, Éditions De Boeck Université, 1^{ère} éd., 2001, Bruxelles, pp.445 et s., spé. 453

¹³³³ BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), *Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, Paris, p.24

¹³³⁴ *Id.* p.25

¹³³⁵ *Id.*

personnes qui ne sont tenues à aucune obligation puisque les sujets d'expériences biomédicales sont libres de sortir de l'essai ou de ne pas respecter le protocole, et ce sans engager leur responsabilité, sans quoi ils alièneraient leur liberté ou leur intégrité et placeraient leur personne même dans le commerce juridique »¹³³⁶. À l'encontre d'une telle conception qui nie la qualité de contrat aux relations qui se nouent entre un expérimentateur et un sujet de recherche, on pourrait faire valoir deux arguments. Le premier s'appuie sur le fait que la liberté contractuelle implique pour les parties, « la liberté de fixer l'économie générale du contrat (...) l'équilibre subjectif et concret du contrat prévaut sur un équilibre objectif et abstrait, qui existerait indépendamment de la volonté des parties »¹³³⁷. Le second consiste à reconnaître l'existence de « contrats déséquilibrés »¹³³⁸ dont connaît, par exemple, le droit de la consommation.

585. Contrat ou pas, ces protocoles qui déterminent les modalités d'exercice d'une investigation sur la personne constituent des règles procédurales qui conditionnent tant l'exercice que le respect des droits fondamentaux des participants¹³³⁹. À ce titre, le contrat apparaît indubitablement comme le « *relai de la loi* »¹³⁴⁰. L'étude spécifique de l'ensemble des clauses de tels contrats-protocoles de recherche permettrait sans doute de mettre à jour des contradictions entre les droits du chercheur et du promoteur ou du chercheur et des sujets d'expérience. Retenir une conception large du contrat, « *qui n'exclut pas par principe des décisions unilatérales imposées dès lors qu'il s'agit de préserver des droits fondamentaux que le contrat ne saurait enfreindre* »¹³⁴¹, permettrait de dépasser le débat académique. Cette conception permettrait également de rendre compte du caractère juridique de telles relations dans la mesure où, situées hors du droit, celles-ci ne sauraient garantir, par elles-mêmes, le respect des droits fondamentaux des participants.

586. Les comités d'éthique clinique et de recherche ont pour rôle d'évaluer ces règles procédurales ou ces contrats qui lient les promoteurs de recherche, les établissements où sont réalisées les expériences, les expérimentateurs et les participants à une recherche. Ils ne sont pas compétents pour assurer le contrôle juridictionnel de tels contrats, notamment au regard des droits fondamentaux, mais peuvent en revanche modifier, pour l'avenir, les

¹³³⁶ *Id.* p.26

¹³³⁷ LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, p.18

¹³³⁸ *Id.*

¹³³⁹ En effet ces protocoles et procédures détermineront la manière dont sera traitée la personne en tant que sujet d'une investigation par les chercheurs. Toutefois, ils déterminent également les modalités d'exercice des droits fondamentaux des chercheurs, tels que la liberté de la recherche ou la liberté de publication. Certains protocoles contiennent notamment des clauses de confidentialité qui altèrent l'exercice de certains droits fondamentaux des chercheurs. cf. BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), *Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, Paris, pp.27 et s.

¹³⁴⁰ *Id.*, pp.252 et s

¹³⁴¹ *Id.*, p.27

règles procédurales qui en constituent les clauses. Ces comités adaptent ces procédures en amont ou au cours de l'exécution de la recherche en fonction des difficultés techniques, éthiques ou juridiques rencontrées. Ils permettent ainsi la conciliation des intérêts divergents et recourent à cette fin à une méthode elle-même procédurale : celle du consensus. En outre, ces comités assurent une meilleure information et prodiguent des conseils à l'attention des participants ou des patients issus d'une discussion pluridisciplinaire au sein d'une équipe non exclusivement scientifique ou médicale. Ce travail de discussion, d'information, de conseil et de conciliation permet souvent la neutralisation d'éventuels conflits de droits ou de prérogatives juridiques qui correspondent aux contradictions normatives internes du système normatif de la bioéthique. Opérant tel un médiateur entre les différents acteurs et participants à une investigation médicale ou scientifique, les comités d'éthique clinique ou de recherche permettent souvent d'éviter la réalisation d'un contentieux, et donc la concrétisation devant le juge d'un conflit de droit ou d'une contradiction normative.

b. Le consensus comme procédure décisionnelle

587. L'institutionnalisation des comités d'éthique répond à la nécessité d'évaluer collectivement l'action des scientifiques, des médecins et l'utilisation des biotechnologies¹³⁴². En effet, l'idée de Hans Jonas selon laquelle « *les exigences posées à notre responsabilité augmentent proportionnellement à notre pouvoir d'agir* »¹³⁴³ implique une évolution du concept de responsabilité. Cette dernière tend à s'élargir et à se dissocier du concept d'imputabilité. La responsabilité « *implique désormais, non plus de réparer une action accomplie, mais de précéder et prévenir la survenance de faits dommageables* »¹³⁴⁴. En outre, cette évaluation ne concerne pas exclusivement les professionnels ou les experts. Pour Apel et Habermas, comme pour Jonas, c'est le « *danger commun encouru* » qui met « *en demeure* » les hommes « *d'assumer en commun la responsabilité morale* »¹³⁴⁵. La nécessité de construire une « *macroéthique* » formulée collectivement par le biais de l'éthique de la communication répond à « *l'impuissance de la responsabilité individuelle face aux actions collectives* »¹³⁴⁶. Cette évaluation des choix technologiques s'opère dans

¹³⁴² DUCHENE (J.), « Les rapports entre la science et l'éthique : gérer ensemble l'incertitude », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.31-48

¹³⁴³ JONAS (H.), « La technique moderne comme sujet de réflexion éthique », in *La responsabilité, questions philosophiques*, NEUBERG (M.) s.d., Paris, PUF, 1997, p.231

¹³⁴⁴ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.131 ; l'auteur y voit la marque de la distinction opérée par Paul Ricoeur entre imputabilité (tournée vers le passé) et la responsabilité (tournée vers l'avenir).

¹³⁴⁵ APEL (K. O.), *Discussion et Responsabilité 1*, Paris, Éd. du Cerf, coll. Passages, 1996, p.15

¹³⁴⁶ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.134 ; Selon cette auteure, l'objectif d'Habermas est de contrebalancer « *la domination exercée par l'idéologie scientifique* » par « *la formulation d'une volonté politique, liée au principe d'une discussion générale exempte de domination* ». « *L'orientation*

le contexte pluraliste des démocraties modernes et mobilise de nombreux discours philosophiques, religieux ou politiques divergents. L'éthique procédurale et communicationnelle est au centre de la méthode mise en œuvre par ces comités d'éthique pour assurer un processus décisionnel sur les questions normatives dans ce contexte pluraliste et incertain.

588. L'éthique procédurale de Rawls et l'éthique communicationnelle de Jürgen Habermas et Karl Oto Apel partagent, avec les philosophies relativistes contemporaines, une origine commune : le constat de l'impossibilité de fonder en raison une conception substantielle du bien qui soit universalisable¹³⁴⁷. Cependant, alors que les relativistes, au premier rang desquels figure Engelhardt, proposent une éthique vide de contenu, formelle et instrumentale reposant sur l'autorité de la permission individuelle ; les philosophes de l'éthique procédurale proposent, dans le but de produire une décision collective sur les normes dont une communauté se dote, de faire abstraction des conceptions substantielles du bien qui animent les participants du débat pour se concentrer sur l'élaboration des procédures décisionnelles collectives, justes et socialement acceptables. À l'inverse de la philosophie de Hans Jonas qui s'inscrit dans la perspective d'une reformulation de l'impératif kantien¹³⁴⁸, les tenants de l'éthique procédurale se dissocient de la philosophie kantienne. En effet, Habermas précise cette différence de méthode : « *Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. Ainsi s'opère un glissement : le centre de gravité ne réside plus dans ce que chacun souhaite faire valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme une norme universelle* »¹³⁴⁹. La démarche est identique chez J. Rawls qui tente, par le truchement du raisonnement sous le

du pouvoir technique doit provenir d'une communication impliquant tous les sujets capables de parler et d'agir, pour aboutir par voie de consensus à une détermination collective des valeurs morales ». Voy. p.133

¹³⁴⁷ Gilbert Hottois, artisan et défenseur de l'institutionnalisation des comités d'éthique, explicite cette problématique : « *Mais notre civilisation occidentale centrée autour d'une dynamique de la Recherche et Développement technoscientifique en voie de planétarisation aurait besoin d'une symbolisation susceptible d'un perpétuel ajustement, métastable, évolutif. Pas une culture-structure, mais une culture-processus, capable d'accompagner les technosciences et les nouveaux pouvoirs qu'elle développe. (...) Les références ontologiques ne conviennent plus pour nous aider à nous repérer au sein d'une forme de vie et d'un environnement processoraux. Les normes indispensables pour la régulation d'une telle civilisation ne peuvent plus non plus être justifiées pas des argumentations ontologiques qui assoient l'interdit et l'obligatoire sur l'impossible et le nécessaire* ». In HOTTOIS (G.), *essai de philosophie bioéthique et biopolitique*, Vrin, Paris, 1999, p.70-77 ; voy. ég. HOTTOIS (G.), *G. Simondon et la philosophie de la « culture technique »*, Paris-Bruxelles, De Broeck-Université, 1993

¹³⁴⁸ Hans Jonas formule ainsi ce nouvel impératif : « *Agis de telle sorte que les conséquences de ton action ne soient pas destructrices pour les possibilités futures d'une telle vie* ». in JONAS (H.), *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éd. du Cerf, 1990, p.17

¹³⁴⁹ HABERMAS (J.), *Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Cerf, Paris, 1996, p.88

voile d'ignorance, c'est-à-dire le raisonnement indépendant des visions substantielles du bien, de démontrer l'acceptabilité universelle des principes de justice qu'il propose.

589. Postulant la priorité du juste sur le bien, ces propositions éthiques tentent de concilier deux exigences : « *la prise en compte de l'autonomie d'individus insubstituables et la prise en compte du bien de la communauté à laquelle ils appartiennent* »¹³⁵⁰. Ces auteurs mettent tantôt l'accent sur « *une tradition démocratique rationnelle* »¹³⁵¹ ou « *usage public de la raison* », ¹³⁵² tantôt ils insistent sur le caractère rationnel de la pratique du langage et de la relation de communication¹³⁵³. Chez Habermas notamment, « *la validité des prétentions à la justesse des énoncés pratiques dépendra des conditions de la discussion dans une "situation idéale de discours"* »¹³⁵⁴. Cette situation idéale du discours est concrétisée par le caractère public du discours « *à l'intérieur duquel les arguments sont évalués critiquement, sans contrainte et dans le respect de l'égalité des sujets impliqués, peut établir la validité des énoncés* »¹³⁵⁵. Ainsi, ce sont les conditions de délibération menant à la décision qui déterminent sa validité et non pas son contenu¹³⁵⁶. À ce titre, il est

¹³⁵⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.133

¹³⁵¹ À propos de John Rawls : BERTEN (A.), *Tradition démocratique et universalité*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 1995, p. 49. ; Voy. ég. RUOL (M.), « De la neutralisation au recoupement : J. Rawls face au défi de la démocratie plurielle », *Revue Philosophie de Louvain*, vol.98, n°1, février 2000, pp.47-63

¹³⁵² Habermas et Rawls utilisent également l'expression « *raisonnabilité politique* ». cf. HABERMAS (J.) et RAWLS (J.), *Débat sur la justice politique*, trad. R. Roachlitz, Cerf, Paris, 1997 ; voy. ég. ROCHILTZ (R.), « Raison et rationalité chez Habermas », in ROCHILTZ (R.), *Habermas. L'usage public de la raison*, Paris, PUF, 2002, pp.8-30 ; par DUPEYRIX (A.), *La conception de la citoyenneté chez Jürgen Habermas*, Thèse de doctorat d'études germaniques, s.d. RAULET (G.), Université Paris-IV-Sorbonne, soutenue le 5 décembre 2005, p.141-185

¹³⁵³ Habermas explicite l'hypothèse de procéduralisation du droit : « *C'est le modèle délibératif qui réussit à rendre l'espérance raisonnable d'une autolimitation libérale de la démocratie indépendante d'un consensus de valeurs préalablement existant. Sous le signe de la politique délibérative, l'espérance de résultats raisonnables du processus démocratique se déporte sur les propriétés formelles de ce processus. Le modèle délibératif n'a plus besoin de reposer sur le schéma libéral d'une forme héritée de vie démocratique ; il commence au contraire avec l'idée que les droits de l'homme sont une explicitation de ce qui est requis pour donner au processus démocratique une forme raisonnée. La constitution se voit ici investie du projet procédural d'établir les formes de communication qui, en fonction des circonstances, doivent rendre les citoyens capables de faire "un usage public de la raison", selon les mots de Rawls, et d'établir un équilibre équitable entre leurs intérêts* ». HABERMAS (J.), « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », trad. Solange Chavel, in *Raison publique*, n° 1, 2003, pp.40-57, spé. p.49

¹³⁵⁴ FORTIN-MELKEVIK (A.), « Habermas Jürgen », in CANTO-SPERBER (M.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, p.628. Voy. ég. SIMARD (N.), « Au-delà de l'éthique procédurale pour une meilleure gouvernance », Communication au colloque La gouvernance des sociétés contemporaines au regard des mutations de la normativité, Université de Paris XII — Val-de-Marne, 13 décembre 2007,

¹³⁵⁵ Id. « *Cette procédure s'oppose à tout recours à l'intuition ou à l'évidence pour évaluer les prétentions à la validité des énoncés pratiques. Dans ce contexte, la question morale ne sera pas une question d'ordre existentiel visant à déterminer les contenus d'une vie bonne, ou du bonheur, mais bien plutôt une question d'ordre déontologique visant à déterminer les conditions de validité d'une norme* ».

¹³⁵⁶ Habermas opère la critique des philosophies néo-kantiennes de John Rawls et Lawrence Kohlberg relatives aux processus de formation de la volonté. Habermas considère que « *les deux modèles ont (...) l'inconvénient de ne pas tout à fait rendre justice à l'exigence cognitive des jugements moraux. C'est pour cette raison que Karl Otto Apel et moi même avons proposé de concevoir l'argumentation morale elle-même comme étant la procédure appropriée de la formation rationnelle de la volonté* ». HABERMAS (J.), « Recht

frappant de constater l'ambiguïté que recouvre ce terme dans la mesure où « consensus » peut à la fois signifier les modalités du processus décisionnel et la décision elle-même ou le résultat de ce processus.

590. La doctrine internationaliste définit le consensus comme « *une procédure de prise de décision, exclusive du vote, consistant à constater l'absence de toute objection présentée comme étant un obstacle à la décision en cause* »¹³⁵⁷. Cette méthode vise à favoriser la réception de la norme par le destinataire. Le consentement de ce dernier tendrait à accroître l'effectivité de la norme. En effet, « *la prétention du consensus à refléter le pluralisme des sociétés contemporaines lui confère une légitimité en tant que mode de décision plus adapté à la réalité sociale que la règle de la majorité qui tire sa force de légitimation d'une unité fictive subsumant la pluralité concrète* »¹³⁵⁸. Le consensus n'apparaît pas seulement comme une modalité de la neutralisation des contradictions normatives. Celui-ci remplit une fonction de légitimation de la décision produite. Ce mode de légitimation est aussi ancien que le droit public, comme en témoigne la référence d'Auguste qui justifiait la concentration de tous les pouvoirs en sa personne « *per consensum universorum* »¹³⁵⁹. Le consensus peut être ainsi défini comme « *la forme moderne de l'acclamation* », et ce, « *peu importe que l'acclamation soit exprimée par une multitude physiquement présente, comme chez Schmitt (dans une perspective décisionniste), ou par le flux des procédures communicationnelles, comme chez Habermas* »¹³⁶⁰.

591. L'évaluation législative, l'élaboration et l'adaptation des textes par des comités de sages pluralistes et indépendants, la valorisation de la méthode du consensus sont des éléments qui participent d'une logique qui tend à opposer à la démocratie représentative « *une démocratie renouvelée : délibérative et participative* »¹³⁶¹. Cette logique opère un glissement depuis une rationalité juridique articulée autour du clivage matériel/formel vers une rationalité articulée autour d'un clivage substantiel/procédural¹³⁶². Toutefois, faire

und Moral » (Tanner Lectures 1986a, in Faktizität und Geltung) ; traduit par ROCHLITZ (R.) et BOUCHINDHOMME (C.), « Droit et Morale », (Tanner Lectures 1986), Paris, Seuil, Coll. « Traces écrites », 1997, pp.45-46 ; cité par DUPEYRIX (A.), *La conception de la citoyenneté chez Jürgen Habermas*, Thèse de doctorat d'études germaniques, s.d. RAULET (G.), Université Paris-IV-Sorbonne, soutenue le 5 décembre 2005, p.166

¹³⁵⁷ DE LACHARRIERE (G.), « Consensus et Nations Unies », *AFDI*, 1968, vol. XIV, p.9 (pp.9-14)

¹³⁵⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p. 212

¹³⁵⁹ AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer*, tome 2, Le Seuil, Paris, 2008, p.384

¹³⁶⁰ *Id.*

¹³⁶¹ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.131, Voy. e. COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et Procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.180-182

¹³⁶² Sophie Monnier considère que « *l'approche pluridisciplinaire et pluraliste promue par les comités d'éthique, a favorisé l'échange et le dialogue, ce qui a sans doute facilité le rapprochement des systèmes parajuridiques et juridiques, en opérant un décroisement entre l'éthique et le droit. L'aspect éthique et*

abstraction des conceptions substantielles du bien implique de faire abstraction des valeurs qui structurent le champ de la bioéthique comme des conflits qui le traversent¹³⁶³. Comme le note Stéphanie Hennette-Vauchez, « *le consensualisme ou l'apolitisme longtemps célébrés comme caractéristiques du débat bioéthique ont fait long feu* »¹³⁶⁴. En effet, « de tels “consensus” ne se font pas seuls et ne sauraient être définis ou expliqués ni comme des accords véritables, ni comme la coïncidence réelle des positions des différents acteurs qui le forment »¹³⁶⁵. Ces consensus présentent un caractère largement « artificiel »¹³⁶⁶. Au contraire, le champ de la bioéthique est parcouru de clivages axiologiques¹³⁶⁷, c'est-à-dire de type politique, qui dépassent le cadre habituel des oppositions politiques nationales¹³⁶⁸. Ainsi, compte tenu de l'existence de tels clivages, « *les moments de consensus caractérisent davantage les moments de crise du débat bioéthique que son état naturel* »¹³⁶⁹.

juridique des questions fait désormais l'objet d'un examen concomitant. L'attention réciproque que se sont portés les systèmes parajuridiques et juridiques a entraîné un phénomène de convergence à l'origine d'un système normatif fondé sur une logique substantielle et procédurale. Malgré la différence de nature entre ce qui est substantiel, c'est-à-dire fondé sur les valeurs et ce qui est procédural, donc dépourvu de toute référence aux valeurs, ces deux approches produisent des effets, de fait, similaires sur le système normatif. Elles en favorisent la souplesse, la flexibilité, l'imprécision, la pesée des intérêts au cas par cas et le rôle prédominant du juge », MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.546, voy. ég. pp.220-228 ; voy. DUBOUIS (L.), « La bioéthique en débat », *L'Information Psychiatrique*, 2011, vol.87 n° 7, pp.554 et s. ; BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? », *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, pp.16 et s. ; BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP édition générale*, n°7, 16/02/05, I, 113, pp.315-320

¹³⁶³ *Supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 ; Sophie Monnier précise : « Pour satisfaire cette logique d'adaptabilité soumise aux impératifs économiques et scientifiques, le droit se tourne vers l'adoption de règles procédurales qui présentent l'avantage de renvoyer à des appréciations pragmatiques réalisées au cas par cas. Ce système évite que la règle ne soit dépassée puisqu'elle se contente de fixer une procédure et il évite d'adopter une position qui serait ressentie comme dogmatique. À l'heure du pluralisme, le droit se défend de tout parti pris idéologique et se désinvestit du champ des valeurs. Mais en renonçant à effectuer ce choix de valeurs, les choix reviennent à d'autres. La pondération des intérêts est déléguée implicitement ou explicitement à des autorités qui n'ont pas de légitimité démocratique directe : qu'il s'agisse du juge, des comités d'éthique ou des instances telles que l'autorité de régulation anglaise chargée de l'embryologie ». MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.541

¹³⁶⁴ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, Paris, 2006, p.22 et s.

¹³⁶⁵ *Id.*

¹³⁶⁶ *Id.* p. 24 et s. l'auteur précise : « On le voit, que ce soit l'importance non négligeable de la discipline partisane dans la fabrication de certains consensus parlementaires, ou encore des outils de la négociation tels que l'atténuation de l'importance du vote par l'affirmation du caractère temporaire des dispositions proposées, divers sont les éléments qui rappellent le caractère volontiers artificiel du consensus dans le processus législatif ».

¹³⁶⁷ *Id.* L'auteur précise : « Si en effet on peut parler aujourd'hui de biopolitique, C'est bien parce que non seulement le vivant est devenu un des terrains d'expression de la puissance publique (“sang, cellules, spermatozoïdes... corps, sont désormais sous l'œil du Léviathan”, p.23), mais aussi que sur ce terrain, des clivages de type politique (axiologique) se sédimentent et se consolident ».

¹³⁶⁸ *Id.* L'auteur, qui a mené un long travail d'enquête et d'entretiens auprès des parlementaires, précise : « l'opposition axiologique serait ailleurs, se dessinant essentiellement entre, d'un côté, les parlementaires qui attachent plus d'importance aux “principes” et aux “valeurs”, et d'un autre côté, des élus qui privilégient ou valorisent davantage la dimension concrète, pratique, de leur mission parlementaire ».

¹³⁶⁹ *Id.*

592. La méthode du consensus ne permet pas de résoudre de telles contradictions, elle permet de les neutraliser dans le débat public pour les voir ressurgir lors de l'application de la norme. Les critiques portées contre l'éthique procédurale font valoir que celle-ci « *est une éthique méthodologique, formelle, instrumentale, technologique, qui procède directement d'une pensée qui ne tient pour rationnel-universel que ce qui est du côté de l'objet* »¹³⁷⁰. La procédure du consensus conduit à reconnaître une multiplicité de principes, indistinctement considérés comme fondamentaux, dont les rapports d'articulation ne sont pas explicitement déterminés. Le consensus induit une forme de suspension, provisoire et partielle, des contradictions substantielles et des conflits normatifs en vue de rendre une décision ponctuelle possible entre les participants. À cette fin, la procédure n'opère pas *in abstracto*, mais favorise l'incarnation des valeurs en intérêts contextualisés dont elle organise la représentation. La prévention des conflits intervient également au cours de la phase d'application des normes juridiques. Les agences sanitaires sont les administrations qui opèrent cette prévention au cours de la phase d'application.

§2. Les instances de la neutralisation procédurale des contradictions par l'interprétation et l'application non contentieuse des normes du droit de la bioéthique

593. L'accroissement des interdépendances globales et celui de la complexité des questions relatives à la gouvernance et la gestion des risques sanitaires induisent une incertitude relative aux effets de la décision et de l'action. Cette complexité et l'incertitude qui en découle rendent nécessaire le recours à l'expertise scientifique, technique de la part des décideurs et des acteurs publics comme privés. En matière de gouvernance sanitaire et de gestion des risques, les États et les organisations internationales organisent quasi systématiquement des procédures qui encadrent le recours à l'expertise et établissent des organes susceptibles de les mettre en œuvre. En outre, dans un secteur d'activité en rapide évolution et dont les enjeux impliquent des intérêts contradictoires, l'action publique doit, pour être efficace, répondre à des critères d'adaptabilité, de flexibilité et de crédibilité¹³⁷¹. La « *procéduralisation* » du droit s'inscrit dans cette perspective et ses défenseurs considèrent que « *la création de ces procédures par le législateur répond à une confiance dans leur aptitude à résoudre des difficultés que le "droit traditionnel"* » (et la structure

¹³⁷⁰ HOTTOIS (G.), *Aux fondements d'une éthique contemporaine : H. Jonas et H.T. Engelhardt*, Vrin, 1993, p.28 et s. (250p.), l'auteur poursuit : « *La critique idéologique repère une telle position comme foncièrement technocratique, entendue au sens le plus dur de la fin du politique comme lieu d'expression et de réalisation de la raison philosophique* ».

¹³⁷¹ Sur l'impératif de crédibilité : Étude de FRISON-ROCHE (A.M.), in GELARD (P.), *Les Autorités administratives indépendantes*, Doc. À.N. n° 3166 et Doc Sénat 2005-2006 n° 404, tome II, p.28

administrative qui l'accompagne) *est incapable de prendre en charge* »¹³⁷². Dans le domaine de la bioéthique, cette hypothèse correspond au développement de procédures juridiques spécifiques qui visent à assurer la régulation des activités médicales et de recherche et au développement concomitant de structures administratives originales. Les autorités administratives indépendantes qui assurent le contrôle de la sécurité et de la qualité des produits et technologies de santé, des protocoles diagnostics et thérapeutiques, mis à disposition des patients par le marché, sont emblématiques de ces nouveaux modes de gouvernance sanitaire ayant vocation à être flexibles et réactifs¹³⁷³. Plus qu'un simple moyen pour « *améliorer les capacités techniques des administrations publiques, les AAI résulteraient de la nécessité de mettre en place des instances porteuses des valeurs constitutionnelles de neutralité et d'impartialité, et capables de servir d'intermédiaires entre la politique et l'administration ou entre la politique et le marché* »¹³⁷⁴. Ces comités et ces autorités administratives indépendantes appliquent des procédures dans lesquelles elles sont amenées à produire des interprétations des normes des systèmes juridiques auxquels elles appartiennent. Ces interprétations sont susceptibles de promouvoir une neutralisation des conflits de valeurs et des conflits de normes qui en façonnent la mise en œuvre et les

¹³⁷² MARTINEZ (E.), « Les enjeux de la "recomposition" du droit de la bioéthique », *JIB*, 2004/2 vol.15, pp.51-63, spé, 58 ; voy ég. MARTINEZ (E.), *Le Comité Consultatif National d'Éthique et la formation du droit*, Thèse soutenue à Aix en Provence, le 12 septembre 2002, adaptée et publiée en 2004 par les Études Hospitalières, sous le titre *Manuel du Comité Consultatif National d'Éthique*, Bordeaux, 2004. ; Jacques Lenoble analyse le discours relatif à la procéduralisation comme une représentation : celle-ci « met (...) l'accent sur la nécessité d'abandonner les formes traditionnelles de régulation centralisée au profit de modes soit privatisés, soit, à tout le moins, décentralisés de gouvernance faisant appel à des autorités de régulation dites indépendantes où se conjuguent une participation d'acteurs professionnels privés et des formes d'expertises permettant une régulation plus flexible et plus adaptée à la spécificité difficilement prévisible des contextes d'application des normes envisagées. Notons, d'ailleurs que ce (...) discours conduit parfois à une seconde variante que l'on peut qualifier de citoyenne ou de "délibérative" et qui est supposée en corriger le caractère soit trop économiste soit trop technocratique. Il s'agit ici d'accroître la "logique de participation" par la seule multiplication des acteurs comme si, de leur seule convocation, se dégageait une compétence délibérative ». L'auteur considère que cette représentation et celle qui consiste à mettre l'accent sur la montée en puissance du juge et sur les droits fondamentaux, « paraissent insuffisantes à promouvoir les transformations de nos modèles régulatoires qui s'imposent aujourd'hui pour en garantir l'efficience et la légitimité ». in LENOBLE (J.), « La procéduralisation contextuelle du droit », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.99 ; pour une analyse de la procéduralisation du droit communautaire et son volet institutionnel, notamment le développement des agences indépendantes : voy. DE SCHUTTER (O.), « La procéduralisation du droit européen : propositions institutionnelles », in *Id.*, pp.347 et s.

¹³⁷³ « Le réseau des autorités administratives construit en dehors du prisme politique, dans les eaux plus troubles, mais plus profondes, (...) cristallise une nouvelle catégorie de contre-pouvoirs. L'on peut être tenté de les qualifier de contre-pouvoirs efficaces, fonctionnels ou encore de contre-pouvoirs techniques, eu égard à leurs qualités premières ». ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », VII^e Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, p.2

¹³⁷⁴ *Id.*, p.8 ; voy. ég. MASSERA (A.), « La crise du système ministériel et le développement des établissements publics et des autorités administratives indépendantes », *RFAP*, 1er Juillet 1993, n° 67, p.345

effets concrets¹³⁷⁵. D'autres instances, comme le comité SPS au sein de l'OMC, organisent également des procédures décisionnelles qui visent à produire des interprétations communes des règles des systèmes auxquels elles appartiennent. Ces interprétations visent également à neutraliser les contradictions normatives et les conflits de normes potentiels.

A. Les autorités administratives indépendantes dans la régulation européenne des produits de santé : les instances du contrôle non contentieux des normes du droit de la bioéthique

594. Le risque sanitaire apparaît comme un objet à la fois scientifique et politique¹³⁷⁶, d'autant plus dans un domaine scientifique et technique où règne un degré important d'incertitude. Les États ont, à cette fin, organisé des procédures de contrôle des produits et services avant que ceux-ci soient rendus disponibles. La régulation des pharmacopées, en particulier, a conduit les gouvernements nationaux à mettre en place des procédures visant à réaliser une « *contre-expertise publique préalable à toute commercialisation* »¹³⁷⁷. En effet, en matière de médicaments et de biotechnologies, les firmes productrices détiennent l'information relative aux propriétés de leurs produits et aux essais cliniques qu'elles ont financés¹³⁷⁸. Les procédures, d'enregistrement des produits au sein des pharmacopées puis d'autorisation de mise sur le marché (AMM), apparaissent

¹³⁷⁵ La CJCE a très tôt repéré les dangers pouvant résulter d'une telle décentralisation pour le système juridique communautaire. Olivier de Schutter précise que la Cour « *avait déjà déduit, de la nécessité de ne pas permettre aux institutions d'échapper à la responsabilité que leur assigne le traité, les limites de la délégation de pouvoirs au sein du système communautaire, spécialement lorsqu'il revient à une institution d'assurer la conciliation entre des objectifs contradictoires, ce qui implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire* ». In *Id.*, La Cour a considéré que « *les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ; attendu qu'une délégation du premier type n'est pas susceptible de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte, alors qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité* ». cf. CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, 9/56, Rec., pp.43-44

¹³⁷⁶ ZMIROU (D.), « De la démocratie en expertise. Le cas des risques sanitaires environnementaux », *Santé Publique*, 2006/3, vol.18, pp.483-500, spé. p.485

¹³⁷⁷ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.20

¹³⁷⁸ Les essais cliniques sont réalisés sur un lot prototype, c'est à dire le lot de médicaments produit à des fins de recherches qui est le lot soumis à l'évaluation d'AMM. Certains auteurs remarquent que : « *Les seuls véritables essais d'un médicament sont les essais cliniques qui, évidemment, ne peuvent être répétés en routine. Les essais sur l'homme sont effectués une fois pour toutes avec des unités du lot prototype, d'où l'importance de décrire ce dernier avec précision pour pouvoir le reproduire. En routine, c'est à dire sur chaque lot de fabrication, ce sont des essais de substitution physico-chimiques qui permettent de vérifier la qualité constante du médicament* ». cf., LE HIR (A.), CHAUMEIL (J.C.) et BROSSARD (D.), *Pharmacie galénique : bonnes pratiques de fabrication des médicaments*, éditions Elsevier Masson, 9ème édition, 2009, 382p., spé. p.6

comme l'élément central du dispositif de gestion du risque sanitaire relatif aux produits et technologies de santé. La création des agences de sécurité sanitaire nationales et européenne répond à la nécessité d'administrer ces procédures. Ces agences constituent des sites de gouvernance publics dotés de compétences techniques et spécialisées¹³⁷⁹ dans la gestion du risque sanitaire au sein desquels la procédure décisionnelle des autorités publiques se fonde entièrement en une procédure qui organise la discussion et le consensus entre experts¹³⁸⁰. Ainsi, comme le remarque la doctrine, « *des pharmaciens et des médecins ont été transformés en experts grâce à leur inclusion dans les dispositifs institutionnels censés garantir l'acceptabilité des produits pour la population et définir leurs caractéristiques comme leurs conditions d'utilisation* »¹³⁸¹.

595. La création du marché commun, l'apparition progressive d'un système européen de régulation de la commercialisation des médicaments et d'une agence européenne du médicament, ont produit une concurrence réglementaire et administrative entre les autorités nationales. Les deux procédures européennes d'autorisation de mise sur le marché des médicaments, centralisée et décentralisée, reposent ainsi sur l'activité d'un réseau concurrentiel d'autorités administratives indépendantes nationales coordonnées par l'EMA¹³⁸². Une telle construction dénote « *l'émergence d'un réseau administratif*

¹³⁷⁹ Francis Snyder a conceptualisé la notion de « site de gouvernance » : « *Un site de gouvernance est un lieu de prise de décision et d'autorité pour régler les différends. Les sites sont des entités dispersées, désagrégées, champs ou sphères d'autorité, lesquels ne sont pas liés nécessairement à un territoire spécifique. Ils sont parfois sujets à des changements rapides, voire continus, et sont souvent en extension ou en déclin. (...) Chaque site présente deux (...) dimensions. D'abord la dimension structurelle se réfère aux composants et à l'organisation du site lui-même. Elle comprend trois éléments : les institutions, les normes et les modes de règlement des différends qui sont propres à un site spécifique, mais qui ne sont pas nécessairement caractéristiques de ce seul site. La dimension relationnelle se réfère aux relations entre un site spécifique et d'autres sites. Elle indique comment un site spécifique a des rapports ou est lié aux autres sites. La structure des sites conditionne les relations entre les sites et vice et versa. Selon leur mode de création, les sites peuvent être classés en deux catégories. Certains sites sont fondés sur le marché, étant générés par des acteurs économiques comme parties intégrantes des processus économiques. D'autres sont fondés sur les politiques publiques car ils font partie des structures politiques établies ; cela inclut les sites qui sont fondés sur des conventions internationales, dérivées d'accord entre les gouvernements* ». In SNYDER (F.), « Les sites de gouvernance », in s.d. BOISSON DE CHAZOURNES (L.) et MEHDI (R.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.300-301, (299-326)

¹³⁸⁰ « *Ce dispositif (...) permet d'associer la collectivité scientifique aux décisions ministérielles. L'évaluation du médicament est bien dans chaque cas le fait des meilleurs spécialistes du domaine considéré* ». LAURAT (P.), *Bases scientifiques et réglementaires de l'évaluation des médicaments : colloque des 15-19 novembre 1980*, Éditions INSERM, 1980, 752p, spé. p.36

¹³⁸¹ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.12-13

¹³⁸² Emmanuelle Cadeau considère que « *le règlement communautaire du 22 juillet 1993 amorce la création d'un réseau administratif communautaire reposant d'une part, sur la création d'une véritable administration pharmaceutique communautaire sous la forme d'une Agence européenne du médicament, et d'autre part, sur l'intervention croisée de cette administration communautaire et des autorités administratives étatiques, dans l'exercice des activités de police administrative liées à la mise sur le marché des médicaments et à la pharmacovigilance* ». In CADEAU (E.), *Le médicament en droit public : sur le paradigme juridique de l'apothicaire*, L'Harmattan, Paris, 2008, p.390, voy ég. 391-398

transnational »¹³⁸³. Ces agences sont en effet responsables du contrôle non contentieux du respect des normes du droit de la bioéthique. Elles produisent des décisions et des interprétations qui sanctionnent le respect, par les industriels, des normes substantielles et procédurales encadrant leurs activités. En ce sens, l'activité des agences affecte directement l'effectivité des règles de droit. Ces autorités assurent une fonction « *quasi normative* » et une fonction « *quasi juridictionnelle* »¹³⁸⁴. Néanmoins, ces agences utilisent une méthode consensuelle et produisent des interprétations qui neutralisent ou qui occultent les contradictions normatives.

1. Les agences sanitaires en Europe : un réseau concurrentiel de mise en œuvre des procédures européennes d'AMM

596. La création du marché commun répond à un double objectif : la promotion de la santé publique et de l'accès pour les patients européens à l'ensemble des traitements disponibles d'une part, et, d'autre part la protection des intérêts industriels en permettant aux entreprises pharmaceutiques de vendre leurs produits sur tous les marchés nationaux. Dès lors, l'institutionnalisation d'un système européen de contrôle des produits de santé visait à la fois, l'harmonisation des procédures d'évaluation étatiques reposant sur la reconnaissance mutuelle afin de réduire les coûts relatifs à la commercialisation des produits de santé, et « *la formation d'une AMM européenne* » qui nécessitait « *la création de procédures permettant de produire des avis européens sur chaque médicament à partir des expertises nationales* »¹³⁸⁵. Depuis 1995, et la création de l'Agence Européenne du

¹³⁸³ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.13

¹³⁸⁴ Marie Charlotte Roques-Bonnet précise : « Dans le trouble de la réforme et de la modernisation permanente de notre appareil administratif, il [le réseau des AAI] s'est affranchi d'une séparation des pouvoirs dont les institutions législatives, réglementaires et judiciaires ne peuvent fondamentalement pas faire abstraction. En effet, les AAI remplissent simultanément une mission "quasi normative" et "quasi juridictionnelle". Il convient donc à présent de comprendre l'impact constitutionnel de ce nouveau réseau d'organes administratifs, notamment en termes de pouvoirs et de contrepouvoirs. Le démembrement et la spécialisation des compétences publiques a-t-elle finalement transformé la mise en œuvre effective des pouvoirs et des contrepouvoirs, et donc le visage de notre République ? ». L'auteur remarque également : « À l'interstice des trois pouvoirs, les AAI superposent leur action à celle du législateur, du juge et des gouvernants et, au niveau administratif, recoupent leurs missions. (...) En observant les réactions institutionnelles, fonctionnelles et fondamentales que provoque le rapprochement des AAI et des institutions de la République, comprendre la séparation des pouvoirs devient tâche de plus en plus complexe. Pour ce faire, délimiter le réseau des autorités publiques exerçant des compétences spéciales et mesurer l'accroissement de leurs compétences devient essentiel. Cette observation conditionne non seulement la séparation effective entre les trois "blocs" de pouvoir mais aussi l'équilibre entre la régulation positive (compétence quasi normative) et régulation négative (compétence quasi juridictionnelle). Au carrefour des trois pouvoirs, les AAI remplissent aujourd'hui une fonction de régulation en aval de l'activité législative, en amont de l'action judiciaire et sous tutelle du pouvoir exécutif ». In ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », VII^e Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, p.3

¹³⁸⁵ *Id.*, pp.24-25

Médicament (EMA), la communauté européenne a établi une procédure centralisée d'évaluation des médicaments. Le Comité des spécialistes pharmaceutiques (CSP), qui administrait jusqu'alors la procédure de concertation et la procédure multi-États, devient le comité scientifique de l'EMA et assure l'administration de la procédure centralisée. Le système européen de régulation du commerce des médicaments comporte deux types de procédures aux effets équivalents, l'une centralisée et l'autre organisée autour de la reconnaissance mutuelle des évaluations nationales. L'administration de ces procédures résulte de l'activité d'une multitude d'agences nationales et d'une agence européenne coordonnées en réseau et pour qui « *la perception d'un état de concurrence administrative a constitué une force de plus en plus structurante* »¹³⁸⁶. De plus, l'évaluation des médicaments apparaît comme un « *face à face entre les pouvoirs publics et industriels* »¹³⁸⁷ ou privés¹³⁸⁸, et comme « *un enjeu autonome de la compétition entre États* » dans la mesure où « *les firmes peuvent peser sur la désignation de l'autorité qui délivrera la première AMM ou agira en tant que rapporteur au sein des procédures européennes* »¹³⁸⁹.

a. Les agences sanitaires : des autorités indépendantes administrant les procédures d'AMM

597. Les autorités de gestion du risque sanitaire apparaissent dans les années 1960¹³⁹⁰. Ces agences constituent des « segments administratifs autonomes, employant de nombreux spécialistes et chargés de conduire un travail de contre-expertise poussée sur chaque dossier d'enregistrement »¹³⁹¹. Afin de résoudre les problèmes de financement ayant conduit, dans les années 1980, au blocage de l'activité d'évaluation, les États ont choisi de créer des agences indépendantes. En Allemagne, en Grande Bretagne et en France, cette transformation statutaire permet « l'embauche de personnel hors des

¹³⁸⁶ *Id.*, p.36

¹³⁸⁷ *Id.* p.24

¹³⁸⁸ D'autres groupes d'intérêts, tels que les patients ou les consommateurs, sont consultés par les autorités publiques soit directement soit par voie de représentation par une association consacrée aux victimes d'une pathologie spécifique. En outre des groupes de professionnels de la santé se sont constitués en associations et publient des revues médicales indépendantes des financements industriels. Ces groupes, tels que les rédacteurs de la revue Prescrire, en France, ou Arzei-Telegram, en Allemagne, opèrent une surveillance citoyenne des agences sanitaires et dénoncent la trop grande permissivité des pouvoirs publics.

¹³⁸⁹ En effet, l'auteur précise que « *s'imposer comme un acteur majeur au niveau européen ou mondial, C'est, pour un État, être capable de faire prévaloir sa vision sanitaire, améliorer l'attractivité de son territoire pour les activités de recherche et obtenir des financements supplémentaires, puisque les agences sont partiellement ou totalement financées par des redevances payées par les industriels* ». *Id.*

¹³⁹⁰ BENAMOUZIG (D.) et BESANÇON (J.), « Les agences, alternatives administratives ou nouvelles bureaucraties techniques ? », *Horizons Stratégiques*, 2007-1, n°3, pp.10-24, spé.12. La première autorité administrative autonome française, c'est-à-dire la Commission de contrôle des banques, a été créée en 1941. cf. ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », *op. cit.*, p.2

¹³⁹¹ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, *op. cit.*, p.43

contraintes régissant la fonction publique », mais également de disposer d'un budget propre « financé directement par les redevances industrielles »¹³⁹² et de la capacité de réformer leurs procédures internes. La part du financement industriel dans le budget des différentes agences sanitaires varie d'un État à l'autre. Les agences suédoise et britannique sont totalement financées par des redevances industrielles, l'AFSSAPS est financé à 80 %, l'agence allemande (BfAM) à 30 %, l'EMA et son secrétariat à hauteur de 70 %¹³⁹³. En outre, la création des autorités administratives indépendante intervient dans le contexte d'une crise de la démocratie représentative¹³⁹⁴.

598. Le choix d'une forme indépendante d'autorité administrative permettrait une plus grande souplesse d'action et une meilleure adaptabilité vis-à-vis des transformations de la réglementation européenne¹³⁹⁵. Les AAI traduisent une transformation des modes d'interventions de l'État et un dépassement « du modèle d'une représentation institutionnelle » par un modèle de « représentation fonctionnelle des intérêts de la Nation » qui « ne garantit pas une séparation efficace des pouvoirs ni la stricte application de la Constitution, mais elle garantit une action efficace pour défendre les libertés publiques et les intérêts de tous »¹³⁹⁶. En France, l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments et des produits de santé (AFSSAPS), créée par la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, remplace l'agence française du médicament et centralise toutes les compétences relatives au contrôle des produits de santé. Le Statut de l'agence précise que « l'AFSSAPS garantit, au travers de ses missions de sécurité sanitaire, l'efficacité, la qualité et le bon usage de tous les produits de santé destinés à l'homme : médicaments et matières premières, dispositifs médicaux, dispositifs médicaux de diagnostics in vitro, produits biologiques d'origine humaine (produits sanguins labiles, organes, tissus, cellules, produits de thérapie génique et de thérapie cellulaire), produits thérapeutiques annexes, produits cosmétiques et biocides »¹³⁹⁷. La loi du 13 août 2004

¹³⁹² HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.51

¹³⁹³ *Id.*, p.24

¹³⁹⁴ « Face aux nouveaux enjeux démocratiques, à l'encadrement des rapports entre les citoyens et l'administration, face aux défis posés par l'économie de marché, par la sécurité publique ou par les services publics, le pouvoir exécutif a tranché en faveur d'un démembrement du pouvoir étatique ». ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs “éclipsés” par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », op. cit., p.4

¹³⁹⁵ *Id.*, p. 51

¹³⁹⁶ ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs “éclipsés” par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », op. cit., p.8

¹³⁹⁷ Article L 5311-1 du *Code de la santé publique*

relative à l'assurance maladie donne naissance à la Haute autorité de santé, autorité publique indépendante¹³⁹⁸, qui coordonne les missions de plusieurs agences¹³⁹⁹.

599. Le choix de cette forme institutionnelle a suscité de nombreuses critiques, celui-ci étant tantôt perçu comme un démembrement de l'État, un émiettement de l'action publique et un transfert de la décision publique depuis la sphère politique vers la communauté scientifique¹⁴⁰⁰, tantôt comme présentant le risque de l'autoritarisme hygiéniste¹⁴⁰¹. Les agences sanitaires disposent de compétences étendues en matière de contrôle de la commercialisation des produits de santé¹⁴⁰², leurs décisions demeurent soumises au contrôle juridictionnel des actes administratifs. L'indépendance institutionnelle des agences s'exprime également dans le fait que « le directeur général de l'agence, prend au nom de l'État, les décisions qui relèvent, en ce qui concerne les produits mentionnés, de la compétence de celle-ci » et que « les décisions prises par le directeur général en application du présent article ne sont susceptibles d'aucun recours hiérarchique »¹⁴⁰³. Néanmoins, cette indépendance n'est pas absolue et le ministre chargé de la santé peut, « en cas de grave menace pour la santé publique (...), s'opposer, par arrêté motivé, à la décision du directeur général et lui demander de procéder, dans un délai de

¹³⁹⁸ Les Autorités Publiques Indépendantes (API) constituent « le dernier stade de l'AAI » et bénéficient d'une « autonomie accrue ». Elles disposent de la personnalité juridique et appartiennent à « une catégorie de personne publique nouvelle que le législateur semble vouloir créer ». cf. DEGOFFE (M.), « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 31 mars 2008, n° 12, pp.622 et s.

¹³⁹⁹ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

¹⁴⁰⁰ « Afin de ne pas paraître trop interventionniste ou dirigiste et afin d'écarter toute suspicion quant à son impartialité, l'État fera le choix [avec les AAI] de faire faire à d'autres ce qu'il ne veut pas faire lui-même ». cf. RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ*, 1er Décembre 2001, n° 16, pp.2204

¹⁴⁰¹ TABUTEAU (D.), « Les agences sanitaires : balkanisation d'une administration défaillante ou retour de l'État hygiéniste ? », *Les Tribunes de la santé* 2003-1 n° 3, pp.34-46, spé., p.37 ; voy. ég. ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », *op. cit.*, pp.3-8, L'auteur précise : « Toujours plus autonomes, les AAI conditionnent l'exercice des contrepouvoirs : les membres des autorités (les hommes qui savent) ajoutent leur compétence à celle de nos élus. Notre République n'est alors plus seulement définie par les mandats électoraux de nos représentants et par le jeu des contrepouvoirs politiques. Elle est aussi celle des autorités indépendantes et de leurs compétences techniques, qui s'approprient la "chose publique" avec la seule légitimité de la connaissance ». In *ibid.*, p.2

¹⁴⁰² L793-11 : L'agence, dans l'accomplissement de ses missions, « procède ou fait procéder à toute expertise et à tout contrôle technique relatif aux produits et objets (...), aux substances entrant dans leur composition ainsi qu'aux méthodes de fabrication, de conditionnement, de conservation, de transport et de contrôle qui leur sont appliquées (...) Elle exécute le contrôle de qualité des analyses de biologie médicale et [de celles] permettant l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques et procède, à la demande des services concernés, à toute expertise technique nécessaire ; elle peut être chargée du contrôle de qualité d'activités utilisant des produits entrant dans son champ de compétence. Elle recueille les données scientifiques et techniques nécessaires à l'exercice de ses missions (...) Elle fournit au ministre chargé de la santé l'expertise qui lui est nécessaire en ce qui concerne les produits susvisés (...) participe à la préparation des textes législatifs et réglementaires (...) participe à l'action européenne et internationale de la France ».

¹⁴⁰³ Article L. 5322-2 du Code de Santé Publique

trente jours, à un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à ladite décision »¹⁴⁰⁴.

600. L'évaluation des produits et technologies de santé par les autorités publiques repose sur le principe éthique du rapport bénéfice/risque analysé selon trois critères : la qualité, la sécurité et l'efficacité thérapeutique des produits. Toutefois, les autorités évaluatrices doivent se situer dans un rapport dialectique entre la nécessité de prévenir le risque sanitaire et la nécessité de rendre le plus rapidement disponible de nouvelles solutions thérapeutiques pour les malades. Leur tâche consiste alors à décider de manière à concilier les intérêts parfois contradictoires de l'État, des industriels et des patients¹⁴⁰⁵. À ce titre, « la neutralité et l'efficacité des AAI sont à la source de leur légitimité organique »¹⁴⁰⁶. Pourtant, Marie-Charlotte Roques-Bonnet considère que « la transparence technique et normative qui caractérise les AAI ne garantit pas forcément leur neutralité politique : la tutelle exercée par le pouvoir exécutif sur ce réseau d'autorités, notamment en ce qui concerne le pouvoir de nomination, remet directement en cause l'hypothèse de la neutralité politique des autorités indépendantes »¹⁴⁰⁷. Ces structures administratives se légitiment ainsi « à rebours de la logique constituante » et traduisent un basculement « de la République des mandats politiques à celle des experts techniques, d'une légitimité institutionnelle présumée vers une compétence spéciale acquise »¹⁴⁰⁸. Cette logique de légitimation trahit déjà une certaine neutralisation politique des fonctions quasi normative et quasi juridictionnelle des AAI qui induit une transformation de la séparation des pouvoirs : « Fondamentalement rien ne change : les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont à la base de toute légitimité institutionnelle. Et tout change : face à des autorités publiques dont les membres sont réputés impartiaux, neutres, spécialisés et efficaces, une opposition politique peut-elle perdurer ? Face à des autorités structurant en leur sein l'équilibre des intérêts publics et privés et facilitant la collaboration de leurs représentants, “omniscients”, quel rôle devraient encore jouer les contrepouvoirs »¹⁴⁰⁹ ?

¹⁴⁰⁴ *Id.*

¹⁴⁰⁵ G. Marcou précise que ces autorités peuvent se définir comme « une fonction de la puissance publique qui tend à établir des compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques ». MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p.349 ; Telle est par ailleurs la nature de la fonction de régulation des AAI. Cette fonction « ne consiste pas à prendre en charge des activités, à fournir des prestations au public mais à encadrer le développement d'un secteur de vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres ». cf. CHEVALLIER (J.), « Réflexion sur l'institution des AAI », *JCPG.*, 1986, p.3254

¹⁴⁰⁶ ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs “éclipsés” par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », *op. cit.*, pp.3-4

¹⁴⁰⁷ *Id.*

¹⁴⁰⁸ *Id.*

¹⁴⁰⁹ *Id.*

601. Le dispositif d'évaluation repose sur la procédure d'Autorisation de mise sur le marché (AMM). Cette procédure s'ouvre par le dépôt d'un dossier d'AMM auprès d'une agence sanitaire nationale, par une firme. Celui-ci intervient après la réalisation des essais cliniques sur le produit ou la technique concernés. L'élément principal du dossier d'AMM est le résumé qui comprend des renseignements administratifs et le Résumé des caractéristiques des produits (RCP). Les trois autres parties du dossier d'AMM regroupent le détail des données et des recherches au fondement des rapports d'experts. Le RCP définit « la composition du produit, ses indications, ses contre-indications, ses effets secondaires et les précautions d'emploi »¹⁴¹⁰. Il comporte enfin les rapports des experts qui décrivent et évaluent les essais menés par les firmes¹⁴¹¹. La procédure d'évaluation mise en œuvre par les agences sanitaires se déroule en deux étapes. Une analyse est réalisée par des experts, internes ou externes à l'agence, sur la base du RCP et des données relatives aux essais cliniques fournies dans le dossier d'AMM. Ce rapport d'évaluation préalable sert de fondement à la délibération du comité scientifique qui décidera de l'autorisation de mise sur le marché. L'AMM est capitale pour les acteurs industriels dans la mesure où celle-ci sanctionne les investissements de recherche. L'enjeu n'est pas seulement l'accès au marché. En effet, le comité d'expert qui décide de l'aboutissement de la procédure d'AMM est compétent pour amender le RCP, c'est-à-dire modifier la liste des effets secondaires et, surtout, les conditions de prescription et d'emploi. Dans le cadre de système public d'assurance maladie, les conditions de prescription et d'emploi jouent un rôle important vis-à-vis de la fixation du prix ou du remboursement des médicaments, et donc vis-à-vis de leur situation concurrentielle sur le marché¹⁴¹². En d'autres termes, le comité d'expert de l'agence décide non seulement de l'accès au marché, mais aussi des conditions de la commercialisation. La rapidité de la décision est également importante pour les firmes qui souhaitent vendre leur produit le plus tôt possible afin de l'exploiter sous le régime exclusif du brevet sur une période de temps plus importante. Ces derniers adoptent des stratégies qui visent à mettre en concurrence les agences sanitaires nationales afin de satisfaire leurs intérêts économiques.

b. La mise en concurrence des procédures européennes et des agences nationales par les acteurs contrôlés

602. La forte internationalisation des firmes pharmaceutiques conduit à une dissociation progressive de leurs intérêts et de ceux des États dont elles pouvaient être

¹⁴¹⁰ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.21

¹⁴¹¹ *Id.*

¹⁴¹² *Id.*

originaires¹⁴¹³. Au sein du marché communautaire, les grands groupes pharmaceutiques résultent des fusions de firmes nationales implantées dans les principaux Etats européens. Or, comme le remarque Boris Hauray, « *la forte internationalisation des firmes modifie les enjeux économiques liés à l'évaluation des médicaments* » et il s'agit, dès lors pour les États, « *moins de défendre l'industrie nationale que d'encourager l'installation sur son territoire des activités de recherche des entreprises multinationales* »¹⁴¹⁴. L'avènement du système communautaire d'évaluation des médicaments modifie également les rapports de pouvoir entre les autorités de contrôles et les acteurs régulés. Ce système concrétise « *l'émergence d'un réseau administratif transnational* »¹⁴¹⁵ en matière de régulation du commerce des médicaments au niveau européen. Le système européen comprend « *deux niveaux de concurrence réglementaire* »¹⁴¹⁶. Il comprend en effet deux procédures, l'une centralisée,¹⁴¹⁷ qui fait intervenir l'EMA, l'autre décentralisée¹⁴¹⁸ et qui s'effectue devant les instances nationales. Les acteurs industriels ont donc le choix de l'une ou l'autre de ces procédures en fonction de leurs intérêts et de leurs stratégies. Il faut toutefois signaler que la procédure centralisée est obligatoire pour toutes nouvelles substances dont l'indication revendiquée concerne certaines maladies spécifiques¹⁴¹⁹ et tous les médicaments issus des biotechnologies¹⁴²⁰. En outre, ces deux procédures conduisent à une mise en concurrence, par les acteurs régulés, des autorités de contrôle, nationales et européennes.

¹⁴¹³ Les syndicats nationaux industriels sont constitués principalement des filiales des mêmes groupes. Parmi les dix-huit entreprises représentées au sein du conseil d'administration du syndicat pharmaceutique anglais, onze sont aussi membres du conseil d'administration du syndicat pharmaceutique français. cf. HAURAY (B), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.23

¹⁴¹⁴ *Id.*

¹⁴¹⁵ CADEAU (E.) *Le médicament en droit public : sur le paradigme juridique de l'apothicaire*, L'Harmattan, Paris, 2000, (512p.), p.390

¹⁴¹⁶ HAURAY (B), *L'Europe du médicament*, op. cit. p.24 et s.

¹⁴¹⁷ Directive 93/41 CEE du 14 juillet 1993 et le Règlement CEE du Conseil 2309/93 du 22 juillet 1993, JOCE n°L214 du 24 août 1993

¹⁴¹⁸ Directives 93/39 et 93/40 CEE du 14 juillet 1993

¹⁴¹⁹ En particulier le sida, un cancer, une maladie neurodégénérative, le diabète, les médicaments ayant le statut de médicaments orphelins, les maladies auto-immunes et les troubles du système immunitaire, les maladies virales.

¹⁴²⁰ Règlement CEE n° 2309/93 du Conseil, du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JO n°L214 du 24 août 1993, pp.1-21 ; Règlement CE n° 1662/95 de la Commission, du 7 juillet 1995, établissant certaines modalités de mise en œuvre des procédures décisionnelles communautaires en matière d'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain et vétérinaire, JO n°L158 du 8 juillet 1995, p.4-5 ; voy. LAURE (P.) et BINSINGER (C.), *Les médicaments détournés : crimes, mésusages, pratiques addictives, conduites dopantes, suicide, euthanasie*, Elsevier Masson, 2003, Paris, 233p., spé. p.10 ; voy.ég. sur les thérapies géniques et l'obligation de recourir à la procédure centralisée d'AMM, cf. CADEAU (E.), GRAVIER (A. des.), RICHEUX (J.Y.), « Le statut juridique des produits de thérapie cellulaire et génique », in AUBY (J.M.) et COUSTOU (F.) s.d., *Droit Pharmaceutique*, Paris, Litec, 1997, fasc. 61-70 ; CADEAU (E.), *Le médicament en droit public : sur le paradigme de l'apothicaire*, L'Harmattan, Paris, 2000, 512p, p.442

603. L'AMM centralisée est délivrée par la commission européenne après avis du comité des médicaments à usage humain de l'EMA. Elle intervient suite au dépôt d'un dossier d'AMM par une firme auprès de l'EMA et ouvre l'accès à l'ensemble du marché communautaire. La procédure décentralisée est une procédure qui se base sur la reconnaissance mutuelle de l'évaluation des médicaments entre les différents États membres de l'Union. Dans cette procédure, une AMM initiale est délivrée par une agence sanitaire nationale et ouvre l'accès au marché local de l'État concerné. La firme pourra, si elle souhaite commercialiser son produit sur le territoire de plus de deux États membres, faire procéder à la reconnaissance de l'évaluation initiale par les autres agences sanitaires nationales. Le pays qui délivre l'AMM initiale est qualifié de « *pays rapporteur* », car il élabore le premier rapport d'évaluation qui est ensuite soumis à la reconnaissance des autres agences nationales. Dans cette procédure décentralisée, l'EMA est informé par la firme. Toutefois, l'EMA n'intervient qu'exceptionnellement, lorsqu'une ou plusieurs autorités étatiques s'opposent à l'octroi de l'AMM pour un produit autorisé sur le territoire de l'État rapporteur. L'agence européenne peut être saisie pour arbitrer cette contestation. Les AMM centralisées et décentralisées disposent d'une validité qui est temporaire et doivent être renouvelées tous les cinq ans¹⁴²¹.

604. Le choix de la procédure constitue un enjeu stratégique pour les firmes pharmaceutiques comme pour les agences sanitaires. Pour les acteurs industriels, la procédure décentralisée présente deux avantages : la flexibilité et la rapidité. En effet, comme le remarque Boris Hauray à la suite d'interviews avec plusieurs industriels du secteur, « *certaines entreprises pensent que (...) la procédure centralisée rend plus difficile la gestion d'accords commerciaux que différentes firmes veulent passer sur un même produit* »¹⁴²². Ces derniers estiment également que la procédure décentralisée « *permet de vendre un produit rapidement sur un premier territoire et, tout en y vendant des médicaments, d'élargir ensuite le marché* »¹⁴²³. Enfin, la procédure décentralisée permet le maintien « *d'une logique de discussion et de négociation bilatérale (...) entre la firme et chaque autorité nationale* »¹⁴²⁴. À l'inverse, l'avantage essentiel de la procédure centralisée est qu'elle offre un accès immédiat à la totalité du marché européen. De plus, l'évaluation par le comité de l'EMA est réputée plus sévère que celles des agences nationales et présente à ce titre un gage de qualité. En ce qui concerne les agences nationales, le choix de la procédure est également un enjeu essentiel. En effet, les budgets

¹⁴²¹ Article 24 de la Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO, L311 du 28 novembre 2001, pp.67 et s.

¹⁴²² HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.157

¹⁴²³ *Id.*

¹⁴²⁴ *Id.*

des agences nationales dépendent directement des redevances industrielles versées au moment du dépôt du dossier d'AMM¹⁴²⁵. Il est vital pour chacune des agences nationales d'attirer un nombre important de demandes d'AMM afin de maximiser ses recettes et sa réputation. Être désigné comme État référent dans la procédure centralisée ou comme État rapporteur dans la procédure décentralisée représente un enjeu capital pour les agences nationales placées dans un rapport concurrentiel.

605. Comme le remarque Boris Hauray, « *la concurrence désigne ici le fait que les autorités nationales s'estiment en situation de rivalité avec leurs homologues pour obtenir un rôle de premier plan dans la régulation du médicament en Europe* »¹⁴²⁶. Dans cette perspective, on assiste à un phénomène de spécialisation des agences sur des domaines d'expertises particuliers relatifs à certaines molécules ou certaines maladies. On peut dès lors légitimement s'interroger sur le fait de savoir si « *ce système européen à plusieurs contrôleurs ne permet-il pas d'abord au contrôlé de diversifier ses stratégies d'évitement de la sanction ou de s'appuyer sur la concurrence pour promouvoir ses intérêts* »¹⁴²⁷ ? Les firmes profitent de ce « *marché européen des autorités sanitaires* »¹⁴²⁸ en établissant leurs stratégies sur les deux niveaux de concurrence réglementaire. Le choix de la procédure centralisée ou décentralisée permet de mettre en concurrence les niveaux nationaux et européen de régulation tandis qu'au sein de la procédure décentralisée le choix de l'évaluateur initial permet de mettre en concurrence les agences nationales entre elles.

606. De nombreux auteurs critiquent les effets néfastes de la concurrence réglementaire et militent en faveur d'une procédure centralisée unique d'évaluation des médicaments en Europe. La procédure décentralisée est présentée comme opaque et clientéliste¹⁴²⁹. Certains estiment que la concurrence produite par la procédure

¹⁴²⁵ Article 6-3 du Règlement 2309/93 CEE du Conseil, du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JO L n° 214, du 24 août 1993, p.1 et s.

¹⁴²⁶ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.36, pp.153-156 l'auteur explique : « *une autorité doit donc, pour avoir du poids, tenir compte des manières de faire des autres agences nationales et être éventuellement capable de contrer leurs arguments lors de délibérations collectives. De sa performance dépendent les produits finalement mis en vente sur son propre marché, mais aussi ses ressources puisque plus elle agira comme rapporteur/RMS plus elle percevra de redevances de la part des industriels* ». spé., p.153.

¹⁴²⁷ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.154

¹⁴²⁸ Id.

¹⁴²⁹ En effet, le règlement 2903/93 CEE du Conseil prévoit que les industriels versent les redevances directement aux agences sanitaires au moment du dépôt du dossier d'AMM. ; Voy. not, « La politique du médicament au service de l'industrie », *Revue Prescrire*, Juillet/Août 2002, tome 22, n° 230, pp.541-543 « Il faut redresser le cap de la politique du médicament à usage humain », *Revue Prescrire*, Juillet/Août 2002, Tome 22, n° 230, pp.5456 et s. ; sous le même titre Voy ég. *Revue Prescrire*, juin 2002, tome 22, n° 229, pp.460-463 ; « En pratique, la politique actuelle du médicament tourne le dos à la santé publique », *Revue Prescrire*, juin 2002, tome 22, n° 229, pp.464-466

décentralisée peut conduire à un nivellement par le bas des exigences sanitaires¹⁴³⁰. Elle conduit à une grande disparité des décisions nationales qui se basent sur des critères de décision peu homogènes et elle implique une dispersion de l'expertise au sein des diverses agences et une dilution de la responsabilité de ces dernières¹⁴³¹. Il existe en effet une grande disparité entre les pharmacopées nationales et les marchés du médicament qui y correspondent. Par exemple, en France, on dénombre plus de cinq mille produits de santé commercialisables alors que, d'une part, la liste des médicaments essentiels établie par l'OMS et révisée tous les deux ans n'en comporte que trois cent cinquante, et que, d'autre part un pays tel que le Danemark, qui dispose pourtant d'une espérance de vie moyenne par habitant supérieure à la moyenne Française, limite sa pharmacopée à cinq cents produits de santé¹⁴³².

2. Les fonctions quasi normative et quasi juridictionnelle des agences de sécurité sanitaire

607. Les agences sanitaires remplissent, outre leur fonction d'expertise et de conseil auprès des autorités politiques, des fonctions que l'on peut qualifier de « *quasi normatives* » et de « *quasi juridictionnelles* »¹⁴³³. La mission de police sanitaire¹⁴³⁴ remplie par les agences les conduit à interpréter et appliquer les normes qui encadrent les régimes des médicaments et des biotechnologies dans une perspective non contentieuse. En effet, ces dernières sanctionnent les procédures d'AMM par une décision qui peut moduler les conditions de commercialisation des produits de santé par l'amendement du RCP. Toutefois, par delà ces fonctions principales, le caractère consensuel de la procédure

¹⁴³⁰ *Revue Prescrire* Juillet/Août 2002, tome 22 n° 230, p.542 ;

Voy. ég. GARATTINI (S.) et BERTELE (V.), « Adjusting Europe's drug regulation to public health needs », *Lancet*, 2001, 358, pp.64-67 ; ABRAHAM (J.) et LEWIS (G.), *Regulating Medicines in Europe. Competition, expertise and public health*, Routledge London, New York, 2000, 243 p. ; BOUZT (C.) et ABADIE (E.), « L'Europe du médicament », *Revue Prescrire* 2002, 52, pp.510-514

¹⁴³¹ DE SCHUTTER (O.), « La procéduralisation du droit européen : propositions institutionnelles », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.347 et s.

¹⁴³² OMS, Aide-mémoire n°325, juin 2010, Les médicaments essentiels, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs325/fr/index.html>

¹⁴³³ ROQUES-BONNET (M.C.), « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », *op. cit.*, p1-2. L'auteur qualifie ces autorités de pouvoirs quasi législatif et quasi judiciaire et estime que cette reconfiguration des modes d'intervention de l'État déstructure la séparation des pouvoirs et représente une neutralisation des contrepouvoirs politiques dans la démocratie. Pour notre part, nous estimons que la qualification de ces pouvoirs et de ces fonctions, traduit parfaitement les écueils de ces modes d'organisation des pouvoirs dans la République. En effet, à la qualification de pouvoir quasi législatif répond le caractère quasi légitime de la représentation qui le fonde, et donc une part d'illégitimité. De même à la qualification de pouvoir quasi judiciaire correspond le caractère de quasi impartial, et donc la possibilité d'une forme de partialité politique de l'activité des experts.

¹⁴³⁴ LACRONIQUE (J.F.), *Santé publique*, Editions Lamarre, Paris, 2005 p.10 (183p.)

d'AMM et les négociations entre les évaluateurs et les participants qui en résultent, induisent une fonction latente de neutralisation des contradictions normatives.

a. Les fonctions principales : L'interprétation et l'application non contentieuse du droit de la bioéthique

608. Les agences sanitaires assurent une mission de police sanitaire. J Bonneau précise que « *l'agence exerce l'ensemble des fonctions de sécurité sanitaire, de l'expertise à la police* »¹⁴³⁵. En France, l'AFSSAPS est compétente pour désigner, parmi ces agents, des inspecteurs qui vérifient l'application des lois et règlements relatifs aux activités et aux produits de santé¹⁴³⁶. Ainsi, pour l'ensemble des produits prévus par l'article L.5311-1 (exL.793-1) du Code de Santé publique, l'AFSSAPS « *participe à l'application des lois et règlements relatifs à leur importation, aux essais, à leur fabrication, à leur exportation, à leur distribution en gros, à leur exploitation et leur mise sur le marché, à la publicité, à leur mise en service et à leur utilisation* »¹⁴³⁷. Elle peut ainsi contrôler que les recherches promues par les industries pharmaceutiques au sein d'établissements de santé respectent les droits des personnes participantes ou la réalité de l'intérêt thérapeutique direct, que les personnels qui réalisent les protocoles respectent les obligations qui leur incombent telle que l'obligation de recueil du consentement informé. L'EMA dispose de compétences identiques et peut également faire procéder à des inspections auprès des industriels, des établissements de santé et des laboratoires¹⁴³⁸.

609. L'évaluation des produits et technologies de santé s'effectue sur le fondement du principe éthique du rapport favorable entre le bénéfice attendu et le risque pour le patient. Cette évaluation se base sur une approche scientifique, mais a pu être aussi qualifiée de « *médico-économique* »¹⁴³⁹. Trois critères complémentaires d'appréciation sont utilisés par les comités d'AMM des agences pour évaluer le rapport bénéfice/risque du produit considéré : la qualité, la sécurité et l'efficacité des produits. On remarque également, en France, que le Comité de transparence de la Haute Autorité de Santé procède à une seconde évaluation des médicaments en vue de décider de leurs conditions de remboursement par le système d'assurance maladie. Cette évaluation s'opère sous l'égide

¹⁴³⁵ BONNEAU (J.), « Examen critique de la loi du 1er juillet 1998 relative à la sécurité sanitaire », *Gaz. Pal.* 23-24 oct. 1998, p.35

¹⁴³⁶ Article L.5311-1 du *Code de Santé Publique*.

¹⁴³⁷ CADEAU (E.), *Le médicament en droit public : sur le paradigme juridique de l'apothicaire*, op. cit., p.373

¹⁴³⁸ Voy. Directives 2001/20 CE et 2005/28 CE respectivement relatives aux essais cliniques et aux bonnes pratiques cliniques ; Directive 2004/9 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004 et la directive 2004/10 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004

¹⁴³⁹ CULINE (L.), BELDA (E.) et BERNEUR (C.), *Mémento de la recherche biomédicale portant sur un médicament à usage humain*, Springer, Paris, 2009, (127p.), p.34

non seulement du principe éthique du rapport favorable bénéfice/risque, mais également sous l'égide du principe économique du rapport favorable entre coûts/efficacité. Il est important de préciser que ces critères complémentaires participent à l'interprétation de la norme substantielle que constitue le principe éthique du rapport bénéfice/risque. On ne peut nier en effet que le travail d'évaluation mené par les agences est également un travail d'interprétation et de sanction des normes juridiques, substantielles et procédurales, qui encadrent le régime complexe des biotechnologies et des produits de santé. Les agences participent ainsi à la formulation du sens des normes juridiques et déterminent les conséquences concrètes qui découlent de leur application ou de leur violation. Si elle prend l'apparence à la fois d'une décision administrative et d'un avis scientifique, l'évaluation repose sur l'interprétation des concepts juridiques et constitue une décision qui affecte leur effectivité et leur sens¹⁴⁴⁰.

610. Les agences sanitaires produisent dans cette perspective des « *lignes directrices* » qui guident leur travail d'évaluation. La construction d'un réseau européen d'administrations indépendantes a créé les conditions de « *la confrontation des pratiques nationales [qui] a permis l'homogénéisation des compétences et des pratiques, la formalisation de normes communes, la définition de règles de collaboration* »¹⁴⁴¹. L'EMA précise que ces lignes directrices concernent trois domaines et comprennent les *Good manufacturing practice* (GMP), *Good clinical practice* (GCP) et les *Good laboratory practice* (GLP). Ces guides de bonnes pratiques et les lignes directrices qui guident l'interprétation de l'agence européenne s'appuient sur des fondements juridiques spécifiques¹⁴⁴². Ces guides de bonnes pratiques sont, dans l'ordre juridique communautaire, de nature réglementaire. Néanmoins, au sein des systèmes juridiques nationaux l'élaboration des bonnes pratiques en matière de production des médicaments dénote un déplacement du pouvoir réglementaire depuis le pouvoir exécutif vers les autorités sanitaires. En effet, « *alors que celles-ci étaient arrêtées par le ministre en charge de la*

¹⁴⁴⁰ Au niveau communautaire la responsabilité de la décision administrative appartient à la Commission des communautés européennes qui est dotée d'une compétence d'exécution en matière d'autorisation de mise sur le marché, tandis que l'avis scientifique est rendu par le comité des médicaments à usage humain de l'EMA.

¹⁴⁴¹ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.61

¹⁴⁴² Les GCP se fondent sur les directives 2001/20 CE et 2005/28 CE respectivement relatives aux essais cliniques et aux bonnes pratiques cliniques. Les GCP se réfèrent également aux textes internationaux relatifs à la déontologie médicale, notamment la *Déclaration d'Helsinki*. Les GMP se fondent sur la directive 2003/94 CE du 8 octobre 2003 et la directive 91/412 CEE du 23 juillet 1991. Enfin les GLP se fondent sur la directive 2004/9 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004 et sur la directive 2004/10 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004 ; sur les bonnes pratiques de fabrication des médicaments : cf. LE HIR (A.), CHAUMEIL (J.C.) et BROSSARD (D.), *Pharmacie galénique, Bonnes pratiques de fabrication des médicaments*, op. cit., pp.1-36 ; voy. ég. MAURAIN (C.) et VIALA (G.), « Les bonnes pratiques dans le domaine de l'industrie pharmaceutique », in AUBY (J.M.) et COUSTOU (F.), *Droit pharmaceutique*, Litec, 1997, Paris, fasc. 31-10 ; CADEAU (E.), *Le médicament en droit public : sur le paradigme juridique de l'apothicaire*, op. cit., p.347 et s.

santé sur proposition de l'AFSSAPS, elles font désormais l'objet d'une décision du Directeur général de l'AFSSAPS »¹⁴⁴³. Cette délégation de pouvoir permet aux agences d'harmoniser les lignes directrices et les guides de bonnes pratiques plus rapidement, en fonction des problèmes concrets rencontrés au cours de l'évaluation des médicaments et de la pratique des autres agences sanitaires du réseau européen. Comme le remarque Boris Hauray, « ces lignes directrices ont conduit parallèlement à une convergence, dans tous les pays, des conditions d'évaluation par un rapprochement, en amont, des pratiques industrielles »¹⁴⁴⁴. En effet, les acteurs industriels « ont tout intérêt à se conformer scrupuleusement à ces guides pratiques (...) pour faciliter l'obtention de l'AMM »¹⁴⁴⁵.

b. La fonction latente des AAI : la neutralisation
procédurale des contradictions normatives

611. Outre leur fonction principale, qui consiste à interpréter et appliquer les normes procédurales et substantielles qui encadrent le régime des médicaments et des biotechnologies, les agences sanitaires remplissent également une autre fonction de neutralisation des contradictions normatives. Cette seconde fonction est latente ou incidente dans la mesure où elle résulte des méthodes d'interprétation et d'évaluation sans être pourtant explicitement recherchée. À ce titre, Boris Hauray fait état des largesses interprétatives dont bénéficient ces agences. L'auteur, après avoir décrit l'apparente simplicité des dispositions du code communautaire relatives à l'évaluation des médicaments, précise que « cette simplicité n'est qu'apparente et les exigences réelles des évaluateurs européens ne se laissent pas facilement appréhender »¹⁴⁴⁶. En effet, ces exigences sont « transcrites dans les lignes directrices, mais elles se manifestent aussi dans la pratique même de l'évaluation puisque les acteurs disposent toujours de marges de manœuvre dans l'application des règles : certaines dispositions ou interdictions peuvent ne pas être effectivement mises en œuvre, et, à l'inverse, des normes qui ne sont pas formellement contraignantes peuvent avoir force de loi »¹⁴⁴⁷. Compte tenu de l'opacité qui entoure les procédures de mise sur le marché et l'absence de publicité des rapports d'évaluation, il est difficile d'apprécier l'impact de ces interprétations sur l'effectivité du dispositif global de régulation des produits sanitaires. Il faut toutefois s'interroger sur l'ampleur du pouvoir attribué à ces administrations dans l'application et l'interprétation

¹⁴⁴³ AFSSAPS, Bulletin officiel n° 2011/8 bis, Fascicule spécial, « Les Bonnes pratiques de fabrication », p.12 (230p.) ; cf. Articles 4 et 9 de l'ordonnance n°2005-1087 du 1er septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire.

¹⁴⁴⁴ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.63

¹⁴⁴⁵ Id.

¹⁴⁴⁶ Id., p.140

¹⁴⁴⁷ Id.

des normes juridiques du droit de la bioéthique et sur les modalités de contrôle de ce pouvoir.

612. En effet, si certains litiges relatifs à un refus, au retrait ou au renouvellement d'AMM sont apparus devant les juridictions nationales et communautaires, ceux-ci demeurent rares, voire exceptionnels. Devant la Cour de justice de l'Union européenne, la majorité des affaires consistent en des renvois à titre préjudiciel. Ces questions préjudicielles concernent la qualification de certains produits en tant que médicaments ou en tant qu'aliments¹⁴⁴⁸, ou portent, dans le cadre des procédures simplifiées d'AMM, sur la similarité d'un produit référent qui bénéficie déjà d'une AMM dans un État membre de l'Union avec celui qui fait l'objet d'une demande d'autorisation d'importation parallèle¹⁴⁴⁹ ou d'une demande d'AMM pour un générique¹⁴⁵⁰. Lorsque les firmes forment des recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un refus ou un retrait d'AMM, ceux-ci visent principalement à préciser les compétences respectives des États membres et de la Commission dans le cadre de la procédure décentralisée¹⁴⁵¹.

613. La rareté des recours en annulation, devant les juridictions nationales et européennes, s'explique également par des raisons structurelles. Boris Hauray remarque à

¹⁴⁴⁸ CJCE arrêt du 9 juin 2005, décision préjudicielle, affaires jointes C-211/03, C-299/03 et C-316/03 à C-318/03

¹⁴⁴⁹ CJCE, arrêt du 8 mai 2003, décision préjudicielle, affaire C-15/01 ; CJCE, arrêt du 8 mai 2003, décision préjudicielle, Aff. C-113/01. La Cour considère notamment : « *Les articles 28 CE et 30 CE s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle le retrait, à la demande de son titulaire, d'une autorisation de mise sur le marché de référence implique, pour cette seule raison, le retrait de l'autorisation d'importation parallèle accordée pour le médicament en cause. En revanche, ces dispositions ne s'opposent pas à des restrictions aux importations parallèles du médicament en cause s'il existe effectivement un risque pour la santé des personnes en raison du maintien dudit médicament sur le marché de l'État membre d'importation* ».

¹⁴⁵⁰ CJCE, arrêt du 18 juin 2009, Aff. C-527/, *Generics UK Ltd c. Licensing Authority*. La Cour considère : « *Un médicament, tel que le Nivalin en cause au principal, ne relevant pas du règlement CE n°726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance et qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, et dont la mise sur le marché d'un État membre n'a pas été autorisée conformément au droit communautaire applicable, ne peut pas être considéré comme un médicament de référence au sens de l'article 10, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004* ».

¹⁴⁵¹ Dans l'affaire *Commission c. Artégodan E.A.*, la Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal de première instance qui a annulé le retrait des autorisations de mise sur le marché des médicaments à usage humain contenant respectivement de la phentermine, de l'amfepramone et d'autres substances anorexigènes. La Cour a considéré que les décisions de la Commission, qui se fondaient sur une interprétation extensive de l'article 15 bis de la directive 75/319 relatif à la procédure harmonisée d'autorisation de mise sur le marché, était dépourvues de base légale dans la mesure où les AMM concernées par les décisions de la Commission avaient été initialement octroyées dans le cadre de procédures exclusivement nationales et demeuraient l'objet de la compétence exclusive des États membres. CJCE, arrêt du 24 juillet 2003, Aff. C-39/03 P, *Commission c. Artégodan E.A.* ; voy. ég. TPICE, du 28 janvier 2003, Aff. T-147/00, *Laboratoires Servier c. Commission européenne*

ce titre que la « *procédure judiciaire constitue une “arme atomique” tant par son coût, son impact sur l’image des protagonistes et par ses conséquences possibles sur les relations des deux acteurs* », dans la mesure où les industriels « *ont besoin de garder la confiance des autorités sanitaires puisqu’elles auront d’autres médicaments à faire enregistrer* »¹⁴⁵². En effet, le caractère consensuel de la procédure et le contexte concurrentiel dans lequel sont situées les agences sanitaires encouragent la formation d’une relation de partenariat avec les firmes pharmaceutiques. Ce partenariat est nécessaire dès l’origine de la procédure puisque la firme est seule productrice et détentrice de données empiriques sur la molécule qu’elle souhaite mettre sur le marché. Il est d’ailleurs fréquent que les firmes pharmaceutiques sollicitent de la part des agences sanitaires, préalablement à la constitution du dossier d’AMM, des avis et des conseils scientifiques afin de mieux satisfaire leurs exigences. Les comités d’évaluation des agences peuvent demander des compléments d’information. Ces demandes ont pour effet de suspendre la procédure, et la firme, pour qui chaque jour de commercialisation représente des enjeux financiers importants, a tout intérêt à les satisfaire rapidement.

614. Hormis le caractère consensuel et dialogique de la procédure, où la confiance entre les régulateurs et les régulés joue un rôle déterminant, le caractère technico-scientifique de l’évaluation conduit souvent à méconnaître certains enjeux éthiques et à neutraliser certaines contradictions normatives. Par exemple, l’évaluation du rapport bénéfice/risque du point de vue de l’efficacité donne lieu à des choix non seulement scientifiques et techniques, mais également éthiques. En effet, l’efficacité d’une molécule est évaluée comparativement à un traitement alternatif. Le choix du traitement alternatif vis-à-vis duquel l’efficacité du produit évalué est comparée n’est pas un choix scientifique, mais un choix d’opportunité, un choix stratégique. Dans la mesure où ce sont les firmes qui réalisent les essais cliniques qui visent à déterminer l’efficacité de leur produit, ces dernières sont enclines à comparer cette efficacité par rapport à l’effet placebo et non pas par rapport aux molécules concurrentes sur le marché des médicaments. Dans ce contexte, l’efficacité du produit évalué aura de grandes chances de présenter un rapport bénéfice/risque favorable et les agences sanitaires ne disposent ni des personnels ni des moyens pour mener de nouvelles études comparatives. Une telle procédure d’évaluation conduit à vider de son sens le principe éthique du rapport bénéfice/risque puisqu’elle tend à comparer l’efficacité d’un produit sur la base du rapport entre un risque zéro et une efficacité nulle. Elle suppose en outre de draper de l’objectivité scientifique des choix stratégiques éminemment subjectifs et arbitraires réalisés dans la production des informations empiriques relatives à une molécule.

¹⁴⁵² HAURAY (B.), *L’Europe du médicament*, op. cit., p.140

615. Le contrôle juridictionnel des procédures d'AMM et des décisions des agences sanitaires est susceptible de mettre en lumière de tels dysfonctionnements dans la mesure où le contrôle du juge ne concerne pas exclusivement les prétentions juridiques des parties, mais vise également à assurer le respect des principes éthiques consacrés par le droit objectif. En ce sens, le contrôle par les juges des décisions d'AMM doit permettre une évaluation éthique des modalités de l'évaluation technico-scientifique des médicaments. La Cour de justice de l'Union a cependant précisé, dans une décision préjudicielle du 1er janvier 1999, que « *le droit communautaire n'impose pas aux États membres d'instaurer une procédure de contrôle juridictionnel des décisions nationales de retrait des autorisations de mise sur le marché de spécialités pharmaceutiques, habilitant les juridictions nationales compétentes à substituer leur appréciation des éléments de fait, et notamment des moyens de preuve scientifique utilisés à l'appui de la décision de retrait, à celle des autorités nationales compétentes en matière de retrait des autorisations de mise sur le marché* »¹⁴⁵³. La Cour précise ainsi la possibilité pour les juridictions nationales de se contenter d'un contrôle de l'activité des agences de sécurité sanitaire, strictement formel et centré sur les intérêts de la partie demanderesse. L'appréciation des éléments de preuves scientifiques et techniques apparaît comme une compétence souveraine du réseau des AAI. La Cour affirme, de plus, que « *le droit communautaire n'exige pas que la juridiction nationale saisie d'un recours en annulation contre une décision de retrait d'une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique déterminée statue sur celui-ci en prenant en compte tout élément d'appréciation scientifique pertinent révélé après l'adoption de cette décision* »¹⁴⁵⁴. Mais, dès lors, comment les juridictions nationales pourraient-elles apprécier, au regard du respect des principes bioéthiques, les fonctions quasi normative et quasi juridictionnelle des autorités sanitaires ? Un tel contrôle juridictionnel n'apprécie pas les modalités de l'évaluation des médicaments ni les preuves scientifiques, fournies aux agences sanitaires par les industriels, au regard d'un concept juridique de risque sanitaire, lui même formulé au regard de principes éthiques et démocratiques promus par les lois bioéthiques. Au contraire, ce type de contrôle présume la conformité de l'activité des agences et des modalités de l'évaluation scientifique à ces principes éthiques. Comment, en opérant un tel contrôle formel, le juge peut-il apprécier, rétrospectivement et qualitativement, l'activité et les décisions des agences sanitaires au regard des droits fondamentaux qui fondent l'impératif de sécurité sanitaire ?

616. À cette autolimitation du contrôle juridictionnel par le juge communautaire s'ajoute une contrainte procédurale qui neutralise l'appréciation de l'activité des agences

¹⁴⁵³ CJCE, arrêt du 1er janvier 1999, décision préjudicielle, Aff. C-120/97

¹⁴⁵⁴ *Id.*

sanitaires au regard des principes éthiques promues par les droits fondamentaux de l'Union. En effet, seul le destinataire individuel à qui la décision administrative est affectée dispose d'un droit de recours à son encontre. La jurisprudence communautaire a rappelé, en 2011, que le défaut d'affectation individuelle d'une décision administrative individualisée rend le recours irrecevable¹⁴⁵⁵. Les firmes pharmaceutiques disposent, en quelque sorte, d'une position dominante au regard de l'opportunité du contrôle juridictionnel de l'activité des agences sanitaires et adoptent des stratégies judiciaires qui préservent l'indépendance de ces agences au regard du pouvoir judiciaire. Les associations de consommateurs et de malades qui souhaiteraient accélérer la modification du RCP d'un médicament en raison de nouvelles preuves scientifiques ou les particuliers qui, suite à la consommation, dans les conditions d'utilisations normales, d'un médicament disposant d'une AMM, subiraient un dommage grave qui n'est pas prévu dans la liste des effets secondaires, ne disposent d'aucun recours contre la décision d'Autorisation de mise sur le marché alors même qu'ils sont les destinataires finaux qu'ont vocation à protéger ces procédures d'évaluation de la qualité des produits. L'appareil institutionnel et le dispositif procédural d'évaluation des médicaments ne sont pas contrôlés par les juges en fonction des principes substantiels qui fondent la légitimité axiologique et la légalité de cet appareil et de son activité. De ce fait, les interprétations neutralisantes des principes éthiques et des contradictions normatives produites par les agences au cours des procédures consensuelles d'autorisation de mise sur le marché se perpétuent dans l'ordre juridique sans pouvoir être intégralement perçues et traitées par les juridictions. Au sein des organisations internationales d'autres types d'instances administratives produisent également des interprétations des concepts indéterminés des normes de leur système juridique qui vise à prévenir et neutraliser les contradictions normatives.

B. La gouvernance invisible : Le rôle des comités de l'OMC dans l'interprétation des concepts indéterminés

617. Les organisations internationales disposent de structures institutionnelles plus ou moins développées et diversifiées. Le système institutionnel de l'OMC comprend une architecture composée de la Conférence générale des États membres, organe doté du pouvoir législatif, du Conseil général qui se réunit sous deux formes différentes¹⁴⁵⁶, de trois Conseils spécifiquement consacrés au GATT, à l'AGCS et à l'ADPIC. Outre cette

¹⁴⁵⁵ TPICE, Affaires 478/10, 479/10, 480/10 et 481/10 du 11 avril 2011

¹⁴⁵⁶ Le Conseil général se réunit en tant qu'organe de règlement des différends et en tant qu'organe d'examen des politiques commerciales des États membres. Il est important de remarquer que la forme sous laquelle se réunit le conseil général, et donc les compétences et pouvoirs qu'il exerce, varient en fonction de la procédure qu'il est amené à superviser.

structure principale, l'OMC s'est dotée d'une structure administrative riche et complexe composée de 35 comités et autres groupes de travail. Au sein de cette structure administrative, le comité SPS est spécifiquement consacré à la surveillance et la mise en œuvre de l'Accord SPS. Ce comité fonctionne selon des procédures qu'il a lui-même élaborées et remplit trois rôles principaux d'échange d'information, d'harmonisation des normes techniques qui affectent le commerce international, et d'interprétation des normes de l'OMC ou de construction du sens des concepts indéterminés.

1. Le comité SPS : une structure administrative de mise en œuvre de l'accord SPS

618. Les comités de l'OMC constituent des organes administratifs qui veillent à la mise en œuvre des accords de l'OMC. Ceux-ci interviennent dans tous les domaines couverts par les accords de 1995. La participation à ces divers comités est ouverte à tous les membres de l'OMC. La pratique des comités indique que ces derniers accueillent les représentants d'organisations internationales gouvernementales et non-gouvernementales et leur accordent un statut d'observateur *ad hoc* ou permanent. On trouve parmi ces observateurs les organisations avec qui l'OMC tente de construire des partenariats afin de diversifier et centraliser l'expertise au sein de l'organisation et en tant que source de légitimité¹⁴⁵⁷ : la Banque mondiale, le FMI, l'ONU et ces institutions spécialisées, l'OMS, les organismes internationaux de normalisation technique. La doctrine analyse l'apparition et le développement de ces comités spécialisés comme participant au changement de rôle de l'organisation « *from a forum for the creation and enforcement of binding legal commitments to an institution for the supervision, monitoring, and management of (certain aspects of) the international trading system* »¹⁴⁵⁸.

619. Les comités supervisent la mise en œuvre des accords de l'OMC. À cette fin, ils recueillent les notifications des États relatives aux nouvelles mesures qu'ils comptent adopter. Les comités compilent les informations sur les mesures étatiques qui affectent les aspects du commerce couverts par les accords. Ils veillent à la ratification des textes légaux adoptés par l'organisation. Ils adoptent des décisions par consensus et édictent des recommandations, des directives et des avis à l'adresse des États membres. Ces actes ne sont pas contraignants et n'ont aucun impact immédiat sur les obligations que les États sont tenus de respecter en vertu des traités. La doctrine, rare sur le sujet, considère que l'analyse des débats au sein des comités de l'OMC « *paint a frankly uninspiring and relatively bland*

¹⁴⁵⁷ KELLY (C.), « Value vacuum : Self-enforcing regimes and the dillution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.601

¹⁴⁵⁸ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.576

*picture of long and inconclusive discussions, and few concrete decisions with little by way of immediate consequences »*¹⁴⁵⁹.

620. Le comité SPS est institué par l'article 12 de l'accord SPS. Cet article dispose notamment que le comité « *exercera les fonctions nécessaires à la mise en œuvre des dispositions du présent accord et à la réalisation de ses objectifs, en particulier pour ce qui est de l'harmonisation* »¹⁴⁶⁰. Le comité SPS organise les consultations et négociations spéciales entre les États membres et fait procéder à des études techniques afin de promouvoir la convergence des approches nationales et internationales en matière de normalisation relative aux produits alimentaires¹⁴⁶¹. Le comité prend ses décisions par consensus¹⁴⁶² et décide de ses propres procédures de fonctionnement. Il élabore et met en œuvre les procédures de surveillance du processus d'harmonisation internationale et coordonne ses efforts avec ceux des organisations internationales compétentes¹⁴⁶³. Andrew Lang et Joanne Scott précisent que les règles de procédures de ces comités « *are only very thinly specified in their constituent documents so that each is broadly empowered to determine its own rules of procedure as it sees fit* »¹⁴⁶⁴. Le comité SPS apparaît à ce titre « *a creature of its own making* » et l'étude de celui-ci « *is a study in institutional practice rather than a study in static institutional form* »¹⁴⁶⁵. Ces auteurs considèrent que c'est précisément dans l'accomplissement quotidien de ces séries d'actions et de discussions que les représentants des États, des organisations internationales et de divers intérêts s'informent mutuellement et construisent des conceptions convergentes et non exclusivement économiques des problèmes de gouvernance du commerce international¹⁴⁶⁶.

621. Le comité SPS constitue un forum de discussion susceptible de centraliser l'expertise disponible, notamment scientifique, sur le contrôle sanitaire des produits commercialisés. La participation d'observateurs institutionnels ou privés aux travaux du comité permet une transmission directe de cette expertise aux États. Ces derniers sont, en outre, capables d'envisager leurs réglementations du point de vue des effets externes qu'elles produisent sur les relations commerciales qu'ils entretiennent avec les autres membres de l'OMC. Les discussions au sein du comité permettent un traitement non contentieux et négocié de certaines contestations relatives aux mesures sanitaires de

¹⁴⁵⁹ *Id.*

¹⁴⁶⁰ Article 12-1 de l'Accord SPS. L'article s'intitule « *administration* ».

¹⁴⁶¹ Article 12-2 et 3 de l'Accord SPS

¹⁴⁶² Article 12-1 de l'Accord SPS

¹⁴⁶³ Article 385 de l'Accord SPS

¹⁴⁶⁴ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n°3, pp.590-591

¹⁴⁶⁵ *Id.*

¹⁴⁶⁶ *Id.*, p.581

certaines États. Le caractère consensuel des procédures du comité se distingue de la procédure contentieuse mise en œuvre par l'ORD. Le comité SPS illustre le caractère coopératif des relations interétatiques quotidiennes au sein de l'organisation et dénote le rôle de coordination, de synchronisation et de pilotage que remplit sa structure administrative.

2. Les fonctions du comité SPS

622. Le comité SPS, à l'image des autres comités de mise en œuvre des accords, remplit trois fonctions. Ces fonctions s'expriment par les diverses procédures que le comité élabore et met en œuvre. Il organise l'échange d'informations entre les États membres sur leurs mesures sanitaires et phytosanitaires. Il constitue un forum de discussion entre les membres et les acteurs institutionnels du système juridique international sur des problèmes spécifiques liés au contrôle sanitaire des produits. Le comité pilote les relations entre les États et les organismes internationaux de normalisation et promeut l'harmonisation des réglementations sanitaires nationales et internationales. Enfin, le comité assure également une fonction normative. Il concourt notamment à forger des communautés interprétatives entre les acteurs du commerce international. Il produit, à ce titre, des interprétations des concepts indéterminés contenus dans les normes du droit de l'OMC qui, sans être dotées d'une force normative, participent à la formation des interprétations juridictionnelles de l'OMC comme à l'élaboration de normes futures par la Conférence générale. Dans cette perspective, le comité constitue un site de gouvernance peu ostensible qui favorise le règlement non contentieux des différends entre États et participe à l'élaboration des interprétations du système juridique de l'OMC par son organe de règlement des différends. Le comité apparaît, dans ce contexte, producteur de procédures qui préviennent les conflits et anticipent la neutralisation de certaines contradictions normatives.

a. L'échange d'informations et la construction de la confiance entre les acteurs

623. L'échange d'informations entre États et avec les représentants des organisations internationales compétentes en matière commerciale et sanitaire se concrétise par la procédure de notification et par l'organisation de discussions, lors de chaque réunion ordinaire, sur les problèmes commerciaux spécifiques que les membres souhaitent aborder¹⁴⁶⁷. L'accord SPS prévoit l'obligation, pour les États parties, de désigner l'autorité

¹⁴⁶⁷ KENNEDY (K.C.), « Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in WTO : Lessons and Future Directions », *Food and Drug Journal*, 2000-1, vol.55, p.89 (81-104)

nationale compétente pour notifier les mesures nouvelles ou les modifications de mesures existantes susceptibles d'emporter un effet négatif sur le commerce des produits et qui ne seraient pas conformes aux normes et recommandations internationales¹⁴⁶⁸. Ces discussions sur les problèmes spécifiques¹⁴⁶⁹ sont souvent le prélude à l'octroi d'une assistance technique entre les membres ou de la part d'une organisation internationale ayant le statut d'observateur. Dans cette situation, le comité opère « *as a multilateral forum in which Members are called upon to explain and justify their (proposed) regulations* »¹⁴⁷⁰.

624. Par exemple, le comité a discuté la nécessité de mesures européennes visant à suspendre les importations de certains fruits et légumes en provenance de certains pays africains dans lesquels avaient été établis soudainement de nombreux cas de choléra¹⁴⁷¹. La requête avait été soulevée par la Tanzanie, soutenue par les représentants de l'OMS, auprès du comité afin que ce dernier examine lesdites mesures. Au cours des discussions, les représentants de l'OMS intervinrent pour faire valoir que des cas de choléra étaient repérés dans plus de la moitié des États et que le risque de transmission de la maladie par la consommation de fruits importés était insignifiant¹⁴⁷². Les représentants de l'OMS précisèrent que la mesure européenne consistant en une interdiction totale d'importation n'était pas nécessaire au regard du risque envisagé¹⁴⁷³. Par la suite, des représentants de l'OMS assistèrent les États concernés au cours de leurs consultations. Comme le remarque la doctrine, « *though the EU objected that WHO intervention was not appropriate, it removed the measure following consultations and reassurances that the necessary guarantee to protect public health was in place* »¹⁴⁷⁴. La résolution non contentieuse du différend entre les Communautés européennes et la Tanzanie accompagnée de certains pays africains visés par l'embargo a permis d'éviter l'engagement d'une procédure devant l'ORD par les États lésés. Toutefois, la résolution amiable du différend, au sein du comité SPS, n'a pas rendu possible le traitement juridictionnel des questions juridiques soulevées

¹⁴⁶⁸ OCDE, *L'impact des réglementations sur le commerce des produits agroalimentaires : les accords sur les obstacles techniques au commerce (OTC) et l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)*, Publication de l'OCDE, 2004, 175p., p.33 et s

¹⁴⁶⁹ *Id.* p.31

¹⁴⁷⁰ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.592

¹⁴⁷¹ Voy. LOPPACHER (L.J.), KERR (W.A.) et BARICHELLO (R.R.), « The Debate on Improving Implementation of the Regionalization Chapter of the SPS Agreement : Real Problems or Disguised Protectionism », *Journal of World Trade*, 2007, n°41, pp.667-682, spé. p.673 et s

¹⁴⁷² OMC, Doc. G/SPS/R/10, §55 et s. « *Although there is a theoretical risk of Cholera transmission associated with some food commodities moving in international trade, this has rarely proved significant and authorities should seek means of dealing with it other than by applying an embargo on importation* ».

¹⁴⁷³ *Id.* §57

¹⁴⁷⁴ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, pp.592 et s ; voy. OMC. Doc G/SPS/R/11, §19 ; OMC Doc. G/SPS/GEN/204/Rev.5/Add.3, §55-56

par le litige¹⁴⁷⁵, notamment en termes de conflits de normes. Le comité estime qu'à sa connaissance, parmi les deux cent quarante-cinq requêtes portées à propos d'un problème commercial spécifique, soixante-quinze ont donné lieu à une solution amiable et dix-huit à une solution partielle¹⁴⁷⁶.

625. La résolution de ces différends peut consister en un ajustement de la mesure étatique et concerne souvent des détails techniques de la réglementation contestée¹⁴⁷⁷. Elle peut également résulter de la suspension de l'application de la mesure ou d'un report de son entrée en vigueur afin de laisser à ces partenaires un délai d'adaptation. Inversement, la mise en réseau des différents acteurs institutionnels au sein du comité SPS favorise l'assistance technique des États afin que ceux-ci puissent se conformer aux règles de la normalisation internationale et aux standards élevés qui conditionnent l'accès aux marchés des pays occidentaux¹⁴⁷⁸. D'un point de vue général, les procédures d'échange d'informations et de consultation sur des problèmes spécifiques mises en œuvre dans le comité SPS, comme dans d'autres comités de l'OMC, permettent de construire des relations de confiance entre les différents États membres et avec les organisations internationales qui participent aux travaux des différents comités. Comme le remarquent observateurs : « *raising of specific trade concern often operates as a catalyst for close cooperation between representatives of the Member States concerned. It may lead to inspection visits, and to an increase in understanding and knowledge of the protection systems in place in other states, or to the establishment of a joint working group* »¹⁴⁷⁹.

626. Si les résolutions amiables, favorisées par les procédures du comité SPS¹⁴⁸⁰, neutralisent la matérialisation devant le juge de l'OMC de certaines contradictions

¹⁴⁷⁵ OCDE, *L'impact de la réglementation sur le commerce de produits agroalimentaires : les accords sur les obstacles techniques au commerce et l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Publications de l'OCDE, 2004, (175p.), p.96 « *L'intervention auprès du Comité SPS permet aux Membres de réagir aux mesures SPS présentées par d'autres pays, et de porter devant le comité des cas de violations potentielles de l'accord. Ces interventions de pays tiers auprès du comité constituent l'un des instruments les plus puissants sur le plan de la réduction des restrictions et du développement des échanges. Il s'agit en effet d'un canal relativement bon marché et discret pour discuter de problèmes sans s'engager immédiatement dans la procédure de règlement des différends. Une telle intervention peut conduire à la levée des barrières commerciales de la part d'un pays importateur, en réponse à une demande de modification ou de clarification de la part d'un exportateur* ».

¹⁴⁷⁶ OMC Doc. G/SPS/GEN/204/Rev.8, §8.

¹⁴⁷⁷ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.593

¹⁴⁷⁸ *Id.*, p.594 ; Certains considèrent que le Comité SPS constitue également un « canal de discussion des réclamations » entre États, cf. OCDE, *L'impact de la réglementation sur le commerce de produits agroalimentaires : les accords sur les obstacles techniques au commerce et l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Publications de l'OCDE, 2004, (175p.), p.102

¹⁴⁷⁹ *Id.* p.593

¹⁴⁸⁰ VICTOR (D.G.), « The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organization : An Assessment after Five Years », *New York Journal of International Law and Politics*, 1999-2000, n°32, p.878 (pp.865-938)

normatives que peut soulever l'application de l'accord, elles opèrent une autre forme de réduction de la complexité dans les relations entre les États. À ce titre, la neutralisation des contradictions et la prévention des conflits de normes opérées par les procédures des comités de l'OMC assurent une certaine stabilité et une relative prévisibilité des relations entre les membres en faisant abstraction de la cohérence du système normatif. Ces procédures facilitent la construction de rapports de confiance, car elles accroissent la familiarité entre ces participants. Or la familiarité constitue, selon Niklas Luhmann, « *la condition de la confiance comme de la méfiance, c'est-à-dire de tout engagement en une certaine attitude par rapport à l'avenir* »¹⁴⁸¹. Ainsi, Lang et Scott remarquent que « *resolution may flow not so much from an adjustment in concrete regulatory expectation or performance, but from a shift of perception as to the regulatory capacities of other states, and from an increase in levels of mutual trust* »¹⁴⁸². La nécessité de la confiance peut être considérée également « *comme un fondement véritable et assuré pour la déduction de règles d'un comportement convenable* »¹⁴⁸³. Dès lors, peut-on considérer que la fonction des procédures mises en œuvre par les comités opère largement à la frontière entre la normativité juridique et la normativité disciplinaire décrite par Michel Foucault¹⁴⁸⁴ ?

b. La promotion de l'harmonisation des normes nationales et internationales

627. L'article 3§5 de l'Accord SPS prévoit que « le comité des mesures sanitaires et phytosanitaires visé aux paragraphes 1 et 4 de l'article 12 élaborera une procédure pour surveiller le processus d'harmonisation internationale et coordonner les efforts en la matière avec les organisations internationales compétentes ». À cette fin, le comité coordonne les relations entre les États membres et les organismes internationaux de normalisation auxquels les membres ont l'obligation de participer en vertu de l'article 3§4 de l'accord¹⁴⁸⁵. Les termes de l'accord laissent ouverte la possibilité de la participation

¹⁴⁸¹ LUHMANN (N.), *La confiance : Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, Paris, 2006, p.21

¹⁴⁸² LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, pp.594

¹⁴⁸³ LUHMANN (N.), *La confiance : Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, op. cit., p.1

¹⁴⁸⁴ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976 ; *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975 ; Voy. ég. SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance*, op.cit., pp.35-40 ; PALERMINI (P.), « La bio-éthique : enjeu éthique ou politique ? », in DELFOSSE (M.L.) *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.49-61

¹⁴⁸⁵ Article 3§4 de l'Accord SPS : « Les membres participeront pleinement, dans les limites de leurs ressources, aux activités des organisations internationales compétentes et de leurs organes subsidiaires, en particulier la Commission du Codex Alimentarius et l'Office international des épizooties, et les organisations internationales régionales opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux, afin de promouvoir, dans ces organisations, l'élaboration et l'examen périodique de normes,

d'organismes différents de ceux spécifiquement mentionnés. On peut remarquer que l'accès aux comités de l'OMC par les organismes privés de normalisation est un enjeu stratégique pour les acteurs privés en termes de contrôle des conditions d'accès aux marchés¹⁴⁸⁶.

628. Le comité a élaboré, en vertu de l'article 3, une procédure de monitoring de l'utilisation par les États des normes techniques internationales. Outre la compilation des données relatives aux mesures étatiques non conformes aux standards internationaux, le comité établit une liste des standards internationaux, de leurs impacts sur le commerce international et des pratiques des États en la matière¹⁴⁸⁷. Lorsque cette pratique s'écarte des normes internationales, les États doivent justifier leurs mesures au regard des risques qu'elles entendent prévenir. Cette procédure « *serves an oversight function, consulting an on-going form of peer review of Member States' use or non-use of international standards* »¹⁴⁸⁸. Le comité participe également au processus d'harmonisation et de développement des normes techniques internationales¹⁴⁸⁹. En effet, la procédure de monitoring lui permet de repérer les activités et les produits à propos desquels il n'existe pas de norme internationale, ou de constater les carences ou les défaillances des normes techniques existantes. Les informations recueillies, l'expertise croisée des différents acteurs de la régulation du commerce international permet en particulier d'évaluer la qualité des standards internationaux et du rapport d'efficacité que ceux-ci entretiennent vis-à-vis des risques qu'ils entendent prévenir et du rapport de proportionnalité entre les mesures et leur impact sur le commerce international. La procédure de monitoring agit « *as a catalyst for dialogue between the committee and the sisters organizations, with the committee inviting the relevant body to consider adopting or revising a standard, and to provide information, either in writing or through presentation in committee, on standards under consideration or undergoing revision* »¹⁴⁹⁰. Outre cette fonction de surveillance, le comité assure également une fonction quasi normative.

directives et recommandations en ce qui concerne tous les aspects des mesures sanitaires et phytosanitaires ».

¹⁴⁸⁶ LASSALLE DE SALINS (M.), « Réduire l'incertitude sur le résultat des négociations intergouvernementales : les apports d'une lecture organisationnelle. Le cas du Codex Alimentarius », *Négociation* 2009-1, n°11, pp.143-158

¹⁴⁸⁷ STEWART (T.P.) et JOHASON (D.S.), « SPS Agreement of the World Trade Organization and the International Trade of Dairy Products », *Food and Drug Journal*, vol.54, n°1, 1999, pp.63 et s.

¹⁴⁸⁸ *Id.*

¹⁴⁸⁹ Sur les relations entre l'OMC et les organismes internationaux de normalisation, en particulier le Codex alimentarius : voy. MBENGUE (M.M.) et THOMAS (Urs. P.), « Le codex alimentarius, le protocole de Cartagena et l'OMC : Une relation triangulaire en émergence ? », *Revue européenne des sciences sociales*, 2004, XLII-130, pp.229-248

¹⁴⁹⁰ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.596

c. La fonction quasi normative du comité

629. Le comité SPS dispose des compétences normatives afin d'élaborer, réviser et mettre en œuvre ces propres procédures. Le comité élabore également les critères et les conditions d'octroi du statut d'observateur. À ce titre, le comité SPS n'a jamais accepté, jusqu'alors, d'accorder le statut d'observateur à une organisation non-gouvernementale. Le comité œuvre à prévenir les différends juridiques entre États. Ainsi, même lorsque le conflit surgit, le différend a pu être préparé à la lumière des discussions orchestrées au sein du comité. En outre, la procédure de notification et les informations recueillies par le comité peuvent être mobilisées par l'organe de règlement des différends¹⁴⁹¹. Les travaux au sein des comités de l'OMC, en particulier la procédure de notification, « attestent » de la pratique des États membres¹⁴⁹². Les procédures du comité rendent notamment possible une contextualisation préalable à la formulation du différend qui prépare, quoi que de manière informelle, les travaux du groupe spécial de l'ORD. Toutefois, le comité assume, dans le cadre de ces procédures, une fonction quasi normative au sein du système de l'OMC dans la mesure où il participe, directement ou *via* la construction de communautés interprétatives entre ces membres, à façonner l'interprétation des concepts indéterminés des dispositions des traités commerciaux.

630. Par exemple, le comité SPS a élaboré, dans le cadre de sa fonction de surveillance de la mise en œuvre de l'accord, une série d'instruments de *soft law* destinés à préciser la nature et l'étendue des obligations contenues dans l'accord. Ces instruments prennent les formes diverses : recommandations, lignes directrices ou règles procédurales. Ils sont relatifs à la procédure de notification¹⁴⁹³, à l'amélioration de la transparence vis-à-vis du traitement différentiel des pays en développement¹⁴⁹⁴, à la reconnaissance de l'équivalence des mesures de protection de plusieurs États membres, sur la régionalisation et la reconnaissance de zones géographiques exemptes de maladies¹⁴⁹⁵. Le comité a, en

¹⁴⁹¹ OMC, Communautés européennes – *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/292/293, Rapports du groupe spécial des 12, 13 et 14 mai 2003, §4.395 : « Les déclarations de la Commission et des responsables des États membres confirment l'existence d'un moratoire. Par exemple, le représentant officiel des Communautés européennes a reconnu l'existence du moratoire. Dans le compte rendu de la réunion du comité SPS tenue les 31 octobre et 1^{er} novembre 2001 figure la réponse suivante des CE : « lors de la réunion tenue récemment par le Conseil européen de l'environnement, un débat très important a été engagé sur les propositions présentées par la Commission en vue de relancer la procédure d'agrément ». La déclaration du représentant des CE selon laquelle des propositions avaient été faites pour relancer la procédure d'agrément des produits biotechnologiques est à l'évidence une reconnaissance du fait que cette procédure avait été suspendue ».

¹⁴⁹² *Id.* §4.520 à propos du comité OTC

¹⁴⁹³ OMC, Doc. G/SPS/7/Rev.3

¹⁴⁹⁴ OMC, Doc. G/SPS/33

¹⁴⁹⁵ OMC, Doc. G/SPS/W/218 à propos de l'article 6 de l'accord SPS ; Voy. STEWART (S.T.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization : The Roles of the Codex

particulier, adopté des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l'article 5§5 de l'accord et les options dont les États disposent pour s'y conformer¹⁴⁹⁶. Le comité, compte tenu de l'information dont il dispose sur la pratique des États et les problèmes spécifiques soulevés par l'accord, offre une lecture des obligations contenues dans le traité à la lumière de l'expérience quotidienne des États¹⁴⁹⁷.

631. Par ailleurs, la décision du comité sur l'équivalence des mesures de protection précise les termes de l'article 4 de l'accord SPS¹⁴⁹⁸. La décision du comité « *sets out what Members should do* » et détermine les délais dans lesquels ces derniers devraient agir. Joanne Scott et Andrew Lang estiment que la décision relative à l'équivalence des mesures de protection sanitaire emploie une interprétation et une pratique de l'article 4 qui s'écarte du texte de l'accord SPS : « *The decision adds a temporal dimension not articulated in the agreement, and fleshes out the concept of objectivity by reference to scientific and technical information. Yet in one important respect the equivalence decision seems to be at odds with the text of Article 4. Whereas Article 4 evaluates equivalence by reference to a Member's stated level of SPS protection, the equivalence decision takes as its benchmark the level of protection actually achieved by the regulation in questions* »¹⁴⁹⁹. En effet, la décision relative à l'équivalence prévoit que « *if an exporting Member demonstrates by way of an objective basis for comparison (...) that its measure has the same effect in achieving the objective as the importing Member's measure, the importing Member should recognize both measure as equivalent* »¹⁵⁰⁰. Les décisions du comité apparaissent comme des mesures hybrides dans la mesure où elles représentent « *a soft law elaboration of hard law obligations* »¹⁵⁰¹.

Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol.26, n°1, 1998, p.33 (pp.27-54)

¹⁴⁹⁶ OMC, Doc. G/SPS/15, voy. CE – Mesures affectant l'autorisation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291, §84

¹⁴⁹⁷ SCOTT (J.), *The Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement : A Commentary*, 2007, chapitre 2, cité par LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.596 et s.

¹⁴⁹⁸ L'article 4 de l'accord SPS intitulé « Équivalence » dispose que : « 1. Les Membres accepteront les mesures sanitaires et phytosanitaires d'autres Membres comme équivalentes, même si ces mesures diffèrent des leurs ou de celles qui sont utilisées par d'autres Membres s'occupant du commerce du même produit, si le Membre exportateur démontre objectivement au Membre importateur qu'avec ses mesures le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire dans le Membre importateur est atteint. À cette fin, un accès raisonnable sera ménagé au Membre importateur qui en fera la demande pour des inspections, des essais et autres procédures pertinentes. 2. Les Membres se prêteront sur demande à des consultations en vue de parvenir à des accords bilatéraux et multilatéraux sur la reconnaissance de l'équivalence de mesures sanitaires ou phytosanitaires spécifiées ».

¹⁴⁹⁹ LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p. 600

¹⁵⁰⁰ WTO, Doc. G/SPS/10/Rev.2, §9

¹⁵⁰¹ Les auteurs précisent que « *given the open-ended and contested contours of the hard law obligations, in practice the line between hard and soft law will be hard to draw* ». LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, vol.20, n° 3, p.600

632. La fonction normative du comité consiste ainsi à produire des interprétations des concepts indéterminés des normes des accords et favoriser l'émergence de communautés interprétatives parmi ses membres et avec les acteurs institutionnels présents en tant qu'observateurs permanents ou *ad hoc*. Ces décisions constituent des interprétations des accords de l'OMC qui ne sont dotées d'aucune autorité et n'ont aucune force normative directe. Toutefois, par répétition et convergence, ces décisions sont susceptibles de constituer la base empirique de décisions prises par d'autres organes de l'OMC et qui sont dotées d'une autorité et d'une force normative, ou de fonder la pratique des États. L'ORD a fait directement référence aux interprétations de certains comités, dont le comité SPS¹⁵⁰². Dans l'affaire Japon – Pommes, le groupe spécial a « confirmé » l'interprétation du concept « *d'effet notable sur le commerce d'autres membres* » produite par le comité SPS¹⁵⁰³. Les décisions du comité s'apparentent ainsi à des interprétations préalables qui participent à forger et asseoir le paradigme interprétatif du système juridique de l'OMC. La fonction normative du comité SPS se situe à la frontière entre la normativité juridique et la normativité disciplinaire. En effet, l'enjeu de telles procédures n'est pas seulement de surveiller la mise en œuvre des accords et de produire des interprétations qui seront reprises par l'ORD, mais également d'organiser la participation des acteurs à des fins de légitimation. L'objet des procédures est alors d'enserrer les États dans des séries de contraintes et d'actions coordonnées, fondées sur des règles juridiques, mais qui ne s'y épuisent pas, afin de les amener à reconnaître les décisions du comité comme prémisses de leurs comportements futurs. C'est notamment selon cette perspective que Niklas Luhmann décrit le fonctionnement procédural et autopoïétique des systèmes juridiques. Toutefois, chez Luhmann plus encore que chez Foucault, cette approche conduit à méconnaître le rôle primordial des acteurs, notamment dans les stratégies de résistances et d'adaptations qu'ils mettent en œuvre et qui, réflexivement, altèrent le fonctionnement même des systèmes normatifs.

¹⁵⁰² OMC, Communautés européennes – *Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, Rapport du groupe spécial du 7 mars 2003, WT/DS219/R, dans cette affaire l'ORD se réfère à une recommandation adoptée par le Comité Anti-Dumping pour arriver à sa conclusion. ; OMC, Communautés européennes – *Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, Rapport du groupe spécial du 15 mars 2005, WT/DS174/R, §7.451. Dans cette affaire, le groupe spécial a observé que son interprétation était conforme à une décision du comité OTC.

¹⁵⁰³ OMC, Japon – *Mesures visant l'importation de pommes*, Rapport du groupe spécial du 15 juillet 2003, §8.314 et note 422

Section 2 : La procédure comme technique de neutralisation des contradictions et de légitimation des décisions et de l'action publique dans le domaine de la bioéthique

633. Les politiques de santé publiques et l'activité des autorités administratives indépendantes qui participent à l'interprétation et la mise en œuvre non contentieuse du droit de la bioéthique, témoignent, d'une part de la procéduralisation des mécanismes décisionnels mis en œuvre par les autorités publiques et, d'autre part, de la double fonction attribuée aux procédures au sein de ces mécanismes décisionnels. Les règles procédurales du droit de la bioéthique organisent notamment des mécanismes décisionnels relatifs à la commercialisation de médicaments et de produits alimentaires ou à l'autorisation de protocoles diagnostics, de soins ou de recherches. Les Déclarations de l'UNESCO¹⁵⁰⁴, la Convention européenne de biomédecine¹⁵⁰⁵, les directives du droit communautaire¹⁵⁰⁶ qui

¹⁵⁰⁴ Les articles 18 et 19 de la *Déclaration de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme* encouragent les États à adopter des mécanismes décisionnels qui répondent à certaines exigences procédurales. L'article 18 prévoit que « le professionnalisme, l'honnêteté, l'intégrité et la transparence dans la prise de décision devraient être encouragés, en particulier la déclaration de tout conflit d'intérêts et un partage approprié des connaissances », ou encore qu'« un dialogue devrait être engagé de manière régulière entre les personnes et les professionnels concernés ainsi que la société dans son ensemble », et qu'à cette fin, « des possibilités de débats publics pluralistes et éclairés, permettant l'expression de toutes les opinions pertinentes, devraient être favorisées ». L'article 19 « encourage » la création de « comités d'éthique indépendants, pluridisciplinaires et pluralistes (...) pour évaluer les problèmes éthiques, juridiques, scientifiques et sociaux pertinents relatifs aux projets de recherches concernant les êtres humains ; fournir des avis sur les problèmes éthiques qui se posent dans les contextes cliniques ; évaluer les progrès scientifiques et technologiques, formuler des recommandations et contribuer à l'élaboration des principes directeurs sur les questions relevant de la présente déclaration ; favoriser le débat, l'éducation (...) et la mobilisation du public en matière de bioéthique » ; La *Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme* comprend également plusieurs articles qui encouragent l'élaboration de procédures décisionnelles aux différents niveaux de régulation. Les articles 15 et 16 encouragent les États à « prendre les mesures appropriées pour fixer le cadre du libre exercice de la recherche sur le génome humain dans le respect des principes prévus par la déclaration » (article 15), notamment en reconnaissant « l'intérêt de promouvoir, aux différents niveaux appropriés, la création de comités d'éthique indépendants (...) chargés d'apprécier les questions éthiques, juridiques et sociales soulevées par les recherches sur le génome humain et leurs applications » (article 16). Les articles 17 à 20 de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* invitent également les États à élaborer, à l'échelle internationale, des procédures d'entraide, d'échange d'informations et des connaissances, d'évaluation des risques et avantages liés aux recherches sur le génome humain.

¹⁵⁰⁵ Les articles 9 à 12 du *Protocole additionnel à la Convention européenne de biomédecine relatif à la recherche biomédicale* expriment les exigences au regard des procédures d'évaluation par les comités d'éthique des protocoles de recherches.

¹⁵⁰⁶ Directive 90/218 du 23 avril 1990, relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOCE L117/1 du 8 mai 1990 ; Directive 93/42 relative aux dispositifs médicaux, JOCE L169/1 du 12 juillet 1993 ; Directive 98/44/CE relative à la protection des inventions biotechnologiques, du 6 juillet 1998, JOCE L 213/13 du 30 juillet 1998 ; Directive 2001/20/CE relative aux essais cliniques, du 4 avril 2001, JOCE 121/34 du 1er mai 2001 ; Directive "Sang", 2002/98/CE du 27 janvier 2003, JOCE L 33/30 du 8 février 2003 ; Directive 2001/18/CE relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement du 12 mars 2001, JOCE L 106/1 du 17 avril 2001 ; Directive 2001/83 du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JOCE L311/67 du 28 novembre 2001 ; Directive Tissus 2004/23/CE du 31 mars 2004, JOCE L 102/48, 7 avril 2004 ; Directive 2005/28/CE relative à

participent à l'émergence d'un droit européen de la bioéthique¹⁵⁰⁷ sont des instruments juridiques qui rendent compte de la procéduralisation des mécanismes décisionnels et de leur ouverture à la société civile et aux acteurs professionnels et industriels. Dans cette perspective, une partie de la doctrine observe un déplacement du centre de gravité du concept de validité des normes et des actes juridiques et de légitimité des décisions. L'appréciation de la validité des normes et de la légitimité des décisions évolue depuis une conception duale entre validité formelle et matérielle vers une conception tripartite entre validité procédurale, substantielle et empirique ou effective.

634. Selon les civilistes, la procédure se définit par « *l'ensemble des formalités qui doivent être accomplies pour soumettre une prétention à un juge* »¹⁵⁰⁸. Étymologiquement, le terme procédure dérive du latin *procedere*, qui signifie avancer, et désigne « *dans un sens strict, les démarches jalonnées d'actes, au sens matériel ou au sens formel : negotium, instrumentum, qui caractérisent les itinéraires judiciaires* »¹⁵⁰⁹. Qu'il s'agisse de la procédure judiciaire, parlementaire, administrative ou de la procédure des conférences internationales, celles-ci « *n'ont d'autre dessein que d'établir certaines formes devant permettre l'organisation des débats, et plus généralement la rationalisation des méthodes de travail de ces instances* »¹⁵¹⁰. Pourtant, et comme le démontre les travaux de Niklas Luhmann, une telle conception formaliste est insuffisante pour mettre en lumière la *substance ou l'interaction vivante*¹⁵¹¹ de la procédure. Cet auteur, qui adopte une approche sociologique et fonctionnaliste, conçoit les procédures « *comme des systèmes ordonnés d'actions, saisissables empiriquement, régulés par des normes juridiques, mais aussi par l'usage social institutionnalisé qui en est fait et enfin par les attentes de comportement qui se créent dans chaque cas particulier* »¹⁵¹². Ainsi, selon cette conception qui s'appuie notamment sur la théorie contemporaine de la communication et sur la théorie des

l'application des bonnes pratiques cliniques en ce qui concerne les médicaments expérimentaux à usage humain, du 8 avril 2005, JOCE 91/113, du 9 avril 2005 ; Directive 2006/86/CE relative aux exigences de traçabilité et à la notification des incidents indésirables graves, du 24 octobre 2006, JOCE 294/32 du 25 octobre 2006

¹⁵⁰⁷ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine », *RTDE*, janv-mars 2009, pp.21-45 ; Pour une approche en droit international : SAN EPIFANIO (L.E.), « Vers un cadre régulateur de la sécurité de l'application des biotechnologies: le chemin parcouru », *RGDIP*, 2010-1, pp.5-34

¹⁵⁰⁸ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13ème édition, 2001, p.441

¹⁵⁰⁹ M'RAD (H.), *Place de la procédure dans la diplomatie multilatérale*, Centre de Publications Universitaires, Tunis, 2001, p.1 ; définition empruntée à François Terré in TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 1991, p.498.

¹⁵¹⁰ M'RAD (H.), *Place de la procédure dans la diplomatie multilatérale*, Centre de Publications Universitaires, Tunis, 2001, pp.2-3

¹⁵¹¹ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann, La contingence des normes*, PUF, Paris, 1997, p.164

¹⁵¹² SOSOE (L.K.), « Préface à l'édition française », in LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p. XXXIX ; Voy ég. CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., pp.136-138 ; LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.32-38

systèmes, la procédure prend l'apparence paradoxale d'une « *planification de l'avenir (...) qui absorbe l'incertitude en tant qu'histoire, elle devient un engagement* »¹⁵¹³, acquérant ainsi une légalité propre.

635. La régulation des activités médicales, scientifiques et biotechnologiques s'inscrit dans des contextes où règnent un degré important d'incertitude vis-à-vis des conséquences de l'action. L'exigence démocratique de respect du pluralisme moral et l'incertitude éthique ont rendu nécessaire l'évolution du système institutionnel et du droit procédural¹⁵¹⁴. Cette évolution s'inscrit dans un mouvement plus large d'évolution des systèmes institutionnels des États modernes et de leur fonctionnement que la doctrine décrit sous le vocable de « *procéduralisation* »¹⁵¹⁵. Le concept de procéduralisation apparaît, au cours des années quatre-vingt dans le contexte d'une crise de la gouvernance et de la régulation sociale et entend s'inscrire dans une volonté de réforme des systèmes institutionnels et des

¹⁵¹³ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit. p.94

¹⁵¹⁴ Olivier de Schutter résume parfaitement l'hypothèse de procéduralisation du droit : « *Deux diagnostics (...) constituent le point de départ de l'analyse. Le premier diagnostic porte sur la crise que subit notre conception positiviste du savoir. Cette crise se traduit par la reconnaissance, peu à peu unanime, du caractère limité de notre rationalité, et de la nécessité concomitante qu'elle se fasse procédurale plutôt que substantielle. Au lieu qu'à la façon de l'expert, l'on définisse unilatéralement la solution la meilleure, il s'agit ainsi (...) que l'on mette sur pied des dispositifs institutionnels qui autorisent à débattre, de façon contextualisée, de la solution adéquate, sur la base d'un savoir partagé plutôt que réservé. Le second diagnostic est cependant que nous fait défaut l'imagination politique, et spécialement institutionnelle, qui permette de traduire cette exigence de procéduralisation dans les pratiques de gouverner et les modes de décider* ». In DE SCHUTTER (O.), « La procéduralisation du droit européen, propositions institutionnelles », in LENOBLE (J.) et COPPENS (P.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, op ; cit., p.314

¹⁵¹⁵ COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.) s.d. *Démocratie et procéduralisation du droit*, Travaux des XVI^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.17-24 ; Ces auteurs lient les problématiques relatives à la démocratie procédurale et celles relatives à la procéduralisation du droit. L'hypothèse d'une procéduralisation contextualisée décrit non seulement une posture épistémologique, mais s'appuie également sur des exemples empiriques de transformation des modalités de production de la décision publique, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Cette posture épistémologique est décrite par Jacques Lenoble « *Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même, mais est commandé par les représentations préexistantes qui définissent les équilibres sociaux propres à la forme de vie acceptée au sein d'une collectivité. En conséquence, toute réalisation d'un objectif normatif implique non seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable, mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vies existantes sur la base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application. Tant que l'on croit que le choix entre diverses interprétations de la norme est uniquement commandé par des contraintes proprement herméneutiques liées aux règles du discours, (...) on manque le processus qui limite les choix des possibles effectifs et qui concerne les représentations culturelles et la forme culturelle des rapports sociaux. Or, c'est précisément celle-ci qui fournit les éléments en fonction desquels les conséquences sociales de la norme seront définies* ». (p.19) ; La procéduralisation contextualisée s'inscrit dans une perspective habermassienne et vise à développer une forme de « *constitutionnalisme dialogique* ». cf. GERSTENBERG (O.), « Démocratie délibérative et procéduralisation du droit », in *Id.*, pp.83-96. spé. p.86. Voy. ég. sur le juge : MICHELMAN (F.), « Le juge et la décision politique, Approche procédurale ou substantielle du politique ? », in *Id.*, pp.49-81 ; Sur les liens entre l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle et la pensée de Luhmann, cf. DE MUNCK (J.), « Procéduralisation du droit et négociation collective », in *id.*, pp.261-311

mécanismes décisionnels au sein des démocraties¹⁵¹⁶. Néanmoins, la procéduralisation n'est pas un phénomène qui se limite à l'accroissement des règles procédurales. Le concept de procéduralisation met ainsi davantage l'accent sur l'importance du rôle que jouent les procédures dans le fonctionnement quotidien des systèmes juridiques de droit positif¹⁵¹⁷. La procéduralisation décrit alors l'impact des procédures juridiquement instituées non seulement sur la production et la légitimation des normes juridiques et de l'action publique, mais aussi sur les acteurs qui y participent.

636. L'objectif affirmé de Niklas Luhmann consiste à « *présenter l'interdépendance de nombreux problèmes auxquels doit faire face une société qui ne légitime plus son droit à l'aide de vérités invariables préexistantes, mais uniquement, ou de façon principale, par la participation à des procédures* »¹⁵¹⁸. La procéduralisation décrit alors une évolution opérée de manière à favoriser et organiser la participation des destinataires des normes juridiques dans l'élaboration et l'application des décisions publiques. L'enjeu de cette participation n'est pas seulement la représentation des intérêts en jeu dans la prise de décision publique, mais aussi l'acceptation par les participants de la décision procédurale comme prémisses de leurs comportements, c'est-à-dire la légitimité¹⁵¹⁹. Il ne s'agit pas tant d'une modification formelle du droit procédural, mais surtout d'une évolution de la pratique qu'ont les acteurs privés et les autorités publiques, au sein et à propos de ces procédures.

¹⁵¹⁶ LENOBLE (J.), « La procéduralisation contextuelle du droit », in LENOBLE (J.) et COPPENS (P.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, op. cit., pp.97-124, spé.98-101

¹⁵¹⁷ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.139 et s. L'auteur précise notamment : « Lorsque s'accroissent, au cours du développement culturel, la complexité et la variabilité des conditions de vie naturelles, psychiques et sociales (...), une telle structure juridique figée (le droit invariant ou naturel) devient de plus en plus inadéquate. Surgit alors le besoin d'attribuer la qualité juridique, techniquement si efficace, à ces attentes qui sont manifestement nouvelles et qui doivent être modifiées au besoin. La variabilité des structures doit être rendue possible et institutionnalisée dans la société, d'abord dans une modeste mesure, puis à un degré toujours plus élevé ». Ce phénomène est par ailleurs décrit par le concept d'« Accélération » chez Hartmut. Rosa, Luhmann précise encore : « La pensée du droit naturel se retire alors du domaine normatif pour être incluse dans la sphère des valeurs où elle est conservée idéologiquement à titre de symptôme du fait que les valeurs ultimes n'étaient pas encore en mesure de suivre le processus de restructuration des normes et des rôles. Par la positivisation complète du droit, la société a atteint un niveau de fonctionnement tout à fait nouveau, plus complexe et plus riche en alternatives, qui obéit aux propres conditions de stabilité de cette dernière et qui, malgré le fait que les normes et les figures de pensée antérieures demeurent valides, ne peut plus être comparé au droit antérieur. Il est possible, et cela n'est pas un hasard, de conceptualiser le nouvel état de choses à l'aide des mêmes catégories systémiques qui nous ont servi à caractériser la procédure comme un système social ». Voy. spé. p.140

¹⁵¹⁸ LUHMANN (N.), « Préface à l'édition de 1969 », *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.XLIV

¹⁵¹⁹ Id., p.26 « La légitimité ne repose précisément pas sur une reconnaissance volontaire, sur une conviction dont l'individu serait personnellement responsable, mais au contraire sur un climat social qui institutionnalise la reconnaissance de décisions contraignantes comme une évidence et qui ne la considère pas comme l'effet d'une décision personnelle, mais comme celui de la validité d'une décision officielle. (...) Ce n'est que lorsque l'on cesse de lier le concept de légitimité à la croyance personnelle dans la justesse normative des décisions que l'on peut étudier adéquatement les conditions sociales de l'institutionnalisation de la légitimité et de la capacité d'apprentissage au sens des systèmes sociaux ».

637. La fonction des procédures ne se limite pas à la légitimation des décisions publiques par l'organisation de la participation de leurs destinataires. En effet, les procédures, notamment celles mises en œuvre au sein des comités d'éthique et des agences de sécurité sanitaire, remplissent une seconde fonction de neutralisation des contradictions éthiques, de « refroidissement »¹⁵²⁰ et de « dynamisation »¹⁵²¹ des conflits par leur internalisation et leur transformation au cours de la procédure. En outre, des règles procédurales sont également susceptibles d'être directement utilisées pour neutraliser les conflits de normes juridiques. Ainsi, des règles de résolution des conflits de normes sont susceptibles d'être intégrées au sein de certains instruments juridiques du droit international afin de neutraliser, de manière anticipée, l'émergence de conflits futurs.

638. Nous tenterons de mettre en lumière cette fonction duale et ambivalente des procédures dans le fonctionnement des systèmes juridiques contemporains. Pour ce faire, nous emprunterons deux voies méthodologiques différentes. En premier lieu, nous utiliserons une conception sociologique des systèmes juridiques et aborderons la notion de procédure par le concept luhmannien de système social. Une telle approche doit permettre de comprendre dans quelle mesure la participation des acteurs privés aux procédures décisionnelles contribue à neutraliser les conflits d'intérêts pouvant émerger entre eux et à transformer leur personnalité de manière à leur faire accepter, comme base de leurs comportements, les décisions qui résultent des procédures. Dans un second temps, nous adopterons une approche centrée sur les normes procédurales au sein des systèmes juridiques. Une telle approche contribuera à mettre en perspective la fonction de « clôture autopoïétique »¹⁵²² des systèmes juridiques que remplissent les règles procédurales de résolution des conflits de normes.

§1. L'approche sociologique : la procédure comme système social

639. L'organisation de processus décisionnels efficaces et garants de la légitimité est un enjeu vital pour tout système de droit positif. En effet, le droit positif se situe dans « un contexte où plus rien ne peut plus être donné par nature » et où, dès lors, « il n'y a plus rien qui ne soit décision »¹⁵²³. La théorie libérale et l'approche classique de la notion de

¹⁵²⁰ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.167 et s. ; voy. ég. Le chapitre « le conflit autorisé » in LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.95-101

¹⁵²¹ *Id.*

¹⁵²² GARCIA AMADO (J.A.), « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann », *Droit et société*, 11/12 1989, pp.29 (15-53)

¹⁵²³ Le droit positif « est un droit qui ne peut se passer de décisions, puisque rien n'a de validité en lui que par la décision, aucune prémisses ne pouvant se situer au-dessus de toute révision ». LUHMANN (N.), *La*

procédure conduisent à considérer que l'objet de celle-ci réside dans la rationalisation des méthodes de travail des instances décisionnelles afin de garantir un certain niveau de qualité à la décision produite tout en contribuant à sa facilitation¹⁵²⁴. Ainsi, à l'image du contrat sur le plan des relations interpersonnelles, la catégorie de la procédure « *apparaît sur le plan de l'État comme la formule magique qui, quotidiennement, combine un maximum de sécurité et de liberté des fins concrètes et qui, pourtant, en tant qu'institution, confie à l'avenir toute détermination* »¹⁵²⁵.

640. Pourtant, une telle conception demeure aveugle au véritable enjeu de la procédure, à sa « *substance* »¹⁵²⁶. Ce qui est en jeu dans la procédure est bien plus complexe et plus vaste que son résultat formel, c'est-à-dire la décision, ou substantiel, c'est-à-dire la légitimité. En effet, la procédure, contrairement aux croyances communément admises, ne facilite pas la décision publique, mais, au contraire, la complique. Luhmann précise à ce titre « *qu'en tant qu'espace perdifférencié d'élaboration d'une décision dont nul recours et aucune mécanisation ne peuvent faire l'économie, la procédure rend la décision plus difficile* »¹⁵²⁷. La thèse de Luhmann prend le contrepied des conceptions classiques de la procédure et considère que « *la participation aux procédures n'est pas, en tant que telle, le principal facteur de légitimation des décisions qui en résultent* »¹⁵²⁸. Pour Luhmann, cette démonstration est « *imparfaite* » et nécessite que soit approfondie « *la théorie de l'apprentissage par les rôles* »¹⁵²⁹. Ainsi, le véritable enjeu de la procédure, ou

légitimation par la procédure, Préface à l'édition de 1969, Presses de l'Université de Laval, Éditions Cerf, Laval, 2001, pp. XLIV

¹⁵²⁴ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.4. L'auteur considère, à propos de la « *conception classique de la procédure* », que celle-ci rassemble un certain nombre de préjugés. « *Par exemple, bien qu'elle ne soit pas elle-même un critère de vérité, on y trouvera de façon typique l'attente que la procédure favorisera une décision juste, qu'elle rendra possible et qu'elle canaliser la communication, qu'elle garantira la prise d'une décision et cela, bien évidemment, malgré le fait que la logique fonctionne ou non et qu'elle rende ou non possible la prise en compte des seules solutions valables. Enfin, on y trouvera l'attente que la procédure servira à écarter ce qui, de manière prévisible, pourrait venir perturber la découverte de la vérité* ».

¹⁵²⁵ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Préface à l'édition de 1969, Presses de l'Université de Laval, Édition Cerf, Laval, 2001, pp.XLIV

¹⁵²⁶ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.164

¹⁵²⁷ L'auteur poursuit : « *En effet, en isolant celle-ci de tout ce qui pourrait influencer sur elle à partir de ses environnements, la procédure rétrécit la base décisionnelle. La démarche de la décision étant fixée à l'avance, avec un formalisme exact, pour tous les cas qui se présentent, son progrès est lent, quelles que soient les tentations de simplification suscitées dans certains cas. Ainsi la procédure n'est pas limitée à l'avance par des délais temporels de décision et qui seraient indépendants de sa teneur objective. La procédure prend le temps qu'il lui faut. Les exigences de prudence tactique sont très lourdes surtout pour les participants de la procédure les plus tentés par des imports d'influences informelles au sein du système procédural. Que leurs intentions soient trahies et ils sont gravement discrédités dans le champ d'interactions constitué* ». Voy. CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., pp.160 et s.

¹⁵²⁸ *Id.*, p.164

¹⁵²⁹ *Id.*, p.165

« la théorie secrète de la procédure »¹⁵³⁰, réside dans l'idée selon laquelle « à travers l'implication dans un jeu de rôles on puisse saisir la personnalité [du participant à la procédure], la reformer et la motiver pour une acceptation des décisions »¹⁵³¹.

641. La démarche et l'ambition de Luhmann consistent à ne pas réduire le concept de procédure à l'étude du droit procédural, mais, au contraire, à considérer l'usage social des procédures pour en déterminer la fonction dans le droit positif¹⁵³². Selon cette conception,

¹⁵³⁰ L'expression est de Jean Clam, in *Id.* ; Chez Luhmann : « Voilà probablement la théorie cachée de la procédure : il serait possible en plongeant les personnalités dans un jeu de rôles de s'emparer d'elles, de les transformer et de les motiver à accepter les décisions ». LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.80

¹⁵³¹ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.165

¹⁵³² Lukas K. Sosoe précise, dans la préface française de *Légitimation par la procédure* : « Parce que la légitimité d'une décision réside dans l'acceptation, par les individus, de cette décision comme prémisses de leur comportement, et parce que la légitimation se fait par des procédures, il importe d'en étudier les mécanismes psychiques et sociaux et non de se pencher, comme le feraient les doctrines classiques, sur la conformité des normes à la vérité pratique. Ce n'est qu'en soumettant et ces mécanismes et la participation des individus eux-mêmes à ces prises de décisions que l'on comprend l'acceptation des décisions. Pour atteindre son objectif, à savoir faire accepter une décision par un individu, surtout contre son gré, ses intérêts, la procédure en tant que système particulier d'action se doit d'être différenciée au moyen de normes organisationnelles et procédurales fondées spécifiquement en droit et par une séparation des rôles institutionnalisés. De plus, il faut que la procédure soit autonome ; tout en respectant les normes juridiques, elle doit être unique et s'individualiser à travers une histoire qui lui est propre ». SOSOE (L.K.), « préface à l'édition française ». In LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.XXXIX ; La démarche est identique chez les défenseurs de la procéduralisation contextuelle bien que le résultat soit opposé. En effet, ces derniers ne s'extraient pas d'une certaine forme d'Utopie habermassienne ou kantienne et considèrent que le système procédural, qui permet la mobilisation des capacités des acteurs au sein d'une communauté dialogique et cosmopolite, oeuvre à l'élaboration d'une forme de solidarité universelle : « The idea that a cosmopolitan conscience could be created through the development of new political objects in public spaces adapted to the imperatives of a political regulation on a planetary scale (global governance) (...). The transnational civil society for which Habermas makes a heartfelt call seems to be the necessary counterpart, at the political level, of a state community endowed with negotiations procedures and agreeing on the norms possessing obligatory force in a spirit of cosmopolitanism. But, then, even if international regimes indicate the probable evolution of our ways of life towards a global order, the adaptation of democratic politics conducted at the level of nation states must come from the population themselves through the action of social movements and non-governmental organizations on the axiological orientations of these populations. If Habermas does not perceive any paradox in this position, it is because he depends, once again, at the level of the conditions of application, on a schema of adaptation that belong to the communicative competences of the actors in the lifeworld. These effectively allow the actors, directly shaped by the requirement of meaning, of solidarity and of identity, to reconstruct their interests by removing them from their context and their particular motivations in order to intersect them with other points of view, which are themselves the bearers of other interests. These reconstructions are not limited to the production of strategic agreements giving rise, in Rawls' terms, to *modus vivendi* ; they moreover allow the redefinition of more general interests, that is, the increase of power in orders of justification by connecting interests perceived as isolated or antagonistic. The issue of reconstruction of interest is therefore the creation of a concretely universal solidarity ». cf. LENOBLE, (J.) et MAESSCHLACK (M.), *Toward a Theory of Governance*, op. cit., p.130-145, spé. pp.142-143. Au contraire, la conception du système procédural par Luhmann conduit à nier la puissance d'agir des acteurs qui y participent. Luhmann produit au contraire une dystopie dans laquelle les individus sont totalement écrasés par le pouvoir disciplinaire de la procédure. La perspective spinoziste que nous avons retenue au fondement de notre hypothèse implique de trouver une voie réaliste entre ces deux conceptions afin d'apprécier de manière concomitante la manière dont les acteurs peuvent être affectés par le système procédural et le pouvoir disciplinaire et celles par lesquelles leurs stratégies et les comportements qu'ils adoptent affectent en retour la structure ou les paramètres de contrôle du système procédural. La critique des perspectives habermassienne et luhmanienne de la procédure au

Luhmann envisage la procédure comme un système social fonctionnellement différencié, c'est-à-dire un système de communications¹⁵³³ et d'interactions réglées entre des participants et qui visent à produire des décisions dans des contextes et vis-à-vis de problèmes spécifiques. Comme le remarque Estelle Ferrarese, « *dans la théorie systémique de Luhmann, c'est la communication qui produit et reproduit la société. Seule la communication est toujours et inéluctablement une opération à caractère social, impliquant au moins deux partenaires dont les actions ne peuvent être constituées que par la communication* »¹⁵³⁴. La théorie de Luhmann adopte des prémisses issues des doctrines behavioristes anglo-saxonnes et s'appuie notamment sur une critique de Talcott Parsons¹⁵³⁵. Ces prémisses behavioristes présupposent « *au coeur de l'action-système un processus de structuration dont la typologie est celle d'un choix entre plusieurs possibilités ou alternatives (de l'action qui se propose)* » et qu'il nomme « *sélection* » ou « *sélectivité* »¹⁵³⁶. Cette sélection est l'opération réalisée en permanence par la communication et les interactions entre les acteurs au sein du système procédural et qui constitue son fonctionnement et permet son autoreproduction. Les critères de sélectivité sont propres à chaque système et dépendent du « *code binaire* »¹⁵³⁷ qui rend possible la

regard, d'une part de la théorie des affects et l'économie spinoziste du désir, et, d'autre part, de la théorie historique et passionnelle du pouvoir élaborée dans le *Traité théologopolitique*, apparaît, à notre sens, comme la perspective la plus crédible pour dépasser les antagonismes qui traversent les débats relatifs à la théorie de la gouvernance et la théorie du droit. Une telle entreprise appelle cependant un travail ambitieux et complexe qui ne peut être mené ici. À propos de la théorie des affects et du pouvoir Cf. RIZK (H.), *Comprendre Spinoza, op. cit.*, pp.125-140, chapitre V « Les passions et le pouvoir ».

¹⁵³³ Dans la théorie Luhmannienne, la communication est « *une véritable opération sociale. Elle est véritablement sociale dans la mesure où elle suppose certes une multiplicité de systèmes psychiques agissant ensemble, mais en tant qu'unité, elle ne peut être portée au crédit d'aucune conscience individuelle (...). La communication est encore véritablement sociale dans la mesure où elle ne débouche d'aucune façon sur une conscience commune, collective ; un consensus au sens d'un accord complet ne peut donc être atteint et, malgré tout, la communication fonctionne. Il s'agit de la plus petite unité possible d'un système social, c'est à dire de cette unité sur la base de laquelle la communication ne peut réagir que par la communication* ». cf. LUHMANN (N.), *Die Gesellschaft der Gesellschaft* [la société de la société], pp.81-82, cité par FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, La Découverte, Paris, 2007, p.35

¹⁵³⁴ FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, La Découverte, Paris, 2007, pp.35-36

¹⁵³⁵ PARSONS (T.), « On the Concept of Influence » in *Public Opinion Quarterly*, n° 27, 1963, pp.37-62 ; PARSONS (T.), « A Sociological Approach to the Theory of Organization », in *Administrative Science Quarterly*, 1/1956, pp.63-85 ; PARSONS (T.) et SHILS (E.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge Mass, 1951.

¹⁵³⁶ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann : La contingence des normes, op. cit.*, p.135 ; Luhmann précise que « *les participants réagissent avec leurs propres choix comportementaux, non pas sous l'impulsion d'un déclencheur préétabli, mais à partir de l'information qui provient des sélections opérées par d'autres, c'est-à-dire qu'ils ne réagissent pas seulement aux possibilités qui ont été choisies, mais également à celles qui ont été écartées et qui sont conservées dans l'horizon d'expérience de la procédure en tant que possibilité niée* ». In LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure, op. cit.*, p.33

¹⁵³⁷ Estelle Ferrarese précise les termes de ce concept : « *Contrairement à ce que supposent la plupart des théories de la modernité comme processus de différenciation, qui envisagent celui-ci comme division du travail, la fonction d'un système ne suffit pas dans la sociologie luhmannienne à autonomiser ce système. Cette propriété échoit à un code binaire, de nature sémantique, constitué de deux valeurs qui ne peuvent être utilisées en même temps, car s'excluant l'une l'autre. Structure de base du système, le code détermine quelles opérations appartiennent au système, et quelles opérations (codées différemment, ou pas codées du tout) se*

différenciation entre un système et ce qui lui est extérieur. Dans cette perspective, Jean Clam explicite la pensée de Luhmann :

« La fonction générale des procédures, et donc ce pour quoi elles sont différenciées, c'est d'être des condensats relativement autonomes de sélections préconstituées que le système englobant peut, à la manière de programmes, enclencher à chaque fois pour produire les décisions courantes dont il a besoin. La loi systémique veut que les systèmes procéduraux, en tant que programmes décisionnels, ne puissent remplir leur fonction que s'ils s'inscrivent dans un cadre où ils peuvent osciller entre l'incertitude irréductible sur la vérité et la justesse de la décision d'une part, et le travail d'élaboration de la décision qui se fait en eux. En ce sens, la procédure est une "poïésis" de la décision »¹⁵³⁸.

Considérer la procédure comme un système social fonctionnellement différencié c'est alors la définir comme un espace où la communication entre une pluralité de partenaires est organisée selon des règles propres¹⁵³⁹ et conduit à des sélections des alternatives disponibles en vue de produire une décision contraignante¹⁵⁴⁰. Toutefois, la procédure se

déroulent dans l'environnement du système ; inversement, il est le produit et reproduit par les opérations du système. Le code est une forme à double face ; il est toujours constitué d'une valeur positive et d'une valeur négative : bon/mauvais dans le cas de la morale, légal/illégal pour le système juridique, avoir/ne pas avoir pour le système économique, vrai/faux pour le système scientifique (...). Cette relation valeur positive/valeur négative de la forme du code ne doit toutefois pas être assimilée à la différence entre système et environnement. Ainsi, dans le cas du système juridique, l'autopoïèse du système est réalisée par la nécessité continue de distinguer entre le juridiquement correct et le juridiquement incorrect. Mais affirmer que quelque chose est illégal ne revient pas à dire qu'il appartient à l'environnement du système. « Le code est simplement une règle d'imputation et de connexion. Si la question de la légalité ou de l'illégalité de quelque chose est soulevée, la communication appartient au système juridique et, dans le cas contraire, non ». (...) Le code sert à l'autodétermination du système. Celle-ci s'effectue donc à partir d'une distinction : non pas d'un principe, d'un objectif, ou de la définition d'une essence, mais d'une différence qui guide, d'une "distinction directrice", d'une différence qui laisse indéterminée la question de savoir comment le système va décrire sa propre identité. Ainsi le système juridique, caractérisé par le code légal/illégal, distinct de son environnement par la spécificité de ce code, ne connaît aucune norme fondamentale représentant son unité ». In Id., pp.100-101

¹⁵³⁸ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann : La contingence des normes*, op. cit., p.161

¹⁵³⁹ Id., Jean Clam précise la pensée de Luhmann : « L'autonomie fonctionnelle-systémique de la procédure, c'est d'abord l'émergence d'une ligne de partage, d'une frontière entre le système qu'elle va représenter et l'environnement où elle s'insère. Cette frontière est une ligne d'exclusion de l'interférence, qui fera que la procédure sera close à toute influence environnementale qui n'emprunterait pas les canaux de communication avec l'extérieur prévus par le système pour s'alimenter en informations ambiantes. Il s'agit donc, dans l'autonomisation systémique d'une procédure, « de construire une sphère de sens pour soi, de manière à ce que des processus sélectifs de traitement de l'information provenant de l'environnement soient guidés par des règles et des décisions propres au système ». ; Voy. ég. LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.61-66

¹⁵⁴⁰ Luhmann critique le concept de légitimité rationnelle formulé par Max Weber et fondé sur la croyance en la légalité de l'ordre établi qui « ne nous renseigne pas suffisamment sur la façon dont une telle légitimité de la légalité est sociologiquement possible ». Il considère en outre que « cette conception étroite va de pair avec la conception classique de la procédure en tant que recherche de la vérité ». Ainsi, selon Luhmann,

différencie du rituel, ou d'une « série préétablie d'actions déterminées »¹⁵⁴¹, bien qu'elle contienne des éléments ritualisés¹⁵⁴². Dès lors, ce ne sont pas « la forme concrète préfixée, la gestuelle, ni le mot juste qui font avancer la procédure, mais plutôt les décisions sélectives des participants qui éliminent des alternatives, réduisent la complexité, absorbent l'incertitude ou, du moins, transforment la complexité indéterminée de l'ensemble des possibilités en une problématique déterminée et saisissable »¹⁵⁴³. La participation d'acteurs privés apparaît ainsi comme nécessaire au fonctionnement des procédures et met en lumière la fonction politique de ces derniers et les diverses influences qu'ils sont susceptibles d'exercer sur les décisions et l'action publique. Toutefois, la participation à une procédure conduit les acteurs de celle-ci à intégrer un système social, c'est-à-dire un système de communication et de relations entre les participants, où une normativité de type disciplinaire les conduit à réformer leurs motivations et leurs stratégies¹⁵⁴⁴.

A. La participation de certains destinataires à la décision publique : un apport nécessaire et ambigu

642. La participation de certains acteurs privés, destinataires des normes juridiques et des décisions administratives, apparaît comme une nécessité constitutive et fonctionnelle, des procédures de production et d'application des normes juridiques. Pour constituer un forum interactionnel, la procédure doit réunir plusieurs partenaires et établir les règles qui régissent la communication entre eux. L'organisation de la participation d'acteurs non-étatiques et privés aux procédures décisionnelles vise également à garantir la qualité de la

« au premier abord, il doit sembler qu'un ordre social qui ne fonde la validité des contenus juridiques contingents que sur des procédures et qui l'institutionnalise uniquement de cette manière doit être hautement instable ou encore qu'il nécessite des garanties très complexes et des institutions complémentaires dans tous les domaines de l'existence ». LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.19-20

¹⁵⁴¹ Ainsi Luhmann précise qu'« à la différence du déroulement sans alternative du rituel, la procédure se caractérise par le fait que l'incertitude de l'issue et des conséquences et le caractère ouvert des alternatives comportementales sont intégrés et gérés au sein du complexe d'action et sa structure motivationnelle ».

LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.32-33.

¹⁵⁴² Il y a un lien de filiation ou d'évolution établi entre procédure et rituel chez Luhmann : « D'un point de vue historique, les procédures de décision apparaissent lorsque la combinaison des procédures archaïques d'arbitrage sans décision exécutoire et des rituels nécessaires à l'obtention d'une décision surnaturelle conduit à des procédures qui débutent avec des possibilités ouvertes et mènent malgré cela à des décisions contraignantes au sein de la procédure elle-même ; il s'agit là d'une conquête évolutionnelle qui marque en même temps le passage du droit archaïque au droit des cultures avancées de l'époque prémoderne ».

LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.32 ; Voy. ég. AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer* tome II, Le Seuil, Paris, 2008, pp.25 et s.

¹⁵⁴³ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.33

¹⁵⁴⁴ LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.25-45 et 77-83, chapitre « La prise de rôle » ; FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, pp.121 et s. not. le chapitre II « L'hypothèse répressive » ; Surveiller et punir, Gallimard, Paris, 1975, pp.30 et s. ; SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., pp.22-41

décision produite, sa légitimité ou son effectivité. Nécessaire, la participation n'en apparaît pas moins ambiguë¹⁵⁴⁵. Les acteurs qui participent aux procédures mises en œuvre par les comités d'éthique ou les agences sanitaires remplissent une fonction politique de représentation d'intérêts privés, ou particuliers, et véhiculent des stratégies d'influence qui visent la décision produite. Toutefois, les participants qui intègrent le système social procédural voient les représentations qu'ils ont de leurs intérêts et de leurs stratégies évoluer en fonction des contraintes disciplinaires et intersubjectives propres à la communication et aux interactions à l'œuvre dans les procédures et au cours de celles-ci.

1. La nécessaire participation des destinataires de la décision publique aux procédures décisionnelles

643. La participation de certains acteurs privés aux procédures de production, d'évaluation ou d'application non contentieuse des normes juridiques apparaît comme une nécessité à plusieurs égards. D'un point de constitutif, la participation de plusieurs acteurs est une condition *sine qua non* à la formation d'une interaction ou d'une communication. Ainsi, Jean Clam remarque que « *les procédures sont (...) des systèmes d'interaction. Des acteurs y participent, doivent y participer, et leur contribution à la procédure est indispensable à sa marche* »¹⁵⁴⁶. En outre, la participation d'acteurs non institutionnels contribue à la qualité des décisions produites en maximisant tant l'information disponible que les capacités de traitement de celle-ci au sein du système procédural¹⁵⁴⁷. Toutefois, le système procédural maîtrise cette densification afin de la maintenir dans le cadre structurel juridique qui régule la communication entre les acteurs¹⁵⁴⁸. Par exemple, solliciter l'avis des organismes professionnels de santé lors de l'évaluation ou la révision des lois de bioéthique, que ce soit au sein du comité consultatif national d'éthique ou au sein des

¹⁵⁴⁵ LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, 2009, Thèse Université Panthéon-Assas Paris II, Dalloz, Paris, 2009, p.17-21 ; HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., pp.180 et s. voy. ég. la section « Les échanges scientifiques, des régulateurs manipulés ? », pp.193 et s.

¹⁵⁴⁶ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.163

¹⁵⁴⁷ *Infra.*, Section 1^{de} ce chapitre.

¹⁵⁴⁸ Jean Clam précise : « *En effet, la densification des systèmes de contacts dans le champ interactionnel de la procédure fait naître, entre les participants (...), des plans de communication aussi variés que ceux de l'entente ou du conflit, de la sympathie ou de l'antipathie, de la concordance ou de la divergence d'intérêts, de l'harmonie ou de la dysharmonie de présentation de soi, etc. Sur tous ces plans, des agrégations de perceptions, d'intérêts ou de personnes peuvent naître, qui risquent de drainer la procédure vers des mécanismes de coopération non juridique. Ce sont même parfois des procédures parallèles, para ou extra juridiques qui s'enclenchent, telles des médiations, des expertises quasi formelles, qui court-circuitent la procédure proprement juridique* ». C'est en ce sens que le cadre structurel s'organise de manière à limiter la densification des contacts : « *En effet, les règles générales de la procédure astreignent les participants à des contacts structurellement sporadiques avec les instances bureaucratiques qui ont la régie de procédures* ». CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann : La contingence des normes*, PUF, Paris, 1997, p.163

commissions parlementaires, permet de prendre en compte les problématiques techniques ou éthiques nées de la pratique médicale, abstraction faite des clivages idéologiques et politiques. En matière d'évaluation des médicaments ou des produits alimentaires, la participation d'experts scientifiques indépendants crédite la décision procédurale d'une certaine qualité relative à son contenu et au traitement de l'information opéré au cours de la procédure. Emmanuelle Cadeau remarque que « *la sécurité sanitaire dans le domaine du médicament nécessite de coordonner des sources d'informations multiples, au caractère fortement scientifique, mettant en cause des institutions très diverses* » et plaide en faveur d'une structure institutionnelle qui organise « *le partenariat* » entre les différents acteurs de ce secteur¹⁵⁴⁹. Dans cette perspective, les agences sanitaires apparaissent comme des « *relais institutionnels autonomes* » créés « *à partir d'un cloisonnement des espaces de décision technique et politique*¹⁵⁵⁰ ». En d'autres termes, la participation d'acteurs privés, destinataires des normes juridiques et des décisions administratives, contribue à la contextualisation et à une dépolitisation des processus décisionnels en matière de commerce des médicaments. Cette contextualisation concerne plusieurs niveaux de la légitimation politique : la légitimation morale qui peut être recherchée par la participation d'acteurs religieux ou confessionnels au sein des comités d'éthique nationaux et internationaux, la légitimation scientifique et technique par la participation d'acteurs professionnels, la légitimation politique au sens strictement démocratique par la représentation d'intérêts particuliers au cours des procédures décisionnelles.

644. Néanmoins, il est important de lever une certaine confusion relative au concept de « *destinataire* » de la norme ou de la décision publique. Il est en effet surprenant, dans une société démocratique où le citoyen est la source de la légitimité, de considérer que la participation des destinataires de la décision publique contribue à asseoir sa légitimité. Certains considèrent l'avènement de cette forme de « *droit négocié* »¹⁵⁵¹ comme un gage d'effectivité. Cependant, une précision s'impose, car l'emploi du terme « *destinataires de la norme* » est problématique. En effet, ce terme recouvre plusieurs sens selon la perspective où l'on se place. Si l'on s'en tient à une conception générale et impersonnelle de la loi, les destinataires pourront être, indistinctement, l'ensemble des personnes physiques et morales à qui la norme s'adresse. À l'inverse, si l'on adopte une conception plus restrictive fondée sur le champ d'application *ratione personae* de la norme, les destinataires seront les personnes physiques et morales envers qui telle norme est

¹⁵⁴⁹ CADEAU (E.), *Le médicament en droit public : sur le paradigme juridique de l'apothicaire*, op. cit., p.374

¹⁵⁵⁰ *Id.*

¹⁵⁵¹ GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit négocié, droit imposé?*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1996, 703p.

opposable. D'une manière générale, le terme « *destinataire* » ne permet pas de distinguer celui à qui la norme s'impose et celui à qui elle bénéficie. Par exemple, en matière de droit médical, l'adoption d'une loi relative aux droits des patients comporte plusieurs types de destinataires : les patients, à qui la loi reconnaît des droits spécifiques, et les professionnels de santé qui se voient opposer des obligations découlant de ces droits. Rechercher à des fins de légitimation l'acceptation des seconds, alors que l'objectif poursuivi est de protéger les droits des premiers à leur encontre et qui ne sont pas directement consultés, n'apparaît-il pas, dès lors, comme paradoxal ? En d'autres termes, la référence aux « *destinataires de la norme* » induit une forme de confusion entre les causes qui ont conduit à son adoption – protéger les droits de telle catégorie de destinataires – et les effets que l'on escompte lui faire produire, c'est-à-dire imposer le respect de ces droits à des tiers professionnels, autre catégorie de destinataires¹⁵⁵².

645. Les procédures décisionnelles des autorités administratives indépendantes et des comités d'éthique organisent la participation de certains acteurs de la société civile. Les acteurs invités à participer aux procédures décisionnelles sont ceux qui disposent d'un certain pouvoir ou, pour reprendre la pensée d'Agamben, d'un arcane du pouvoir. Dans *l'État d'exception*¹⁵⁵³, Giorgio Agamben distingue dans la généalogie du concept de pouvoir politique, entre *l'auctoritas*, ou « *cette puissance qui accorde la légitimité* »¹⁵⁵⁴, et la *potestas*, soit le pouvoir d'agir¹⁵⁵⁵. Se référant à la généalogie du concept de souveraineté, l'auteur puise dans l'étude du droit romain la définition de ces deux dimensions de la notion de pouvoir politique et qui sont confondues dans les théories modernes de l'État¹⁵⁵⁶. Cet auteur précise que, « *dans le domaine privé, l'auctoritas est la caractéristique de l'auctor, c'est à dire de la personne sui juris (le pater familias) qui intervient — en prononçant la formule technique auctor fio — pour conférer une validité*

¹⁵⁵² Le mécanisme logique ou rhétorique qui consiste à signifier un effet en lieu et place de sa cause est une métonymie. Une telle figure de style est réputée produire une manipulation du système de représentation du locuteur. cf. GENETTE, *Métalepse*, Seuil, Paris, 2004, pp.24 et s.

¹⁵⁵³ AGAMBEN (G.), *L'État d'exception, homo sacer* tome I, Le Seuil, Paris, 2003, 150p

¹⁵⁵⁴ MAGDELAIN (A.), *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Rome, 1990, p.685

¹⁵⁵⁵ AGAMBEN (G.), *L'État d'exception, homo sacer* tome I, Le Seuil, Paris, 2003, pp.123-150

¹⁵⁵⁶ Agamben fait état des nombreuses études de philosophie du droit et de l'État qui déplorent cette confusion. Il fait notamment référence aux travaux de Hannah Arendt et Carl Schmitt, paradoxalement convergents sur cette question. Il précise notamment, à propos de Carl Schmitt, que celui-ci « *notait que la confusion moderne entre auctoritas et potestas — « deux concepts qui expriment le sentiment originel d'après lequel le peuple romain a conçu sa vie communautaire — et leur convergence dans le concept de souveraineté ont été la cause de l'inconsistance philosophique de la théorie moderne de l'Etat* » ; et il ajoutait aussitôt que cette confusion « *n'est pas seulement académique, mais est inscrite dans le processus réel qui a conduit à la formation de l'ordre politique moderne* ». AGAMBEN (G.), *L'État d'exception*, op.cit., p.126

juridique à l'acte d'un sujet qui tout seul ne saurait accomplir un acte juridique valide »¹⁵⁵⁷.

646. Le système institutionnel de la bioéthique est marqué par cette dichotomie et cette dialectique de l'autorité et de la puissance. L'exemple des agences sanitaires révèle un pouvoir démembré, incapable d'assurer seul l'efficacité de son action. Les agences d'évaluation des produits de santé incarnent alors le modèle de *l'auctoritas*, l'institution qui a le pouvoir d'autoriser autrui à mener son action. Inversement, ces agences ne disposent pas des moyens nécessaires pour mener seules la fonction qui leur est attribuée, évaluer les médicaments. En effet, ces dernières ne disposent ni des moyens financiers, ni des moyens humains, nécessaires pour effectuer les études cliniques et produire les informations relatives aux médicaments qu'elles évaluent. À ce titre, elles organisent, par leurs procédures décisionnelles, la participation des acteurs privés, des firmes pharmaceutiques, disposant des moyens de produire les données scientifiques sur les produits qu'elles souhaitent commercialiser. L'élaboration de procédures qui organisent la participation de ces firmes est alors une condition de l'efficacité de l'action de l'autorité administrative. Boris Hauray note que l'arrivée des produits biotechnologiques à partir des années 1980 est un exemple frappant de « *la dépendance technique des autorités d'évaluation envers les acteurs privés* »¹⁵⁵⁸.

647. Les comités d'éthique nationaux et internationaux interviennent dans les décisions publiques relatives à la production des normes, l'évaluation et la révision de ces dernières. Ceux-ci constituent également des figures de l'autorité. À ce titre, la légitimité recherchée est différente de celle recherchée par les agences. Les comités visent une légitimité axiologique ou substantielle. La *potestas* n'est pas ici recherchée. Celle-ci découle directement d'une compétence attribuée par la constitution, au pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre juridique national, ou au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'ordre juridique international. Dans cette perspective, les comités d'éthique nationaux et internationaux n'ont pas la capacité d'agir en posant l'acte de production de la norme. Ces

¹⁵⁵⁷ AGAMBEN (G.), *L'État d'exception*, op. cit., p.127-128. L'auteur précise l'étymologie du terme, celui-ci « dérive du verbe *augeo* : *auctor* est is qui auget, celui qui augmente, accroît ou perfectionne l'acte — ou la situation juridique — d'un autre (...) Comme l'a souligné Magdelain, “l'auctoritas ne se suffit pas à elle-même : soit qu'elle autorise, soit qu'elle ratifie, elle suppose une activité étrangère qu'elle valide” ». ; Cf. MAGDELAIN (A.), *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Rome, 1990, p.685

¹⁵⁵⁸ L'auteur précise : « les autorités nationales, confrontées individuellement à des produits dont elles maîtrisaient mal les enjeux sanitaires, étaient désireuses d'élaborer des normes communes assurant un traitement adéquat des nouvelles questions qu'ils posaient. Or les industriels disposaient alors de l'information la plus fiable et complète dans ce domaine puisqu'ils travaillaient depuis plusieurs années au développement et à l'étude de ces produits. Les autorités européennes décidèrent donc de travailler avec des représentants industriels pour définir les standards et les obligations à respecter pour les médicaments de ce nouveau type. Cet exemple du rôle de l'expertise industrielle dans l'élaboration des dispositifs de contrôle, s'il est le plus marquant, n'est pas isolé ». HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.194

comités apparaissent comme les dépositaires d'une autorité morale et scientifique qui légitime la norme produite en participant à la formulation de son contenu. À l'inverse des agences, les comités d'éthique ne visent pas directement la gestion du risque sanitaire par l'emprunt d'une puissance privée. Ces comités n'appliquent pas les normes du droit de la bioéthique, mais participent à leur élaboration et à leur légitimation. À ce titre, ils ne relèvent pas du paradigme économico-gestionnaire qui guide l'action gouvernementale, mais constituent plutôt, dans la perspective d'Agamben, des mécanismes de glorification du pouvoir étatique qui visent à confirmer les décideurs et les institutions sanitaires dans leur fonction.

648. Pourvue d'un sens similaire dans le droit public romain¹⁵⁵⁹, *l'auctoritas* peut également s'incarner dans les traits et les qualités particulières de la personne qui la détient. Ainsi, Auguste, nom octroyé, le 16 janvier de l'an 27 av. J.-C., par le Sénat au détenteur personnel du pouvoir sous la période du principat, est un terme qui « *provient de la racine même d'augeo et d'auctor* »¹⁵⁶⁰. Auguste, lui-même, dans un passage de *Res gestae* « *définit la spécificité de son pouvoir constitutionnel non dans les termes assurés d'une potestas qu'il déclare partager avec ceux qui sont ses collègues de la magistrature, mais dans les termes plus vagues d'une auctoritas* »¹⁵⁶¹. En 1937, Wenger estimait que « *l'auctoritas (...) c'est-à-dire le concept fondamental du droit public dans nos États modernes autoritaires, n'est compréhensible, selon la lettre comme du point de vue du contenu, qu'à partir du droit romain de l'époque du principat* »¹⁵⁶². À ce titre, Agamben précise que « *le principat romain, que nous sommes habitués à définir par un terme — empereur — qui renvoie à l'imperium du magistrat, n'est pas une magistrature, mais une forme extrême de l'auctoritas. Heinze a défini exactement cette position : « toute magistrature est une forme préétablie dans laquelle entre l'individu et qui constitue la source de son pouvoir ; au contraire, l'auctoritas provient de la personne comme quelque chose qui se constitue à travers elle, subsiste seulement en elle et disparaît avec elle »* »¹⁵⁶³. Dans cette conception de l'autorité se glisse la figure de l'expert en science ou en théologie dont les qualités personnelles et la compétence préfigurent la garantie d'une décision légitime. Ces augustes experts incarnent une figure charismatique du pouvoir dans les processus de légitimation. La figure de l'expert n'apparaît-elle pas, au sein du système

¹⁵⁵⁹ Agamben démontre que *l'auctoritas* dans le droit public romain, « *désigne la prérogative du Sénat* » et se distingue de la *potestas* ou de l'*imperium* des magistrats ou du peuple. Le Sénat intervient pour ratifier et rendre pleinement valides les décisions des comices populaires. AGAMBEN (G.), *L'État d'exception*, op.cit., pp.130-131

¹⁵⁶⁰ *Id.*, p.138 Agamben à propos de HEINZE (R.), « *Auctoritas* », in *Hermes*, 60, 1935, p.348 et s.

¹⁵⁶¹ *Id.*, p.137

¹⁵⁶² *Id.*

¹⁵⁶³ *Id.* p. 137, Agamben à propos de WENGER (S.), « *Römisches Recht in Amerika* », in *Studi Besta*, Milan, 1937-1939, vol. 37-49

procédural des agences sanitaires et des comités d'éthique, comme la bénéficiaire d'un lien particulier avec le concept de vérité, scientifique ou morale, et qu'elle serait capable de « transmettre »¹⁵⁶⁴ à la décision procédurale ?

2. La fonction politique des participants aux procédures décisionnelles

649. La participation des acteurs privés aux procédures décisionnelles assure également une fonction politique de représentation de certains intérêts. En France, la révision, en 2011, des lois bioéthiques de 2004, a suscité la participation d'une véritable armada de commissions et de comités d'experts qui ont préparé la rédaction de la loi. La Commission nationale consultative des droits de l'homme, le comité consultatif national d'éthique, l'Agence de biomédecine, l'Office parlementaire d'évaluation des choix, scientifiques et technologiques, la Mission parlementaire d'information sur la révision des lois de bioéthique ont, chacune, consulté de nombreux experts et acteurs, qu'il s'agisse de collectifs d'usagers, de professionnels ou d'industriels. En outre, le gouvernement français a fait le choix d'organiser des États généraux de la bioéthique, présentés comme un vaste débat public, et qui a consisté en « *la formation de trois jurys de seize personnes formés par des experts et très encadrés par un comité de pilotage particulièrement conservateur* »¹⁵⁶⁵, interrogeant des milliers d'internautes et rencontrant deux cent douze citoyens. Cependant, le rapporteur général des états généraux explique que « *parce qu'ils n'ont pas été sélectionnés selon des critères de représentativité, les témoignages individuels diffusés sur le site des États généraux ne sauraient être appréhendés de la même manière que les contributions issues d'un débat et d'une réflexion collective* »¹⁵⁶⁶. Il écarte ainsi les arguments qui ne sont pas issus de l'expertise tout en s'arrogeant la légitimation produite par le débat public. Ainsi, comme le remarque Daniel Borillo, « *l'extrême prudence du rapport des États généraux apparaît comme le résultat du bon sens populaire et permet de cautionner l'immobilisme souhaité par le gouvernement* »¹⁵⁶⁷.

650. Ce constat invite à s'interroger sur le rôle et l'influence de ces groupements d'intérêts au sein des processus décisionnels. L'influence de ces groupements d'intérêts,

¹⁵⁶⁴ Le concept d'auctoritas porte en lui les indices de ce transfert. En effet, comme le note Agamben, « *Auguste conçoit la restauration comme un transfert de la res publica de ses mains à celle du peuple et du Sénat, (...), Auguste serait ainsi l'auteur des droits rendus au peuple et au Sénat* ». In *Id.*, p.138 ; MAGDELAIN (A.), *Auctoritas principis*, Paris, 1947, p.56-57

¹⁵⁶⁵ BORILLO (D.), « La république des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire-Politique*, 2011-2, n° 14, pp.55-83

¹⁵⁶⁶ *Id.*, p.62

¹⁵⁶⁷ *Id.*

aussi appelés « *groupes de pression* »¹⁵⁶⁸, sur la production et l'application non contentieuse des normes juridiques, est mal connue et sans doute sous-estimée¹⁵⁶⁹. En effet, ces derniers « *figurent parmi les forces créatrices [du droit] dont le rôle se trouve généralement occulté par l'assimilation péremptoire de la loi à l'expression de la volonté générale* »¹⁵⁷⁰. La doctrine distingue plusieurs stratégies mises en œuvre par ces groupes pour exercer une influence sur les pouvoirs publics¹⁵⁷¹. Les groupements d'intérêts pourront utiliser des stratégies d'influence directes et externes, adressées aux pouvoirs publics de manière informelle et qui ne s'insèrent pas dans le processus décisionnel, et des stratégies d'influence directes et internes où les groupements d'intérêts sont sujets d'une « *participation institutionnalisée aux processus décisionnels* »¹⁵⁷². Cette dernière peut prendre la forme d'une participation aux travaux des commissions parlementaires ou au cours des négociations internationales. Dans le cadre de notre analyse des procédures décisionnelles en matière de bioéthique, nous nous concentrerons sur les stratégies d'influence « *directes et internes* » qui résultent de la participation de ces acteurs aux procédures décisionnelles du système administratif.

651. Les groupements d'intérêts entretiennent, avec le législateur comme avec les autorités administratives indépendantes, une relation d'interdépendance. En effet, la dépendance des premiers, qui cherchent à faire valoir les intérêts de leurs membres lors de l'élaboration ou de l'application administrative d'une norme juridique, est évidente à l'égard du second. Néanmoins, « *il serait erroné de s'en tenir à cette présentation unilatérale, dans la mesure où l'analyse approfondie des relations unissant le législateur aux groupes de pression dévoile la réciprocité de cette dépendance* »¹⁵⁷³. Le partenariat avec ces groupes présente un double intérêt pour le législateur. En premier lieu, celui-ci, avide d'informations pertinentes sur le champ d'activité qu'il entend réguler, bénéficie de l'expertise et des connaissances détenues par les groupements d'intérêts. Si celle-ci est partielle, elle n'en demeure pas moins nécessaire. En second lieu, le législateur peut se

¹⁵⁶⁸ Les groupes de pression peuvent se définir comme « *une organisation constituée pour la défense d'intérêts et exerçant une pression sur les pouvoirs publics afin d'obtenir d'eux des décisions conformes à ces intérêts* ». SCHWARTZBERG (R.), *sociologie politique*, 5^{ème} éd. Montchrestien, 1998, p.540

¹⁵⁶⁹ Leur activité de pression « *n'est qu'un moyen au service d'une fin qui consiste à infléchir le sens de la norme, pour le faire coïncider le plus étroitement possible avec les intérêts défendus par le groupe* ». In LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, 2009, Thèse Université Panthéon-Assas Paris II, Dalloz, Paris, 2009, p.13

¹⁵⁷⁰ *Id.* p.13

¹⁵⁷¹ *Id.* pp.45 et s.

¹⁵⁷² BRAUD (P.), *Sociologie politique*, LGDJ, 2006, p.359 et s.

¹⁵⁷³ LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.18 ; En outre, le financement direct des autorités administratives indépendantes qui évaluent les médicaments par les redevances industrielles accroît la dépendance des premières à l'égard des firmes pharmaceutiques.

trouver « légitimé » par son échange avec les groupements d'intérêts : « le soutien exprimé par un groupe en faveur d'une proposition législative ou réglementaire contribue à renforcer la légitimité de la proposition elle-même, mais également celle de son auteur »¹⁵⁷⁴. Cet échange est organisé au sein des diverses procédures consultatives qui interviennent au cours de la phase préparatoire de la production juridique dans de multiples comités, commissions et autres groupes de travail. De plus, comme le note Jean Lapousterle, « dans un contexte marqué par la multiplication des niveaux de gouvernement – local, national, communautaire, international – et la fragmentation des différents processus décisionnels, les groupes de pression sont appelés à jouer un rôle croissant dans les relations de pouvoir qui s'établissent entre les acteurs institutionnels »¹⁵⁷⁵. En ce qui concerne le droit international, la multiplication des acteurs institutionnels, étatiques et non-étatiques, et les réseaux de relations qu'ils tissent semblent être les facteurs d'un développement de l'intervention des groupements d'intérêts dans les procédures décisionnelles. En effet, « en apportant leur soutien à l'un de ces acteurs, les groupes peuvent ainsi leur servir de relais d'influence et accroître le poids dans les relations qu'ils entretiennent avec les autres acteurs institutionnels »¹⁵⁷⁶. En outre, le soutien des groupements d'intérêts à une proposition normative est un élément gageant une certaine facilitation de sa mise en œuvre, dans la mesure où les membres de ces groupes sont les destinataires de la norme.

652. Les ordres professionnels constituent des groupements d'intérêts spécifiques, notamment dans le domaine des activités biomédicales, où la consécration de normes déontologiques a précédé la création d'un dispositif juridique¹⁵⁷⁷. Ceux-ci s'étant internationalisés¹⁵⁷⁸ dès le début du XXe siècle, ils prennent aujourd'hui la forme d'ONG¹⁵⁷⁹. L'élaboration d'un corps de règles destiné aux professionnels de santé et aux scientifiques dénote de leur part une prise de responsabilité. Cette forme d'autorégulation « se justifie au regard du principe de subsidiarité qui implique le respect des corps intermédiaires en leur laissant une marge d'autonomie et d'initiative dans la sphère

¹⁵⁷⁴ *Id.*, p.24

¹⁵⁷⁵ *Id.*, p.27

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ ANDRÉ (A.), « L'expérimentation humaine et l'Ordre des médecins », in DELFOSSE (M.L.), *Les comités de la recherche biomédicale*, op. cit., pp.71-76

¹⁵⁷⁸ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp.80 et s.

¹⁵⁷⁹ Sur le rôle des ONG en droit international : cf. BETTATI (M.), « Contribution des organisations non gouvernementales à la formation et à l'application des normes internationales », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.-M.), *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, coll. Droit international, 1986, pp.7 et s. ; MERLE (M.), « Un imbroglio juridique : le « statut » des OING, entre le droit international et les droits nationaux », in *Études A Plantey*, Paris, Éd. Pedone, 1995, pp.341 et s. ; En matière de droit médical : BEUGBEDER (Y.), « Les relations des organisations non gouvernementales avec l'Organisation mondiale de la santé », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.-M.), *Les ONG et le droit international*, op. cit., pp.167 et s.

relevant de leur compétence »¹⁵⁸⁰. Toutefois, on peut s'interroger également sur les autres motivations ayant présidé à l'adoption de ce corps de règles. En effet, une partie de la doctrine explique l'autorégulation par « les besoins de régulation et la crainte de voir réglementer excessivement une activité professionnelle (...). Développer l'aspect éthique du contrôle d'une activité est, dès lors, la contrepartie nécessaire si l'on veut éviter qu'elle soit l'objet d'une surveillance de la puissance publique »¹⁵⁸¹.

653. Certains observateurs constatent que « l'étude minutieuse de l'évolution de notre droit montre que les deux phénomènes se sont rencontrés et qu'il convient, par conséquent, de raisonner non en terme de prédominance d'une catégorie normative sur une autre, mais bien d'influences réciproques et d'emprunts mutuels »¹⁵⁸². En effet, reprendre la formulation de règles déontologiques, élaborées par des professionnels, au sein d'un dispositif juridique peut permettre de minimiser les phénomènes de résistance¹⁵⁸³ par les destinataires qu'il vise. Dès lors, « comme il s'agira de règles à formulation déontologique, elles obtiendront, auprès des acteurs concernés, une large adhésion. Mais comme il s'agit de la reprise d'obligations classiques, présentes en droit civil ou pénal, elles bénéficieront d'une pleine impérativité »¹⁵⁸⁴. À ce titre, certains phénomènes d'internormativité externe¹⁵⁸⁵, qui consistent à importer des règles éthiques ou déontologiques à l'intérieur même des dispositifs juridiques, permettent aux ordres professionnels de garder une certaine maîtrise sur l'élaboration, l'interprétation et l'application des normes qui régissent leurs professions et leurs activités. Le choix d'élaborer un corps de règles déontologiques et un ordre disciplinaire pour les faire respecter peut s'expliquer par la volonté d'éviter, de retarder ou d'influencer l'intervention des pouvoirs publics et la formulation de règles contraignantes par le législateur. Ainsi, anticiper cette intervention afin de fournir un corps de règles déjà opérationnel au législateur, pour qu'il s'en inspire, permet aux ordres professionnels de ne pas se voir imposer de règles élaborées de manière totalement extérieure à leur sphère d'influence et leurs domaines d'activité.

¹⁵⁸⁰ MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p.86

¹⁵⁸¹ ISAMBERT (F.), cité par BYK (C.) et MEMETEAU (G.), *Le droit des comités d'éthique*, Paris-Lyon, Éd. ESKA – A. Lacassagne, 1996, p.58

¹⁵⁸² DUPRAT (J.P.) s.d., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2002, p.40

¹⁵⁸³ Sur la résistance de certains ordres professionnels vis-à-vis de l'acceptation de normes nouvelles : cf. BELLEY (J.G.), *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Droit et Société vol.16, Paris, 1995, pp.233 et s ; notamment MACDONALD (R.), « Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in BELLEY (J.G.), *Le droit soluble, contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Droit et Société vol.16, Paris, 1995, pp.233 et s.

¹⁵⁸⁴ DUPRAT (J.P.) s.d., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, op. cit., p.40

¹⁵⁸⁵ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1

B. La procédure comme outil de neutralisation des contradictions

654. La multiplicité et la diversité des acteurs — experts en théologie ou en sciences, représentants des ordres professionnels ou de groupes industriels, associations de citoyens et d'usagers des services de santé — qui participent aux procédures décisionnelles impliquent la représentation d'intérêts particuliers et partiellement contradictoires¹⁵⁸⁶. La procédure permet de situer les participants dans un contexte complexe où la communication organisée entre les différents acteurs leur permet de nuancer la représentation qu'ils se font de leurs intérêts en fonction des autres acteurs et des préférences ou des sélections qu'ils expriment. À ce titre, la procédure, en tant que système social, « *internalise* »¹⁵⁸⁷ les conflits d'intérêts et les contradictions éthiques. De plus, la participation au système procédural suppose d'endosser des rôles institués et l'établissement de relations normées entre les participants. Ces relations sont réglées non seulement par des normes juridiques, mais également par des normes, pratiques et non juridiques, qui découlent des relations de pouvoirs et d'interdépendance entre les acteurs. Ainsi, il semble que les procédures organisent le couplage opérationnel de la normativité juridique et de la normativité disciplinaire, propres au biopolitique, et qui permet la neutralisation des contradictions éthiques et la dynamisation des conflits d'intérêts.

1. la normativité disciplinaire de la procédure : outil de transformation de la personnalité des participants

655. Niklas Luhmann, qui fonde sa théorie sur une approche behavioriste, précise la nature des échanges qui s'opèrent entre les participants d'une procédure et leurs conséquences sur son déroulement. Cet examen lui permet en outre de différencier la procédure du rituel :

¹⁵⁸⁶ Nous avons pu constater, dans le fonctionnement des agences d'évaluation des médicaments, que l'intérêt des firmes consiste à obtenir un RCP et des conditions d'utilisation et de remboursement les plus favorables possible, tandis que les intérêts des experts institutionnels, eux-mêmes rendus contradictoires par la mise en concurrence des agences sur le marché européen, consistent à la fois à produire une évaluation qui assure la sécurité sanitaire et à maximiser les demandes d'AMM déposées par les firmes afin de disposer de ressources suffisantes pour fonctionner.

¹⁵⁸⁷ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.97. Luhmann considère que la complexification et la différenciation fonctionnelle à l'œuvre dans les sociétés modernes impliquent une certaine entropie du système social, une « *tendance (...) à la généralisation des conflits* » ou une « *sensibilité au désordre* ». C'est pour lutter contre cette tendance et « *la rediriger* » qu'interviennent les institutions et procédures qui « *agissent de manière contradictoire dans le processus opposé de spécification des conflits* ». L'auteur ajoute que « *c'est précisément ce qui se produit lorsque les conflits sont canalisés vers une décision* », ou encore que « *la forme d'un conflit ordonné par des rôles satisfait la double exigence qui consiste à s'emparer des conflits tout en les limitant* ». On remarque que cette conception repose sur la relation dialectique entre les structures invariantes de stabilité et de changement que constituent respectivement la fonction irénique et la fonction polémogène du droit.

« Les participants réagissent avec leurs propres choix comportementaux, non pas sous l'impulsion d'un déclencheur préétabli, mais à partir de l'information qui leur provient des opérations de sélection effectuées par d'autres, c'est-à-dire qu'ils ne réagissent pas seulement aux possibilités qui ont été choisies, mais également à celles qui ont été écartées et qui sont conservées dans l'horizon d'expérience de la procédure en tant que possibilités niées. Ainsi la procédure se déroule comme l'histoire d'une décision à l'intérieur de laquelle toute décision partielle de chacun des participants devient un fait de telle sorte qu'elle pose de cette manière les prémisses de décisions pour les autres participants ; elle structure ainsi la situation dans son ensemble sans toutefois déterminer de manière mécanique ce qui se produira par la suite »¹⁵⁸⁸.

656. La procédure doit ainsi maintenir une relation spécifique à l'incertitude pour garantir la coopération entre les participants. Ainsi, Luhmann précise que « l'incertitude est utilisée à titre de motif afin d'amener les destinataires de la décision à accomplir un travail cérémoniel non rémunéré »¹⁵⁸⁹. Jean Clam explicite la pensée de Luhmann dans ce sens : « par cette prestation [cérémoniel non rémunéré], il [le participant à la procédure] confirme la valeur des normes ainsi que celles des décideurs dans leurs fonctions »¹⁵⁹⁰. Tel est notamment le cas lorsqu'une firme choisit l'État rapporteur ou référent dans le cadre des procédures européennes d'évaluation des médicaments. L'acteur dans la procédure acquiert l'illusion que ses intérêts particuliers sont « généralisables » et « capables d'un consensus »¹⁵⁹¹. Pourtant, dans cette illusion, « il ne fait que s'isoler davantage, dans la mesure où ses intérêts, en vertu de leur particularité ne sont nullement généralisables »¹⁵⁹². Dans l'anticipation, par le participant, d'une déception vis-à-vis de la décision réside l'explication de sa docilité¹⁵⁹³ : « il [le participant à la procédure] n'aurait

¹⁵⁸⁸ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.33-34

¹⁵⁸⁹ SOSOE (L. K.), « Préface à l'édition française », in LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.XL ; Luhmann fait pour sa part référence à la fonction symbolico-expressive de la procédure : p.120 et s. En ce sens il rejoint parfaitement la pensée d'Agamben sur la fonction des protocoles et des procédures comprises comme mécanismes de glorification. cf. AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer tome II*, Le Seuil, Paris, 2011, pp.257-384

¹⁵⁹⁰ SOSOE (L.K.), « Préface à l'édition française », in LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.XL

¹⁵⁹¹ Id.

¹⁵⁹² Id. ; voy. ég. LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.106-107

¹⁵⁹³ Luhmann explique par exemple que la contrainte procédurale est si subtile qu'il est impossible d'y résister. Il rejoint en ce sens la pensée de Foucault. Luhmann précise : « Le traitement impersonnel et routinier du cas est une composante essentielle de la procédure et de sa présentation, car la décision doit être présentée comme étant tirée de faits et de normes. La décision doit donc être préparée et les participants doivent également être préparés à la recevoir. C'est la raison pour laquelle seules sont pertinentes les informations qui sont au programme de la décision. Sans être connue, la décision doit être traitée comme quelque chose de déjà établi. On ne peut alors attribuer aux destinataires de la décision qui sont présents le

aucune chance de se rebeller contre la décision et que la rébellion n'aura aucune chance de réussite. (...) il s'ensuit donc une certaine vulnérabilité. C'est précisément cette vulnérabilité de l'individu perdant qui lui permet d'admettre la décision à titre de prémisse de son propre comportement »¹⁵⁹⁴. Par exemple, c'est probablement cette anticipation du refus d'AMM qui conduit les industriels à se conformer aux lignes directrices élaborées par les agences sanitaires au niveau national ou international et qui concernent la conduite des essais cliniques sur les médicaments. De même, les firmes sollicitent les avis scientifiques des agences sanitaires nationales ou de l'EMA pendant les études cliniques afin d'anticiper les exigences d'évaluation et adapter la présentation de leurs résultats, et indirectement de leurs intérêts, en conséquence¹⁵⁹⁵. Pour reprendre ici la pensée d'Agamben, nous pourrions dire que les acteurs participent à des mécanismes de glorification du pouvoir, c'est-à-dire de l'autorité qui décide.

657. La participation à la procédure débute par « l'endossement »¹⁵⁹⁶ d'un rôle institué. Ce rôle, qui peut être celui d'un promoteur de recherche dans la phase de préparation du dossier d'AMM ou d'un argumentateur/négociateur¹⁵⁹⁷ dans la phase de présentation du dossier d'AMM, est réglé par des normes juridiques, mais aussi par des lignes directrices qui ne sont pas contraignantes. En effet, comme le remarque Luhmann, « dès l'abord, l'entrée en procédure est une entrée dans des rôles et dans des interactions, mi-parties planifiées, mi-parties ouvertes, entre eux »¹⁵⁹⁸. Dans cette perspective, l'ensemble du système bureaucratique et « l'ensemble des procédures » peuvent être considérés comme des « systèmes de comportements dans des rôles »¹⁵⁹⁹. Il est intéressant

rôle de ceux qui doivent la légitimer, et cela ni ouvertement ni implicitement. Ils sont traités uniquement en tant que porteurs d'informations ou encore en tant que sources d'erreurs, mais non pas en tant que personne, en tant qu'autre "je", source originelle du sens du droit. On comprend aisément que cela puisse se produire dans le respect de la dignité humaine et qu'en règle générale cela se produise effectivement ainsi. Mais c'est seulement en cela que sont exclues les humiliations les plus graves et les formes peu subtiles de tortures et non par cet empiètement proprement substantiel sur la personnalité qui est prévu dans le style de la situation, empiètement qui touche cette personnalité si subtilement et si profondément qu'il est impossible de lui opposer une quelconque résistance et souvent même d'en prendre conscience ». LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.105.

¹⁵⁹⁴ SOSOE (L. K.), « Préface à l'édition française », in *Ibid.*, p.XL

¹⁵⁹⁵ Ces demandes d'avis émises par les firmes ne peuvent pas constituer une préévaluation, mais doivent porter sur des carences des lignes directrices. Une firme, « qui cherche naturellement à limiter le nombre, la taille et la difficulté des essais qu'[elle] doit entreprendre », pourra par exemple, demander au CSP « si la définition des patients inclus dans leurs essais est suffisante pour les indications » qu'elle désire. En cas de refus par le CSP du protocole proposé par la firme, elle pourra « demander un suivi et soumettre des protocoles amendés et justifier à nouveau ces choix ». Boris Hauray remarque encore que « ces avis scientifiques permettent aux industriels de maximiser leur stratégie d'enregistrement en proposant des protocoles minimaux et en demandant s'ils sont suffisants ». In HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., p.199

¹⁵⁹⁶ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.164

¹⁵⁹⁷ HAURAY (B.), *L'Europe du médicament*, op. cit., pp.180-215, spé., pp.202 et s.

¹⁵⁹⁸ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., p.82

¹⁵⁹⁹ *Id.*

de remarquer que la duplicité entre l'identité du sujet et le rôle qu'il endosse est une traduction directe de la structure des relations de pouvoir. Luhmann précise que « *l'entrée en procédure est une entrée dans un champ de tension cognitif entre deux pôles, à savoir entre l'identité et le rôle* »¹⁶⁰⁰. Les études d'archéologie conceptuelle menées par Foucault¹⁶⁰¹ et Agamben¹⁶⁰² sur la généalogie du concept de souveraineté permettent de lier ce qui se joue dans la procédure avec la structure du système juridico-politique.

658. Agamben démontre, dans les deux tomes de *Homo sacer*, que la structure de la machine gouvernementale est une structure double¹⁶⁰³. Il remarque par exemple, que le terme de démocratie renvoie de manière équivoque à la fois à une « *forme de constitution du corps politique* » et à une « *technique de gouvernement* »¹⁶⁰⁴. Selon cet auteur, la machine gouvernementale se scinde entre l'autorité et la puissance¹⁶⁰⁵, entre théologie politique et théologie économique, entre le Règne absent dont l'aporie est masquée par les dispositifs de la Gloire et le gouvernement gestionnaire¹⁶⁰⁶. Cette distinction apparaît constitutive de l'ensemble de la philosophie politique occidentale et trouve son fondement dans la distinction, opérée dans la théologie chrétienne, entre l'être divin et l'action divine¹⁶⁰⁷. Cette scission entre l'être et l'agir, entre l'ontologie et la praxis, que l'essentiel de la doctrine juridique et philosophique contemporaine voit apparaître dans le dualisme des substances cartésien, plonge en réalité ses racines bien plus profondément dans la culture occidentale¹⁶⁰⁸. Ainsi, pour Agamben, « *l'éthique au sens moderne, avec son cortège d'apories insolubles, est née en ce sens de la fracture entre être et praxis qui s'est produite à la fin de l'Antiquité et à trouvé dans la théologie chrétienne son lieu privilégié* »¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁰ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.164

¹⁶⁰¹ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, op. cit., pp.115 et s. ; FOUCAULT (M.), *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969, 288p. ; SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., pp.18-30

¹⁶⁰² AGAMBEN (G.), *L'État d'exception*, op. cit. ; *Le Règne et la Gloire*, op.cit.

¹⁶⁰³ Id

¹⁶⁰⁴ AGAMBEN (G.), « Note liminaire sur le concept de démocratie », in *La démocratie dans quel état?*, AGAMBEN (G.), BADIOU (A.), BENSÂÏD (D.), BROWN (W.), NANCY (J.L.), RANCIERE (J.), ROSS (K.) et ZIZEK (S.), éditions La Fabrique, Paris, 2009, p9 et s. ; Niklas Luhmann aboutit à une conclusion similaire. Il considère notamment que le « *couplage structurel* » entre le système politique et le système juridique est « *assuré par la Constitution, qui sépare autant le système politique du système juridique qu'elle organise leur interaction* ». In FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit. p.111 ; Voy ég. les développements similaires relatifs à l'histoire du concept de constitution en France par Olivier BEAUD : BEAUD (O.), « L'Histoire du concept de constitution en France : De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Jus Politicum*, Autour de la notion de constitution, 2009, n° 3, pp.26 et s. (pp.1-29) Article disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.juspoliticum.com/>

¹⁶⁰⁵ AGAMBEN (G.), *L'état d'exception*, op. cit., pp.124-148

¹⁶⁰⁶ AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire*, op. cit., pp.17-40

¹⁶⁰⁷ Id., pp.88-91

¹⁶⁰⁸ Id., pp.257-298

¹⁶⁰⁹ L'auteur précise, à propos du concept d'autonomie de la volonté que « *Si la notion de volonté libre, tout compte fait marginale dans la pensée classique, est devenue la catégorie centrale de la théologie chrétienne (et de la philosophie occidentale) puis de l'éthique et de l'ontologie de la modernité, c'est parce que l'une et l'autre trouvent dans cette fracture leur site originaire et qu'elles ne cesseront de devoir s'y rapporter. (...)*

Cette division de l'essence et de l'action¹⁶¹⁰, implique la création de deux paradigmes concurrents du pouvoir, à la fois contradictoires et complémentaires. L'autorité et le Règne glorieux reposent sur un paradigme juridico-politique dont la figure est celle de l'absolutisme, tandis que le gouvernement et la puissance reposent sur un paradigme économique-gestionnaire dont la figure est celle de l'administration¹⁶¹¹. Dans la première partie de ce travail, nous avons repéré cette double structure axiologique entre l'être et l'agir, sous la forme de la dialectique entre les principes sécularisés¹⁶¹² de dignité et de liberté inscrite au cœur des constitutions des États démocratiques et du système des droits de l'homme. Les travaux de Michel Foucault sur le « *système réflexif du sujet* »¹⁶¹³ et ceux, plus récents, de Yoshiyuki Sato sur la relation entre *Pouvoir et Résistance*¹⁶¹⁴, permettent de percevoir les conséquences de cette scission, reproduite tant dans le sujet des droits, que dans la distinction entre rôle et identité au sein du système procédural.

659. Par l'endossement du rôle institué au sein de la procédure, le participant opère une forme de dédoublement de sa personnalité, que Luhmann décrit comme l'identité et le

L'incompatibilité avec la conception classique ne réside pas tant dans l'idée d'une opération divine que dans le fait que cette praxis, loin de dépendre nécessairement de l'être ou de trouver son fondement en lui, résulte d'un acte de volonté à la fois libre et gratuit (...) Dieu n'a pas créé le monde sous le coup de la nécessité de sa nature ou de son être, mais parce qu'il en a décidé ainsi ». AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire*, op. cit., pp.95-96

¹⁶¹⁰ On peut remarquer que cette distinction entre ontologie et praxis est au fondement de la philosophie luhmannienne et de la tentative de ce dernier de construire une épistémologie juridique entièrement libérée de la métaphysique et de toute question ontologique. Chez Luhmann, « *l'analyse fonctionnelle désagrège le concept d'essence* ». Ce dernier se situe dans le cadre d'une ontologie immanente et relativiste qui « *réclame* », d'un point de vue épistémologique, « *une forme de théorie qui soit bâtie non pas sur le concept d'essence, mais sur celui de problème* ». Ainsi, l'ontologie relativiste qu'il adopte l'amène à considérer que « *l'étant n'est que le centre d'un « faisceau d'alternatives » et le sujet n'est que le centre de virtualités disponibles*. L'optique systémique ne vise pas l'étant dans son identité, c'est-à-dire dans l'exclusion de ce qu'il n'est pas, mais au contraire dans ses virtualités et son « *indépendance d'un être concret déterminé* ». (En ce sens il s'écarte définitivement des dialecticiens, Hégelien ou Marxistes et de la philosophie spinoziste, bien qu'il en reprenne certaines prémisses) L'autonomisation du système procédural différencié fonctionnellement consiste alors, au sein de la théorie de Luhmann, à pousser jusqu'à son paroxysme la distinction entre l'être et l'agir, entre le règne et le gouvernement jusqu'à leur séparation totale et l'abandon du pôle ontologique de la contradiction en faveur du pôle pratique ou existentialiste. voy. not. CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., pp.21 et s ; FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., pp.81-98

¹⁶¹¹ AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire*, op. cit., pp.41-87

¹⁶¹² Agamben précise la nature de la notion de « *sécularisation* » : « *La sécularisation n'est donc pas un concept, mais une signature, à savoir quelque chose qui marque ou excède un signe ou un concept, pour le renvoyer à une interprétation ou à un milieu déterminé, sans pour autant sortir de la dimension sémiotique pour constituer une nouvelle signification ou un autre concept. Les signatures déplacent et délogent les concepts et les signes, les font passer d'une sphère à l'autre (dans notre cas du sacré au profane et vice et versa), sans entraîner leur redéfinition sémantique. (...) La sécularisation agit, en ce sens, dans le système conceptuel du moderne comme une signature qui le renvoie à la théologie* ». In Id., p.21

¹⁶¹³ FOUCAULT (M.), *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966, pp.324 et s. ; FOUCAULT (M.), in *Dits et écrits*, t. III, 1976-1979, édition établie par DEFERT (D.) et EWALD (F.), Gallimard, 1994, Paris, voy. Le chapitre « L'oeil du pouvoir », p.198 et s. et le chapitre « La vérité et les formes juridiques », pp.539-552

¹⁶¹⁴ SATO (Y.), *Pouvoir et résistance : Foucault, Deleuze, Derrida, Althusser*, L'Harmattan, 2007, Paris, pp.30 et s.

rôle. En effet, subsistent en l'acteur les stratégies d'influences initiales de son entrée dans la procédure, celles qui assurent le mieux la satisfaction de ces intérêts dans la décision. Toutefois, l'incertitude constitutive de la procédure instille une anticipation de la déception chez le participant qui le conduit à accepter les décisions prises dans la procédure comme prémisses de son comportement. Niklas Luhmann décrit le système social procédural comme un processus d'apprentissage, et par là d'autocontrainte des comportements de l'acteur : « *ce qui se passe dans ce champ [cognitif polarisé entre identité et rôle] n'est rien d'autre qu'un processus d'apprentissage de l'identité à travers le rôle* »¹⁶¹⁵. Le système procédural reproduit la scission entre l'être et l'agir au centre de la personnalité du participant à la procédure. Michel Foucault décrit ce même phénomène à partir de la « *déconstruction nietzschéenne du sujet kantien* »¹⁶¹⁶. Ainsi, ce qu'il nomme *le système réflexif du sujet* met en lumière l'intériorisation des relations de pouvoir au sein de la structure de la personnalité subjective, c'est-à-dire en définitive la division entre l'être et l'agir.

660. Foucault décrit la structure du sujet kantien comme un doublet empirico-transcendantal où le sujet « *joue simultanément deux rôles* »¹⁶¹⁷ et se trouve divisé en une instance supérieure transcendante qui guide l'activité d'une instance empirique inférieure. La raison intériorisée est, chez Kant, l'élément qui permet la réflexivité du dispositif ; la liberté est alors conçue comme la faculté de reconnaître et de se soumettre, par la raison, à la loi morale de respect de la dignité. La réflexivité décrit alors le procédé par lequel le sujet « *devient le principe de son assujettissement* »¹⁶¹⁸. À l'inverse, chez Foucault, ce sont les « *rapports de pouvoir dans le champ social* », c'est à dire « *des forces extérieures* », qui « *permettent d'opérer cette structure réflexive* »¹⁶¹⁹. Dans la perspective foucauldienne, le sujet est divisé en une instance supérieure qui « *reprend les contraintes du pouvoir* » pour les faire « *jouer spontanément sur lui même* »¹⁶²⁰. Or, c'est précisément au sein d'institutions qui prennent la forme de forums interactionnels que le sujet foucauldien est soumis à des processus de surveillance, d'apprentissage et d'intériorisation des rapports de pouvoir au sein de sa personnalité¹⁶²¹. Luhmann ne décrit pas autre chose lorsqu'il fait

¹⁶¹⁵ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.164

¹⁶¹⁶ SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., p.39

¹⁶¹⁷ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, op. cit., pp.125-127

¹⁶¹⁸ *Id.*

¹⁶¹⁹ SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., p.39-40

¹⁶²⁰ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, op. cit., pp.125-127

¹⁶²¹ Sato décrit la figure du panoptique comme la métaphore centrale des dispositifs disciplinaires dans la pensée de Foucault : SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., pp.39-40 ; Chez Foucault : « *Un regard qui surveille et que chacun, en le sentant peser sur lui, finira par intérioriser au point de s'observer lui même ; chacun, ainsi, exercera cette surveillance sur et contre lui même* ». FOUCAULT (M.), « L'oeil du pouvoir », in *Dits et écrits*, t.III, op. cit., p.198

référence au processus d'apprentissage par le rôle. Jean Clam précise la fonction des rôles dans la procédure :

*« Le caractère cérémoniel de la procédure n'a pas d'autre sens que celui de manifester le sérieux avec lequel le rôle et la présentation de soi à laquelle il induit, doivent être pris en compte. La procédure développe, à partir de là, une histoire à elle au cours de laquelle l'implication de la personnalité dans son rôle s'approfondit, s'aggrave pour ainsi dire, de manière à atteindre un effet d'obligation quasi substantiel. La personnalité se trouve ainsi très fortement liée par la présentation de soi qu'elle assume. Elle se trouve engagée dans une dynamique, quasi contraignante, d'assentiment. »*¹⁶²²

661. L'entrée en procédure et l'endossement du rôle contraignent le participant et conditionnent la représentation de ses intérêts et ses stratégies. La théorie de Luhmann opère la jonction entre deux conceptions de la normativité, l'une empruntée à la dogmatique positiviste et l'autre empruntée aux théories communicationnelles. Cette conception met en lumière que la procédure, en tant que système social, réalise ainsi un continuum entre la normativité juridique et la normativité disciplinaire ou biopolitique¹⁶²³. Luhmann conçoit cette association, dans les termes de sa théorie *Soziale Systeme*¹⁶²⁴, comme une *interpénétration* des systèmes psychiques, c'est-à-dire les individus, et des systèmes sociaux. Estelle Ferrarese nous renseigne sur la nature de la relation entre ces deux éléments chez Luhmann : l'interpénétration « signifie simplement que l'unité et la complexité de chacun des deux systèmes concernés reçoivent une fonction au sein de l'autre » ; cette relation apparaît « comme une forme spécifique de couplage, dans laquelle chacun des systèmes ne peut exister sans l'autre »¹⁶²⁵. Plus précisément, les systèmes psychiques correspondent à ce que nous avons conçu comme la normativité disciplinaire par la figure du sujet foucauldien, et le système social prend consistance dans ce que nous concevons comme les systèmes juridiques sous la figure du droit positif et de la démocratie procédurale¹⁶²⁶. Pour Luhmann ces deux types de systèmes s'interpénètrent dans le sens où

¹⁶²² CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.165

¹⁶²³ FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, op. cit., pp.204 et s. voy. chapitre II « l'hypothèse répressive » ; voy. ég. SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., p.37-38 ; AGAMBEN (G.), *Homo sacer : Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, Stanford, Californie, 1998, pp.69-102, spé. pp.75-80

¹⁶²⁴ LUHMANN (N.), *Soziale systeme*, pp.289-302, cité par FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., pp.60 et s.

¹⁶²⁵ FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., p.61

¹⁶²⁶ Id. « L'interpénétration est dotée d'une double face ; elle prend une forme différente dans le système psychique et dans le système social ; dans le premier cas, Luhmann parle de socialisation des systèmes psychiques par leur interpénétration dans les systèmes sociaux, dans le second cas, d'inclusion des systèmes sociaux des hommes dans leur dimension psychique et mentale ».

« chacun met sa propre complexité à la disposition de la construction de l'autre »¹⁶²⁷. Toutefois, cette relation « n'induit en aucune manière une intervention sur les contenus de l'autre système ni la possibilité de contrôler sa complexité »¹⁶²⁸. Il est ainsi étonnant de constater qu'au centre du système procédural, qui apparaît comme le rouage essentiel de l'application des normes et de l'accession du Droit à l'effectivité, ne se trouve ni une rationalité legaliste ou issue de la logique formelle et essentialiste ni une normativité de type juridique, mais bien une normativité de type disciplinaire et qui découle d'une rationalité procédurale de type économique-gestionnaire¹⁶²⁹. En ce sens, la normativité juridique s'appuie sur la normativité disciplinaire pour accéder à l'effectivité, pour accélérer cette accession¹⁶³⁰.

2. la dynamisation des conflits entre les intérêts et la neutralisation des contradictions éthiques

662. La procédure n'est pas « un piège où sont attirées des personnes à qui l'on extorque un consensus légitimant »¹⁶³¹. Jean Clam remarque que l'enjeu de la procédure n'est pas de « laisser s'enliser [les participants] dans des présentations de soi et de leurs intérêts », ni même de « laisser se renforcer presque insidieusement le caractère auto-obligatoire de ces présentations, jusqu'à atteindre un paroxysme où il se mue drastiquement en une acceptation forte et sans alternative de la décision »¹⁶³². Bien au contraire, la procédure n'est pas « une pure tactique participatoire », mais un mécanisme « de fixation de la personne et de ses vœux dans des postures progressivement manœuvrables »¹⁶³³. Cette transformation s'opère par le jeu de la normativité disciplinaire de la procédure où la dialectique entre l'être et l'agir est foncièrement à l'œuvre sur la personnalité du participant et peut prendre la forme d'une aliénation. En effet, « la structuration des rôles » dans la

¹⁶²⁷ *Id.*

¹⁶²⁸ *Id.*

¹⁶²⁹ Cette conjonction de deux normativités, l'une formelle et l'autre de fait, apparaît déjà comme le fondement de la constitution de l'État impérial à Rome. Agamben précise, à propos du commentaire d'un spécialiste de l'État impérial romain : « A la fin de l'étude (...) il semble opposer, dans le processus qui mène à la constitution de l'État impérial, droit et pouvoir, incorporés respectivement dans l'armée et le sénat, qui confèrent à l'empire le pouvoir de fait et la sanction formelle ». Les liens entre les travaux de Luhmann et Agamben s'épaississent dans le passage suivant : « Mais la simple opposition entre violence et sanction formelle laisse dans l'ombre un point décisif, à savoir que nous avons affaire ici à deux procédures de légitimation qui, en dernière instance, se présentent l'une et l'autre sous la forme de l'acclamation ». AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire*, op. cit., pp.285-286

¹⁶³⁰ Le couplage de ces deux types de normativité semble ainsi contribuer au processus d'accélération au cœur de la modernité. ROSA (H.), *Accélération. Une critique sociale du temps*, trad. Didier Renault, Paris, La découverte, 2010, 474p.

¹⁶³¹ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.165

¹⁶³² *Id.*

¹⁶³³ *Id.*, p.166

procédure trouve sa raison d'être « autour d'un épaississement de l'identité personnelle dans des positions de plus en plus exigeantes pour elle en terme d'engagement et de responsabilité »¹⁶³⁴.

663. L'entrée en procédure place le participant dans un contexte complexe où il se trouve confronté aux préférences et aux sélections d'autres acteurs, qu'il s'agisse des experts scientifiques d'une autorité sanitaire ou des représentants d'autres groupes d'intérêts dans le cadre des comités d'éthique. Dans ce contexte complexe, « la personnalité doit être reconstituée afin de donner d'elle-même une présentation qui permette un jugement, une prise de position ou une négociation sur ses intérêts, ses actes ou ses expectations »¹⁶³⁵. Les rôles comme les règles qui concernent la communication entre les acteurs de la procédure ont pour fonction de réduire la complexité sociale par l'établissement de relation de confiance entre les différents participants¹⁶³⁶. Ainsi, la fonction de la procédure consiste « à laisser construire, par la personne dans et par le système d'interaction de la procédure, un noyau d'identité personnelle, avec lequel elle veuille s'engager, dans un contexte circonscrit temporellement, thématiquement et socialement, afin de contribuer à l'élaboration d'une décision la concernant ou lui important »¹⁶³⁷.

664. Les interactions entre les acteurs du système procédural procèdent à des sélections sur le contenu de la décision. Lorsque la décision concerne la formulation de la loi ou d'une norme juridique nouvelle, les participants agiront de manière à influencer la formulation des énoncés normatifs. Lorsque la décision porte sur l'application, par le système administratif, d'un dispositif juridique, les participants soutiendront, en fonction de leurs intérêts et du processus d'apprentissage, certaines interprétations des normes à appliquer. Néanmoins, comme le remarque Luhmann, « la forme d'interaction propre à la procédure n'a pas pour seule fonction de filtrer les perspectives décisionnelles utilisables »¹⁶³⁸. En effet, les interactions comprises dans le système procédural interviennent selon des mécanismes de communication spécifiquement organisés au sein de la procédure. Le système procédural a également pour fonction d'« absorber les conflits » entre les participants, « à affaiblir les participants (...) [à] neutraliser leurs motivations au cours d'une histoire dans laquelle les présentations et les engagements se

¹⁶³⁴ *Id.*, 166-167

¹⁶³⁵ *Id.*, p.167

¹⁶³⁶ LUHMANN (N.), *La confiance : un mécanisme de réduction de la complexité*, Economica, Paris, 2006, pp. 20 et s. ; La confiance apparaît, dans la pensée de Luhmann comme une « réduction de la complexité [sociale] par la subjectivation » qui « prend des formes particulières » qui « peuvent être décrites comme des modifications du niveau auquel l'incertitude est absorbée ou rendue tolérable » dans les relations sociales.

Id., p.29

¹⁶³⁷ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, *op. cit.*, pp.166-167

¹⁶³⁸ LUHMANN (N.), « Préface à l'édition de 1975 », in *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, p.XLIX

transforment en présentations servant à l'élimination des alternatives »¹⁶³⁹. L'institution des rôles, qui conditionnent la communication et les interactions entre les participants, contribue à « refroidir »¹⁶⁴⁰ et « dynamiser »¹⁶⁴¹ les conflits en vue de permettre des sélections entre les alternatives décisionnelles disponibles. La procédure permet la neutralisation des conflits d'intérêts en réalisant, par la communication organisée, une sélection parmi les interprétations concurrentes des participants. À ce titre, Luhmann précise que « ce n'est que lorsque cette possibilité est institutionnellement garantie qu'une société peut renoncer à des moyens beaucoup plus draconiens de répression des conflits »¹⁶⁴². Outre la fonction disciplinaire des procédures, il s'agit également de rendre compte de la fonction normative des règles procédurales au sein des systèmes juridiques.

§2. Approche normativiste : la fonction duale des règles de résolution des conflits de normes

665. Les règles de résolution des conflits de normes constituent l'une des principales techniques de prévention des conflits entre des instruments juridiques ou entre leurs éléments normatifs. Ces règles présentent des contenus variables, mais constituent toujours des normes procédurales. L'approche normativiste rend compte des deux fonctions que remplissent les règles procédurales de résolution des conflits de normes au sein des systèmes juridiques. Les règles procédurales contribuent aux mécanismes de la cohérence formelle des systèmes juridiques de deux manières différentes. D'une part, les règles de résolution des conflits de normes anticipent et préviennent la survenance de conflits de normes dans le futur en établissant une règle automatiquement applicable ; d'autre part, elles opèrent de manière à simuler, à l'intérieur du système juridique spécialisé auquel elles appartiennent, la frontière entre le système et ce qui lui est extérieur. Elles lui permettent de s'autoaffirmer du point de vue de l'effectivité. Dans cette perspective, nous étudierons les règles procédurales de résolution des conflits de normes au sein du système de l'OMC et au sein du système de la Convention européenne des droits de l'homme.

A. Typologie des règles de conflits de normes

666. Une clause de résolution de conflits peut être définie comme « a clause in a treaty for the purpose of determining the relation of its provisions to those of other treaties

¹⁶³⁹ *Id.*

¹⁶⁴⁰ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, *op. cit.*, p.166 et s.

¹⁶⁴¹ *Id.*

¹⁶⁴² LUHMANN (N.), « Préface à l'édition de 1975 », in *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, p.XLIX

entered into by the contracting States »¹⁶⁴³. Cette définition proposée par Sir Humphrey Waldock, rapporteur spécial auprès de la Commission du droit international, fut largement reprise dans le commentaire de la CDI relatif à l'article 26 (futur article 30) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Commission définit une clause de résolution comme « a clause in a treaty for the intended to regulate the relation between the provisions of the treaty and those of another treaty or of any other treaty relating to the matters with which the treaty deals »¹⁶⁴⁴. Plus récemment, Seyed Ali Sadat-Akhavi définit les clauses de résolution comme "a clause aiming at resolving conflicts between the provisions of one treaty and those of other treaties"¹⁶⁴⁵. Ces définitions générales excluent les règles procédurales qui, au sein d'un même traité, gèrent la conflictualité entre plusieurs dispositions. Ces règles procédurales qui prennent souvent la forme d'exceptions¹⁶⁴⁶ au dispositif général d'un traité opèrent également comme des règles de prévention et de résolution des conflits de normes. Nous envisagerons successivement les règles générales et spéciales de résolution des conflits de normes.

1. Les règles générales de résolution des conflits de normes

667. Le terme clause de résolution des conflits doit être entendu largement¹⁶⁴⁷. En effet, si ces clauses peuvent être intégrées dans le corps même d'un traité, comme une disposition spécifique, elles peuvent également apparaître dans des déclarations annexées au traité principal¹⁶⁴⁸. Ces règles de conflit peuvent également être introduites au sein du préambule d'un accord ou d'une convention. Tel est le cas, par exemple, du préambule du

¹⁶⁴³ Sir Humphrey WALDOCK, *Third Report on the Law of Treaties*, Rapporteur spécial, *Yearbook on the International Law Commission*, 1964, vol.II, p.37, §10

¹⁶⁴⁴ « Commentary on Article 26 (later Article 30) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », see *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol.II, p.214, §2

¹⁶⁴⁵ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit, p.85

¹⁶⁴⁶ Brice Crottet précise à ce titre : « *La généralisation et le rôle conféré à la condition de nécessité de la mesure participent en revanche d'une confrontation directe entre les disciplines du système commercial multilatéral et les politiques non commerciales des Membres* », CROTTET (B.), *L'OMC et la protection de la santé publique : Réflexions sur les méthodes juridictionnelles du juge de l'OMC*, Thèse, Paris II, 2010, pp.32-33 et pp.40-58 ; COTTIER (T.), « Preparing for structural reform in the WTO », *JIEL*, 2007-3, pp.499-500 ; VRANES (E.), « The WTO and regulatory freedom : WTO disciplines on market access, nondiscrimination and domestic regulation relating to trade in goods and services », *JIEL* 2009-4, pp.953-987 ; HELLIO (H.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et les normes relatives à l'environnement : recherches sur la technique de l'exception*, Thèse, Paris II, 2005, pp.12-13 ;

¹⁶⁴⁷ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit, p.87

¹⁶⁴⁸ Tel est notamment le cas de la Déclaration annexée à la Convention Universelle sur le droit d'auteur (*Universal Copyright Convention*) de 1952 qui a pour objectif de régler les relations de celle-ci avec la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Seyed Ali Sadat-Akhavi commente : « *The declaration which constitutes an integral part of the Convention, affirms that the Universal Copyright Convention shall not affect the application of the Berne Convention in relationships among countries on the Berne Union* », In SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit., p.85

protocole de Carthagène qui souligne que « *le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur* » et considère qu'« *il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux* »¹⁶⁴⁹. Ces clauses sont des règles procédurales, qui ne se réfèrent à aucune valeur ni à aucun droit, mais qui assistent l'interprète dans le choix de la norme applicable. Dans une perspective hartienne, les clauses de conflit sont des règles secondaires qui organisent les relations entre d'autres règles et conditionnent leur interprétation et leur application¹⁶⁵⁰.

668. Concernant leur contenu, la doctrine s'accorde pour reconnaître qu'il existe deux types de clauses : celles qui donnent priorité au traité dans lequel elles sont incorporées, celles donnant priorité aux traités autres que celui dans lequel elles sont incorporées. En outre, ces clauses peuvent concerner les traités existants, les traités futurs ou les deux. Elles peuvent enfin être conditionnelles et ainsi permettre les dérogations, ou inconditionnelles et ne souffrir aucune exception. Un traité peut affecter un autre traité antérieur soit en totalité, soit partiellement. Lorsqu'un traité affecte un autre traité dans sa totalité, « *it "replaces", "supersedes", "terminates" or "abrogates" the earlier treaty* »¹⁶⁵¹. Lorsqu'il ne l'affecte que partiellement, c'est-à-dire qu'un conflit existe entre certaines dispositions des deux traités seulement, le nouveau traité « *"prevails" or "take priority" over that treaty or partially "supersedes" it* »¹⁶⁵².

669. Le premier type de clauses de résolution rassemble celles qui octroient la priorité au traité les contenant. Hans Blix et Jirina Emerson dénombrent six sous-espèces de clauses de ce type : 1) « *the present treaty prevails over all other treaties* », ces auteurs retiennent l'exemple de l'article 103 de la Charte des Nations Unies¹⁶⁵³ ; 2) « *the present*

¹⁶⁴⁹ Préambule du *Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique* du 29 janvier 2000

¹⁶⁵⁰ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit par Michel Van de Kerchove, avec la collaboration de J. van Drooghenbroeck et R. Célis, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, 4ème réédition 1994, pp.117 et s. ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1998, pp.38-46

¹⁶⁵¹ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, op. cit., p.87

¹⁶⁵² *Id.*

¹⁶⁵³ Thiébault Flory précise que les rédacteurs de la Charte des Nations Unies ont adopté une conception "constitutionnelle" et "supralégale" de cette dernière. « *Toutefois, l'article 103 a toujours suscité (...) de nombreuses controverses sur son interprétation et sa signification exactes* ». En particulier, ces controverses concernent, d'une part, la signification de la hiérarchie établie par l'article 103 relatives aux obligations internationales et non aux normes en tant que telles, et, d'autre part les effets juridiques d'une incompatibilité éventuelle soulevée par une invocation de l'article 103. Au regard des effets, l'auteur constate qu'en cas de conflit avec les obligations découlant de la Charte, il n'y a ni abrogation ni nullité du traité incriminé mais que celui-ci est simplement paralysé. FLORY (T.), « *Commentaire de l'article 103* », in COT (J.P.) et PELLET (A.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 2e. éd., Economica, 1991, Paris, pp.1381-1389

treaty prevails over all earlier treaties » ; 3) « the present treaty prevails over earlier treaties for parties to the present treaty » ; 4) « the parties to the present treaty undertake an obligation not to enter into later treaties inconsistent with the present one » ; 5) "supplementary agreements are permitted only if they are compatible with the present treaty", tel est le cas de l'article 14 du Protocole de Carthagène¹⁶⁵⁴ ; 6) « the parties to the present treaty undertake an obligation to modify existing treaties that they may have with third parties ».¹⁶⁵⁵

670. Dans ces situations de conflits, la question se pose de savoir si les traités conclus en violation de telles clauses sont valides ou non au regard du droit international. La doctrine considère que de telles clauses « *prohibit any future agreement in contravention of the treaty* »¹⁶⁵⁶. Ainsi, la violation d'une telle clause s'apparente à un acte illicite engageant la responsabilité internationale de son auteur. Néanmoins, le traité résultant de cet acte illicite n'est pas, pour autant, considéré comme nul. En l'absence de clause spécifique relative à la validité des traités contrevenant aux dispositions de l'engagement présent, « *the lawfulness of future agreements must be decided by reference to Article 41§1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties* ». L'article 41§1 de la Convention de Vienne prévoit notamment qu'un traité sera « *unlawful* » si, dans sa relation avec un autre traité, « *i) it affects the enjoyment by other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligation, or ii) relates to a provision derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole* »¹⁶⁵⁷. Le second type de clauses de résolution des conflits fait référence à celles donnant priorité à d'autres traités que celui dans lequel elles sont incorporées. Hans Blix et Jirina Emerson distinguent parmi celles-ci quatre sous-types de clauses : « *1) existing treaties prevail, 2) existing or future treaties giving greater benefits prevail, 3) present treaty is modified to conform to a future treaty, 4) supplementary agreements, not necessarily consistent with the present treaty, are permitted* »¹⁶⁵⁸. Anthony Aust met en lumière que la formulation de telles clauses signifie « *an existing treaty shall not be*

¹⁶⁵⁴ L'article 14-1 du Protocole prévoit que : « *Les Parties peuvent conclure des accords et arrangements bilatéraux, régionaux et multilatéraux concernant les mouvements transfrontières intentionnels d'organismes vivants modifiés, s'ils sont conformes à l'objectif du Protocole et à condition que ces accords et arrangements n'aboutissent pas à un degré de protection moindre que celui prévu par le Protocole.3. Les dispositions du Protocole n'ont aucun effet sur les mouvements transfrontières intentionnels qui ont lieu en vertu d'un de ces accords ou arrangements entre les Parties à un accord ou arrangement* ».

¹⁶⁵⁵ BLIX (H.) et EMERSON (J.) s.d., *The Treaty Maker's Handbook*, 1973, pp.210 cité par BORGÉN (C.), « *Resolving Treaty Conflicts* », *op.cit.*, p.584

¹⁶⁵⁶ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, *op. cit.*, p.89

¹⁶⁵⁷ *Id.*

¹⁶⁵⁸ BLIX (H.) et EMERSON (J.) eds., *The Treaty Maker's Handbook*, 1973, pp.210 cité par BORGÉN (C.), in « *Resolving Treaty Conflicts* », *op.cit.*, p.585

affected »¹⁶⁵⁹. Ces règles conduisent le traité dans lequel elles sont incorporées à céder la priorité d'application à un autre traité.

671. Lorsqu'un traité ne prévoit aucune règle de résolution des conflits de normes et n'intègre aucune disposition susceptible de guider l'interprète, les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités ont vocation à s'appliquer. La Convention comprend plusieurs règles de résolution des conflits de normes qui reposent sur des critères objectifs et formels¹⁶⁶⁰. Ces règles conventionnelles sont implicitement acceptées par les auteurs d'un traité qui ne prévoit pas de règle de résolution des conflits. En d'autres termes, les auteurs d'un traité qui n'ont pas prévu de clause de résolution des conflits acceptent, *ab initio*, les règles de la Convention de Vienne comme des éléments par défaut du système juridique qu'ils créent¹⁶⁶¹.

2. Les règles spéciales de résolution des conflits de normes

672. Les règles générales de résolution des conflits ne sont pas les seules dispositions qu'un juge peut mobiliser pour résoudre un conflit de normes. D'autres dispositions des systèmes juridiques sont susceptibles d'être mobilisées pour guider l'interprétation et établir les relations de priorité entre des normes concurremment applicables. Celles-ci ne sont pas explicitement consacrées à la résolution des conflits de normes, mais la pratique des juridictions les a conduites à jouer ce rôle¹⁶⁶². Les dispositions qui consacrent les exceptions à un régime juridique sont susceptibles de jouer le rôle de règles de conflits de normes. L'article XX du GATT de 1994 et les exceptions correspondantes dans les autres accords commerciaux de l'OMC constituent de telles règles. Le juge de l'OMC les utilise pour confronter les principes du droit du commerce international à d'autres valeurs et d'autres intérêts, eux-mêmes protégés par les normes d'autres systèmes juridiques de droit international¹⁶⁶³. L'article XX utilise notamment l'expression de « *restrictions* » ou de

¹⁶⁵⁹ AUST (A.), *Modern Treaty Law and Practice*, 2000, p.210 cité par BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op.cit.* p.585

¹⁶⁶⁰ *Infra*, Chapitre 8, section 1

¹⁶⁶¹ Les relations entre la *Convention de Vienne* et les Traités ne prévoyant pas de clauses de résolution des conflits de normes peuvent être également analysées comme un « *couplage structurel* » entre systèmes juridiques spécialisés différents. Le couplage structurel est un concept luhmannien qui décrit la relation de deux systèmes entre lesquels peuvent se produire « *des irritations organisées et réciproques (...), au sens où des événements qui sont advenus dans l'environnement d'un système, c'est-à-dire dans l'autre système, connaissent une résonance importante et répétée dans le premier système, et vice et versa* ».

¹⁶⁶² *Infra*, Chapitre 7 et 8 ; voy. ég. sur le rôle de la technique de l'exception en droit de l'OMC : HELLIO (H.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et les normes relatives à l'environnement : recherches sur la technique de l'exception*, Thèse, Paris II, 2005, 800p.. ; CROTTET (B.), *L'OMC et la protection de la santé publique : Réflexions sur les méthodes juridictionnelles du juge de l'OMC*, Thèse, Paris II, 2010, pp.32-33, voy. ég. pp.40-58

¹⁶⁶³ *Id.*

« mesures nécessaires à la protection » d'un intérêt ou d'une valeur non commerciale, telles que « la moralité publique », « la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux »¹⁶⁶⁴. L'article XX constitue en effet une règle d'interprétation qui neutralise les conflits dans la mesure où il dispose que « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures (...) nécessaires » à la protection d'un intérêt ou d'une valeur, « la santé » ou « la moralité », par ailleurs consacrés dans des normes extérieures au système de l'OMC et auxquelles une partie contractante devrait se conformer. Ainsi, l'article XX permet une certaine inflexion de l'interprétation des principes de l'OMC de manière à neutraliser les conflits normatifs pouvant résulter de la préservation d'intérêts non économiques. En effet, rien dans l'article XX ne suppose la suspension de l'application de l'accord général sur le commerce des marchandises, celui-ci prévoit que le traité sera interprété de manière à ne pas empêcher l'adoption ou l'application d'une mesure. Ainsi cette disposition autorise les mesures considérées comme nécessaires, dans un ordre marchand, à la protection d'intérêts non marchands.

673. Dans d'autres cas, les clauses de résolution des conflits peuvent être intégrées au sein même d'une disposition d'un traité de manière à régler les relations de la norme qu'elle contient avec les autres normes du même instrument ou avec celles d'un autre système juridique. Tel est notamment le cas au sein de la Convention européenne des droits de l'homme. Les articles 8 à 11 de la Convention incluent au sein d'un même énoncé normatif la consécration d'une liberté et la formulation des exceptions et des restrictions pouvant y être apportées. L'article 10 précise que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions »¹⁶⁶⁵. Ces formalités, ces conditions et ces restrictions se justifient selon trois critères cumulatifs qui sont expressément affirmés dans chacun des articles 8 à 11. Pour se justifier, une restriction doit être « prévue par la loi », constituer « une mesure nécessaire, dans une société démocratique », et viser « à la protection » ou « la défense » d'un intérêt légitime, tel que « la sécurité nationale ou la sûreté publique », d'une valeur, telle que « la santé ou la morale », ou « des droits d'autrui »¹⁶⁶⁶. Si cette formulation concerne exclusivement les articles 8 à 11, nous verrons que la Cour a étendu le recours au concept de « restriction nécessaire dans une société démocratique » à d'autres dispositions de la Convention. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme¹⁶⁶⁷,

¹⁶⁶⁴ Article XX du GATT de 1947 repris dans l'Accord sur le commerce des marchandises

¹⁶⁶⁵ Article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

¹⁶⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁶⁷ Les articles 26, 27 et 28 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme prévoient des règles d'interprétation animées d'une logique identique. L'article 27 concerne les « limites à l'application des principes » : « Si l'application des principes énoncés dans la présente Déclaration doit être

comme la Convention européenne de biomédecine¹⁶⁶⁸, comprennent des formulations similaires.

674. L'utilisation de termes identiques dans les traités de l'OMC et dans les traités et déclarations relatifs aux droits de l'homme permet d'apporter un éclairage nouveau sur leurs relations parfois conflictuelles. En effet, les exceptions au commerce international envisagent les mesures qui peuvent être considérées comme nécessaires à la protection de la santé ou de la morale, dans la perspective d'un ordre marchand reposant sur une rationalité économique. De manière partiellement contraire, la Convention européenne des droits de l'homme justifie les restrictions à l'exercice des droits fondamentaux qui apparaissent nécessaires à la protection de certaines valeurs, dans la perspective d'une société démocratique ne reposant pas exclusivement sur une rationalité économique. Ainsi, il n'y a pas toujours corrélation entre le nécessaire dans l'ordre marchand et le nécessaire dans une société démocratique. En ce sens, le caractère partiel de la communauté axiologique¹⁶⁶⁹ des systèmes normatifs des droits de l'homme et de l'OMC caractérise, dans l'ordre juridique international, l'équilibre dynamique qui s'instaure entre l'autorité substantielle ou symbolique des premiers et la puissance effective ou procédurale du second. Le système de l'OMC perçoit la conciliation des intérêts contradictoires, essence même de la démocratie, comme une technique de gouvernement susceptible d'être orientée, sans dommage, vers l'*optimum* de libéralisation des échanges marchands. Au contraire, le système des droits de l'Homme conçoit cette tâche essentielle de la démocratie comme la « *constitution* », au sens organisationnel, formel et matériel du terme, des rapports de pouvoirs au sein d'une communauté politique. D'un point de vue temporel, il est possible de considérer que la libéralisation des échanges constitue un principe d'optimisation, d'accélération et de fluidification des relations commerciales et que les organes de l'OMC

limitée, ce devrait être par la loi, y compris les textes législatifs qui concernent la sécurité publique, l'enquête, la détection et les poursuites en cas de délit pénal, la protection de la santé publique ou la protection des droits et libertés d'autrui. Toute loi de ce type doit être compatible avec le droit international des droits de l'homme ». De même l'article 28 prévoit qu'« aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme susceptible d'être invoquée de quelque façon par un État, un groupe ou un individu pour se livrer à une activité ou accomplir un acte à des fins contraires aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales et à la dignité humaine ».

¹⁶⁶⁸ L'article 26 de la Convention européenne de Biomédecine, relatif aux Restrictions à l'exercice des droits dispose qu'à l'exception des articles 11, 13, 14, 16, 17, et 19 à 21, « l'exercice des droits et des dispositions de protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Les articles exclus par cette règle d'interprétation concernent notamment le principe de non-discrimination (article 11), les interventions sur le génome humain (article 13), la non-sélection du sexe (article 14), la protection des personnes se prêtant à une recherche, qu'elle soit considérée légalement comme capable (article 16) ou incapable (article 17), et le prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation (article 19, 20 et 21).

¹⁶⁶⁹ *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 4, section 1

tendent à surveiller et sanctionner l'adoption des structures normatives des sociétés nationales à cet impératif de dynamisation. À l'inverse, la fonction des droits de l'homme consiste à fonder, dans la sphère symbolique, un certain nombre de valeurs et de principes qui visent à stabiliser les structures normatives des sociétés étatiques comme de l'ordre international et qui peuvent apparaître, du point de vue du principe de libéralisation ou de fluidification, comme des « îlots de décélération »¹⁶⁷⁰. Cette dialectique entre l'autorité du symbole abstrait qui légitime sur un temps long et la puissance économico-gestionnaire qui agit effectivement dans le présent est éclairée par la pensée de Giorgio Agamben¹⁶⁷¹. Dans cette perspective, Wendy Brown s'interroge sur le concept de démocratie et soulève la question suivante : « *Nous sommes tous des démocrates à présent. Mais que reste-t-il de la démocratie* »¹⁶⁷² ? Si la démocratie n'est qu'une « *technique de gouvernement* » qui ne consiste qu'en une économie gestionnaire et pragmatique des libertés des uns et des autres, nonobstant les valeurs qu'elle promeut ni l'effectivité dont elles bénéficient ou les rapports qu'elles entretiennent ; dès lors, n'apparaît-elle pas comme un « *signifiant vide auquel tout*

¹⁶⁷⁰ ROSA (H.), *Accélération*, op. cit., pp.150 et s. ; JAPPE (A.), « Où sont les freins? Sur l'accélération de l'accélération du temps social », Contribution disponible en ligne :

[http://palimpsestes.fr/presidentielles2012/a-](http://palimpsestes.fr/presidentielles2012/a-references/auteurs/jappe/Ou_sont_les_freins_Hartmut_Rosa_Anselm_Jappe.pdf)

[references/auteurs/jappe/Ou_sont_les_freins_Hartmut_Rosa_Anselm_Jappe.pdf](http://palimpsestes.fr/presidentielles2012/a-references/auteurs/jappe/Ou_sont_les_freins_Hartmut_Rosa_Anselm_Jappe.pdf)

¹⁶⁷¹ Agamben insiste : « *La double structure de la machine gouvernementale, qui était apparue dans l'État d'exception à travers la corrélation de l'auctoritas et de la potestas, prend ici la forme de l'articulation entre le Règne et la Gloire et conduit à s'interroger sur la relation même (...) entre oikonomia et Gloire, c'est-à-dire entre le pouvoir comme gouvernement et gestion efficace et le pouvoir comme royauté cérémoniale et liturgique, deux aspects qui ont été curieusement laissé de côté par les philosophes de la politique comme les philologues. (...) Identifier dans la gloire l'arcane central du pouvoir et interroger le lien indissoluble qui le lie au gouvernement et à l'oikonomia pourraient bien apparaître à quelques-uns comme une opération désuète. Et pourtant, un des résultats de notre recherche est précisément que, sous la forme moderne de l'opinion publique et du consensus, la fonction des acclamations et de la Gloire reste au centre des dispositifs politiques des démocraties contemporaines* ». AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer tome II*, op. cit., pp.14-15

¹⁶⁷² Pour cet auteur : « *La démocratie jouit aujourd'hui d'une popularité sans précédent dans l'histoire, et pourtant elle n'a jamais été plus vague conceptuellement et plus substantiellement creuse. Peut être sa popularité actuelle dépend elle de son flou et même de sa vacuité de sens et d'effectivité : comme Barak Obama, c'est un signifiant vide auquel tout un chacun peut arrimer ses rêves et ses espoirs. Ou peut être le capitalisme, jumeau hétérozygote de la démocratie moderne et toujours des deux le plus robuste et malin, a-t-il réduit la démocratie à une marque, dernière version du fétichisme de la marchandise, qui coupe totalement l'image du produit à vendre de son contenu réel. Ou peut être encore, par un détournement ironique du progressisme des Lumières qui voit le XXIème siècle mettre en scène des dieux engagés dans une lutte violente que la modernité était censée empêcher, la démocratie s'est-elle épanouie comme une nouvelle religion mondiale — non pas une forme spécifique de pouvoir et de culture politiques, mais un autel devant lequel se prosternent l'occident et ses admirateurs, un dessein divin grâce auquel sont conçues et légitimées les croisades impériales. La démocratie est portée aux nues non seulement à travers le monde, mais aussi d'un bord à l'autre de l'échiquier politique. (...) Nous célébrons la démocratie pour réparer l'abandon du politique (...). Nous tentons de récupérer la démocratie pour des buts encore jamais tentés, nous écrivons "démocratie qui vient", "démocratie des incompetés", "atelier de la démocratie", "souveraineté démocratisante"... etc. Berlusconi et Bush, Derrida et Balibar, communiste italien et Hamas, nous sommes tous des démocrates à présent. Mais que reste-t-il de la démocratie ?* ». BROWN (W.), « Nous sommes tous des démocrates à présent », in *La Démocratie dans quel état?*, AGAMBEN (G.), BADIOU (A.), BENSÂÏD (D.), BROWN (W.), NANCY (J.L.), RANCIERE (J.), ROSS (K.) et ZIZEK (S.), éditions La Fabrique, Paris, 2009, p.59

un chacun peut arrimer ses rêves et ses espoirs » ? Au contraire, il nous semble que l'expression « *société démocratique* » ne renvoie pas uniquement à une « *technique de gouvernement* » qui reposerait sur un paradigme économico-gestionnaire mais se réfère également à « *une forme de constitution* », c'est à dire à l'essence des relations de pouvoirs et aux valeurs substantielles qui fondent une communauté politique non seulement dans la réalité empirique et pratique, mais également dans l'ordre symbolique¹⁶⁷³.

B. La fonction duale des règles de conflits

675. L'introduction de clauses de résolution de conflits est probablement la technique la plus efficace pour éviter leur survenance. L'application de telles clauses par le juge ou l'arbitre d'un litige permet de fournir une solution concrète et pragmatique au conflit réel ayant pu survenir. Toutefois, les critères formels, contenus dans les règles générales de résolution des conflits, qui permettent l'établissement d'un rapport de priorité non équivoque entre les normes semblent peu adaptés au droit international contemporain¹⁶⁷⁴. Au contraire, les règles spéciales de résolution des conflits de normes apparaissent, dans la modernité tardive, comme des règles laissant ouverte l'élaboration d'un rapport de conciliation entre les normes conflictuelles et favorisent l'interprétation. Ces règles spéciales facilitent la coordination des normes juridiques et des institutions internationales et constituent également les clôtures autopoïétiques des systèmes au sein desquelles elles peuvent être insérées. Ces règles assurent une certaine plasticité structurelle à l'ordre juridique international considéré dans son ensemble et permettent l'adaptation des relations entre les sous-systèmes spécialisés qui le composent vis-à-vis des transformations rapides d'une société mondialisée soumise aux forces temporelles de l'accélération technologique.

1. La neutralisation anticipée des conflits potentiels

676. Envisager la fonction des règles de conflits comme duale peut apparaître paradoxal, dans la mesure où les clauses de résolution ont principalement pour objectif d'apporter des solutions aux conflits de normes. Ainsi, la question qui nous préoccupe peut être formulée de la sorte : dans quelle mesure le fait d'introduire au sein d'un traité des

¹⁶⁷³ AGAMBEN (G.), « Note liminaire sur le concept de démocratie », in *La Démocratie dans quel état?*, AGAMBEN (G.), BADIOU (A.), BENSÂÏD (D.), BROWN (W.), NANCY (J.L.), RANCIERE (J.), ROSS (K.) et ZIZEK (S.), édition La Fabrique, Paris, 2009, pp.9-13 ; Sur le concept de constitution : BEAUD (O.), « L'histoire du concept de constitution en France : De la constitution politique à la constitution comme statut de l'État », *Jus politicum*, 2009, n° 3, pp.1-29

¹⁶⁷⁴ *Infra.*, Chapitre 7

clauses de résolution de conflits de normes constitue-t-il une méthode de neutralisation ? En premier lieu, on peut constater que l'introduction de clauses de conflits dans un instrument normatif constitue une méthode visant à prévenir la réalisation des conflits futurs. En effet, comme le note Christopher Borgen : « *the best solution to treaty conflicts is to prevent potential problems from occurring in the first place. Thoughtfull drafting of treaty provisions is probably the most effective way to avoid or resolve potential treaty conflicts* »¹⁶⁷⁵. À ce titre, ces clauses remplissent une double fonction à la fois de résolution et de neutralisation. En effet, dans les cas concrets où les États font valoir l'existence d'un conflit potentiel entre deux instruments normatifs, les clauses générales sont efficaces pour apporter une solution non équivoque tandis que les règles spéciales sont efficaces pour délimiter un ensemble de solutions alternatives. L'application de ces clauses permet d'établir, sur la base de critères formels et objectifs, un ordre de priorité entre l'instrument qui les abrite et d'autres instruments normatifs passés ou futurs. Néanmoins, cette fonction de résolution dans l'application de la clause, n'empêche aucunement que le but de l'introduction de la clause de résolution par les rédacteurs d'un instrument ait vocation d'empêcher la matérialisation d'un conflit réel après son entrée en vigueur.

677. Par ce biais, ces clauses de résolution des conflits maintiennent perpétuellement dans leur simple potentialité les conflits éventuels. Si les règles générales de résolution permettent, il est vrai, d'apporter une solution prenant la forme d'un rapport de priorité non équivoque dans chaque cas concret où apparaît l'éventualité d'un conflit de normes ; ces solutions reposent, nous le verrons¹⁶⁷⁶ sur des critères formels qui ne permettent pas d'apprécier ce conflit potentiel du point de vue de la substance des normes en présence. D'un certain point de vue, ces clauses générales court-circuitent la nécessité, pour le juge, d'interpréter le contenu des normes contradictoires en vue de les concilier puisqu'une solution formelle est disponible. Ainsi, formellement, il n'existe pas de conflit entre les normes puisqu'une solution existe par avance sur la base d'un critère formel, néanmoins, le conflit perdure, *in abstracto*, entre les valeurs et les objectifs portés par chacune des normes potentiellement conflictuelles. Ainsi, tout comme le choix d'une définition restrictive des conflits de normes conduit à un appauvrissement empirique de la notion, le choix des critères selon lesquels est envisagée la résolution des conflits participe d'un souci de minimisation du phénomène. À ce titre, les règles spéciales de résolution des conflits constituent une évolution par rapport aux règles générales dans la mesure où, si elles n'apportent pas de solution unique et formelle, elles encouragent néanmoins l'interprétation et la conciliation dialectique des normes conflictuelles, c'est-à-dire la

¹⁶⁷⁵ BORGÉN (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op.cit.* p.584

¹⁶⁷⁶ *Infra*. Chapitre 8, Section 1, §1

coordination et la synchronisation des dispositifs de la régulation juridique dans l'ordre international.

678. Il faut enfin remarquer parmi les règles spéciales de résolution des conflits, l'existence de clauses propres instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des droits de l'Homme. En effet, ces instruments contiennent des clauses qui consacrent l'interdépendance et l'indivisibilité des principes reconnus en leur sein. De telles clauses sont, nous l'avons vu, porteuses ou vecteurs de phénomènes d'internormativité interne et maximisent les relations entre les normes du système normatif du droit de la bioéthique. Dès lors, de telles clauses qui prévoient l'interdépendance des éléments normatifs d'un système et qui maximisent les relations entre ces éléments facilitent l'émergence de conflits et de contradictions normatives. Par exemple, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme prévoit que « *la présente Déclaration doit être comprise comme un tout et les principes doivent être compris comme complémentaires et interdépendants. Chaque principe doit être considéré dans le contexte des autres, dans la mesure qui est appropriée et pertinente selon les circonstances* »¹⁶⁷⁷. Cette formulation qui implique de maintenir ouverte l'éventualité de conflits de normes peut être qualifiée de clause génératrice de conflits de normes. En outre, une telle clause ne détermine pas par avance les critères de choix de priorité entre les principes consacrés puisque ceux-ci doivent être appréciés au regard des autres principes et selon un critère de pertinence vis-à-vis des circonstances.

2. La clôture autopoïétique des systèmes juridiques

679. Les règles de résolution des conflits de normes et les règles qui fixent le régime des exceptions dans le système juridique de l'OMC, dans le système européen de protection des droits fondamentaux et dans le système du droit communautaire, sont des règles procédurales qui fixent les limites à l'application de leur système. Ces dernières permettent à l'interprète d'un système de déterminer les situations juridiques qui relèvent de l'application du régime juridique décrit par le système de celles qui lui sont indifférentes et vis-à-vis desquelles son application doit être suspendue. L'adoption d'un point de vue systémique strictement interne met en lumière la fonction systémique de ces règles procédurales. Ces dernières constituent des « *techniques heuristiques et poïétiques de la décision* »¹⁶⁷⁸ relative à l'application des normes d'un système vis-à-vis d'une situation juridique.

¹⁶⁷⁷ Article 26 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*

¹⁶⁷⁸ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.168

680. Dans cette perspective, le concept de « *restriction nécessaire* », que l'on retrouve tant dans le système de l'OMC que dans celui des droits fondamentaux, opère la clôture autopoïétique des systèmes juridiques spécialisés du droit international. En effet, dans chacun de ces systèmes, le régime des exceptions permet au juge de tracer la frontière du champ d'application de son système de référence. En d'autres termes, le juge d'un système utilise le régime des exceptions pour poser la différence entre ce qui relève du système et ce qui appartient à son environnement et vis-à-vis duquel il n'a pas de relation. Ces règles procédurales constituent, en des termes luhmanniens, « *une reproduction de la distinction système/environnement dans le système lui-même et que ce dernier utilise comme prémisses pour ses propres opérations* »¹⁶⁷⁹. Du point de vue de chacun des systèmes considérés, ces règles procédurales de résolution des conflits permettent de transformer des *stimuli* de l'environnement en élément du système par le biais d'une opération qui lui est propre.

681. L'application des règles de résolution des conflits par l'interprète d'un système lui permet de transformer des éléments extérieurs, tels que les valeurs et intérêts non économiques dans le droit de l'OMC ou l'application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies dans le cadre de la CEDH et de la CJUE, en éléments intérieurs. Cette transformation d'éléments extérieurs en éléments intérieurs intervient sous la forme d'une opération du système qui *simule* comme une production du système, ce qui constitue en fait un phénomène d'internormativité externe. En d'autres termes, les opérations d'un système qui reproduisent en son sein la différenciation avec son environnement simulent la production des éléments du système, ces derniers apparaissant non plus comme extérieurs, mais comme les effets produits par des opérations du système. Ainsi lorsque le juge de l'OMC, ou le comité SPS interprètent les exceptions au commerce international il fixe la signification des concepts de « *santé des personnes* », de « *risque sanitaire* » ou de « *protection de la moralité publique* », et cette signification est marquée par la « *rationalité systémique* »¹⁶⁸⁰ de l'OMC. Le juge de l'OMC ne se réfère pas à l'interprétation de ces concepts produite par d'autres systèmes spécialisés, mais les interprète à l'aune des principes de son propre système et en fixe une signification tellement spécifique qu'ils apparaissent comme des éléments produits par les opérations du système de l'OMC¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁹ FERRARESE (E.), Niklas Luhmann, *une introduction*, op. cit., p.25 Dans la conception de Luhmann, « *le système n'a pas de contact avec son environnement au niveau de ses opérations et, au sein du système, il n'existe rien de semblable à des signes qui fourniraient des références aux choses situées à l'extérieur* ».

¹⁶⁸⁰ FERRARESE (E.), Niklas Luhmann, *une introduction*, op. cit., p.72, pp.72-80 : CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.57, pp.55-65

¹⁶⁸¹ CROTTET (B.), *L'OMC et la protection de la santé publique : Réflexions sur les méthodes juridictionnelles du juge de l'OMC*, Thèse, Paris II, 2010, pp.32-33 ; HELLIO (H.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et les normes relatives à l'environnement : recherches sur la technique de l'exception*, Thèse, Paris II, 2005, pp.12-13

682. La théorie de Luhmann décrit le caractère *autopoïétique*¹⁶⁸² de ce type de systèmes. L'autopoïèse apparaît comme la qualité des systèmes capables de s'autoreproduire¹⁶⁸³. Dans cette perspective, le terme autopoïèse « désigne la réalisation de la perpétuelle autoaffirmation factuelle du système face à l'environnement »¹⁶⁸⁴. Jean Clam précise qu'« à la différence des ensembles mécaniques (...), la performance d'un système (...) autopoïétique n'est pas externe au système lui-même », au contraire, cette performance est « vouée à produire sans cesse, par la mise en réseau des éléments existant, les constituants du système lui-même, de manière à former une matrice de leur propre reproduction »¹⁶⁸⁵. Il insiste, à propos de la notion de procédure, sur le fait qu'elle « accomplit une substitution parfaite qui touche la totalité des éléments du dehors, pour les transformer en éléments internes relevant de ses formalisations et de sa logique à elle »¹⁶⁸⁶. Pour cet auteur, « c'est en ce sens qu'elle est une technique de la décision (...) [qui] n'a plus rien à voir avec une application déductible de la norme, légitimant et gratifiant les expectations qui étaient en accord avec elle », mais qui constitue « une appropriation si spécifique des expectations et une évolution si complexe vers leur reconnaissance ou leur réconciliation, que nous avons préféré parler d'une réélaboration de la norme en elle »¹⁶⁸⁷.

683. La règle procédurale de résolution des conflits offre une opportunité à l'interprète d'ajuster la structure de son système à de nouvelles contingences¹⁶⁸⁸. Plus qu'une simple reproduction du système à l'identique, l'interprétation et l'application de telles règles procédurales permettent une forme de reproduction évolutive, une reproduction de la structure, des éléments et de leurs relations, informée au contact de sa

¹⁶⁸² FERRARESE (E.), Niklas Luhmann, une introduction, op. cit., p.25, voy. ég. pp.50 et s ; CLAM (J.), Droit et société chez Niklas Luhmann, op. cit., pp.240-258

¹⁶⁸³ FERRARESE (E.), Niklas Luhmann, une introduction, op. cit., p.25

¹⁶⁸⁴ Id.

¹⁶⁸⁵ Jean Clam insiste : « L'interaction et la transformation des éléments permettent de (re)produire le réseau de relations et de processus qui les a lui-même générés. (...) Les systèmes autopoïétiques sont (...) couplés de manière non spécifique à leur environnement. Ils sont parfaitement autonomes — mais non autarciques —, dans le sens où rien ne peut se produire en eux qui ne provienne d'eux-mêmes et ne relève, du coup, des réseaux de processus qui les constituent. Un système ne pourrait être autopoïétique — et se régénérer lui-même en ses éléments et ses relations — si peuvent se rencontrer en lui et influencer sur son organisation des éléments qui, pour ainsi dire, ne sortiraient pas de sa propre fabrique ». CLAM (J.), Droit et société chez Niklas Luhmann, op. cit., pp 249

¹⁶⁸⁶ Id., p.168

¹⁶⁸⁷ Id.

¹⁶⁸⁸ Id., pp.255-256 « Une opération confirmant l'autre, la continuation du système donne lieu à une "condensation" structurante, qui est autolimitation et autopoïèse. L'affermissement du système en ses structures et en la constance de ses invariants est un "effet du temps". L'autopoïèse est ainsi, pour une part essentielle, une œuvre du temps comme forme d'effectuation réursive du système dans ses opérations. Le temps épaissit pour ainsi dire et condense événements, opérations et processus en structures et en expectations qui guident l'effectuation concrète et opérative de la fonction systémique ».

limite extérieure¹⁶⁸⁹. Dans une perspective spinoziste, l'utilisation des règles procédurales de résolution des conflits de normes peut être définie comme l'actualisation permanente de la structure et des relations entre les éléments qui constituent un système. Cette effectuation en acte de l'essence d'un système participe au déploiement de sa puissance d'agir et de sa capacité à être affecté par l'activité d'autres systèmes juridiques. En d'autres termes, les règles de résolution des conflits de normes constituent une clôture autopoïétique des systèmes juridiques spécialisés du droit international, c'est-à-dire une reproduction non-linéaire de la structure en fonction des contingences nouvelles qu'elle doit traiter¹⁶⁹⁰. Les applications dont font l'objet ces règles procédurales de résolution des conflits constituent des opérations du système et leur répétition dans le temps participe à la condensation¹⁶⁹¹ de la structure systémique par la formulation d'interprétations et de décisions successives. Certains auteurs utilisent, comme nous le verrons, le vocable de « constitutionnalisation »¹⁶⁹². À ce titre, l'autopoïèse apparaît comme un rapport à la

¹⁶⁸⁹ Id., p. 254-255 « Il faut (...) penser l'autopoïèse comme un rapport, une “différence” particulière entre deux plans systémiques : celui des structures et celui des événements (ou encore des processus). (...) Le niveau spécifique de l'autopoïèse (...) est celui des opérations/événement par opposition aux structures et aux programmes. Luhmann qualifie l'autopoïèse systémique “d'autofondation événementielle”. L'autonomie du système autopoïétique est de nature opérative et se réalise par le moyen de conditionnement propre et internes au système qui sont effectués par celui-ci comme ses propres opérations. Surtout, ni l'unité, ni l'identité, ni la correction du système ne sont données à l'avance, mais se réalisent de moment en moment, d'un instant de l'existence du système à l'autre, dans ses opérations. Le système n'est pas un tout ayant en lui même, inscrit “dès sa conception”, le programme ou la téléologie de ses opérations. Il ne les réalise pas d'une manière ordonnée qui fait son unité. C'est au contraire, parce que tout système autopoïétique est paradoxal, dans le sens où il ne dispose pas en lui même d'une formule d'unité et de finalité ni de garantie d'être quelconque, qu'il ne peut jamais atteindre à la consistance de sa fonction globale. Dès lors, seule la successivité de l'effectuation continue de son opération, comme négociation constante de son effectivité au centre d'un écheveau hypercomplexe de stimulation, constitue la vie d'un système ».

¹⁶⁹⁰ Id. « Ce qui clôt les systèmes leur donne leur unité, leur identité et leur cohérence, ce ne sont pas des principes ou des raisons dernières, mais uniquement l'œuvre temporellement structurée d'une continuation, au plus près de toutes dernières opérations du système et de leurs performances de réduction et stabilisation de la complexité, de l'auto-observation du système ».

¹⁶⁹¹ Id., p.256

¹⁶⁹² Les défenseurs d'un constitutionnalisme mondial invitent l'observateur à adopter un regard constitutionnaliste de manière à considérer que « le droit constitutionnel mondial est un sous-ensemble de règles et de principes internationaux, dont l'importance justifie le label de “constitutionnel” ». Une telle posture suscite de nombreuses critiques relatives, notamment, à l'absence de volonté politique des sujets du droit international et l'absence de structure de pouvoir et de sanction suffisamment efficace et centralisée. Au contraire, nous avons tenté de ne pas préjuger du caractère constitutionnel de certaines normes du droit international et d'apprécier la constitutionnalisation du droit international comme un processus d'ordination résultant de l'actualisation permanente des rapports de puissance entre les différents systèmes juridiques spécialisés qui composent l'ordre juridique international. Dans cette perspective, la constitutionnalisation du droit international est un processus immanent qui découle d'une multitude d'autres processus de constitutionnalisation qui animent, en permanence, les systèmes juridiques spécialisés du droit international et leurs relations. PETERS (A.), « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : argument pour et contre », in RUIZ-FABRI (H.), JOUANNET (E.) et TOMKIEWICZ (V.) s.d., *Select Proceeding of European Society of International Law*, vol. 1, 2006, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, pp.361-375 ; PETERS (A.), « Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure », *Leiden Journal of International Law*, n°19, 2006, pp.579-610. ; KUMM (M.), « The legitimacy of International Law : A Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL*, n°15, 2004, pp.907 et

temporalité¹⁶⁹³, à la « *problématique de la continuation, dans le temps, (...) évènements après évènements, d'un système, c'est-à-dire d'une performance fonctionnelle devenue autolimitante (autonome)* »¹⁶⁹⁴. Dans ce rapport à la temporalité se jouent deux aspects essentiels de la théorie de Luhmann : le rejet de toute ontologie systémique et le rôle stratégique des sujets et des acteurs.

684. En premier lieu, c'est dans ce rapport au temps que se joue la désintégration de l'essence et de l'ontologie du système dans l'immanence de la succession de ces opérations¹⁶⁹⁵. L'approche luhmannienne veut faire fi des conceptions ontologiques traditionnelles et s'émanciper de la métaphysique¹⁶⁹⁶. Cet auteur exprime notamment l'idée selon laquelle « *l'orientation de la société à partir d'une conception normative de l'Homme, qui caractérise la modernité, est précisément à l'origine des expériences très négatives qui caractérisent cette période* »¹⁶⁹⁷. C'est à cette fin qu'il place l'individu dans l'environnement du système social¹⁶⁹⁸. Ici, la pensée de Luhmann trouve un écho particulier dans la pensée de Michel Foucault, de Yoshiyuki Sato et de Giorgio Agamben et nous permet de mieux cerner la scission entre l'être et l'agir, entre la substance et la

s. ; SZUREK (S.), « La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale ? in COT (J.P.) et al., *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3ème Éd., Economica, Paris, 2005, pp.29-68

¹⁶⁹³ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., p.255-256 « *La temporalisation, comme étalement de la simultanéité d'un très grand nombre d'évènements et d'un enchevêtrement extrême d'interdépendances sur la séquentialité temporelle, est une stratégie de réduction de la complexité, ici surtout de la complexité liée à la non-coïncidence de l'ensemble des énoncés, des communications et des décisions du système avec un fondement ultime qui leur donne consistance. Seul le temps, l'effectuation factuelle d'un moment à l'autre de la fonction du système, répond à l'hypercomplexité produite toujours au-devant du système* ».

¹⁶⁹⁴ Id., « *Seule la successivité de l'effectuation continue de son opération, comme négociation constante de son effectivité au centre d'un écheveau hypercomplexe de stimulations, constitue la vie du système* ».

¹⁶⁹⁵ Id., « *Les systèmes qui se reproduisent sur la base d'évènements autoproduits par le biais d'opérations changeantes de moment en moment n'ont dès lors aucune permanence indépendamment de ces opérations. Les systèmes autopoïétiques sont ainsi des ensembles processuels qui vivent dans une continuité de confirmations généralisantes, et ne peuvent faire autrement, tout simplement parce qu'ils ne disposent pas d'un commencement absolu où ils auraient 'choisi' les distinctions fondamentales et décidé de les développer pour elles-mêmes. Il s'agit par conséquent de substituer au concept de substance celui d'autoréférence, de remplacer l'hypostase de la raison par la supposition d'un rapport problématique entre redondance et fondement* ». Les opérations sont donc les éléments du système et le temps la forme de sa possibilisation en dépit de l'hypercomplexité ambiante ».

¹⁶⁹⁶ Jean Clam précise à propos de la démarche luhmannienne : « *En nous émancipant de l'ontologie essentialiste traditionnelle, nous accédons à un observatoire théorique où l'ensemble des manières de penser familières tombent en désuétude. La nouvelle ontologie ne connaît pas de "quiddité" qui définit ce qu'est la chose en elle-même et prédétermine son devenir. Elle ne connaît que des fonctions interchangeables sur la base de la comparabilité de leurs performances. Il est clair, dès lors, que toutes les essences peuvent être touchées par la désintégration fonctionnaliste, et qu'il n'y a aucune raison de faire exception pour certaines. Même des valeurs centrales, ayant dans la perception traditionnelle constitué des finalités dernières orientant et légitimant l'action tant de l'individu que de groupes ou de la société entière, vont devoir être soumises à des perspectives "non congruentes" qui ne voient en elles que des "alternatives" déterminées, interchangeables avec d'autres* ». Id., p.36, voy. ég., p.21 et 35-38, 107-115

¹⁶⁹⁷ FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., p.18,

¹⁶⁹⁸ Id.

procédure, tout comme ses conséquences sur le concept de pouvoir et sur la nature des systèmes juridico-politiques des démocraties contemporaines. Ce détour par la philosophie structuraliste permet de s'extraire du point de vue systémique interne par la critique de la théorie de Luhmann.

685. Chez Luhmann, l'essence des systèmes¹⁶⁹⁹ est réduite à la succession de leurs opérations et à l'immanence de l'agir, c'est à dire que la succession des processus, évènement après évènement et au gré de la sélection d'alternatives décisionnelles, dissout la substance dans le flot des communications. Il donne ainsi à voir une société a-centrée¹⁷⁰⁰, dépeuplée de ses sujets ou désincarnée¹⁷⁰¹, ces sujets étant eux-mêmes réduits aux « faisceaux »¹⁷⁰² des communications qu'ils véhiculent. Une telle conception met en exergue la fonction neutralisante de la procédure tant d'un point de vue sociologique vis-à-vis des conflits d'intérêts entre les acteurs participants que d'un point de vue systémique ou normativiste, vis-à-vis des conflits normatifs et des conflits de systèmes juridiques par l'application des règles procédurales qui en caractérisent les clôtures autopoïétiques. Agamben remonte au fondement de cette scission entre l'être et l'agir et la situe dans la théologie chrétienne qui a donné naissance à deux paradigmes politiques antinomiques et complémentaires¹⁷⁰³ : « *la théologie politique, qui fonde dans le Dieu unique la transcendance du pouvoir souverain, et la théologie économique, qui y substitue l'idée d'une oikonomia, conçue comme un ordre immanent — domestique et non politique au sens strict — à la vie divine et à la vie humaine* »¹⁷⁰⁴. La caractéristique propre des démocraties contemporaines du « *government by consent* », ou « *république procédurale* »¹⁷⁰⁵, « *c'est d'avoir identifié intégralement Gloire et oikonomia dans la forme*

¹⁶⁹⁹ Luhmann distingue le système vivant, le système psychique et le système social. cf. FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., pp.27 et s.

¹⁷⁰⁰ *Id.*, pp.113-125

¹⁷⁰¹ *Id.*, pp.57-98

¹⁷⁰² *Id.*, p.85. « *Ce recours à la notion de rôle constitue alors la première étape vers l'abandon de la représentation traditionnelle de l'homme comme un centre, à laquelle se trouve substituée le motif du faisceau, du noeud, pour créer une figure centripète plutôt que centrifuge. Il ne faudrait pas interpréter l'individu comme une sorte de gestionnaire méticuleux d'une multiplicité de rôles comportements et discours (...) Rien n'est en mesure de tenir ensemble une multitude de rôles, si ce n'est une identité envisagée comme simple narration, comme un récit bâtissant a posteriori une unité à partir d'éléments divers* ». L'auteur considère que pour Luhmann : « *Le système social est constitué de communications, non d'individus en train de communiquer* ». Voy. p.59

¹⁷⁰³ Giorgio Agamben précise que « *la théologie chrétienne avait transformé de façon dynamique le monothéisme biblique en opposant dialectiquement en son sein l'unité de la substance et de l'ontologie (theologia) à la pluralité des personnes et des pratiques (oikonomia)* ». p.305 Il explique par ailleurs que « *du premier paradigme (theologia) dérivent la philosophie politique et la théorie moderne de la souveraineté ; du second (oikonomia), la biopolitique moderne, qui s'étend jusqu'au triomphe actuel de l'économie et du gouvernement sur tout autre aspect de la vie sociale* ». AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer tome II*, op. cit., p.17

¹⁷⁰⁴ *Id.*, p.14

¹⁷⁰⁵ PELLUCHON (C.), *L'autonomie Brisée*, op. cit., pp.83 et s.

de l'acclamation et du consensus ». Dans un commentaire du débat allemand relatif à la question d'une nécessaire constitution pour l'Europe, entre le constitutionnaliste Dieter Grimm et Jürgen Habermas, Agamben remarque l'opposition des figures du peuple-nation¹⁷⁰⁶ et du peuple-communication¹⁷⁰⁷ chez ces deux théoriciens. Cependant pour Agamben, « l'État holistique fondé sur la présence immédiate du peuple acclamant et l'État neutralisé dissout dans les formes communicationnelles sans sujet (chez Habermas, mais aussi, quoi que de manière différente, chez Luhmann¹⁷⁰⁸) ne sont opposés qu'en apparence. Ils ne sont que les deux faces du même dispositif glorieux sous ses deux formes : la gloire immédiate et subjective du peuple acclamant, et la gloire médiatique et objective de la communication sociale »¹⁷⁰⁹. En d'autres termes, le propre de la démocratie contemporaine et du système administratif qui réalise l'effectivité du système juridique consiste à identifier intégralement la substance et la procédure ou à dissoudre l'axiologie des systèmes juridiques dans la production quotidienne des décisions procédurales.

686. En second lieu, c'est également le rapport à la temporalité qui permet de s'extraire du point de vue systémique interne radical pour comprendre le rôle des sujets et des acteurs sur l'évolution et le fonctionnement des systèmes juridiques spécialisés du droit international. On peut, par exemple, préciser que le rythme auquel se succèdent les

¹⁷⁰⁶ Dieter Grimm estimait notamment : « une constitution au sens plein du terme doit nécessairement remonter à un acte du peuple ou au moins attribué au peuple, moyennant quoi celui-ci se donne la capacité d'agir politiquement. Une telle source manque complètement au droit communautaire primaire, qui ne remonte pas à un peuple européen, mais aux seuls États membres, et dépend aussi de ceux-ci pour son entrée en vigueur », Cité par Giorgio Agamben, in AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer* tome II, op. cit., p.382

¹⁷⁰⁷ À l'inverse, Jürgen Habermas, opposait à cette conception du rapport nécessaire entre peuple et Constitution la thèse « d'une souveraineté populaire totalement émancipée d'un sujet-peuple substantiel (constitué de "membres" d'une collectivité physiquement présente, associés et impliqués) et intégralement dissoute dans les formes communicationnelles privées de sujets qui, selon sa conception de la publicité « règlent le flux de la formation politique de l'opinion et de la volonté » (Habermas, trad fr., p. XXXIX, cité par Agamben, p.382-383). Pour Habermas, « une fois que la souveraineté populaire s'est dissoute et liquéfiée dans ces procédures communicationnelles, non seulement le lieu symbolique du pouvoir ne peut être occupé par de nouveaux symboles identitaires, mais ce sont les objections mêmes des constitutionnalistes, concernant la possibilité que quelque chose comme 'un peuple européen' — correctement, c'est à dire communicationnellement conçu — puisse exister, qui disparaissent ».

¹⁷⁰⁸ Voy not. FERRARESE (E.), Niklas Luhmann, *une introduction*, op.cit., pp.113 et s. « le système politique dans une société a-centrée » ; voy. CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., pp.19-38 « une sociologie de l'organisation formelle »

¹⁷⁰⁹ « Ce que notre recherche nous a montré, c'est que l'État holistique fondé sur la présence immédiate du peuple acclamant et l'État neutralisé dissout dans les formes communicationnelles sans sujet ne sont opposés qu'en apparence. Ils ne sont que les deux faces du même dispositif glorieux. Comme cela devrait être aujourd'hui évident, peuple-nation et peuple-communication, malgré la différence des comportements et des figures, sont les deux visages de la doxa, qui, en tant que tels, s'entrelacent et se séparent sans cesse dans les sociétés contemporaines. Dans cet entrelacement, les théoriciens 'démocratiques' et laïcs de l'agir communicationnel risquent de se retrouver côte à côte avec les penseurs conservateurs de l'acclamation comme Schmitt et Peterson ; mais c'est là précisément le prix que doivent payer à chaque fois les élaborations théoriques qui croient pouvoir se passer de précautions archéologiques ». AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire*, op. cit., p.383

opérations du système dépend principalement de son environnement et de la quantité et la qualité des stimulations que ce dernier opère sur le système. Ainsi, la question de la temporalité et de l'autopoïèse des systèmes juridiques spécialisés doit être liée à la pratique des sujets et des acteurs qui peuvent choisir vers quel système normatif diriger des stimulations. À ce titre, la neutralisation du contentieux et la déformalisation des procédures judiciaires de résolution des litiges participent à ralentir le rythme des opérations réalisées par les systèmes juridiques par rapport à d'autres modes alternatifs de résolution parajuridiques et extrajudiciaires des conflits. En ce sens, l'asymétrie des rythmes de fonctionnement des différents systèmes juridiques spécialisés du droit international où, la désynchronisation des systèmes socialement différenciés¹⁷¹⁰, ne résulte pas exclusivement des systèmes en tant que tels, mais des stratégies mises en œuvre par les sujets et les acteurs en leur sein. Ainsi, en ce qui concerne le système procédural, affirmer le caractère strictement autopoïétique de ce dernier conduit à nier la *potestas* des acteurs qui y participent. Celle-ci serait à tel point conditionnée par l'apprentissage de la personnalité à travers l'endossement du rôle, que cette transformation et la décision qui en résulte prendraient la forme d'une poïésis. Le terme poïesis, que l'on retrouve à la racine de poésie, évoque l'action concrète non dirigée vers un but stratégique dont la forme paradigmatique est la création artistique. La théorie luhmannienne apparaît dans cette perspective comme une esthétique de la décision. Au contraire, le terme praxis est doté « *du sens plus noble d'action adossée à une réflexion* »¹⁷¹¹. Nous considérons les mécanismes d'apprentissage et de reproduction disciplinaire des rapports de pouvoir comme le résultat d'une *praxis* aliénante, plutôt que d'une poïésis, et dont les travaux d'Axel Honneth¹⁷¹² et Stephanie Haber¹⁷¹³ mettent en lumière les caractéristiques.

687. L'approche de Luhmann mérite néanmoins d'être nuancée dans la mesure où elle minimise exagérément les pouvoirs dont disposent les acteurs sociaux et des participants aux systèmes procéduraux comme les capacités d'influence dont ils sont susceptibles de faire preuve par rapport aux systèmes juridiques et leurs fonctionnements. La théorie des sites de gouvernance, synthétisée par Francis Snyder, insiste au contraire sur « *les acteurs stratégiques* »¹⁷¹⁴. Ces acteurs, qui « *incluent les gouvernements, le monde des affaires, d'autres organisations et parfois même les individus* »¹⁷¹⁵, « *ont utilisé le droit et ont été*

¹⁷¹⁰ *Infra*. Chapitre 8, Section 2, §2 ;

¹⁷¹¹ FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op. cit., p25

¹⁷¹² HONNETH (A.), *La Lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Paris, Le Cerf, 2000, 350p. ; HONNETH (A.), *La société du mépris*, trad. O. Voirol, P. Rusch et A. Dupeyrix, Paris, La Découverte, 2006, 349p.

¹⁷¹³ HABER (S.), *L'aliénation*, PUF, Paris, 2007, 375p.

¹⁷¹⁴ SNYDER (F.), « Les sites de gouvernance », in s.d. BOISSON DE CHAZOURNES (L.) et MEHDI (R.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, op. cit., p.304

¹⁷¹⁵ *Id.*

*façonnés par lui ; mais ils ont également joué un rôle fondamental pour déterminer quels sites institutionnels, normatifs et processuels ont vu le jour, ont prospéré et se sont développés, et lesquels ont dé péri ou ont même disparu par manque de “clients” »¹⁷¹⁶. Les stratégies des firmes pharmaceutiques qui exploitent les différents niveaux de concurrence réglementaire sont un exemple marquant de la capacité des participants à la procédure d'agir sur le fonctionnement du système procédural. L'asymétrie de puissance et d'information dont bénéficient les firmes pharmaceutiques par rapport aux agences d'évaluation des médicaments et la concurrence réglementaire dont elles profitent, est au fondement de la praxis stratégique de ces acteurs qui consiste à influencer la formulation des règles et des mécanismes du système procédural européen d'évaluation des médicaments. Ainsi, les acteurs industriels qui choisissent la procédure et le forum auquel ils entendent participer sont capables d'influer sur la formulation des règles procédurales de manière à rendre leur rôle, au sein de la procédure, de moins en moins contraignant. En ce sens, le degré d'apprentissage de l'acteur dans la procédure ne dépend-il pas du degré de puissance dont jouit l'acteur vis-à-vis de la puissance publique ? À l'inverse, ne peut-on pas envisager que les acteurs puissants utilisent le « *forum shopping* » et la concurrence réglementaire pour retourner les mécanismes de la contrainte disciplinaire et transformer réflexivement la personnalité des experts et l'activité des agences de régulation ?*

¹⁷¹⁶ *Id.*

CONCLUSION CHAPITRE 5 :

688. La prévention ou la neutralisation des contradictions normatives du droit international de la bioéthique intervient sous l'égide d'institutions spécialisées qui mettent en œuvre des méthodes de décisions procédurales. Les méthodes de neutralisation opèrent au cours des procédures de production, d'évaluation ou de révision des normes juridiques et au cours des procédures d'application non contentieuses de ces dernières. Des instances polymorphes aux statuts atypiques assurent ces fonctions normatives, qu'ils s'agissent des comités d'éthiques nationaux ou cliniques, des comités spécialisés d'organisations internationales telles que l'OMC ou des autorités administratives indépendantes responsables de la gestion des risques sanitaires. Outre leurs fonctions normatives, ces institutions assurent également une fonction politique de légitimation de la décision et de l'action publiques. Les principes de pluralisme, de pluridisciplinarité et d'indépendance président à la composition de ces instances biopolitiques. La création de ces institutions résulte de la nécessité d'organiser le recours à l'expertise éthique, scientifique et technique dans le contexte de la bioéthique sujet à de fortes et rapides mutations et dans des domaines d'activité où règne un haut degré d'incertitude. Ces institutions incarnent différentes figures de l'autorité et consistent à autoriser et légitimer l'action menée par un tiers, acteur public ou privé.

689. Les comités d'éthique nationaux et internationaux évaluent et élaborent les normes du droit de la bioéthique. À ce titre, ils ne participent pas à son application, mais participent à sa justification et sa légitimation. Ces comités ne sont pas des sites de « gouvernement » qui participent à la gestion des risques sanitaires, mais visent l'évaluation des effets des législations bioéthiques et l'adaptation des énoncés normatifs. Leur fonction consiste notamment à produire un consensus éclairé entre les destinataires des normes juridiques dans l'élaboration de leur contenu. Les comités d'éthique clinique évaluent et autorisent les protocoles de soins et de recherche et les règles procédurales qui guident ces activités. Dans les deux cas, les comités visent à rendre légitime et à valider l'action d'un tiers, promoteur de recherche ou législateur.

690. Le réseau des administrations sanitaires en Europe organise la gestion du risque sanitaire par le contrôle des conditions d'accès au marché qui assure la distribution des produits de santé. Les agences d'évaluation des médicaments constituent des structures de gouvernement qui appliquent et interprètent les normes communautaires en matière de

médicament. Les agences sanitaires, qui mettent en œuvre les procédures européennes d'AMM dans la perspective d'un paradigme « *économico-gestionnaire* » du risque sanitaire, organisent la participation des acteurs industriels dans la production de l'information qui sert de base à l'évaluation de leurs produits. Ces agences disposent du pouvoir d'autoriser l'action d'un tiers, en l'occurrence la commercialisation d'un produit de santé, mais ne disposent pas de moyens propres, financiers et humains, pour réaliser elles-mêmes les études nécessaires à l'évaluation de ces produits. Le système européen d'évaluation des médicaments favorise un double niveau de concurrence réglementaire, entre deux types de procédures et entre les agences sanitaires, qui met parfaitement en lumière les multiples interdépendances qui caractérisent les liens entre l'administration sanitaire et les acteurs privés, experts, professionnels et firmes pharmaceutiques. Les acteurs industriels notamment, utilisent stratégiquement la concurrence réglementaire afin de maximiser la satisfaction de leurs intérêts.

691. L'analyse de ces institutions administratives ainsi que celle de leurs procédures mettent en lumière la structure bipolaire de la machine gouvernementale qui se scinde entre autorité et puissance. En effet, ces institutions ne disposent d'aucune puissance matérielle et empruntent les moyens de leur action aux acteurs privés. Les agences sanitaires sont doublement dépendantes des firmes pharmaceutiques, du point de vue de leur financement comme vis-à-vis de la production des informations nécessaires à l'évaluation des produits de santé. Les comités d'éthique, nationaux et internationaux, ne disposent pas du pouvoir de consacrer une norme juridique nouvelle. Cette compétence demeure l'attribut du législateur. Néanmoins, ces comités favorisent, par leur procédure décisionnelle, la construction de consensus légitimant la formulation des énoncés normatifs. Les règles procédurales qui organisent la décision administrative et celles qui assurent la résolution des conflits d'intérêts, de normes et de systèmes, assurent une fonction duale de neutralisation des contradictions et de reproduction des systèmes auxquelles elles appartiennent. Cette fonction duale, mise en lumière par la pensée de Niklas Luhmann et celle de Giorgio Agamben doit être envisagée de deux points de vue différents, l'un sociologique et l'autre systémique.

692. D'un point de vue sociologique, les procédures de production, d'évaluation, de révision et d'application des normes juridiques constituent des forums interactionnels au sein desquels participent des acteurs privés et des groupements d'intérêts extraétatiques. Ces procédures organisent la participation de ces acteurs à des fins de légitimation de l'action publique. Toutefois, le concept de légitimité ne doit pas ici s'entendre dans un sens rationaliste, mais selon une approche comportementaliste. L'enjeu de la procédure, conçue comme un système social, n'est pas « *d'extorquer* » des participants un consensus

légitimant sur une base rationnelle, mais de transformer leurs personnalités en vue de leur faire accepter les décisions produites comme bases de leurs comportements. Cette transformation s'opère par l'endossement de rôles et par l'organisation de la communication entre les acteurs de la procédure. Ces deux mécanismes assurent la sélection des alternatives décisionnelles et l'apprentissage de la décision par les participants. La procédure conçue comme un système social met alors à jour le couplage opérationnel de la normativité disciplinaire et de la normativité juridique en vue d'assurer au droit son effectivité et une certaine stabilité.

693. L'approche sociologique rend compte d'un premier niveau de conséquences emportées par la scission entre la substance et la procédure. La communication entre les participants d'un système procédural les conduit à exprimer leurs préférences et leurs sélections en termes d'intérêts et non en termes de valeurs. La méthode du consensus et de l'apprentissage par le rôle, qui repose sur l'éthique procédurale et le présupposé selon lequel la suspension des conceptions axiologiques doit être assurée en vue de parvenir à une décision résultant du dialogue, implique une fongibilité des valeurs dans l'expression des intérêts particuliers. En d'autres termes, ces procédures assurent la neutralisation des contradictions normatives par leur désubstantialisation et leur transformation en conflits d'intérêts qui sont traités de manière dynamique à l'intérieur du système procédural afin de produire une décision socialement acceptable. Cette dialectique de l'être et de l'agir, de la substance et la procédure, de l'autorité et de la puissance, que l'on trouve inscrite au cœur des instruments de protection des droits de l'homme sous la forme de la dialectique entre dignité et liberté, plonge ses racines philosophiques profondément jusqu'aux sources de la pensée occidentale.

694. L'analyse systémique rend compte d'un second degré de conséquences. Selon cette grille de lecture, les règles procédurales de résolution des conflits assurent une fonction duale de neutralisation des conflits de normes et de clôture autopoïétique des systèmes juridiques. Les règles de résolution des conflits de normes sont des règles procédurales qui assurent la prévention de la réalisation de conflits futurs en établissant le rapport formel qui doit régir la relation entre les normes conflictuelles. Elles peuvent prendre la forme de dispositions généralement consacrées à la résolution des conflits de normes ou celle de dispositions spécifiques qui régissent le régime des exceptions à l'application des normes d'un système. Ces règles procédurales fixent la frontière du champ d'application des normes du système auquel elles s'appliquent. Elles constituent une reproduction ou une simulation, en terme opératoire et à l'intérieur d'un système, de la différence entre le système et son environnement. Elles assurent à ce titre l'effectivité du système et son autonomisation au fil de ses opérations. Une telle analyse met en lumière un

second niveau de la dialectique entre l'être et l'agir et qui consiste en une « *désintégration fonctionnaliste de l'essence* ». Le concept de « *législateur rationnel* » et la présomption d'absence de conflit normatif constituent deux exemples paradigmatiques de cette conception à l'œuvre dans l'esprit des juges et d'une partie de la doctrine. Cette conception doit être strictement limitée à un point de vue systémique radical interne. Adoptée au-delà de ce cadre elle crée l'illusion de l'imperméabilité et du fonctionnement mécaniste des systèmes juridiques qui demeure aveugle à la puissance et aux stratégies mises en œuvre par les acteurs au sein de ces systèmes.

CHAPITRE 6 : LES MÉTHODES PROCÉDURALES PARACONTENTIEUSES ET CONTENTIEUSES DE LA NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

695. Les méthodes de neutralisation des contradictions normatives ne sont pas exclusivement mobilisées au cours des procédures de production, d'évaluation et d'application non contentieuses des normes juridiques. En effet, malgré celles-ci ou peut-être à cause d'elles, il peut arriver que les prérogatives juridiques portées par différents acteurs apparaissent conflictuelles et induisent l'émergence d'une contradiction entre les fondements normatifs de ces prérogatives. La neutralisation des conceptions axiologiques, qui intervient au cours des procédures de production des normes juridiques du droit de la bioéthique, conduit par exemple les législateurs, internes ou internationaux, à adopter des instruments juridiques qui consacrent une pluralité de principes éthico-juridiques contradictoires sans fournir les critères de leur application concomitante aux cas particuliers. En d'autres termes, la neutralisation procédurale et la désubstantialisation des contradictions normatives *diffèrent*¹⁷¹⁷, déplacent dans le temps et l'espace, la survenance de ces conflits. L'émergence de tels conflits résulte d'une contradiction structurante des systèmes juridiques contemporains. La pensée de Luhmann permet de constater l'aporie selon laquelle « *l'abstraction ne peut absorber les conflits qu'elle crée elle-même* »¹⁷¹⁸. Dans cette perspective, « *aucun mécanisme de formalisation n'est capable de rééquilibrer l'asymétrie existant entre les capacités d'institutionnalisation (juridique de normes) du système social et ses capacités de production d'expectations normatives (ses capacités de normation)* »¹⁷¹⁹. L'asymétrie opère de manière bilatérale. En effet, d'une part « *l'institutionnalisation est toujours à la traîne de la normation informelle* », mais aussi, d'autre part, « *les expectations normatives sont inondées par la juridicisation de tous les types d'interactions et n'arrivent plus à s'orienter sur elle* »¹⁷²⁰. Cette aporie et cette asymétrie expliquent la « *saturation des capacités de l'appareil juridique étatique* »¹⁷²¹, en

¹⁷¹⁷ Jacques Derrida décrit le concept de « *différance* » dans le cadre de son analyse de la pensée de Freud et plus précisément l'analyse du rapport entre le principe de plaisir, le principe de réalité et la pulsion de mort. « *Le principe de réalité n'impose aucune inhibition définitive, aucun renoncement au plaisir, seulement un détour pour différer la jouissance, le relais d'une différance* ». DERRIDA (J.), « *Spéculer — sur Freud* », in *La carte postale*, p.363 ; voy ég. SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op.cit., pp.133-138

¹⁷¹⁸ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit, p.140

¹⁷¹⁹ Id.

¹⁷²⁰ Id.

¹⁷²¹ Id., p.163

particulier la saturation des capacités de traitement du contentieux par l'institution judiciaire.

696. Face à l'émergence de telles hypothèses de conflits, d'autres méthodes de neutralisation, c'est-à-dire des procédures, pourront être sélectionnées par les parties à un litige afin d'éviter la matérialisation d'une contradiction normative devant le juge. Il s'agit des modes alternatifs de résolution des litiges qui constituent des procédures parajudiciaires, « *para ou extrajudiques* »¹⁷²², de résolution des litiges. Ces procédures parajudiciaires remplissent également une fonction latente de neutralisation des contradictions normatives¹⁷²³. Enfin, certaines méthodes interviennent au cours des procédures judiciaires afin de neutraliser ou réduire une contradiction normative sans qu'il soit nécessaire pour le juge de la résoudre. Ces dernières concernent la compétence du juge, lui astreignent un ordre procédural contraignant, ou fixent un cadre général à l'analyse de la conflictualité entre les normes par l'établissement d'un paradigme interprétatif réducteur : la fiction d'un législateur rationnel dans les ordres internes, et la présomption d'absence de conflits dans l'ordre juridique international.

Section 1 : Les procédures parajudiciaires de neutralisation des contradictions normatives : les Modes alternatifs de résolution des litiges

697. Les contradictions normatives émergent, concrètement au sein d'un système juridique, souvent sous la forme d'un conflit de prérogatives juridiques. En effet, les conflits de prérogatives juridiques qui voient s'opposer deux titulaires mettent à jour la contradiction existant entre les fondements normatifs de ces prérogatives. Ainsi, les conflits de droits et les conflits de normes trouvent une expression concrète dans le litige¹⁷²⁴ qui oppose deux titulaires de droits ou deux destinataires de normes. L'institution

¹⁷²² *Id.*

¹⁷²³ Jean Clam précise à propos de Luhmann : « *La densification des contacts dans le champ interactionnel d'une procédure fait naître, entre les participants à la procédure, des plans de communication aussi variés que ceux de l'entente ou du conflit (...), de la concordance ou la divergence des intérêts, de l'harmonie ou de la dysharmonie des présentations de soi. Sur tous ces plans, des agrégations de perceptions, d'intérêts ou de personnes peuvent naître, qui risquent de drainer la procédure vers des mécanismes de coopération non juridiques. Ce sont même parfois des procédures parallèles, para- ou extra-juridiques qui s'enclenchent, telles des médiations, des expertises quasi formelles, qui court-circuitent la procédure proprement juridique* ». *Id.*

¹⁷²⁴ Le terme « *litige* » est communément défini comme : la situation qui survient « *lorsqu'une personne ne peut obtenir amiablement la reconnaissance d'une prérogative qu'elle croit avoir et envisage de saisir un tribunal pour lui soumettre sa prétention* ». In *Lexique des termes juridiques*, GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.) s.d., 13e Édition, Dalloz, 2001.

judiciaire constitue, en droit interne comme en droit international, un mode de règlement pacifique de ce type de litiges. Le juge est l'acteur naturel du règlement du « litige » considéré comme le synonyme du « procès ». Ce dernier est guidé et encadré par un ensemble de principes et de procédures pour opérer la confrontation des prérogatives en conflits. À ce titre, il se trouve dans l'obligation de juger, c'est-à-dire de trancher, d'apporter une solution en droit, au conflit qui lui est soumis. Au cours de cette phase contentieuse, le juge est donc dans l'obligation de résoudre, au moins provisoirement et en l'espèce, la contradiction normative que recouvre le litige qui lui est soumis. Toutefois, les parties à un différend sont susceptibles de soustraire le litige et la situation juridique, donc également la contradiction normative qu'ils recouvrent, à l'appréciation du juge. Celles-ci peuvent notamment choisir de soumettre leur différend à un mode de résolution alternatif. Ainsi, la médiation, récemment institutionnalisée, joue un rôle prépondérant en matière de contentieux médical.

§1. Présentation critique des modes alternatifs de résolution des litiges (MARL)

698. Les modes alternatifs de résolution des litiges « *représentent toute démarche, tout processus conduisant à la solution amiable d'un litige né ou à naître entre deux individus au lieu et place de la décision de justice qui est le terme ordinaire d'un règlement non négocié* »¹⁷²⁵. L'apparition de ces procédures s'inscrit dans un contexte général de crise de l'institution judiciaire¹⁷²⁶ qui ne parvient plus à faire face à l'augmentation du contentieux. Ces procédures extrajudictionnelles et les instances qui les mettent en œuvre ont vocation à pallier ces dysfonctionnements. En effet, « *s'agissant de la Justice, on peut certes considérer que la multiplication et l'institutionnalisation des formes transactionnelles et négociées de règlement des conflits répondent à des impératifs d'efficacité et de rentabilité judiciaires, dans la mesure où l'institution judiciaire comme toute organisation doit trouver des solutions qui permettent de gérer un accroissement de la demande (l'explosion du contentieux) dans un contexte de moyens et de ressources relativement stable* »¹⁷²⁷. Ces procédures se développent, depuis 1970, dans un grand nombre de systèmes juridiques à l'échelle mondiale qu'ils soient de tradition civiliste ou de

¹⁷²⁵ ARNAUD (L.), *La justice mise en scène : une approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, L'Harmattan, 2008, Paris, p.105

¹⁷²⁶ LENOBLE (J.), *La crise du juge*, LGDJ, Paris, 1990 ; du même auteur : « Droit et communication : Jürgen Habermas », in BOURETZ (P.) (dir), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éd. Esprit, 1991 ; « Le juge et la modernité », *Le débat*, mars-avril 1993 ;

¹⁷²⁷ DUMOULIN (L.), « Expertise et justice négociée. La construction d'un standard européen de l'expert judiciaire », *Politique européenne*, n° 8, automne 2002, pp.146-151

common law. En outre, ces modes alternatifs de résolution des conflits sont très fréquemment utilisés par les États pour régler les différends qui les opposent¹⁷²⁸. Dès lors, il s'agira de présenter les différentes formes que prennent ces procédures extrajudiciaires de résolution des litiges et de déterminer l'usage social qu'en font les acteurs étatiques et privés.

A. Les différents modes alternatifs de résolution des litiges

699. L'article 33 de la Charte des Nations Unies énumère les modes de résolution des différends : « *Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationale doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* »¹⁷²⁹. La liste n'est pas exhaustive et la consultation¹⁷³⁰ et les bons offices¹⁷³¹ ont été également introduits comme mode de règlement pacifique des différends. D'un point de vue théorique, les MARL sont susceptibles de s'appliquer à tout type de litige. La formulation de l'article 33 ne précise pas la qualité des « *parties à un différend* » et laisse ouverte la possibilité pour des parties non-étatiques d'utiliser ces mécanismes de règlement des différends. En outre, les modes

¹⁷²⁸ Cf KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, T.M.C. ASSER Press, The Hague, 2008, pp.10-30

¹⁷²⁹ Article 33 de la Charte des Nations Unies.

¹⁷³⁰ La consultation et l'échange d'informations constituent des méthodes de résolution dans lesquelles l'un des États partie anticipe la formation d'un différend éventuel et tente de le prévenir en clarifiant les termes du litige. Dans le cadre de la consultation et de l'échange d'informations aucun tiers n'intervient dans la résolution du différend. Ces procédures permettent de prévoir et prévenir les différends éventuels, car cela favorise la coordination des comportements des parties, notamment dans leurs relations à l'égard des tiers. La consultation diffère de la notification dans la mesure où la communication établie n'est pas unilatérale. Par la consultation, « *A state may chose to recognize the interest of another in a decision or situation pertaining to itself, without granting the other a definitive say in the matter* ». cf. KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, T.M.C. ASSER Press, The Hague, 2008, p.20 ; KUSUMOWIDAGDO (J.U.), *Consultation clauses as a means of providing for treaty obedience*, 1981 ; FUERLE (L.) « *Informal consultation : A mechanism in Security Council decision making* », *NYUJILP*, n°18, 1985, p.267 ; SOHN (L.B.) « *The use of consultation for monitoring compliance with agreements concluded under the auspices of international organizations* », in BLOKKER (N.) et MULLER (S.), *Toward a more effective supervision by international organizations*, 1994, p.65

¹⁷³¹ Parmi les MARL, la procédure des bons offices est souvent confondue avec la procédure de médiation ou la conciliation. Bien qu'elles soient très similaires, certains auteurs considèrent qu'elles peuvent être distinguées dans la mesure où les bons offices constituent « *a third party method of enabling parties to settle their dispute without the third party taking upon itself an independent role as director of negotiations or a source of proposal* » ; cf. KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, T.M.C. ASSER Press, The Hague, 2008, p.26 ; Par ailleurs, les bons offices présentent une utilité spécifique, notamment dans les situations particulièrement conflictuelles ou deux parties refusent de communiquer l'une avec l'autre.

alternatifs de règlement des litiges retenus par l'article 33 ne diffèrent pas de ceux mis en œuvre par les acteurs privés pour résoudre leurs différends.

700. On peut distinguer les modes alternatifs de résolution selon que les parties recourent ou non à un tiers pour régler leur différend. L'arbitrage, la médiation¹⁷³² ou la conciliation¹⁷³³, les bons offices et l'enquête¹⁷³⁴ constituent des procédures qui nécessitent l'intervention d'un tiers impartial. La consultation ou l'échange d'informations et la négociation¹⁷³⁵ ou la transaction¹⁷³⁶ sont des mécanismes mis en œuvre par les seules

¹⁷³² La médiation est présentée comme un procédé efficace de management des différends tant dans le domaine du contentieux médical que dans celui du contentieux interétatique. La médiation peut se définir comme « un processus d'accompagnement non autoritaire d'aide à la décision, visant la responsabilisation et l'autonomie des personnes, qu'il s'agisse ou non d'une situation de nature conflictuelle ». cf. Article 4.3.1 du Code éthique et déontologique des médiateurs, Adopté le 24 juin 2006 par la Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation. L'objet de la médiation consiste à « permettre à des parties de trouver un accord négocié de manière contributive, c'est-à-dire un accord qui puisse être pérenne, respectueux des personnes et de leurs intérêts (...), à favoriser la résolution et à anticiper au mieux les conséquences du choix qui peut être fait par chaque client ». cf. Article 4.3.2 et 4.3.4 du Code éthique et déontologique des médiateurs. La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008 institutionnalise la médiation en matière civile et commerciale. Parmi les avantages escomptés, « la médiation peut apporter une solution extrajudiciaire, économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties ». Par ailleurs, « les accords issus de la médiation sont susceptibles d'être respectés volontairement et de préserver une relation amiable et durable entre les parties ». De plus, l'article 6 de la directive précise que l'accord résultant d'une médiation entre les parties à un litige peut se voir reconnaître un caractère exécutoire, « par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique ». Cette procédure exécutoire peut être menée « à la demande d'une partie et avec le consentement express des autres (...) sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de la rendre exécutoire ». cf. Directive 2008/52 sur Certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, §6 ; Pour des études doctrinales voy. not. SIX (J.-F.), *Dynamique de la médiation*, Desclée de Brouwer, 1995 et *Le temps des médiateurs*, Le Seuil, 1990 ; BEN MEAD (F.), *Sociologie des pratiques de médiation*, L'Harmattan, Paris, 2002, BONAFE-SCHMITT (J.-B.), *La médiation, une justice douce*, Alternatives Sociales, 1992 ;

¹⁷³³ La conciliation constitue un mode privé de résolution amiable des conflits. « La conciliation ne bénéficie pas d'une définition législative, mais la doctrine la définit comme un mode de règlement des litiges grâce auquel les parties s'entendent directement pour y mettre fin, au besoin à l'aide d'un tiers (conciliateur) ». Toutefois, la conciliation peut également revêtir un caractère juridictionnel dans la mesure où celle-ci entre également dans les missions habituelles du juge de droit commun dans de nombreux domaines. cf. HOFNUNG (G.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits ». In *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, s.d. HUREAU (J.) et POITOUT (D.), 2e Éd., Mason, Paris, 2005, p.13

¹⁷³⁴ L'enquête internationale suppose l'intervention d'un tiers. Toutefois, celui-ci ne dispose d'aucun pouvoir de proposition vis-à-vis des parties et se contente de recueillir une information objective et suffisamment complète sur la situation qui oppose les parties. Ainsi, « the method of inquiry attempts to clarify controversial situations relevant to a dispute by means of an objective investigation, by an international commission, normally including members of third States, or by a single neutral investigator ». Cf. KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, T.M.C. ASSER Press, The Hague, 2008, p21 ; Voy. ég. BENSALAH (T.), *L'enquête internationale dans le règlement des conflits*, 1976 ; BARYACOV (N.), *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, 1974 ; MERRILS (J.G.), *International Dispute Settlement*, 4eme Éd. 2005, chapitre 3

¹⁷³⁵ La négociation se définit comme : « a joint decision making process involving interactive communication which parties that lack identical interests attempt to reach an agreement ». cf. MNOOKIN (R.), « When not to negotiate : a negotiation imperialist reflects on appropriate limits », *University of Colorado Law Review*,

parties au différend sans qu'un tiers n'intervienne. L'arbitrage¹⁷³⁷ se distingue des autres modes alternatifs de résolution des litiges dans la mesure où il constitue un règlement

2003, n°74, pp. 1077-1080 ; La négociation internationale est la méthode la plus fréquemment utilisée pour prévenir et résoudre les litiges nés entre États. Elle constitue la méthode diplomatique de résolution par excellence. La négociation internationale peut être menée par les gouvernements des États dans un cadre informel sous la forme de communication *ad hoc* entre ministres des affaires étrangères ou s'effectuer sous l'égide du cadre institutionnel d'une organisation internationale. BROWNLIE (I.), « Why do States Take Disputes to the International Court ? », in ANDO (N.) et others eds., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), p.829 ; La Cour Permanente Internationale de Justice a précisé, dès 1924, la notion de négociation : « *Negotiations do not of necessity always presuppose a more or less lengthy series of notes and dispatches ; it may suffice that a discussion should have been commenced, and this discussion may have been very short ; this will be the case if a dead clock is reached, or if finally a point is reached at which one of the Parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can therefore be no doubt that the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation. This will also be the case, in certain circumstances, if the conversations between the Governments are only the continuation of previous negotiations between a private individual and a government* ». cf. CPJI, Affaire *Mavrommatis Palestine concessions* (Greece v. United Kingdom) (jurisdiction) 1924, PCIJ Series A n°2, p.13 ; Par ailleurs, la Cour internationale de Justice a précisé les obligations incombant aux États lors de la poursuite de négociations. En effet, dans son arrêt du 20 février 1969 relatif à l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la cour a estimé que « *les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification ; les parties sont tenues d'agir de telle sorte que, dans le cas d'espèce et compte tenu de toutes les circonstances, des principes équitables soient appliqués* ». La doctrine remarque également que « *la négociation n'est qu'un élément d'un processus plus vaste : soit elle est le préalable à une procédure de règlement (par arbitrage par exemple), soit elle facilite l'achèvement de la procédure (en cas de règlement juridictionnel par exemple)* ». voy. CROUZATIER (J.M.) et BARTHE-GAY (C.), « Le règlement pacifique des différends internationaux », in *Droit international public : les relations entre les États*, Cours de l'Université Numérique Juridique Francophone (UNJF), Disponible sur le site de l'UNJF [www.unjf.fr](http://cours.unjf.fr/course/view.php?id=40) sous le lien <http://cours.unjf.fr/course/view.php?id=40>

¹⁷³⁶ La transaction peut être perçue comme le résultat de la négociation réussie. Ce mode de résolution est prévu par les ordres juridiques internes. Par exemple, le Chapitre 15 du Code civil français consacre la transaction comme mode de règlement des différends. En particulier, l'article 2044 du Code civil définit la transaction comme « *un contrat par lequel les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation pécuniaire* ». Celle-ci doit être obligatoirement écrite et « *comporte toujours un objet pécuniaire* ». Il s'agit de contrats « *synallagmatiques* » où « *la réciprocité des concessions la distingue du désistement de caractère purement unilatéral* ». En France, la transaction n'est envisageable qu'à la condition que les parties puissent invoquer des prétentions réciproques. L'article 2052 du Code civil lui confère l'autorité de la chose jugée. Elle permet aux parties d'éviter l'intervention du juge dans la mesure où elle présente « *des effets extinctifs en ce qu'ils emportent la renonciation à porter le conflit devant un juge, mais qui crée de nouvelles obligations* ». cf. HOFNUNG (G.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », in s.d. HUREAU (J.) et POITOUT (D.), *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, 2e Éd., Mason, Paris, 2005, p.13

¹⁷³⁷ L'arbitrage est un mode de résolution juridictionnel des différends qui se différencie du règlement judiciaire dans la mesure où cette procédure est privée et intervient en dehors du cadre étatique ou public. En ce sens, l'arbitrage en tant que « *procédure par laquelle les parties à un litige conviennent de le porter devant un arbitre* » constitue « *une dérogation partielle au monopole de la justice d'État* ». La sentence arbitrale qui clôt cette procédure diffère d'un avis non contraignant, car elle revêt « *une valeur juridictionnelle* ». Néanmoins, dans certains ordres juridiques, comme en France, la sentence arbitrale « *ne tirera force contraignante que de la procédure d'exequatur devant le président du TGI* ». Dans la procédure arbitrale, l'arbitre n'est pas soumis aux mêmes contraintes que le juge. Les parties sont libres de déterminer ensemble le corps de règles applicables ou la méthode selon laquelle arbitrer leur litige. La doctrine distingue plusieurs types d'arbitrages « *selon le degré de liberté des parties dans le recours à ce mode et dans le choix de l'arbitre (...)* entre l'arbitrage de nature contractuelle et l'arbitrage obligatoire dans la plupart de ses étapes, il existe une large gamme de procédures ». cf. HOFNUNG (G.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits ». In s.d. HUREAU (J.) et POITOUT (D.), *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, 2e Éd., Mason, Paris, 2005, p.13 ; voy. ég. BROWNLIE (I.), « Why do

juridictionnel du différend, tandis que les autres constituent des modes amiables de résolution.

701. Le recours à ces mécanismes de règlement des différends peut intervenir au sein d'enceintes collégiales. Tel peut être le cas, lorsque la consultation et la médiation entre deux États sont organisées au sein d'un comité, par exemple, le comité SPS. En matière médicale, les comités d'éthique clinique et de recherche peuvent être saisis pour consultation à propos des litiges opposant tantôt l'équipe médicale à un patient ou ses représentants à propos d'une décision médicale ou d'une activité de recherche, tantôt l'équipe médicale et l'administration hospitalière en matière d'attribution de certaines ressources.

B. L'usage social des modes alternatifs de résolution des litiges

702. Une étude statistique démontre le potentiel des diverses méthodes de résolution des litiges en matière de contentieux médical. Edward Dauer résume cette étude : « *Based on the product of these fractions, of all recognized and actionable personal injuries, the proportion that results in suit being filed is about 1%, and the proportion that actually goes to trial is about 0.5%* »¹⁷³⁸. De telles statistiques laissent entrevoir le potentiel que recèlent les modes alternatifs de résolution des conflits et leur capacité à se situer dans un rapport de complémentarité avec l'institution judiciaire. Bien qu'il n'existe pas d'étude statistique équivalente vis-à-vis du contentieux interétatique¹⁷³⁹, il n'en demeure pas moins que les modes alternatifs de résolutions des différends sont très fréquemment utilisés par les États, à l'inverse du recours à la Cour internationale de justice. Néanmoins, si de tels modes de résolution des litiges sont certainement utiles et efficaces pour trouver une solution applicable aux relations entre les parties, ils ne permettent pas de résoudre, ni même de percevoir, les éventuelles contradictions normatives – conflits de norme ou de droits – qui innervent le litige proprement dit.

States Take Disputes to the International Court ? ». In ANDO (N.) et al., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), p. 830. Concernant le contentieux interétatique, le recours à l'arbitrage est plus fréquent que le recours devant la Cour internationale de justice. En effet, l'arbitrage offre une place plus importante à l'autonomie des parties. En outre, les parties déterminent l'objet et l'ampleur de leur différend et fixent ainsi les limites à la compétence matérielle de l'arbitre. Enfin, elles sont libres de choisir ensemble le droit applicable à leur litige et ainsi neutraliser un conflit de normes en se référant à une seule norme commune qu'elles considèrent comme applicable.

¹⁷³⁸ DAUER (E. A.), « Postscript on Health Care Dispute Resolution : Conflict Management and the Role of Culture », *Georgia State University Law Review*, 2004-2005, n°21, p.1029

¹⁷³⁹ À propos du rôle de la médiation dans le contentieux interétatique : cf. WILKENFELD (J.) YOUNG (K.J.), QUIN (D.M.) et ASAL (V.), *Mediating International Crisis*, Routledge, New York, 2005, 253p.

1. La médiation dans le contentieux médical

703. La médiation est souvent présentée comme un mode de résolution où chaque partie peut sortir gagnante. "*Rather than emphasize positions, or who is wrong or right, mediation allows parties to work towards a mutually satisfactory solution that meets both parties' needs* »¹⁷⁴⁰. En matière de contentieux médical, la médiation présenterait à ce titre de nombreux avantages par rapport au recours à l'institution judiciaire. En effet, « *the advantages of mediating these claims [claims of medical negligence] include: relationship preservation, enhanced communication to improve the quality care, cost savings, and increased efficiency* »¹⁷⁴¹. En d'autres termes, « *the flexibility of the mediation process allows for a wider range of conflict resolution than the traditional litigation process* »¹⁷⁴². Néanmoins, cet enthousiasme de la doctrine¹⁷⁴³ à propos du potentiel des MARL en matière de contentieux médical doit être nuancé par deux séries d'observations qui concernent d'une part la qualité de l'instance de médiation et, d'autre part, l'absence de règles garantissant l'égalité abstraite des parties à la médiation.

704. En effet, la flexibilité et les avantages que peut présenter la médiation s'expliquent par le fait que : « *the process of mediation is usually informal, with no rigid or set rules except those agreed to by the parties or requested by the mediator to promote useful communication* »¹⁷⁴⁴. Néanmoins, la totale disponibilité des règles retenues au cours de la médiation implique que les parties ne sont pas systématiquement protégées par un corps de règles contraignantes qui assurent l'impartialité et l'équité dans le déroulement de la médiation. À l'inverse du procès, où l'égalité abstraite des parties et l'impartialité du déroulement de l'instance sont assurées par des règles qui s'imposent tant pour les parties que pour le juge, la médiation ne présente aucune garantie ni aucun mécanisme qui compense l'asymétrie des pouvoirs entre les parties. Seuls la bonne foi et le professionnalisme du médiateur garantissent l'impartialité de la médiation. Pourtant, en matière de contentieux médical, l'asymétrie de pouvoir entre les parties au litige, le patient et le médecin ou l'établissement de soins, est particulièrement marquée.

¹⁷⁴⁰ SYBBLIS (S.), « Mediation in the Health Care System : Creative Problem Solving », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* n°6, 2006, pp.493 et s

¹⁷⁴¹ *Id.* ; voy. ég. GITCHELL (R.L.) et PLATTNER (A.), « Mediation : A Viable Alternative to Litigation for Medical Malpractice Cases », *DePaul Journal of Health Care Law*, n°2, 1999, pp.421-423

¹⁷⁴² *Id.*

¹⁷⁴³ STURM (S.) et GADLIN (H.), « Conflict Resolution and Systemic Change », *Journal of Dispute Resolution* n°1, 2007, pp.1-41

¹⁷⁴⁴ LIANG (B.A.), SMALL (S.D.), « Communicating About Care : Addressing Federal States Issues in Peer Review and Mediation to Promote Patient Safety », *Houston Journal of Health Law and Policy*, vol.3, 2003, pp.219-240

705. À ce titre, certains auteurs constatent, aux États-Unis notamment, que le recours aux comités d'éthique clinique constitue souvent un obstacle à la médiation entre le patient, ou ses représentants, et l'équipe médicale. La doctrine remarque ainsi que : « *Though the links between ethics committees and dispute resolution have been routinely endorsed, there are actually substantial and critical differences between the processes of ethics committee consultation and mediation* »¹⁷⁴⁵. En effet, les comités d'éthique clinique, c'est-à-dire les comités institués au sein d'établissements hospitaliers ou de cliniques privées, opèrent selon des modalités qui ne correspondent pas aux caractéristiques de la médiation. D'une part, les comités d'éthique clinique ne présentent pas un degré de neutralité suffisant : « *the power of the ethics committee rests on its ties to the institution, which serves as the primary source for committee members. The institutional taint fuels the concern that ethics committees lack neutrality and are provider-focused* »¹⁷⁴⁶. D'autre part, alors qu'au cours d'une médiation ce sont les parties qui opèrent comme décisionnaires, le fonctionnement des comités d'éthique clinique ne suppose pas nécessairement un tel degré de participation. En effet, « *due to their ready access to institutional resources, personnel and information, ethics committees may not need to consult patients or their representatives to render decisions about a course of treatment* »¹⁷⁴⁷. Enfin, alors que la médiation se fonde sur la communication comme outil procédural en vue d'une solution, le recours à un comité d'éthique clinique est souvent le choix de l'équipe médicale. De plus, « *in rendering its decision, the committee may or may not consult the patient or his family. In reporting its decision, the committee generally targets the medical team and the hospital administration* »¹⁷⁴⁸. Dans ces conditions, comment garantir que les principes du droit de la bioéthique seront respectés en cas de recours à la médiation lors d'un différend concernant des problèmes aussi complexes que le choix de l'allocation d'une ressource médicale, biologique ou thérapeutique, la décision de mettre un terme au traitement d'un patient en fin de vie ou d'une personne ayant subi des dommages cérébraux tels qu'elle ne pourra s'extraire d'un état végétatif ? Comment vérifier, dans le cadre d'un contentieux évacué par un mode confidentiel de règlement, que

¹⁷⁴⁵ ROSCOE (J.P.) et McCARTHY GALLAGHER (D.), « Mediating Bioethical Disputes », *Dispute Resolution Magazine*, Spring 2003, p.21

¹⁷⁴⁶ *Id.* voy. ég. HAFEMEISTER (T.), « End-of-Life Decision Making, Therapeutic Jurisprudence, and Preventive Law : Hierarchical v. Consensus-Based Decision- Making Model », *Arizona. Law.Rev.* n° 41, 1999, pp. 329-343

¹⁷⁴⁷ GATTER (R.), « Unnecessary Adversaries at the End of Life : Mediating End of Life Treatment Disputes to Prevent Erosion of Patient-Physician Relationship », *BUL Rev.* n°79, 1999, pp. 117-1118 : L'auteur poursuit : « *While an ethics committee may render a decision in a treatment dispute, the process to reach this decision can be exclusive* ».

¹⁷⁴⁸ ROSCOE (J.P.) et Mc CARTHY GALLAGHER (D.), « Mediating Bioethical Disputes », *Dispute Resolution Magazine*, Spring 2003, p.21

l'interprétation des principes bioéthiques retenue par l'équipe médicale ou le comité d'éthique sera conforme à la volonté du législateur ?

2. La pratique des États : les MARL dans le contentieux interétatique

706. Dans l'ordre juridique interétatique, le règlement extrajudiciaire des différends est particulièrement fréquent¹⁷⁴⁹. Le caractère contractuel de l'ordre juridique international renforce encore le recours aux modes alternatifs de résolution des différends. Carla Santulli précise que « *le règlement amiable, "diplomatique", est le mode de règlement de droit commun, tant en droit interne qu'en droit international, et la négociation est donc la procédure contentieuse de droit commun, tant en droit interne qu'en droit international* »¹⁷⁵⁰. En effet, de nombreux États, « *particularly in Asia, have a long standing tradition of forms of mediation and conciliation, often as an important part of the regular courts process* »¹⁷⁵¹. En outre, certaines organisations internationales comme l'Organisation mondiale de propriété intellectuelle, la Chambre internationale de commerce, ont développé leurs propres pratiques de médiation ou de conciliation pour traiter des différends entre deux parties privées ou entre un État et une partie privée¹⁷⁵².

707. La doctrine distingue traditionnellement les modes juridictionnels de règlement des différends, que constituent l'arbitrage et le jugement, des modes non juridictionnels ou diplomatiques de règlement des différends¹⁷⁵³. Sven M.G. Koopmans analyse cette distinction : « *Arbitration and adjudication are binding methods, in which independent experts apply the law to a dispute, resulting in a judgement that the parties are bound to respect. Diplomatic dispute settlement, on the other hand, as a whole employed much more frequently than any form of binding settlement, comprises all forms of settlement in which*

¹⁷⁴⁹ KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, TMC ASSER Press, The Hague, 2008, p.1. L'auteur précise, à propos de la conciliation internationale, que « *inter-State conciliation is at the same time a common element in international dispute settlement and an unknown quantity* ».

¹⁷⁵⁰ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 2005, p.11

¹⁷⁵¹ SAYAN (G.), « Arbitration, Conciliation and the Islamic Legal Tradition in Saudi Arabia », *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, n°9, 1997, p.211 ; LEW (J.D.M.), « Multi-Institutional Conciliation and the Reconciliation of Different Legal Cultures », in *International Council for Commercial Arbitration, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (2005), p.421 ; LEE (J.K.), « Non-Binding Dispute Resolution Process – Experience in Korea », in *id*, p.430

¹⁷⁵² KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, TMC ASSER Press, The Hague, 2008, p.5

¹⁷⁵³ Carlo Santulli considère que : « *Le droit du contentieux organise le règlement des différends. Mais si le différend est bien une condition de l'exercice des fonctions contentieuses, le droit du contentieux international (pris ici au sens étroit qui désigne le droit du procès) n'épuise pas la question du règlement des différends* », SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., pp.10-11

each of the parties legally retains the last word in accepting a finding, ruling or compromise. (...) The outcome of diplomatic dispute settlement methods is not legally binding upon a State »¹⁷⁵⁴. Patrick Daillier et Alain Pellet précisent que l'arbitrage et le recours au juge international réunissent « les éléments fondamentaux de la fonction juridictionnelle : une décision fondée sur des considérations juridiques obligatoires pour les parties, prononcée par un organe indépendant des parties au litige, à l'issue d'une procédure contradictoire et garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties »¹⁷⁵⁵.

708. Les États sont libres de choisir entre ces procédures pour traiter les différends qui les opposent et le choix d'un mode particulier, hormis la négociation, ne peut leur être imposé. Ainsi, « dans l'ordre juridique international, le recours à une procédure juridictionnelle ou arbitrale est subordonné au consentement de toutes les parties au litige »¹⁷⁵⁶. Toutefois, plusieurs facteurs contribuent à orienter la préférence des États vers l'arbitrage plutôt que vers la Cour internationale de justice¹⁷⁵⁷. Robert Klob précise, de ce point de vue, la différence entre l'arbitrage et la résolution judiciaire des différends. Selon cet auteur : « ce qui distingue essentiellement l'arbitrage bilatéral du règlement judiciaire, c'est l'ampleur du rôle et la valeur juridique dévolues à la volonté des parties. C'est avec raison qu'on a dit que le compromis par lequel les parties soumettent leur litige au règlement constitue la véritable "loi de l'arbitrage" voire une "charte temporaire" pour les arbitres. Elle définit l'objet du litige, fixe les pouvoirs de ces derniers (y compris le droit applicable) et dispose librement sur tous les aspects de la procédure à suivre »¹⁷⁵⁸. Ainsi, « les parties au litige sont les seuls domini negotii : le corps arbitral statue en leur nom et non en celui de la collectivité. Il est exclusivement leur organe commun. En conséquence, son instrument constitutif n'acquiert aucune indépendance par rapport à elles ; il continue à vivre comme projection de leur seule volonté »¹⁷⁵⁹. À l'inverse, la Cour internationale de justice, bien qu'elle rende des décisions dont l'effet est relatif aux parties au litige, officie au nom de la communauté internationale et ne peut s'extraire des

¹⁷⁵⁴ KOOPMANS (Sven M.G.), *Diplomatic Dispute Settlement. The use of Inter-State conciliation*, op. cit., p.19-20.

¹⁷⁵⁵ DAILLIER (P.) FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p.958 ; Voy ég. PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.) et D'HAUSSY (M.-R.), *Leçons de droit international public*, Presses de Science Po et Dalloz, 2002, pp.218 et s. Ces auteurs précisent, à propos de la Cour Internationale de Justice qu'« une juridiction permanente peut présenter davantage de garanties en termes de cohérence de la jurisprudence et de prévisibilité du droit applicable ». cf. *Ibid.*, p. 224 ; MALINTOPPI (L.), « Methods of Dispute Resolution in Inter-States Litigation : When States go to Arbitration rather than Adjudication », *LPICT*, 2006, pp.133-166.

¹⁷⁵⁶ DAILLIER (P.) FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international Public*, op. cit., p.959

¹⁷⁵⁷ MALINTOPPI (L.), « Methods of Dispute Resolution in Inter-State Litigation : When States Go to Arbitration Rather Than Adjudication », *LPICT*, 2006, pp.133-166

¹⁷⁵⁸ KLOB (R.), *Théorie du jus cogens international*, PUF, Paris, 2001, p.219 et s.

¹⁷⁵⁹ *Id.*

dispositions de son statut. Néanmoins, la Cour doit exercer sa fonction avec prudence en tenant compte d'éléments d'ordre politique. En effet, « *étant donné le caractère volontaire (consensuel) de la saisine de la Cour, il y a une corrélation directe entre ses moindres faits et gestes et l'acceptation par les justiciables de lui soumettre leurs litiges* »¹⁷⁶⁰.

§2. Les MARL : des mécanismes de déformalisation du droit et de neutralisation des contradictions normatives

709. Les Modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) sont des procédures qui participent également du mouvement de « *deformalisation* » et de contractualisation du droit et de la justice¹⁷⁶¹. Ils promeuvent une conception et une pratique « *informelle* »¹⁷⁶² de la justice, « *fonctionnaliste* » et « *déritualisée* »¹⁷⁶³, « *en dehors d'un discours social* »¹⁷⁶⁴. Néanmoins, une partie de la doctrine considère qu'il est exagéré de présenter les MARL comme « *a decentralised alternative to the formal courts* » alors que ceux-ci sont clairement programmés, développés et promus par les organes de l'État¹⁷⁶⁵. Pour certains auteurs, ces MARL constituent des modèles nouveaux de régulation sociale¹⁷⁶⁶. En effet, ces auteurs considèrent qu'on « *ne peut se cantonner à une simple analyse en terme de dysfonctionnement de l'institution judiciaire et rechercher si l'on n'assiste pas à un changement de paradigme en matière de résolution des conflits avec l'émergence d'un modèle consensuel, à côté de notre modèle conflictuel* »¹⁷⁶⁷. Les défenseurs des MARL font notamment valoir le fait que ceux-ci « *could attract disputants who were put off by the formality and jargon of the judicial system* »¹⁷⁶⁸. La justice informelle fournirait dès lors

¹⁷⁶⁰ Robert Klob précise notamment : « *Tant l'aspiration de connaître le plus complètement possible des litiges qui lui sont soumis (ou susceptibles de lui être soumis) que la nécessité de préserver cette intégrité du Statut garantissant son bon fonctionnement doivent en conséquence être soupesés aussi à l'aune des effets qu'ils risquent d'avoir sur l'attitude des justiciables envers la Cour* ». In *Id.*

¹⁷⁶¹ *Id.*

¹⁷⁶² BEN MRAD (F.), MARCHAL (H.) et STEBE (J.M.), *Penser la médiation*, L'Harmattan, Paris, 2008, p.46

¹⁷⁶³ ARNAUD (L.), *La justice mise en scène : une approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, L'Harmattan, 2008, p.105

¹⁷⁶⁴ *Id.*

¹⁷⁶⁵ ABEL (R.), « The Contradictions of Informal Justice », In *The Politics of Informal Justice*, Vol. 1, edited by Richard Abel, London, U.K. Academic Press Inc., 1982, p.9 cité par PAVLICH (G. C.), *Justice fragmented : mediating community disputes under postmodern conditions*, Routledge, Londres, 1996, p.68

¹⁷⁶⁶ BONAFE SCHMITT (J.-P.), « Médiation, conciliation, arbitrage des techniques ou un nouveau modèle de régulation sociale », in s.d. BEN MRAD (F.), MARCHAL (H.), STEBE (J.-M.), *Penser la médiation*, op. cit., p.41 et s. L'auteur « *plaide aussi pour un développement de la médiation en tant que nouvel objet de recherche, car elle ne peut être réduite à une alternative à la justice et qu'elle doit être analysée comme préfigurant l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale* ». p.42

¹⁷⁶⁷ *Id.* p.42

¹⁷⁶⁸ DELGADO (R.), « ADR and the Dispossessed : Recent Books About the Deformalization Movement », *Law and Social Inquiry*, vol. 13, 1988, p.146 et s.

des solutions plus « *flexibles* »¹⁷⁶⁹ et plus humaines que celles obtenues par la résolution judiciaire. Ces modes de résolutions permettraient en outre de favoriser des solutions créatives, respectueuses de l'autonomie des parties et adaptées à leurs relations. L'objet principal de telles procédures est de maintenir et de développer la communication entre les parties¹⁷⁷⁰. Niklas Luhmann considère que de telles procédures maximisent la « *densification des contacts* »¹⁷⁷¹ entre les participants. À l'inverse, la procédure judiciaire organise cette densification, mais la limite et la rend sporadique¹⁷⁷² par le formalisme des règles juridiques et le rôle du juge¹⁷⁷³.

710. Les modes de résolutions alternatifs sont volontaristes. En France, le juge civil considère que « la désignation d'un mandataire de justice refusée par l'une des parties en cause ne peut lui être imposée ; que la justice ne peut déléguer à un tiers des pouvoirs qu'il ne détient pas par lui-même »¹⁷⁷⁴. De même, le Conseil d'État « a décidé qu'aucun devoir de conciliation ne s'impose au juge administratif »¹⁷⁷⁵. Ces procédures alternatives de règlement des litiges se développent et s'étendent à de nombreuses branches du droit. Si elles apparaissent consubstantielles au caractère consensualiste du droit international contemporain ou du droit des affaires, ces procédures sont également introduites dans des domaines tels que le droit pénal¹⁷⁷⁶ et le droit de la responsabilité médicale. En effet, en France comme ailleurs, le contentieux médical est en pleine expansion. En 2006, on comptait environ dix mille procédures amiables ou contentieuses engagées en réparation d'accidents médicaux sur le territoire français¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁷⁰ *Id.* ; Voy. ég. LUHMANN (N.), *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, Paris, 2006, pp.27-30

¹⁷⁷¹ CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, *op. cit.*, pp.162 et s. ; LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, pp.68-73

¹⁷⁷² *Id.* Jean Clam précise : « Du point de vue théorique, le point de vue qui s'impose est que la logique de la procédure juridique (judiciaire en particulier) milite contre la constitution de tels systèmes de contacts. En effet, les règles générales de la procédure astreignent les participants à un contact structurellement sporadique avec les instances bureaucratiques. Le système juridique s'organise de manière à bloquer la densification de contacts en son sein ». ; LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, pp.72-73

¹⁷⁷³ *Id.* p.164 Jean Clam précise : « Dans le rôle du juge, (...) est inscrit le devoir de veiller à ce que tous les participants disposent, même et surtout pour une éventuelle communication difficile, risquée, pathétique ou gênée, d'un cadre comportemental sûr. Il doit veiller, en d'autres termes, au maintien de la capacité de contact et de l'assomption de rôles chez les participants ».

¹⁷⁷⁴ TGI de Paris, 2 octobre 1989, *JCP*, 1990, II, 21 518, note BEAUCHARD (J.).

¹⁷⁷⁵ HOFNUNG (G.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », in *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, s.d. HUREAU (J.) et POITOUT (D.), 2e Éd., Mason, Paris, 2005, p.13

¹⁷⁷⁶ En France, l'apparition du plaider coupable et de la composition pénale sont des figures transactionnelles de la résolution du contentieux pénal.

¹⁷⁷⁷ cf. Pierre Chevalier, intervention au colloque « Directeur d'hôpital : un métier à risques ? », du 5 octobre 2007, qui cite *L'express* 30/11/2006. Pour une analyse statistique de l'importance du contentieux médical : cf. HUREAU (J.), « La jurisprudence, évolution du droit en responsabilité médicale », in *L'expertise médicale*

711. Les modes alternatifs de résolution des litiges visent à rétablir une communication intersubjective et une confiance rompues entre les acteurs du litige, et non pas de déterminer une solution strictement legaliste. Ils permettent de favoriser la proximité à la fois spatiale et temporelle de la résolution des litiges au profit des justiciables et tendent à répondre aux dysfonctionnements de l'institution judiciaire¹⁷⁷⁸. L'utilisation par les parties de ce type de règlement des différends implique la recherche d'une solution rapide et confidentielle dont ces derniers sont les acteurs directs plutôt que de les soumettre à un tiers impartial dont ils ne maîtrisent pas la décision¹⁷⁷⁹. Ces modes alternatifs de résolution induisent une forme de privatisation des rapports sociaux qui « sortent de la sphère publique (...) symbolique au profit de la sphère marchande »¹⁷⁸⁰. En effet, ces modes de résolution n'ont pas vocation à produire du sens¹⁷⁸¹ par l'interprétation des normes légales, mais à aboutir à une solution rapide, peu onéreuse et acceptable par les parties au litige. À ce titre, ils participent d'une stratégie de fluidification et d'accélération de la résolution des litiges. Ces mécanismes de règlement des différends sont animés d'une vocation performative¹⁷⁸². Toutefois, comme le note les critiques : « there is little evidence

en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, s.d. HUREAU (J.) et POITOUT (D.), 2e Éd., Mason, Paris, 2005, p.145 et s., spé. p.160

¹⁷⁷⁸ « Pour essayer de faire face au contentieux de masse, la justice réduirait les conflits à leurs données purement juridiques, au détriment des aspects factuels et de toute tentative de dialogue ou de mise en relation des protagonistes entre eux. Au contraire les modes alternatifs de règlement sont fondés sur la communication interpersonnelle par l'intermédiaire de médiateurs. Ils ont pour objectif le retour du dialogue entre les protagonistes ». ARNAUD (L.), *La justice mise en scène : approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, L'Harmattan, Paris, 2008, p.101

¹⁷⁷⁹ « Le discours critique sur le Droit a progressivement amené plaignants et défenseurs vers des solutions contractuelles de résolution des conflits réunissant les qualités de proximité, de simplicité et surtout permettant aux parties de reprendre le contrôle de leur litige et de trouver une solution acceptée plutôt qu'une solution imposée ». In Id.

¹⁷⁸⁰ ARNAUD (L.), *La justice mise en scène : une approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, L'Harmattan, 2008, p.105 ; STURM (S.) et GADLIN (H.), « Conflict Resolution and Systemic Change », *Journal of Dispute Resolution* n°1, 2007, p.8 ; Henri Paillard et Stamatios Tzitzis considèrent que : « les cadres juridiques sont en train d'être réorganisés autour de l'idée de la justice commerciale. Celle-ci cherche à se séparer du système juridique national, à se privatiser et se mondialiser. D'autre part, on constate aussi la réapparition et le développement de la justice privée. Cette justice reflète la privatisation de la justice étatique et le droit des parties de choisir leur juge et le système juridique auquel le conflit doit être soumis. Il y a aussi l'apparition de ce qu'on nomme "la négociation judiciaire". Tous ces phénomènes constituent, en fait, une adaptation du droit au marché, ou plutôt une soumission du droit aux besoins du marché. Le marché devient ainsi la référence ou le critère de la légitimité ! ». In PAILLARD (H.) et TZITZIS (S.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Presses universitaires de Laval, Québec, 2003, (191p.), p.92

¹⁷⁸¹ Jacques Lenoble et Marc Maesschalk utilisent l'expression « *semantic productivity* ». Sur ce concept. Cf. LENOBLE (J.) et MAESSCHALK (M.), *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p.320

¹⁷⁸² STURM (S.) et GADLIN (H.), « Conflict Resolution and Systemic Change », *Journal of Dispute Resolution* n°1, 2007, p.6 . Les auteurs considèrent notamment que « *Mediation (...) often exemplifies this tendency [to separate individual and systemic problems]. Mediation programs are designed to provide a voluntary and participatory process for addressing disputes. They involve a third party who assists disputant in finding a solution of their own. Typically, mediation's methodologies, roles, and relationships are geared toward reaching successful outcomes in individual cases. The inquiry proceeds from disputants'*

to suggest that it is less bureaucratic, speedier, less costly, fairer, or more flexible than litigation »¹⁷⁸³.

712. De nombreuses critiques font valoir les effets pervers que le développement exagéré de ces modes de résolution pourrait entraîner. Richard Hofrichter argumente que les MARL représentent « a fundamentally new form of social control in which state power penetrates in a deeper and more subtle way to regulate areas of social life previously outside its ambit »¹⁷⁸⁴. Il rejoint à ce titre la pensée de Foucault à propos du pouvoir biopolitique. Ainsi, Hofrichter considère que « the participatory nature of mediation which obscures the extent to which mediators in fact channel disputes in particular directions »¹⁷⁸⁵. Toutefois, ce même auteur reconnaît que « the inherently contradictory and unstable nature of ADR as a form of control enhances its potential to serve as a vehicle for social transformation »¹⁷⁸⁶. Christine Harrington nuance cette approche. Un commentateur de l'oeuvre de celle-ci précise : « we tend to think of the expansion of access and citizen participation as progressive, but Harrington's analysis suggest that the story is more complex. Ironically, she concludes, while the ideology of informalism and delegalization suggest the withdrawal of the state, this obscures the extent to which the state directs ADR developments and reform »¹⁷⁸⁷.

713. D'autres types de critiques rejoignent celles, plus générales, associées à la notion de consensus. Le professeur Terrell, par exemple, considère que les MARL « has inadequate normative basics, an ahistorical perspective, and a naive, unrealistic view of conflict. Thus, from his perspective, ADR (MARL) provides an inadequate, unsystematic, and potentially damaging means of protecting individual rights in a contractual society »¹⁷⁸⁸. Par ailleurs, d'autres auteurs estiment que « the movement away from

understanding of the problem and seeks a resolution based on the parties' interests. Success is often evaluated in terms of prompt resolution, party satisfaction, improvement of the disputants relationship over time, and cost-effectiveness. Each case is resolved on its own terms, detached from the organizational or systemic dynamics implicated by its occurrence. The preference, in fact, is to use outside mediators who have no ongoing relationship with the organization of knowledge of the particular context, thus providing a « neutral » perspective ».

¹⁷⁸³ PAVLICH (G. C.), *Justice fragmented : mediating community disputes under postmodern conditions*, Routledge, Londres, 1996, p.68

¹⁷⁸⁴ GALLAGHER (W. T.), « The Transformation of Justice : Hofrichter 's Neighborhood Justice and Harrington's Shadow Justice », *Law and Society Inquiry*, vol.13, 1988, p.136 ; voy. Ég. DELGADO (R.), « ADR and the Dispossessed : recent Books About the Deformalization Movement », *Law and Society Inquiry*, vol.13, 1988, pp.145 et s.

¹⁷⁸⁵ L'auteur poursuit à propos de Hofrichter : « Disputants are thus disaggregated and disputes treated as problems solely between individuals rather than streaming from social and economic conditions ». In *Id.*

¹⁷⁸⁶ *Id.*

¹⁷⁸⁷ *Id.* À propos de HARRINGTON (C.), *Shadow Justice : The Ideology and Institutionalization of Alternative to Courts*, Westport, Conn. Greenwood Press, 1985.

¹⁷⁸⁸ GILKEY (R.), « Alternative Dispute Resolution : Hazardous or Helpful ? », *Emory Law Journal*, 1987, vol.36, pp.575

litigation and towards settlement in mediation is misdirected since litigation often voice and meaning to public values and principles in ways that private settlement cannot »¹⁷⁸⁹. En effet, en ce qui concerne les contradictions normatives par exemple, le fait de soustraire le litige à la compétence du juge le prive du pouvoir de traiter les contradictions qu'il pourrait soulever¹⁷⁹⁰. Pour Hofrichter, "the discourse of harmony and accomodation precludes discussion of substantive "righths, issues, values, collective problems"¹⁷⁹¹. Ainsi, le recours aux MARL implique une neutralisation temporaire de l'éventuel conflit de normes sous-jacent au cas d'espèce afin d'apporter une solution au litige. Ce qui importe aux parties est, avant tout, de parvenir à une solution acceptable et conforme à leurs intérêts et non de construire la cohérence de l'ordre juridique au sein duquel elles évoluent. Mais, de plus, la sentence arbitrale ou l'acte de transaction ou de conciliation n'est valable qu'entre les parties au litige et n'emporte donc point d'effet direct sur l'architecture générale du système normatif.

714. Centrés sur une démarche pragmatique, *interpartes* et confidentielle, les MARL n'opèrent pas de jugement normatif. Bien que l'arbitre ou le médiateur puisse fonder son action sur certaines règles acceptées par les parties, fussent-elles des règles de droit¹⁷⁹², celui-ci n'a pas pour objectif de produire une interprétation de celles-ci et de leurs relations dans le souci de maintenir une cohérence générale ou de produire des solutions valables pour l'avenir ou pour un autre litige du même type. L'effet relatif de la sentence arbitrale ou de l'accord résultant d'une médiation, comme l'absence de publicité, ne permet pas à de telles décisions de produire un quelconque effet sur le système juridique et les relations, parfois contradictoires, que ces éléments entretiennent. Ainsi, ces procédures assurent une alternative à l'institution judiciaire pour satisfaire les parties à un litige, mais elles constituent également une forme de neutralisation *in casu* des contradictions normatives¹⁷⁹³. Si le litige est résolu, la contradiction normative persiste *in abstracto*. En ce sens, les procédés de déformalisation de la justice participent également d'une forme de

¹⁷⁸⁹ *Id.*

¹⁷⁹⁰ STURM (S.) et GADLIN (H.), « Conflict Resolution and Systemic Change », *Journal of Dispute Resolution* n°1, 2007, p.6. (1-56) Ces auteurs insistent sur la tendance des MARL à séparer la résolution des problèmes individuels de ceux des problèmes systémiques.

¹⁷⁹¹ GALLAGHER (W. T.), « The Transformation of Justice : Hofrichter »s Neighborhood Justice and Harrington's Shadow Justice », *Law and Society Inquiry*, vol.13, 1988, p.137

¹⁷⁹² R. Delgado remarque que cette relative liberté dans le choix du corpus normatif applicable aux parties peut-être préjudiciables aux parties les plus faibles : « ADR may expose vulnerable disputants to a heightened risk of class-based prejudice. (...) ADR, in contrast to formal, in court adjudication, contains relatively few checks and rules to confine prejudice ». DELGADO (R.), « ADR and the Dispossessed : Recent Books About the Deformalization Movement », *Law and Social Inquiry* vol. 13, 1988, pp.144 et s

¹⁷⁹³ Comme le note Delgado (R.) : « ADR is in many cases not a method of addressing disputes or social problems but rather of avoiding them. (...) When an alternative forum considers claims pressed by certain classes of grievants, the forum »s structure exposes them to an increased risk of an outcome colored by prejudice ». *In Id.*

désubstantialisation de celle-ci. Les MARL opèrent en effet une forme de concurrence vis-à-vis de l'institution judiciaire puisque ces modes de résolution peuvent être mis en œuvre avant ou pendant l'action judiciaire. Ils présentent le double objectif de fournir une alternative au recours à l'institution judiciaire tout en garantissant le maintien de la paix.

715. L'avènement et le développement de ces modes de règlement des différends opèrent une forme de soustraction du contentieux vis-à-vis de l'institution judiciaire au profit d'autres forums. Si ces modes de résolution permettent une satisfaction d'un plus grand nombre de parties, et donc, une forme pragmatique et efficace de management du contentieux, ils ne permettent pas de repérer et traiter les éventuelles incohérences d'un système juridique. Le recours aux MARL implique une forme de "dé-juridicisation"¹⁷⁹⁴ du conflit entre les parties. La satisfaction des parties et la résolution du litige, c'est-à-dire l'aspect irénique de la conciliation, ne reposent plus sur la confrontation des prétentions juridiques¹⁷⁹⁵ des parties, mais sur l'équilibre acceptable de leurs intérêts. Focalisé sur cette vocation irénique, le développement des MARL induit une forme d'effacement de la fonction polémogène du droit. Jean Carbonnier considérerait la médiation et les MARL comme une "sorte d'acharnement non pas thérapeutique, mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée des argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix"¹⁷⁹⁶. En ce sens, ces modes de traitement des conflits sociaux ne bénéficient pas d'une réflexivité suffisante.¹⁷⁹⁷ À ce titre, comme le remarque Delgado : "ADR, in short, is a powerful means of replicating current social arrangements and power distributions. Replication occurs because problems are not faced, responsibility is diffused, grievants are cooled out, while everyone leaves thinking something positive has been done"¹⁷⁹⁸.

716. De plus, on peut suggérer l'idée que l'avantage concurrentiel supposé de tels modes de résolution des litiges, moins coûteux et plus rapides, résulte du fait que l'accès à

¹⁷⁹⁴ ARNAUD (L.), *La justice mise en scène : approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, op. cit., p.101

¹⁷⁹⁵ Ce qui constitue la fonction polémogène du Droit en tant qu'institution sociale. DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », op. cit. ; *Supra* Titre 1

¹⁷⁹⁶ CARBONNIER (J.) (1998) cité par ARNAUD(L.), *La justice mise en scène : approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, L'Harmattan, Paris, 2008, p.101 (291p)

¹⁷⁹⁷ Sur le concept de réflexivité et de gouvernance réflexive : cf. LENOBLE (J.) et MAESSCHALK (M.), *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 320p

¹⁷⁹⁸ L'auteur précise : « *Relegating many problems to alternative forums is enormously beneficial to those in power. It takes the sharp edge off claims, diffusing them into generalized grievances to be worked out, harmoniously if possible, on a case-by-case basis. It is an excellent way of seeming to be doing something about intractable social problems while actually doing relatively little. It enables us to « bury » claims in a mass of irrelevant detail* ». In DELGADO (R.), « ADR and the Dispossessed : Recent Books About the Deformalization Movement », *Law and Social Inquiry* vol. 13, 1988, pp.147 et s

un juge pour la résolution d'un litige n'est pas favorisé d'un point de vue institutionnel. L'enjeu d'une "déformalisation"¹⁷⁹⁹, de la justice et des raisonnements judiciaires, et de "procéduralisation" du Droit et de la Démocratie, comporte également un volet institutionnel. En effet, si l'accès au juge est lent et coûteux, c'est également, car des moyens suffisants ne sont pas donnés à l'institution judiciaire pour satisfaire la demande des justiciables¹⁸⁰⁰. À ce titre, la promotion des MARL par les instances politiques du pouvoir étatique participe d'une forme d'affaiblissement de l'institution judiciaire et du contrôle visible qu'elle opère sur l'action publique comme sur la cohérence de l'ordre juridique.

717. Ces modes alternatifs de résolution peuvent faire l'objet de stratégies particulières de la part des justiciables. Prenons l'exemple d'une firme qui mène une activité ou commercialise un produit et qui cause un dommage à la santé de certaines personnes ou à l'environnement. En cas de litige, celle-ci préférera trouver une solution amiable plutôt que de risquer de se voir imputer la responsabilité d'un tel dommage par un tribunal. En effet, il lui sera préférable d'éteindre la possibilité d'action en justice de l'autre partie afin qu'elle n'ouvre pas une brèche dans laquelle pourraient s'engouffrer de nombreuses autres victimes. De même, elle sera sans doute prête à d'importants sacrifices financiers pour éviter qu'une cour établisse un lien de causalité entre son activité ou le produit qu'elle commercialise et les dommages causés à la santé de personnes ou à l'environnement. Par ailleurs, la personne ayant subi un dommage pourra préférer obtenir une réparation en argent rapidement plutôt que de mettre en oeuvre une procédure judiciaire dont l'issue est incertaine. Enfin, le recours au MARL permet aux parties de choisir le corps de normes applicables à leurs relations. Cette faculté, qui peut être exprimée au sein d'une clause compromissoire, induit une forme de *law shopping* de la

¹⁷⁹⁹ D'ASPREMONT (J.), « The Politics of Deformalization in International Law », *ACIL Research Paper* n°2011-13, octobre 2011, Disponible sur SSRN :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942775

Jean D'Aspremont décrit la déformalisation comme une posture épistémologique : « *the concept of deformalization means the move away from formal law-ascertainment and the resort to non-formal indicators to ascertain legal rules. Deformalization is thus an attitude whereby rules of international law are not identified by virtue of formal criteria* ». L'auteur limite son approche à la problématique de la théorie des sources et à la posture épistémologique de la doctrine. Notre approche, fondée sur les rapports entre substance et procédure et la fonction de neutralisation des conflits opérée par les procédures de résolution des litiges, nous conduit à aborder le phénomène de la déformalisation non du point de vue épistémologique, mais d'un point de vue purement pratique et relatif au contentieux.

¹⁸⁰⁰ Laurence Dumoulin remarque : « *S'agissant de la Justice, on peut certes considérer que la multiplication et l'institutionnalisation des formes transactionnelles et négociées de règlement des conflits répondent à des impératifs d'efficacité et de rentabilité judiciaire, dans la mesure où l'institution judiciaire comme toute organisation doit trouver des solutions qui permettent de gérer un accroissement de la demande (l'explosion du contentieux) dans un contexte de moyens et de ressources relativement stable* », In DUMOULIN (L.), « Expertise et justice négociée. La construction d'un standard européen de l'expert judiciaire », *Politique européenne*, n° 8, automne 2002, pp.146-151

part des parties. Cette faculté de choisir la loi applicable limite d'autant la base décisionnelle des procédures de résolution des litiges. Ce phénomène implique une mise en concurrence des systèmes juridiques, les parties ayant tendance à choisir les normes ou les systèmes juridiques les plus conformes à leurs intérêts¹⁸⁰¹ ou les moins contraignants. Cette forme de *privatisation*¹⁸⁰² du Droit et de la justice n'est pas sans conséquence pour les ordres juridiques qui se voient mis en compétition sur un "*marché international des normes*" ou des "*produits législatifs*"¹⁸⁰³. Certains auteurs qualifient ce phénomène de Darwinisme normatif dans la mesure où les sujets de droit, bénéficiant de cette disponibilité accrue des normes juridiques, opèreront la sélection des dispositifs juridiques les plus profitables à leurs pratiques et leurs intérêts¹⁸⁰⁴. La Cour de justice des Communautés européennes favorise, au sein du marché unique, cette mise en concurrence des ordres normatifs par son interprétation des droits découlant de la liberté d'établissement. En effet, dans l'affaire *Centros*, la Cour a estimé que "*le refus, par un État membre, d'immatriculer la succursale d'une société constituée conformément au droit d'un autre État membre dans lequel elle a son siège au motif que la succursale est destinée à lui permettre d'exercer l'ensemble de son activité économique dans l'État d'accueil, avec pour conséquence que l'établissement secondaire échapperait aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal, est incompatible avec les articles 52 et 58 du traité, dans la mesure où il empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement secondaire dont les articles 52 et 58 visent précisément à assurer le respect*"¹⁸⁰⁵.

Section 2 : La neutralisation des contradictions normatives au cours de la procédure judiciaire

718. À la lumière des développements précédents, il apparaît que le recours à l'institution judiciaire pour résoudre un litige tend à constituer une solution ultime et

¹⁸⁰¹ À propos de la mise en concurrence des systèmes juridiques et le phénomène du law shopping : Cf. SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris, 2009, pp.64-68 ;

¹⁸⁰² *Id.*

¹⁸⁰³ *Id.* p.67

¹⁸⁰⁴ Voy. notamment les travaux de Friedrich A. Von Hayeck. HAYECK (F.A.), *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice économique et politique*, vol.3 : *L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, 1983, pp.184 et s.

¹⁸⁰⁵ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, Aff. C-212/97, *Rec.* 1999, I, 1459, §30, en outre, la cour considère que « *le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à ce dernier État membre de dénier à cette société le bénéfice des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement* », §29

relativement rare pour les parties. Les stratégies procédurales mises en œuvre par les sujets de droit pour résoudre leurs litiges tendent à favoriser des forums extérieurs au détriment de l'appareil institutionnel classiquement associé au concept d'ordre ou de système juridique. Ces forums extérieurs utilisent des méthodes de résolution des litiges axées sur une démarche consensualiste, pragmatique et utilitaire qui ne permet pas d'apprécier les prétentions des parties en fonction de leurs fondements juridiques. Ainsi, la question des relations qu'entretiennent ces fondements normatifs, c'est-à-dire la question de la cohérence du système juridique pris dans son ensemble, est évacuée hors de la résolution du litige.

719. À l'inverse, la résolution juridictionnelle ou judiciaire du litige suppose que soit exprimée la confrontation des prérogatives juridiques sur lesquelles les prétentions des parties sont fondées. Le rôle du juge est précisément, à notre sens, de traduire le conflit en termes normatifs – c'est-à-dire en terme de valeurs qui s'inscrivent dans l'ordre symbolique d'une culture politique et non pas seulement en termes d'intérêts – afin de réaliser son dépassement par voie de symbolisation et de socialisation¹⁸⁰⁶. Pourtant certaines limites statutaires et certains obstacles épistémologiques tendent à neutraliser l'émergence de contradictions normatives au cours de l'office du juge. Ces méthodes de neutralisation constituent, pour reprendre la formule de François Ost et Michel Van de Kerchoeve, des formes de « *refoulement de l'interprétation* »¹⁸⁰⁷.

§1. Les limites à la compétence du juge en matière de contradictions normatives

720. Le juge, qu'il s'agisse du juge interne, européen ou international, n'appréhende pas le phénomène des contradictions normatives avec facilité. De nombreuses limites affectent sa compétence en la matière. Il s'agira tantôt de limites statutaires ou constitutionnelles, autrement dit des limites structurelles. Dans d'autres cas, ces limites découleront de facteurs procéduraux. Enfin, dans le cas du juge de l'Union européenne et de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge sera parfois tenté d'autolimiter sa compétence pour des raisons relevant de l'opportunité et de sa politique judiciaire.

¹⁸⁰⁶ Voy sur ce thème : *Supra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1

¹⁸⁰⁷ OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p.415

A. Les limites structurelles à la compétence du juge en matière de contradictions normatives

721. Les limites structurelles qui affectent la compétence du juge vis-à-vis du traitement des contradictions normatives dépendent des paramètres du système juridique ou du régime spécialisé au sein duquel le juge évolue. Ces paramètres découlent, en droit international, des textes statutaires qui fixent la compétence et la mission du juge ou de l'organe de règlement des différends. En effet, la figure du juge international est plurielle et hétérogène. Hormis la Cour Internationale de justice, de nombreux régimes spécialisés du droit international ou d'organisations régionales disposent d'instances juridictionnelles ou d'organes de règlement des différends capables d'arbitrer leurs litiges. En droit interne, la compétence du juge est fixée par la Constitution et la jurisprudence qui l'interprète.

1. Les limites à la compétence du juge international

722. Les compétences *ratione personae* et *ratione materiae* attribuées aux différents juges internationaux sont susceptibles d'entraver leur capacité à traiter une contradiction normative. À titre d'exemple, on remarquera qu'en règle générale, la limitation de la compétence du juge international aux seuls différends entre États ne lui permet pas de connaître du contentieux des droits fondamentaux même lorsque celui-ci résulte de la violation d'instruments internationaux des droits de l'homme. En effet, ce contentieux résulte principalement de l'action des personnes privées et n'apparaît que devant le juge interne, le juge communautaire ou le juge européen des droits de l'homme. De plus, le contentieux interétatique relatif aux conflits de normes juridiques internationales est marqué, dès ses origines, par la faiblesse de la compétence du juge international, qui se trouve empêché de tirer toutes les conclusions de ses raisonnements. Carlo Santulli considère que « *la dévolution du pouvoir juridictionnel est accompagnée de modalités d'exercice qui constituent autant de limites du pouvoir attribué* »¹⁸⁰⁸.

723. Dans une affaire datant de 1916 opposant le Costa Rica au Nicaragua, la Cour de justice d'Amérique Centrale¹⁸⁰⁹ eut à connaître d'un conflit entre deux traités

¹⁸⁰⁸ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., p.105 L'auteur précise : « Celles-ci [ces limites] peuvent être formulées dans l'acte de dévolution, mais aussi y être "incorporée" par son renvoi à un règlement de procédure, à un "arbitrage institutionnel", ou à une juridiction judiciaire (elles résultent alors du "statut" de l'organe judiciaire). Les éléments pertinents du règlement de procédure, des règles de l'arbitrage institutionnel ou du Statut du juge, et, le cas échéant, les accords entre des parties quant à l'organisation de la procédure pendante, font donc partie de l'engagement juridictionnel dans la mesure où ils précisent la dévolution du pouvoir de juger ».

¹⁸⁰⁹ Sur la Cour de Justice d'Amérique Centrale : voy. le site du Project on International Courts and Tribunals <http://www.pict-pcti.org/courts/CACJ.html>

impliquant des parties partiellement différentes. L'affaire concernait le statut du fleuve San Juan partagé par le Nicaragua et le Costa Rica et à propos duquel les deux États avaient conclu, en 1858, le traité de Canas-Jerez. Celui-ci prévoyait, outre l'octroi au Costa Rica de droits de navigation à des fins commerciales, l'obligation pour le Nicaragua de consulter le Costa Rica avant de s'engager dans un accord de canalisation¹⁸¹⁰. Toutefois, le Nicaragua signa avec les États-Unis, le 5 août 1914, le Traité Chamorro-Bryan accordant à ces derniers « *des droits de propriété exclusifs et perpétuels pour le percement et l'entretien d'un canal interocéanique empruntant le San Juan* »¹⁸¹¹. Le Costa Rica saisit la Cour de justice d'Amérique Centrale afin que celle-ci détermine si la conclusion du Traité Bryan-Chamorro constituait une violation des obligations du Nicaragua ou des droits du Costa Rica découlant du Traité Canas-Jerez. La Cour reconnut qu'en l'absence de consultation avec le Costa Rica, la conclusion du Traité de canalisation avec les États-Unis emportait la violation par le Nicaragua de son obligation découlant du traité de 1858. Toutefois, la Cour prit acte du fait que les États-Unis n'étaient pas partie à son Statut et décida que, concernant la validité du traité de 1914, « *this court can make no declaration whatsoever* »¹⁸¹². En d'autres termes, si le juge international a effectivement analysé le rapport conflictuel entre les deux traités, il est, cependant, incapable d'en tirer les dernières conclusions vis-à-vis de la validité du traité de 1914.¹⁸¹³

724. La Cour permanente internationale de justice se montrera également réticente, dans son avis consultatif de 1931 relatif à l'Union douanière Austro-Allemande¹⁸¹⁴. Dans cette affaire, c'est la légalité du Protocole Curtius-Schober, relatif à la formation d'une union douanière entre l'Allemagne et l'Autriche, qui était questionnée vis-à-vis du Traité de Saint-Germain de 1919 et son Protocole de 1922. En effet, la Grande-Bretagne faisait valoir que l'article 88 du traité de Saint-Germain disposait que l'indépendance de l'Autriche était inaliénable autrement qu'avec l'accord du Conseil de la Société des Nations. La Cour déclara la conclusion du traité d'union douanière incompatible avec les dispositions du traité de 1919 et celles de son protocole, mais ne tira aucune conclusion

¹⁸¹⁰ Les articles 10 et 11 du traité prévoyaient que [article 10 :] « *The Republic of Nicaragua remains bound not to make any grants for canal purposes across her territory without first asking the opinion of the Republic of Costa Rica.* » et que [article 11 :] « *The Treaty ... does not give the Republic of Costa Rica the right to be a party to grants which Nicaragua may make for interoceanic canals ; though in cases where the construction of the canal will involve injury to the natural rights of Costa Rica, her opinion or advice... should be more than « advisory » or « consultative »* ». cf. Costa Rica c. Nicaragua, *American Journal of International Law* vol.11, citation du Traité Canas-Jerez du 15 avril 1858, pp.192-193

¹⁸¹¹ CIJ, *Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, p.20

¹⁸¹² Costa Rica v. Nicaragua, *American Journal of International Law* vol. 11, citation du Traité Canas-Jerez du 15 avril 1858, p.223

¹⁸¹³ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, p.593 et s.

¹⁸¹⁴ CPJI, Avis consultatif du 5 septembre 1931, Série A/B, fasc. n° 41

vis-à-vis de la validité de celui-ci. Pour s'autoriser à résoudre un conflit de normes, le juge international estime, depuis longue date, qu'il est nécessaire que toutes les parties au litige soient parties aux deux traités potentiellement conflictuels. Ces solutions ne sont pas étonnantes dans la mesure où elles découlent de l'application de la règle de l'effet relatif des traités à l'égard des tiers. Néanmoins, l'incertitude demeure en ce qui concerne la validité de ces traités conclus en violation d'un autre accord international.

725. Il n'en va pas différemment, aujourd'hui, pour le juge de l'OMC, qui exige l'identité parfaite des parties pour interpréter les relations qu'entretient le droit de l'OMC avec un traité extérieur à ce système. En effet, dans l'affaire OGM, l'ORD se fonde sur son interprétation de l'article 31-3 c) de la Convention de Vienne de 1969 pour limiter sa compétence à interpréter le droit de l'OMC à la lumière d'autres règles du droit international. En effet, l'ORD estime :

« Que les règles de droit international applicables dans les relations entre “les parties” sont les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur. Cette compréhension de l'expression “les parties” amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC »¹⁸¹⁵.

L'ORD précise également :

« Que si une règle de droit international n'est pas applicable dans les relations entre tous les membres de l'OMC qui sont parties au présent différend, la règle n'est pas applicable dans les relations entre tous les Membres de l'OMC. En conséquence, sur la base de notre interprétation de l'article 31-3 c), nous ne considérons pas que pour interpréter les Accords de l'OMC pertinents il nous faut tenir compte d'autres règles de droit international qui ne sont pas applicable à l'une des parties au présent différend »¹⁸¹⁶.

726. Le juge de l'OMC applique ce raisonnement pour exclure de son interprétation la Convention sur la diversité biologique et considère que, dans la mesure où les États-Unis

¹⁸¹⁵ OMC, Communauté européenne – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, §7.68

¹⁸¹⁶ *Id.* §7.71

n'ont pas ratifié cette Convention, celle-ci « *n'est pas applicable dans les relations entre les États-Unis et tous les autres membres de l'OMC* »¹⁸¹⁷. Le juge de l'OMC précise enfin que « *le fait d'exiger qu'un traité soit interprété à la lumière des autres règles de droit international qui lient les États parties au traité (...) contribue ainsi à éviter des conflits entre règles pertinentes* »¹⁸¹⁸. Ceci n'est pas étonnant dans la mesure où il existe peu de traités, hormis peut-être la Charte des Nations Unies, qui soient applicables aux relations entre tous les membres de l'OMC. Dès lors, on comprend dans quelle mesure l'interprétation retenue par l'ORD de l'article 31-3 c) de la Convention de Vienne permet la neutralisation d'un nombre extrêmement important de conflits potentiels.

2. Les limites constitutionnelles à la compétence du juge interne

727. Les juges des systèmes juridiques internes et, dans une certaine mesure, ceux du système juridique européen ont une plus grande pratique des conflits normatifs que les juges internationaux. Les contrôles de légalité, de constitutionnalité et de conventionnalité y prennent des formes sophistiquées et les juges ont une expérience plus importante vis-à-vis de l'appréhension des contradictions normatives. Ces juges disposent également d'un contentieux plus vaste découlant du caractère obligatoire de leur juridiction pour les justiciables, à l'inverse de la situation du juge international¹⁸¹⁹. Ce facteur leur permet de développer une jurisprudence plus abondante et de participer plus activement à la construction de leur système juridique.

728. La compétence du juge interne de droit commun en matière de conflit entre des droits fondamentaux dépend du cadre que la Constitution assigne à son ordre juridique. En effet, les droits fondamentaux sont consacrés au sein de normes constitutionnelles et internationales et les paramètres d'un système juridique ne permettent pas toujours au juge de droit commun d'apprécier les rapports de contradiction entre ces normes¹⁸²⁰. Par exemple, en France, avant la réforme du 23 juillet 2008, le juge de droit commun ne pouvait effectuer qu'un contrôle indirect sur le contentieux des droits fondamentaux en raison de la théorie de la loi-écran. Aujourd'hui, la réforme de l'article 61-1 a créé la question prioritaire de constitutionnalité qui permet au citoyen de contester la constitutionnalité d'une loi au cours d'un procès. La question d'inconstitutionnalité est transmise par le juge ordinaire à la Cour suprême de son ordre de juridiction qui pourra

¹⁸¹⁷ *Id.* §7.74

¹⁸¹⁸ *Id.* §7.70

¹⁸¹⁹ DAILLIER (P.) FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international public, op. cit.*, p.959

¹⁸²⁰ VERPEAUX et MATHIEU (B.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, pp.131-146

éventuellement saisir le Conseil constitutionnel. Cette mesure permettra probablement d'accroître le rôle du Conseil constitutionnel dans l'organisation de la cohérence du système juridique compte tenu de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée attribuée à ses décisions.

729. À l'inverse en Allemagne, les compétences des juges, ordinaires ou constitutionnels, pour connaître un conflit de droits fondamentaux sont beaucoup plus étendues. En effet, les Cours constitutionnelles des Länder sont compétentes pour connaître du contentieux des conflits de droits fondamentaux dans la mesure où elles ont pour mission de veiller à l'application des règles contenues dans leurs constitutions régionales¹⁸²¹. De plus, la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie directement par toute personne privée dans le cadre d'un recours individuel pour violation d'un droit fondamental¹⁸²² ou de manière indirecte suite à la transmission par le juge ordinaire d'une question préjudicielle d'inconstitutionnalité ou suite à la contestation d'un jugement par un justiciable¹⁸²³. Il nous semble que ces éléments structurels, qui maximisent à la fois la compétence du juge et les possibilités de contentieux, ont été de nature à favoriser l'apparition de la première méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande a en effet développé, de manière précoce, la méthode de la « *praktische Konkordanz* » qui suppose de concilier les droits de manière à minimiser les restrictions portées à chacun d'entre eux¹⁸²⁴.

B. Les limites procédurales à la compétence du juge

730. Le juge peut également voir sa compétence limitée en fonction d'éléments procéduraux. En effet, les conditions de saisine et de recevabilité déterminent, pour une large part, le contentieux qui lui est soumis. De plus, la place reconnue à l'autonomie des parties dans la procédure peut également avoir une incidence non négligeable sur la capacité du juge à appréhender une contradiction normative.

¹⁸²¹ Comme le remarque Michel Fromont : « tous les Länder ont une juridiction compétente pour juger des litiges relatifs à leur Constitution à l'exception du Schleswig-Holstein, pour lequel la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur certains litiges relatifs à la Constitution de ce Land », Cf. FROMONT (M.), « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15 (Dossier : Allemagne), janvier 2004, Disponible sur le site du Conseil constitutionnel français : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-15/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemande.51993.html>

¹⁸²² *Id.* Ce recours est fondé sur l'article 93, al. 1, n° 4a, de la Loi fondamentale Allemande.

¹⁸²³ *Id.*

¹⁸²⁴ BREMS (E.), « Introduction », in s.d. BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Anvers, Oxford, Portland, 2008, p.4, cf. HESSE (K.), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Karlsruhe, 1978, p.28

731. Concernant le juge international, la volonté des parties à un différend joue un rôle capital dans l'établissement des questions de droit afférant au litige et sur lesquelles le juge peut se prononcer. L'autonomie des parties fonde la compétence de la Cour internationale de justice comme celle des autres juges internationaux¹⁸²⁵. À ce titre, les parties sont libres de déterminer l'objet du différend qu'elles entendent soumettre à la Cour. Si devant la Cour, à la différence de l'arbitrage, les parties ne sont pas susceptibles de choisir le droit qui leur est applicable, ces dernières sont néanmoins capables de limiter le champ d'intervention du juge international¹⁸²⁶. Le principe de l'autonomie des parties revêt une importance telle, dans l'ordre juridique international, que la Cour Internationale de justice a rappelé, dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)* que le « *seul fait que des droits et obligations erga omnes ou des règles impératives du droit international général (jus cogens) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties* »¹⁸²⁷. Joe Verhoven considère à ce propos qu'« *il ne suffit pas d'alléguer que le jus cogens a été violé pour que le juge soit en droit de statuer sur la réalité et/ou les conséquences de cette violation, fût-il la Cour internationale de justice* »¹⁸²⁸. Par ailleurs, la saisine au contentieux de la Cour internationale de justice est le privilège des États¹⁸²⁹. Ainsi, les organisations internationales, notamment celles ne disposant pas d'un organe de règlement des différends, sont incapables de soumettre à la Cour, un différend qui les opposerait à un État ou une autre organisation internationale concernant l'interprétation d'un traité ou les relations entre deux régimes spécialisés. Seule la fonction consultative de la Cour ouvre une voie procédurale limitée aux organes et institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies. En effet, l'article 96 de la Charte des Nations Unies précise que « *tout autre organe de l'Organisation et institution spécialisée qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une*

¹⁸²⁵ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., pp. 106 et s.

¹⁸²⁶ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., pp.105-133. En particulier l'auteur estime : « *En droit international, le pouvoir de juger est exceptionnel. La dévolution est toujours entendue dans les limites de l'engagement juridictionnel : au-delà, le pouvoir du tribunal (son mandat) ne se présume pas* ». spé. p.122. Ou encore : « *L'engagement juridictionnel attribue à la juridiction le pouvoir de juger un différend ou une série de litiges. La iuris dictio, le pouvoir de juger, s'étend à ce ou ces litiges. On dit alors que "la compétence" du tribunal est limitée aux litiges qui lui ont été attribués par l'engagement juridictionnel* ». spé. p.135

¹⁸²⁷ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête, 2002)*, République Démocratique du Congo c. Rwanda, Compétence et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006 qui reprend les termes de l'ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ *Recueil* 2002, §125 ; voy. not. LATTY (F.), « La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005 ; RDC c. Rwanda, 3février 2006) », *AFDI*, vol.51, 2005, n° 51, pp.205-536

¹⁸²⁸ VERHOEVEN (J.), « Des bons et mauvais emplois du jus cogens », *Annuaire Brésilien du Droit international*, vol. 1, 2008, pp.133-160., spé. p.144

¹⁸²⁹ Article 34-1 du Statut de la Cour Internationale de Justice : « *Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour* ».

autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité »¹⁸³⁰. Il est toutefois peu probable qu'une telle démarche soit engagée par l'UNESCO afin de préciser les rapports que les déclarations internationales relatives à la bioéthique entretiennent avec d'autres régimes spécialisés du droit international.

732. Les règles relatives à la recevabilité de la requête devant un tribunal, quel qu'il soit, sont également susceptibles d'empêcher l'apparition de certaines contradictions normatives et de minimiser le rôle du juge¹⁸³¹. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas directement compétente pour appréhender un conflit de droits fondamentaux du point de vue des rapports interindividuels¹⁸³². En effet, le contentieux soumis à la Cour concerne les rapports entre les personnes privées et les autorités d'un État partie à la Convention. Les requêtes présentées devant la Cour doivent concerner la contestation d'un acte de l'autorité publique et non les agissements d'un particulier. Par exemple, une personne privée pourra contester, devant la Cour, le jugement par lequel le juge national aura tranché un conflit de droits fondamentaux. Si cette contestation est fondée sur l'atteinte portée au droit fondamental d'un particulier, cette atteinte résultera nécessairement du non-respect, par l'État, des obligations découlant de la Convention. Ainsi, le juge européen des droits de l'homme ne sera pas enclin à étudier le conflit de droits fondamentaux d'un point de vue horizontal. Au contraire, le juge européen se contentera d'évaluer la proportionnalité de la restriction portée par le jugement de l'autorité judiciaire étatique au droit fondamental du requérant sur le fondement de la protection du droit d'un tiers qui n'est pas partie devant la Cour¹⁸³³. Par exemple, dans certaines affaires relatives aux conflits entre le droit à liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, « *the fact that there is a conflict of rights is not made explicit and the Court does not balance freedom of expression directly against the right to private life* »¹⁸³⁴. En ce qui concerne le droit communautaire, les conditions de recevabilité varient

¹⁸³⁰ Article 96 de la Charte des Nations-Unies

¹⁸³¹ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., voy. not. le titre « Objet de la juridiction : la recevabilité », pp.185-289, spé. pp. 188 et s. « *les conditions de recevabilité comme limites du pouvoir de juger* ». Une partie de la doctrine remarque un phénomène analogue vis-à-vis de la conciliation des exigences environnementales avec les principes économiques du droit de l'Union européenne. HERVÉ-FOURNEREAU (N.), « Le juge communautaire et le principe d'intégration : une jurisprudence empreinte de paradoxes ou les paradoxes de la prudence du juge », in s.d. MALJEAN-DUBOIS (S.) et LECUCQ (O.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, 2008, Bruxelles, pp.222 et s.

¹⁸³² MOUTEL (B.), *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français — essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre les personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006, pp.8-15 ; Sur la trilatéralité du litige : cf. Infra Chapitre 7

¹⁸³³ CEDH, *Osman v. Royaume Uni*, 28 octobre 2008, §116 ; CEDH, *Gustafsson v. Sweden*, 25 avril 1996, §45 ;

¹⁸³⁴ Le commentateur précise à propos de l'affaire CEDH, *Bladet TrOMSø and Stensaas v. Norvège*, 20 mai 1999, §73, 79 et 82 : « *Obviously it determines whether the freedom of expression was interfered with*

en fonction de la voie procédurale retenue par le requérant. Ces voies procédurales sont le plus souvent réservées aux États et aux organes de l'Union. Par exemple, le recours en constatation de manquement ne peut être mis en œuvre par un particulier. Lorsque le recours d'un particulier contre un acte communautaire est possible, comme en matière de recours en annulation d'un acte communautaire, la Cour de justice des communautés européennes interprète de manière restrictive le concept d'intérêt individuel. En effet depuis l'arrêt *Plaumann*¹⁸³⁵ du 15 juillet 1963, « *le particulier qui sollicite l'annulation d'un acte dont il n'est pas le destinataire, doit (...) établir que la disposition querellée l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont propres ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne* »¹⁸³⁶.

733. D'autres types de règles procédurales sont susceptibles d'influencer l'appréhension par le juge d'un conflit de normes ou de droits fondamentaux. Les garanties procédurales associées à la protection des différents droits détermineront, pour une large part, la manière dont le juge appréciera le conflit de droits. Par exemple, la qualité de la procédure associée à la garantie des droits collectifs modifiera les modalités de sa réception par le juge. Lorsqu'aucune procédure d'action collective n'est prévue, le droit collectif éventuellement en conflit avec un droit subjectif ne sera apprécié que sous la forme d'un moyen de défense. Inversement, lorsqu'un intérêt à agir est reconnu à certains groupes afin de faire valoir, par voie d'action, le respect de leur droit collectif, ce droit bénéficiera d'une forme de priorité d'appréciation par le juge. La création de telles voies procédurales est un enjeu stratégique pour la représentation de la société civile en droit international¹⁸³⁷. De même, dans l'ordre juridique international, le caractère *erga omnes* des règles du *jus cogens* fonde l'intérêt à agir de tout État de la communauté internationale

*and whether this was done in function of legitimate goal, in the case the protection of the rights and reputation of other. But often this is done in one simple sentence.) When it comes to judging whether the interference was proportionate to the goal, in view of what is necessary in a democratic society, the emphasis shifts from the conflict between freedom of expression and privacy to the relationship between freedom and democracy ». IEVEN (A.), « Privacy rights in conflict : in search of the theoretical framework behind the European Court of human rights : Balancing of private life against other rights », In s.d. BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Anvers-Oxford-Portland, 2008, p.42*

¹⁸³⁵ CJCE, arrêt *Plaumann*, du 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Rec.*, p.197

¹⁸³⁶ KRENC (F.), « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 57, 2004, p.114 (pp.112-142)

¹⁸³⁷ DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL* 1996, pp.372-410, spé. pp.373 et s. ; La reconnaissance de voies procédurales d'actions collectives est également un enjeu pour les ONG qui y voient une solution pour développer des activités et des stratégies contentieuses. FARKAS (L.), « En bonne voie vers l'égalité : la recherche par les Roms d'une protection judiciaire contre la discrimination devant les juridictions européennes », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 3, avril 2006, pp. 21-32, spé. pp.31 et s. ; VOEFFRAY (F.), *L'action popularis ou la défense des intérêts collectifs devant les juridictions internationales*, PUF, Paris, 2004, pp.364-397 ; SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris, 2010., pp.138-158

en cas de violation de ces dernières¹⁸³⁸. La Cour internationale de justice s'est montrée tour à tour enthousiaste¹⁸³⁹ et réticente¹⁸⁴⁰ face à de telles avancées, notamment en ce qui concerne la nécessité d'instituer une voie procédurale permettant de favoriser l'accèsion à l'effectivité des règles de *jus cogens*¹⁸⁴¹. Toutefois, dans le silence complice des États, la Cour n'a pas porté ces efforts au-delà d'une reconnaissance théorique de ce type de procédure. En effet, l'autolimitation par le juge ou l'adoption d'un minimalisme judiciaire sont pour le juge d'autres moyens susceptibles de neutraliser les contradictions normatives.

¹⁸³⁸ VOEFFRAY (F.), *L'action popularis ou la défense des intérêts collectifs devant les juridictions internationales*, PUF, Paris, 2004, pp.256-261

¹⁸³⁹ CIJ, *Affaire du Sud-ouest africain*, Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud, CIJ Rec. 1962, p.343. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît l'intérêt à agir du Libéria et de l'Éthiopie pour obtenir le respect du Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-ouest africain, et rejette les exceptions préliminaires de l'Afrique du Sud qui considérait que ces États ne présentaient aucune qualité pour agir compte tenu du fait qu'ils ne disposaient ni d'un droit subjectif ni d'un intérêt individuel et réel à agir. La question à trancher consistait notamment à savoir si les deux requérants étaient qualifiés pour fonder leur action sur la clause judiciaire contenue dans le texte du Mandat. La Cour déclara : « *Les termes employés sont larges, clairs et précis : ils ne donnent lieu à aucune ambiguïté et n'autorisent aucune exception. (...) La portée et l'objet manifestes de cet article indiquent (...) qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou intérêt juridique à ce que le Mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres* ». ; Pour un examen détaillé de cette jurisprudence : VOEFFRAY (F.), *L'action popularis ou la défense des intérêts collectifs devant les juridictions internationales*, op. cit., p.58 et s.

¹⁸⁴⁰ Dès l'arrêt de 1962 de nombreuses *opinions dissidentes* s'étaient exprimées au sein de la Cour. Certains, comme le juge Winiarski, considéraient qu'une telle *actio popularis* ne pouvait être présumée et ne devrait pas résulter d'un traité dont la clause judiciaire ne le prévoit pas expressément. D'autres, tels les juges Spender et Fitzmaurice, admettaient que « *des États parties à des traités ou conventions ou jouissant des droits d'États tiers découlant de traités ou de conventions, ont dans certains genres d'affaires un intérêt juridique à ce que les instruments soient dûment observés, même si l'infraction alléguée ne les a pas, ou ne les a pas encore, affectés directement* », mais que tel n'était pas le cas en l'espèce. Winiarski comme Spender et Fitzmaurice pressentaient les risques d'instrumentalisation politique qu'aurait pu emporter, pour la Cour, la création d'une voie d'*actio popularis*. Voy. *Opinion dissidente* commune Spender et Fitzmaurice, CIJ Rec. 1962, p.548 ; *Op. diss.* Winiarski, CIJ Rec. 1962, pp.453 et s. ; Alors que cette affaire était pendante, la Cour a écarté sa compétence dans le cadre de l'affaire du Cameroun septentrional. Cette affaire présentait de nombreuses similitudes avec celle du Sud-ouest africain. Toutefois, le requérant n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies lors de l'élaboration de l'accord de tutelle sur le territoire considéré. De plus ce dernier réclamait un arrêt simplement déclaratoire qui reconnaissait les violations de l'accord de tutelle commises par l'autorité tutélaire, le Royaume-Uni. Le Cameroun ne réclamait aucun autre effet de la décision de la Cour. La Cour déclara notamment : « *La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques* ». CIJ, *Affaire du Cameroun Septentrional*, République du Cameroun c. Royaume-Uni, CIJ Mémoires, plaidoiries et documents, 1963, pp.33-34, voy. ég. p.29 ; En 1966, la Cour tranche au fond, dans un second arrêt, l'affaire du Sud-ouest africain. La Cour adopte alors une position strictement contradictoire à celle qu'elle avait retenue en 1962 et déclare : « *les demandeurs ne possédaient à titre individuel comme États aucun droit propre et autonome pouvant être invoqué indépendamment ou en plus du droit conféré à la Société des Nations. (...) Ce droit revenait exclusivement à la Société des Nations, pour être exercé par ses organes compétents* ». CIJ, *Affaire du Sud-ouest africain* (deuxième phase), Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud, CIJ Rec. 1966, p.29

¹⁸⁴¹ La doctrine a qualifié cette démarche de « *sinusoïde marquant des avancées téméraires, mais aussi des reculades ou de simples attitudes de prudence* ». cf. MBAYE (M.), « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », RCADI vol.209, 1988-II, p.312 ; voy. ég. BOLLECKER SERN (B.), *Le Préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedonne, 1973, p.88

C. L'autolimitation d'opportunité

734. Lorsqu'aucune règle ne limite sa compétence, le juge peut dans certains cas choisir de ne pas s'aventurer dans la reconnaissance ou la résolution d'un conflit de normes ou de droits fondamentaux. Par exemple, la Cour internationale de justice a rappelé, dans l'exercice de sa fonction consultative, que « *le fait qu'elle ait compétence ne signifie pas, cependant qu'elle soit tenue de l'exercer* »¹⁸⁴². La Cour se fonde, à cette fin, sur l'article 65 de son Statut et considère, de manière constante, que « *le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, selon lequel "la Cour peut donner un avis consultatif" devrait être interprété comme reconnaissant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétente sont remplies* »¹⁸⁴³.

735. La Cour européenne des droits de l'homme peut également, dans certaines circonstances, décider de ne pas se prononcer sur un conflit de droits fondamentaux. Par exemple, lorsque la Cour considère que l'affaire soulève des questions morales particulières et qu'aucun consensus n'existe à ce sujet entre les États membres, celle-ci se réfère à la marge nationale d'appréciation afin que les autorités étatiques tranchent elles-mêmes le conflit. Tel est notamment le cas dans le contentieux qui soulève des questions éthiques insolubles telles que celles découlant des litiges relatifs au statut ou au régime juridiques de l'embryon humain¹⁸⁴⁴. Dans d'autres cas d'espèce, la Cour ne reconnaîtra pas l'existence d'un conflit de droits fondamentaux, préférant user d'autres moyens pour parvenir à une solution. Certains auteurs considèrent, à ce titre, que la Cour privilégie l'approche pragmatique et une forme de « *minimalisme judiciaire* »¹⁸⁴⁵.

§2. Le Paradigme interprétatif de la rationalité du législateur et sa conséquence : la présomption d'absence de conflits normatifs

736. Lorsqu'au cours d'un différend soumis à un juge, les parties arguent de prétentions fondées sur des normes dont la conflictualité est en doute, le raisonnement du

¹⁸⁴² CIJ, Avis consultatif du 22 juillet 2010, *Indépendance du Kosovo*, §. 29-48

¹⁸⁴³ CIJ, Avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, §.44, Rec. 2004 (I), p.156.

¹⁸⁴⁴ Par exemple, dans l'affaire CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mars 2006 et CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt de la Grande Chambre du 10 Avril 2007, Req. 6339/05 ; voy. ég. CEDH, *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, Req. 53 924/00

¹⁸⁴⁵ IEVEN (A.), « *Privacy rights in conflict : In search of the theoretical framework behind the European Court of human rights* » : *Balancing of private life against other rights* », in s.d. BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Anvers-Oxford-Portland, 2008, pp.54-57 ; SUNSTEIN (C.), *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp.3-13

juge s'opèrera en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le juge recherchera notamment à déterminer la réalité de l'existence du conflit. La doctrine considère que cette première étape de l'interprétation permet au juge de distinguer les vrais conflits des faux, les conflits seulement apparents des conflits réels. Ainsi, qu'il s'agisse de deux particuliers fondant des prérogatives opposées sur la base de droits fondamentaux de valeur normative égale ou qu'il s'agisse d'États justifiant leurs prérogatives à partir de normes différentes et concurrentes, le juge procèdera de manière identique en tentant de qualifier les relations qu'entretiennent ces fondements normatifs. Nous ne reviendrons pas sur l'importance que revêt la définition de la notion de conflit vis-à-vis de cette opération de qualification de la relation qu'entretiennent les deux normes en question. Ce que nous entendons montrer, au fil de ces développements, est l'influence qu'exerce le paradigme interprétatif, la posture globale adoptée par les juges vis-à-vis du système juridique pris dans son ensemble, sur la détermination de la relation entretenue par les normes prétendument conflictuelles et sur l'interprétation qu'ils retiendront de chacune d'entre elles.

A. Le paradigme interprétatif postulant la rationalité du législateur

737. Une certaine conception du système juridique dans lequel le juge évolue innerve le raisonnement qu'il adopte pour déterminer le sens des propositions juridiques qui lui sont soumises. François Ost et Michel Van de Kerchove définissent cette posture sous le terme de « *postulat de rationalité du législateur* »¹⁸⁴⁶. Celui-ci « *exerce une fonction régulatrice essentielle* »¹⁸⁴⁷ de l'interprétation des normes juridiques par le juge en leur conférant « *un foyer d'intelligibilité unique, ce qui, du point de vue de la dogmatique juridique, aboutit à une forme d'optimalisation de l'interprétation qui présente le double avantage de découvrir un sens utile à chaque disposition en vigueur et d'éviter que cette production de sens réponde à des logiques et des intérêts divergents* »¹⁸⁴⁸. Certains auteurs considèrent cette conception générale tantôt comme une présomption¹⁸⁴⁹, une hypothèse

¹⁸⁴⁶ OST (F.), « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in VAN DE KERCHOVE (M.) s.d., *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp.97-184 ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, op. cit., pp.406 et s. ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1987, pp.100 et s.

¹⁸⁴⁷ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p.100

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ ZUELTA PUCEIRO (E.), *Paradigma dogmatico y ciencia del derecho*, Madrid, 1981, cité par François Ost et Michel Van de Kerchove in *Id.* Cet auteur considère la rationalité du législateur comme une "présomption a priori" ; D'autres auteurs, tel Norberto Bobbio estime que « *certain attributs du législateur rationnel, étant essentiel, ne supportent pas la preuve contraire et forment donc l'objet d'une "présomption absolue"*, tandis que d'autres, moins importants, sont seulement présumés jusqu'à preuve contraire ». cf. BOBBIO (N.), « Le bon législateur », in s.d. HUBIEN (H.), *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, 1971, pp.843-849,

générale¹⁸⁵⁰, tantôt comme un postulat¹⁸⁵¹, un axiome, un dogme¹⁸⁵² ou une fiction¹⁸⁵³. Pour reprendre les termes de François Ost et Michel Van de Kerchove, les « *différents aspects de la rationalité du législateur concourent à former une représentation qui opère comme préinterprétation ou interprétation fondatrice à l'aide de laquelle le juriste aborde les textes juridiques* »¹⁸⁵⁴. Reprenant une distinction entre interprétation fondatrice et interprétation « *effectuante* », ces deux auteurs estiment que « *l'image du législateur rationnel permet de comprendre un texte, avant même de commencer à l'interpréter. Et c'est seulement sur le fond formé par cette attente de sens déterminé que seront mises en œuvre les diverses méthodes d'interprétation qui forment ce qu'on pourrait appeler l'interprétation effectuante* »¹⁸⁵⁵. Ainsi, ils considèrent le principe du législateur rationnel comme un paradigme opérant sur et dans la fonction interprétative des juges.

738. Le terme de paradigme fleurit en doctrine depuis la fin des années 1990. Envisagé le plus souvent sous le prisme de son changement et de son évolution, le terme paradigme est employé pour décrire des réalités très variées. Certains auteurs confondent la notion de paradigme avec celle d'objectif, comme en témoignent les multiples développements ayant entouré la notion de développement durable¹⁸⁵⁶, et situent ainsi ce concept dans l'ordre axiologique ou politique. D'autres croient l'apercevoir dans une évolution factuelle du phénomène juridique, d'un point de vue ontologique. Ceux-ci considèrent par exemple la complexité, ou la complexification, des systèmes sociaux et des dispositifs juridiques comme un nouveau paradigme. Pourtant, ce concept de paradigme n'appartient ni à la sphère axiologique ou politique, ni à celle de l'ontologie. Au contraire,

¹⁸⁵⁰ ZIEMBINSKI (Z.), « La notion de rationalité du législateur », in *Archive de philosophie du droit*, 1978 ; pp.175-187. Cet auteur qualifie le principe d'hypothèse, mais précise qu'il est « *surtout le moyen de réaliser le but non épistémologique des sciences juridiques* » : à savoir « *construire un système de normes bien adaptées pour accomplir les fonctions d'un système de droit* ».

¹⁸⁵¹ NOWAK (L.), « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation », in *Logique et Analyse*, mars 1969, pp.65-96. spé. p.80-81. Il considère les thèses relatives à la rationalité du législateur comme des « *principes admis* », des « *principes fondamentaux des recherches des juristes* », des « *postulats* » relatifs « *au comportement qui caractérise un certain type idéal, le législateur rationnel* ». Ce principe est encore, pour cet auteur, « *un principe quasi hypothétique qu'il admet dogmatiquement sans s'efforcer même de le vérifier* ». p.82

¹⁸⁵² Pour KALINOWSKI (G.), *Une théorie de la dogmatique juridique*, p.411, « *la théorie du comportement rationnel du législateur s'impose avec une nécessité absolue* », car elle est « *la condition sine qua non de l'existence de la dogmatique juridique : elle en est en quelque sorte le dogme fondamental* ».

¹⁸⁵³ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p.100

¹⁸⁵⁴ *Id.* p.102

¹⁸⁵⁵ *Id.*

¹⁸⁵⁶ GENDRON (C.), et REVERET (J.-P.), « Le développement durable », *Économies et Sociétés*, Série F, n° 37, « Développement » — I 9/2000, pp.113 et s. (111-124) ; WAAUB (J.-P.), « Croissance économique et développement durable : vers un nouveau paradigme du développement », in PRADES (J.A.), VAILLANCOURT (J.-G.) et TESSIER (R.), *Environnement et développement. Question éthiques et problèmes sociopolitiques*, Fides, 1991, pp.47-70 ; BERGANDI (D.) et GALANGAU-QUERAT (F.), « Le développement durable : les racines environnementales d'un paradigme », *Aster A*, 2008, n° 46, pp.31-47

la notion de paradigme est de nature strictement épistémologique, tel que le démontrent les travaux de Thomas Kuhn¹⁸⁵⁷ et Giorgio Agamben¹⁸⁵⁸.

739. La notion de paradigme a été définie par Thomas Kuhn, puis par Giorgio Agamben. Celle-ci peut revêtir deux sens différents, mais complémentaires. Tantôt, le terme désigne une sorte de matrice disciplinaire, « *un ensemble de postulats et de principes (...) de techniques, de modèles et de valeurs, auxquels les membres de la communauté scientifique adhèrent plus ou moins consciemment (...) et qui orientent la pensée scientifique pendant une certaine période de son développement* »¹⁸⁵⁹. Tantôt, un paradigme n'est qu'un élément de cette matrice disciplinaire, « *un cas singulier (un exemple commun), qui grâce à sa répétibilité, acquiert la capacité de modeler tacitement le comportement et les pratiques de recherche des savants* »¹⁸⁶⁰. Or, c'est précisément la fonction régulatrice exercée par le principe de rationalité du législateur sur l'interprétation des normes juridiques, notamment à travers la présomption d'absence de conflits. En effet, « *nul doute que de cette croyance centrale et paradigmatique découlent, conformément au schéma de Kuhn, à la fois d'un ensemble de valeurs largement partagées par les juristes (l'ordre, la sécurité, l'unité, la cohérence, la stabilité...) et d'un faisceau de lois qui en assurent la mise en œuvre (on n'interprète pas un texte clair, la norme inférieure doit être comprise dans un sens compatible avec la norme supérieure, tout pouvoir est d'attribution). Finalement, l'application constante de ces lois engendre des “exemples communs” qui peuvent aisément être transposés au-delà de leur champ d'application originel en vue de résoudre des énigmes nouvelles* »¹⁸⁶¹.

740. Le terme de « législateur » doit s'entendre, dans le cadre de ce paradigme de manière spécifique. Certains voient dans ce présupposé la quête de l'intention d'un « législateur historique »¹⁸⁶². D'autres précisent que « *le législateur dont il est question dans cette représentation doit s'entendre comme la personnification du système juridique considéré dans son ensemble* »¹⁸⁶³, une « *représentation anthropomorphique du système juridique* »¹⁸⁶⁴, « *la personnification de l'intentio operis dans le champ juridique* »¹⁸⁶⁵. Pourtant, une telle conception du législateur ne prend pas en compte le fait du pluralisme

¹⁸⁵⁷ KUHN (T.), *The Structure of Scientific Revolutions*, vol. 2 de *International Encyclopedia of Unified Science*, 3ème éd. University of Chicago Press, Chicago, 1996, pp.11 et s. (212 p.)

¹⁸⁵⁸ AGAMBEN (G.), *Signatura rerum*, Vrin, 2008, Paris, p.9 et s.

¹⁸⁵⁹ *Id.*

¹⁸⁶⁰ *Id.*

¹⁸⁶¹ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p.102

¹⁸⁶² SIMARD (J.), « L'interprétation législative au Canada », *RJT* n° 35, 2001, pp.549 et s., spé. p.598

¹⁸⁶³ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p.100

¹⁸⁶⁴ *Id.* p.118

¹⁸⁶⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, op. cit., p.406, sur le concept d'*intentio operis* du système juridique : cf. *id.*, pp.409-438

politique et axiologique dans les sociétés démocratiques. En effet, un tel principe induit l'idée selon laquelle l'action normative du législateur serait marquée par une forme de continuité linéaire et rationnelle alors même que le jeu de la représentation politique et l'alternance impliquent que la volonté du législateur soit changeante et marquée par des ruptures et des choix politiques parfois contradictoires. En outre, une telle conception ne s'accorde pas avec la multiplication et la diversification des foyers de production des normes juridiques.

741. Toutefois, dans le cadre de cette conception, la rationalité prêtée au législateur embrasse un large domaine. En effet, « *elle est à la fois d'ordre linguistique, praxéologique, axiologique* »¹⁸⁶⁶ et épistémologique. D'un point de vue linguistique, le paradigme interprétatif amène le juge à considérer qu'« *en établissant une loi, le législateur a formulé ses prescriptions d'une façon précise et univoque dans la langue nationale, tout en respectant également les usages et les conventions du langage juridique* »¹⁸⁶⁷. Par ailleurs, du point de vue de la cohérence systémique, ce paradigme conduit à admettre « *que le législateur élabore le système juridique de façon rationnelle, c'est-à-dire notamment qu'il évite de créer des antinomies, des lacunes et des redondances, qu'il donne un sens utile à chaque terme et à chaque disposition, qu'il adapte au mieux les moyens dont il dispose aux fins qu'il poursuit* »¹⁸⁶⁸. Ainsi, cette rationalité praxéologique prêtée au législateur suppose de présumer l'absence de conflit normatif au sein du système qu'il crée. La rationalité axiologique suppose enfin que « *le législateur est parfaitement déterminé quand aux fins qu'il poursuit (...) les valeurs qu'il promeut s'harmonisent en un système cohérent de préférences* »¹⁸⁶⁹.

742. Dès lors, cette « *précompréhension* »¹⁸⁷⁰ ou cette « *attente de sens déterminé (...) restreint au maximum la liberté de l'interprète* »¹⁸⁷¹. Jeanne Simard, observant ce phénomène dans le système juridique et l'action des juges canadiens, commente : « *l'interprète s'est vu tracer un programme réglant d'avance une suite d'opérations à accomplir et signalant certains errements à éviter en vue d'atteindre le résultat déterminé. Il lui devient donc pragmatiquement impossible de se tromper en découvrant le sens fixé par le législateur d'origine : un sens immuable et unique. (...) Le discours législatif sera "à la fois contrôlé(e), sélectionné(e), organisé(e) et redistribué(e) par un certain nombre de procédures" afin de conjurer les pouvoirs et les dangers*

¹⁸⁶⁶ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, p.101

¹⁸⁶⁷ *Id.* p.101 Ce postulat conduit à admettre la règle selon laquelle on ne peut interpréter un texte clair.

¹⁸⁶⁸ *Id.*

¹⁸⁶⁹ *Id.*

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ SIMARD (J.), « L'interprétation législative au Canada », *RJT* n° 35, 2001, pp.549 et s.

d’*“appréciations subjectives combien variables et personnelles” du juge* »¹⁸⁷². À ce titre, l’objectif poursuivi par le recours au paradigme du législateur rationnel est la sécurité et la prévisibilité des relations juridiques et de l’interprétation des éléments du système normatif. Ainsi, *« en mettant en avant des présupposés interprétatifs qui orientent la découverte du sens dans “des voies largement intégrées et homogènes”, la théorie traditionnelle sécurise les justiciables »*¹⁸⁷³. Dans cette perspective, tout justiciable pourra *« prévoir la décision du juge, car il dispose des mêmes outils intellectuels pour retracer, dans l’ensemble, la démarche suivie »*¹⁸⁷⁴.

743. Néanmoins, considérer *a priori* que le législateur *« ne viole pas la règle de justice et adopte une hiérarchie constante de valeurs »*¹⁸⁷⁵ n’apparaît-il pas comme une posture critiquable de la part d’une institution judiciaire dont l’une des fonctions, dans un État démocratique, est précisément de contrôler, en toute indépendance, la conformité à la constitution de l’action des pouvoirs publics, fût-elle normative ? En effet, outre le fait que ce paradigme interprétatif semble offrir la constitutionnalité sans confession, celui-ci apparaît de plus en plus anachronique compte tenu d’un certain nombre de démentis empiriques. L’incertitude des choix normatifs, notamment en matière technologique, comme l’intensification du lien entre légitimité et effectivité de la norme juridique conduisent à relativiser le postulat de la rationalité du législateur. François Ost et Michel Van de Kerchove précisent justement :

*« Le “postulat de rationalité du législateur” [ou de “l’infailibilité du législateur”]¹⁸⁷⁶ cède aujourd’hui la place à l’idée d’une évaluation de plus en plus nécessaire, et d’une censure toujours possible. (...) À l’impérativité de la loi s’oppose souvent l’idée que son élaboration doit se négocier et que l’opportunité de son application doit s’apprécier. Aux lois stables, voire à vocation perpétuelle, se substituent des lois à l’essai, des lois expérimentales et des lois dont la validité est dorénavant conditionnelle et précaire. La généralité cède de plus en plus à sa “spécialité”, les lois devenant elles-mêmes “réglementaires”. La clarté, même relative, cède souvent à la confusion. À la parcimonie des lois, enfin, se substituent l’inflation et la prolixité »*¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷² *Id.* p.598 et s.

¹⁸⁷³ *Id.* p.599

¹⁸⁷⁴ TULKENS (F.), « la sécurité juridique : un idéal à reconsidérer » (1990), *RIEJ*, n° 25, cité par SIMMARD (J.), « L’interprétation législative au Canada », *op. cit.*, p.599

¹⁸⁷⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p.406

¹⁸⁷⁶ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p.104

¹⁸⁷⁷ *Id.* pp.87-88 les auteurs précisent, dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau*, que *« dans le cadre d’un droit en réseau, le modèle a perdu une partie de sa force explicative, sans pour autant, il s’en faudrait de beaucoup, qu’il n’ait cessé de déterminer la méthode des juges »*. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p.412

744. L'adoption de la norme juridique par la méthode du consensus, dans le cadre du droit négocié, est également un facteur qui tend à relativiser le paradigme de la rationalité du législateur. En effet, des auteurs tels que Rawls ou Habermas soutiennent l'idée d'une forme de « *raison publique* » dans la délibération ou de rationalité de l'activité communicationnelle. Pourtant, la notion de consensus par recoupement, qui fait référence à la situation où les diverses parties à la négociation s'accordent sur une solution pour des raisons qui varient en fonction des acteurs, met parfaitement en lumière le fait qu'une décision consensuelle n'est nullement une construction rationnelle, mais simplement le résultat de la convergence de vues stratégiques en fonction d'intérêts contingents et particuliers. Enfin, un tel paradigme apparaît critiquable compte tenu de l'émergence récurrente de contradictions normatives ou de conflits de droits fondamentaux qui traduisent l'existence de conflits de valeurs dans le système construit par le législateur. Nonobstant ces démentis empiriques, ce paradigme interprétatif perdure dans l'esprit de nombreux commentateurs et de nombreux juges et les a notamment conduits à élaborer une présomption d'absence de conflit.

B. La présomption d'absence de conflits normatifs

745. Le paradigme interprétatif du législateur rationnel emporte un certain nombre de conséquences au regard de la méthode adoptée par le juge. Il implique notamment la promotion d'une conception stable et cohérente du système juridique compris dans son ensemble comme un système complet et non-contradictoire de normes juridiques¹⁸⁷⁸. Le juge postulera, par exemple, « *que chaque mot, chaque proposition et chaque article introduits par le législateur dans une réglementation donnée présentent un sens utile et spécifique qui n'est en aucune manière redondant avec une autre disposition* »¹⁸⁷⁹. Cette conception anticipée de la cohérence du système juridique conduit notamment le juge à admettre que le législateur « *n'a pas pu prendre deux dispositions imposant aux mêmes personnes dans les mêmes circonstances des comportements opposés et cela que l'antinomie soit présente, prima facie, dans la rédaction des deux normes elles-mêmes ou seulement, de manière secondaire et accidentelle, dans leurs effets dérivés* »¹⁸⁸⁰. Ainsi, la

¹⁸⁷⁸ DELMAS-MARTY (M.), « La tragédie des trois C », in DOAT (M.), LE GOFF (J.), PEDROT (P.), *Droit et complexité*, op. cit., p. 10

¹⁸⁷⁹ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, op. cit., p.417

¹⁸⁸⁰ *Id.*

rationalité supposée du législateur implique que le juge adopte une présomption d'absence de conflit entre les normes du système juridique¹⁸⁸¹.

746. Telle est notamment la solution adoptée par l'Organe de règlement des différends de l'OMC dans l'affaire OGM¹⁸⁸². En effet, le paradigme du législateur rationnel produit également des effets dans le système juridique international. Joost Pauwelyn analyse la portée de la présomption d'absence de conflit : « *Every new norm of international law is created within a context of pre-existing international law and the presumption is that this new norm, much like national law enacted by the same legislator, builds upon and further develops existing law* »¹⁸⁸³. Cette présomption peut toutefois être renversée par la preuve contraire. En effet, « *the presumption (...) against conflict is of the same nature as the presumption that any state conduct – not just the conclusion of new law – complies with the law* »¹⁸⁸⁴. Les arbitres de l'OMC ont eu l'occasion de rappeler cette présomption dans le cadre de l'affaire hormones au cours de la procédure d'arbitrage prévue par l'article 22-6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. En l'espèce, les Communautés européennes contestaient le niveau des suspensions accordées aux États-Unis par l'ORD dans l'affaire *Hormone*. Les arbitres de l'OMC considéraient alors : « *WTO members, as sovereign entities, can be presumed to act in conformity with their obligations. A party claiming that a Member has acted inconsistently with WTO rules bears the burden of proving that inconsistency* »¹⁸⁸⁵. Une telle présomption de légalité se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Dans son avis consultatif du 20 juillet 1962 relatif à certaines dépenses des Nations Unies, la Cour précise : « *lorsque l'organisation prend des mesures dont on peut à juste titre dire qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'organisation* »¹⁸⁸⁶.

¹⁸⁸¹ *Id.*, p.416 : « Enfin en témoigne encore de l'efficacité de la préinterprétation le fait que le juge, loin de s'accommoder de la présence d'une lacune ou d'une antinomie, se fait un devoir d'y porter remède à l'aide de diverses techniques interprétatives, qui, en restaurant la cohérence ou la complétude du système juridique, contribuent au phénomène de "refoulement de l'interprétation", la déficience observée étant en définitive censée n'être qu'apparente et provisoire ».

¹⁸⁸² OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/292/293, Rapports du groupe spécial des 12, 13 et 14 mai 2003, §7.90 et s.

¹⁸⁸³ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.240

¹⁸⁸⁴ *Id.*, p.241

¹⁸⁸⁵ Décision arbitrale, *Recourse to Arbitration by the European Communities under DSU Art.22.6 in EC-Hormones* (Contestation de la demande de suspension US), WT/DS26/ABR, du 12 juillet 1999, §.9

¹⁸⁸⁶ CIJ, Avis consultatif, *Certaines dépenses des Nations-Unies*, 20 juillet 1962, CIJ Rec. 1962, pp.168-170 ; BERTIN KOUASSI (K.), *Précis de jurisprudence de la Cour internationale de justice*, éditions Publibook, 2004, pp. 158 et s. (649p.)

747. Selon la doctrine, la présomption d'absence de conflit normatif ou « *presumption of the continuity inherent in any legal system* »¹⁸⁸⁷ emporte, vis-à-vis du droit international, trois conséquences. La première résulte de la rationalité linguistique prêtée au législateur et peut être décrite de la manière suivante : « *for a new norm to deviate from existing law explicit language must be found. It cannot, in other words, be presumed that states changed their minds* »¹⁸⁸⁸. Dès lors, la seconde conséquence consiste dans l'attribution de la charge de la preuve du conflit de normes : « *the state relying on a conflict of norms will have the burden of proving it* »¹⁸⁸⁹. À ce titre, on peut remarquer que le conflit de normes consiste en un problème d'interprétation qui ne peut parfaitement s'extraire de considérations subjectives. Il semblera alors particulièrement difficile de prouver irréfutablement l'existence d'un conflit de normes. Cette preuve sera d'autant plus difficile à apporter compte tenu de la troisième conséquence de la présomption d'absence de conflit de normes. En effet, la présomption d'absence de conflit conduit le juge à retenir systématiquement une interprétation de conciliation des normes en causes, ou « *interprétation conforme* »¹⁸⁹⁰, lorsque celle-ci est disponible. Comme le note Pauwelyn, « *when faced with two possible interpretations, one of which harmonises the meaning of the two norms in question, the meaning that allows for harmonisation of the two norms - and hence avoid conflict - ought to be preferred. As the ICJ noted in the Right of Passage case: "it is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it"* »¹⁸⁹¹.

748. La présomption d'absence de conflit de normes constitue un modèle de l'articulation dynamique des éléments d'un système juridique, mais présente toutefois des limites. En effet, « *the presumption against conflict - and in favor of stability - must be balanced carefully with the need for change and the evolution of law (...) It ought not to lead to a restrictive interpretation of the new, allegedly conflicting, norm* »¹⁸⁹². La présomption opère comme régulateur du changement, de l'évolution, du mouvement au sein des systèmes juridiques. L'institut du droit international précise : « *it is necessary to promote the development of the international legal system whilst preserving the principle of legal stability which is an essential part of any judicial system... any solution of an intertemporal problem in the international field must take account of the dual requirement*

¹⁸⁸⁷ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.240

¹⁸⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁸⁹ *Id.*

¹⁸⁹⁰ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, op. cit., p.416 ; DELPEREE (F.), « La conformité de la loi à la constitution », in *RCJB*, 1977, p.462

¹⁸⁹¹ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p.240

¹⁸⁹² *Id.*, p.242

of development and stability »¹⁸⁹³. Néanmoins, deux remarques méritent d'être effectuées. En premier lieu, il faut noter que la pertinence de la règle de stabilité est mise à mal par l'accélération des phénomènes de changement et d'expansion du droit international. En second lieu, on peut également préciser que les conflits émergents entre certaines normes du droit international ne concernent pas des problèmes d'intertemporalité liés à la succession de traités portant sur la même matière. Au contraire, comme nous l'avons vu précédemment à propos des conflits potentiels entre les normes du droit de l'OMC et celles du droit des droits de l'homme ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement, ces derniers concernent le problème de l'application simultanée à une même situation juridique de plusieurs normes ayant des champs d'application et des objectifs différents.

749. En tout état de cause, il semble que la présomption d'absence de conflit constitue tant une présupposition qu'un modèle des relations entre normes valides au sein d'un système juridique construit de manière rationnelle. La présomption d'absence de conflit n'est qu'un élément du paradigme général de la rationalité du législateur. Toutefois, cet exemple des rapports entre deux normes d'un système juridique façonne, par sa constatation répétée, l'imaginaire des juristes et le raisonnement judiciaire. Cette répétibilité de l'exemple référentiel d'absence de conflit régule l'interprétation des normes en situation de concurrence au sein d'un système juridique. Joost Pauwelyn considère que « *the presumption against conflict requires that an effort be made to interpret the new norm in a harmonious manner with existing law. If the new norm, as well as the potentially conflicting norm already in existence, is ambiguous enough, such harmonious interpretation may well be possible. But if reconciliation between the two norms is not feasible, that is where the presumption ends. The presumption is one against the existence of conflict* »¹⁸⁹⁴. On perçoit, au détour de cette conception, l'importance du rôle des concepts indéterminés dans la réconciliation des normes et la neutralisation des conflits potentiels. Ce rôle a été mis en lumière notamment à propos des notions de *similarité* des produits¹⁸⁹⁵ et de *ressources naturelles*¹⁸⁹⁶ dans le droit de l'OMC. L'indétermination a

¹⁸⁹³ Resolution of the Institute of International Law, *Yearbook of the Institute of International Law* (1975), p.537, préambules 2 et 3

¹⁸⁹⁴ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p 242 ; Seyed-Ali SADAT AKHAVI défend la même position. ; SAFAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of resolving conflicts between treaties*, op. cit., pp.34-36

¹⁸⁹⁵ SIFONIOS (D.), « La notion de produits similaires dans la clause de traitement national de l'article III du GATT : Entre libre échange et autonomie réglementaire des États », in CASHIN RITAINE (E.) et MAÎTRE ARNAUD (E.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp.419-442

¹⁸⁹⁶ OMC, États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes*, Rapport de l'OA du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R §.129-131. « L'expression « ressources naturelles épuisables » figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière

alors pour conséquence de donner « à l'ORD une marge de manœuvre importante pour déterminer la portée de ce concept. La jurisprudence a donc le pouvoir d'influer de manière importante sur la portée des droits et obligations des parties contractantes en matière de traitement national, selon l'interprétation retenue de la notion de produits similaires »¹⁸⁹⁷.

750. Pour reprendre l'analyse de Pauwelyn, celui-ci défend l'idée selon laquelle la présomption d'absence de conflit permet de montrer qu'un conflit apparent n'est pas réel¹⁸⁹⁸. En outre, il s'appuie sur Jenks pour étoffer son raisonnement. Néanmoins, nous ne souscrivons pas à cette analyse des écrits de Jenks et de la fonction de la présomption d'absence de conflit. Jenks écrit, à propos de la présomption d'absence de conflit, que celle-ci « *will not suffice to reconcile clearly unreconciliable provisions... It may eliminate certain potential conflicts: it cannot eliminate the problem of conflict. The conflict must then be resolved by a third norm (such as a conflict clause in either treaty or a rule of general international law as Art30 of the Vienna convention)* ». Des travaux de Jenks, il nous semble comprendre que la présomption d'absence de conflit est déjà une médiation des rapports de conflictualité entre les normes, et non une négation de ceux-ci. De plus, comme lui, nous considérons que la présomption a pour fonction d'éliminer, de neutraliser, certains conflits potentiels, au sens de contradiction non-antagonique entre deux normes, et non de nier la réalité de tels conflits comme peut le faire Pauwelyn en ne les considérant que comme apparents. Ainsi, la présomption d'absence de conflit conduit, nous semble-t-il

de la protection et de la conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le cycle de l'Uruguay, mais le préambule de l'Accord sur l'OMC montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'Accord sur l'OMC – qui éclaire non seulement le GATT de 1994, mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de « l'objectif de développement durable » (§129) « L'organe d'appel se réfère même au Rapport Brundtland en note. Pour lui, « Étant donné que la communauté internationale a reconnu récemment l'importance d'une action bilatérale ou multilatérale concentrée pour protéger les ressources naturelles vivantes, et rappelant que les Membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables ». §.131 ; sur cette question : cf. MALJEAN-DUBOIS (S.), « le rôle du juge dans le développement des principes d'intégration et de développement durable », in MALJEAN-DUBOIS (S.) et LECUCQ (O.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, 2008, Bruxelles, pp.195-208, spé. p.202

¹⁸⁹⁷ SIFONIOS (D.), « La notion de produits similaires dans la clause de traitement national de l'article III du GATT : Entre libre échange et autonomie réglementaire des États », in CASHIN RITAINE (E.) et MAÎTRE ARNAUD (E.), *Notions-cadres, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p.432

¹⁸⁹⁸ « *To put it differently, the presumption against conflict may show that an apparent conflict is not real. It cannot however, solve a real conflict once such conflict has been established. It may be possible to interpret the terms of norm 1 in a way that avoid conflict with norm 2 (or vice et versa). But once norm 1 and norm 2 are found to be in conflict, an interpretation of either norm cannot solve the conflict* ». In PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., p 242

à neutraliser les conflits potentiels en les transformant, notamment dans l'esprit du juge, en conflits seulement apparents. La présomption de cohérence et de stabilité opère ainsi comme un référentiel paradigmatique des rapports entre les éléments du système juridique, second sens reconnu à la notion de paradigme par Kuhn et Agamben. En effet, elle constitue une représentation typique des relations agissant au sein du système et traduit une conception rectiligne et uniforme du mouvement et de la mécanique normative. La présomption d'absence de conflit n'est d'ailleurs pas sans rappeler le référentiel galiléen sur lequel reposent la physique newtonienne et, d'une certaine manière, le positivisme scientifique. Pour le comprendre, il nous faut présenter quelques aspects épistémologiques de l'étude du mouvement.

751. Dans les sciences physiques, notamment la mécanique, le référentiel est la base commune utilisée par tout observateur pour décrire un mouvement. Il se constitue d'un système de coordonnées spatiales, d'une origine des temps et d'une horloge, par rapport auxquelles sont définies les positions, les vitesses et l'accélération. Le choix d'un référentiel est nécessaire afin que deux observateurs puissent décrire le même évènement de la même manière. Par exemple, Newton décrit les lois du mouvement sur la base du référentiel inertiel galiléen qui constitue un paradigme scientifique au second sens du terme. Selon cette conception, il remarque que les vitesses des corps ne sont mesurables que relativement aux vitesses d'autres corps¹⁸⁹⁹. En conséquence, toutes les lois de la mécanique newtonienne devaient opérer à l'identique quel que soit le corps en mouvement considéré. Sa méthode pour décrire le mouvement s'appuie sur une conception absolue de l'espace et du temps, considérés comme des entités ontologiquement séparées qui ont les mêmes caractéristiques pour tout observateur, et qu'il lui est possible de découper en autant de positions et d'instantanés calculables. Le mouvement est alors décrit par des équations simples et l'on peut, si l'on connaît les conditions initiales d'un objet, prévoir sa trajectoire. Le positivisme juridique décrit le mouvement dans le droit, c'est-à-dire son évolution et les relations entre les normes, d'une manière analogue à celle Newton : selon cette conception, l'évolution du droit est perçue comme une succession d'états stables caractérisant les relations hiérarchiques bilatérales entre les normes positives en un temps et un espace donnés. Une telle conception, qui assimile le mouvement à un processus discontinu n'en perçoit pas la totalité et la nature propre. Pour percevoir le mouvement comme un processus continu, il faut s'émanciper de cette conception absolue et dualiste de l'espace et du temps. Cette critique, portée notamment par Lorentz et Maxwell à l'encontre de la physique classique, présuppose le geste critique opéré par Poincaré et Einstein.

¹⁸⁹⁹ Le référentiel galiléen permet de décrire à l'identique deux objets identiques animés d'un même mouvement rectiligne uniforme sur deux bateaux différents voyageant à des vitesses différentes, mais uniformes ou sur un bateau comme sur la terre ferme.

752. Ces auteurs constatent que les démonstrations et les lois du mouvement de Newton fondées sur le référentiel de Galilée, notamment la théorie de la gravitation universelle, ne sont valides que dans certaines circonstances ; celles d'un mouvement à faibles vitesses dans un référentiel inertiel, c'est-à-dire un référentiel compris sur la base des relations entre deux corps animés d'un mouvement uniforme. Or, à l'échelle des corps stellaires ou microscopiques, ces équations produisent des résultats approximatifs et non exacts. En effet, dans un référentiel complexe à plus de deux corps évoluant des vitesses très élevées et différentes, ces équations ne sont plus valables pour décrire le mouvement des corps. Les théories de la relativité démontrent au contraire que les lois de la mécanique et les équations de Newton pour décrire la gravitation universelle ne sont pas absolues, mais relatives à la vitesse des corps considérés et à la complexité spatiale du référentiel, c'est-à-dire le nombre de corps compris dans le système d'équations. La loi de la gravitation universelle aboutit à des solutions erronées dès lors qu'on introduit plus de deux corps dans un référentiel ou que ceux-ci ne sont pas animés d'un mouvement uniforme et évoluent à des vitesses différentes les uns des autres. Ces théories de la relativité restreinte puis générale s'appuient, au contraire, sur l'idée selon laquelle l'espace et le temps sont liés à l'état de la matière et ne constituent ensemble qu'une seule et même entité ontologique, une totalité en tension. Sur ce fondement, Einstein émettra notamment l'hypothèse selon laquelle, à l'échelle de l'univers, des corps dotés d'une masse et d'une densité immense sont susceptibles, sous l'effet de la loi de la gravitation, produire une courbure de l'espace-temps, attirant les objets ou les systèmes d'objets situés à leur périphérie.

753. La conception classique de la mécanique normative repose sur une conception ontologique qui sépare le temps et l'espace. Elle limite la notion de conflit à une catégorie binaire qui est réputée ne pas exister, regroupant des situations exceptionnelles d'antagonisme radical entre deux normes. Au contraire, notre étude du droit international de la bioéthique et des relations entre systèmes juridiques semble montrer que des situations de contradictions non-antagoniques, qui impliquent parfois plus de deux normes, émergent dans l'ordre juridique international et font état d'une complexification de ce dernier et d'une désynchronisation des relations entre ces éléments. Ainsi, lorsque certains auteurs proposent d'envisager la prolifération normative comme le corollaire d'une certaine « *accélération du temps juridique* »¹⁹⁰⁰, ces derniers associent la concentration des normes dans l'espace et l'accélération du temps en un même phénomène. Ne peut-on alors imaginer que le recoupement des champs *d'application ratione materiae* et *personae* des

¹⁹⁰⁰ OST (F.) et GÉRARD (Ph.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 931p.

normes et des systèmes juridiques, d'abord conçus de manière spéciale et séparée, se recourent progressivement sous l'effet d'une forme de courbure de l'espace-temps juridique produite par la masse institutionnelle et normative des systèmes juridiques spécialisés qui évoluent au rythme de l'accélération sociale ? La densité institutionnelle et normative de certains systèmes juridiques, les plus efficaces ou les plus légitimes, attire dans leur sphère gravitationnelle, parfois jusqu'à l'absorption, d'autres ensembles normatifs de densités plus faibles ? Ou encore, que les systèmes juridiques spécialisés les plus efficaces atteignent des vitesses et des masses critiques qui leur permettent de produire, les uns envers les autres, des forces d'attraction et de répulsion qui se traduisent par des relations d'interprétation entre leurs éléments normatifs qui prennent tantôt la forme de la contradiction antagonique (répulsives) ou de la contradiction non-antagonique et de l'accumulation (attractive) ?

754. Enfin, n'est-il pas possible de considérer que les règles classiques d'interprétation, fondées sur des critères objectifs de temps et d'espace conçus séparément, sont inappropriées pour décrire et résoudre des relations d'interprétation qui concernent plus de deux normes et interviennent entre des systèmes juridiques qui évoluent et agissent selon des vitesses plus élevées au cours de la modernité tardive qu'au cours des périodes précédentes¹⁹⁰¹ ? Dans cette perspective, les méthodes modernes d'interprétation, d'abord élaborée au sein du système européen de protection des droits de l'homme puis étendue à d'autres organes juridictionnels d'organisations internationales, constituent à notre sens une tentative de dépassement de cette conception classique de la mécanique interprétative. La méthode de la proportionnalité, par exemple, est utilisée par les juridictions internationales de manière à construire des relations plus adéquates entre les normes du système qu'elles ont la charge d'appliquer et l'ensemble complexe des systèmes juridiques spécialisés, chacun de ceux-ci sont dotés d'une masse institutionnelle différente et évoluent ou agissent à des vitesses différentes.

¹⁹⁰¹ *Infra.*, Partie 2, Titre 4, Chapitre 7 et 8

CONCLUSION CHAPITRE 6 :

755. L'apparition d'un contentieux des conflits de droits ou de normes ne résulte pas de l'échec des méthodes de neutralisation mises en oeuvre dans les procédures de production ou d'évaluation de la norme juridique, mais plutôt de leur succès. La neutralisation opérée par les procédures induit un effet de suspension et de report des contradictions hors de la phase d'élaboration abstraite du droit de la bioéthique. Ces dernières resurgissent sous la forme concrète du contentieux des conflits de normes et de droits. Cet effet de suspension de la contradiction et de son déplacement hors du champ de l'abstraction ou de la justification de la norme vers celui de l'application de celle-ci au contexte concret prend la forme de ce que Jacques Derrida nomme une « *différance* ».

756. Le traitement du contentieux des conflits de droits et des conflits de normes découle à titre principal de la volonté des parties. Ces dernières pourront notamment choisir la procédure susceptible d'assurer la résolution du litige qui les oppose. Deux types de procédures peuvent être sélectionnées par les parties : des procédures judiciaires mises en oeuvre par une instance juridictionnelle et des procédures parajudiciaires mises en oeuvre au sein de forums ne présentant pas les qualités d'une juridiction. Le choix d'un juge, d'un arbitre ou d'un forum alternatif emporte des conséquences sur les modalités de la résolution du litige et sur le traitement des objets qu'il recouvre, notamment en ce qui concerne la problématique des conflits de normes ou de droits. Au cours de ces procédures, judiciaires ou parajudiciaires, des méthodes de neutralisation des contradictions normatives peuvent être employées.

757. Ces procédures parajuridiques de résolution des litiges et les forums extrajudiciaires qui les mettent en oeuvre font l'objet d'une institutionnalisation progressive visant à délester la charge contentieuse pesant sur l'institution judiciaire. Elles remplissent une fonction de résolution amiable des litiges entre des personnes, publiques ou privées. Ces modes alternatifs de résolution des litiges présentent une flexibilité accrue et visent exclusivement l'adoption d'une solution acceptable par les parties. Leur objectif consiste à permettre aux parties de produire ensemble, à partir d'une procédure de décision consensuelle et selon des modalités et des règles qu'elles ont choisies elles-mêmes, une décision qui satisfait au mieux leurs intérêts respectifs. Ces procédures de résolution des litiges s'inscrivent dans une conception strictement performative de la justice. Cette dernière est alors conçue de manière « *dé ritualisé* », « *informelle* » et indépendante de tout

discours social. Cette « *privatisation* », ou cette désocialisation, de la résolution des litiges est fondée sur une démarche pragmatique et permet une contextualisation accrue de la solution construite sur le fondement exclusif des intérêts particuliers en jeu. De telles procédures emportent cependant la neutralisation des contradictions entre les fondements juridiques des prérogatives revendiquées par les parties. Le revers de cette privatisation de la résolution des conflits consiste à rendre impossible le traitement social du conflit et sa traduction dans l'ordre symbolique du système de valeurs.

758. Les MARL assurent une déformalisation du traitement des litiges et des relations juridiques entre les parties. Ce phénomène est présenté comme favorable aux intérêts de ces dernières, mais qui peu impliquer la reproduction des rapports de pouvoir en ne garantissant pas, à la différence de la procédure judiciaire, l'égalité des parties. Leurs effets se cantonnent à la réalité empirique de la relation concrète entre les parties et n'emportent pas d'effet direct sur le système juridique, son architecture ou sa cohérence formelle. Les procédures parajudiciaires ne participent pas aux mécanismes de formalisation du Droit. Toutefois, l'analyse de ces procédures et de l'usage social qui en est fait conduit à s'interroger sur l'impact de leur activité sur la problématique des contradictions normatives. Elles emportent des effets incidents dans le sens où elles absorbent les conflits entre des porteurs de droits, neutralisent les contradictions normatives et les soustraient à l'office du juge. Ce dernier, privé d'une part importante du contentieux ne peut se prononcer sur les conflits de normes que recouvrent les litiges.

759. Les procédures judiciaires de règlement des différends aboutissent à une décision rendue par une instance juridictionnelle, c'est-à-dire par un tiers impartial qui tranche le litige sur le fondement de règles de droit dont les parties ne peuvent disposer. La décision qui résulte d'une procédure judiciaire est dotée de l'autorité de chose jugée *voire*, selon le système juridique considéré, de l'autorité du précédent. Les procédures judiciaires sont les seules en mesure de résoudre les contradictions normatives précisément, car les décisions auxquelles elles aboutissent emportent des effets non seulement sur la relation juridique qui lie les parties, mais aussi sur la cohérence formelle et matérielle des systèmes juridiques. Toutefois, des limites structurelles et procédurales affectent la compétence des juges. Des limites, d'ordre constitutionnel ou statutaire, affectent les compétences des juges internes et internationaux au regard de leur capacité à traiter les contradictions normatives, conflits de normes ou de droits fondamentaux. Ces limites concernent notamment les compétences *ratione materiae et ratione personae* des juges internationaux qui exigent l'identité parfaite des parties pour se prononcer sur un conflit opposant deux traités, ou des juges internes de droit commun qui, dans certains systèmes nationaux, n'ont pas la compétence pour traiter les conflits entre des normes constitutionnelles et/ou des droits

fondamentaux. D'autres règles procédurales affectent la compétence du juge en matière de conflits de normes. Les règles relatives à la recevabilité des requêtes limitent l'étendue du contentieux soumis aux juges. Les garanties procédurales associées à certains droits fondamentaux sont également susceptibles d'affecter le traitement d'un conflit de normes par le juge interne ou européen. Enfin, les juges, en particulier les juges européens ou les juges constitutionnels des ordres internes, peuvent autolimiter leur compétence en refusant de trancher certaines questions relatives à un conflit normatif. Dans ce type d'hypothèse, nous constaterons que le juge européen des droits de l'homme se réfère à des éléments du contexte, notamment l'existence d'un consensus entre les États membres, pour justifier l'opportunité de limiter son intervention ou d'adopter un minimalisme judiciaire.

760. Des contraintes épistémiques et herméneutiques limitent la base décisionnelle au sein des procédures judiciaires, c'est-à-dire l'étendue des alternatives décisionnelles disponibles pour le juge. Ces limites prennent la double forme d'un paradigme herméneutique et favorisent dans l'esprit du juge une de précompréhension du texte qu'il doit interpréter. Le concept de paradigme revêt deux définitions. Dans un premier sens, il consiste en un ensemble de principes, de techniques, de modèles et de valeurs qui orientent la pensée scientifique pendant une période de temps déterminé. Cette première définition s'incarne dans la figure du législateur rationnel. Dans un second sens, un paradigme n'est qu'un élément de cet ensemble de principes, de techniques et de modèles, qui par sa capacité à être répété participent à former tacitement le comportement des scientifiques. Cette seconde définition correspond à la fonction de référentiel remplie par la présomption d'absence de conflit de normes au sein d'un système juridique. Dans un sens comme dans l'autre, ces limites épistémologiques préconfigurent l'interprétation du juge. En effet, la présomption d'absence de conflit ou la fiction du législateur rationnel conditionnent l'interprétation dans la mesure où elles réduisent la base décisionnelle de la procédure juridique aux seules interprétations de conciliation entre les normes concurrentes. Une telle posture conduit notamment à réduire le champ sémantique aux seuls dénominateurs communs des normes considérées, c'est-à-dire aux interprétations réciproquement conformes de l'une et de l'autre. Cette évacuation d'une partie des interprétations qui sont prédéterminées comme indisponibles s'apparente à « *un refoulement de l'interprétation* ». Les limites épistémologiques, structurelles et procédurales limitent le pouvoir du juge vis-à-vis du traitement du contentieux des conflits de droits et de normes. Plus précisément, elles représentent les limites du pouvoir formalisateur du juge et de la fonction juridictionnelle au sein d'un système juridique.

761. La comparaison des procédures, judiciaires et extrajudiciaires, de résolution des litiges met en lumière deux tendances fondamentales des procédures juridiques de

règlement des différends : la déformalisation et la formalisation. Les procédures extrajudiciaires se focalisent sur l'autonomie et les intérêts des parties et s'extraient, à cette fin, du formalisme des règles et des raisonnements juridiques. Ces procédures neutralisent les contradictions normatives par la déformalisation des processus décisionnels et la désocialisation du règlement des différends. À l'inverse, les procédures judiciaires de règlement des différends aboutissent à une décision publique, obligatoire pour les parties et fondée sur des normes juridiques dont ni elles, ni le juge ne disposent. Devant l'instance juridictionnelle, la procédure décisionnelle n'est pas celle du consensus, mais résulte au contraire d'un raisonnement juridique au sein duquel la cohérence formelle et matérielle du système juridique prend une part importante. Les effets attachés à la décision judiciaire dépassent les seuls intérêts des parties et participent aux mécanismes de formalisation des systèmes juridiques. C'est précisément en ce sens que les procédures judiciaires sont les seules capables de résoudre les conflits de normes et de droits, dans la mesure où elles aboutissent, au-delà de la solution apportée aux parties, à définir formellement et symboliquement les relations qu'entretiennent les fondements normatifs qui fondent les intérêts des parties. Dans cette perspective, « *la fonction du droit est d'assurer la prévisibilité indispensable d'une grande partie des interactions sociales* »¹⁹⁰². Pourtant, comme le remarque Jean Clam, « *le droit positif moderne ne peut remplir sa fonction qu'en se chargeant de médiatiser sa structure contradictoire, qui est celle d'un système défini formellement comme droit légal, souverainement altérable par le législateur d'une part, et d'intégrer à soi, en même temps, la programmation politique de finalités matérielles de prospérité et d'harmonisation des intérêts* »¹⁹⁰³. Ainsi, la formalisation et la déformalisation apparaissent comme « *les deux tendances fondamentales (...) complémentaires qui doivent toutes les deux être rationalisées et renforcées chacune dans son sens propre afin de pouvoir gérer l'intensification des interdépendances issues de la différenciation sociale. La rationalité de ce droit est systémique et non plus purement logique* »¹⁹⁰⁴. L'analyse des mécanismes de la résolution judiciaire des contradictions normatives, notamment à travers les exemples issus du contentieux des droits fondamentaux et du contentieux des conflits de normes et de systèmes juridiques internationaux, doit nous permettre de tester cette hypothèse.

¹⁹⁰² CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann, op. cit.*, pp p.52

¹⁹⁰³ *Id.*

¹⁹⁰⁴ *Id.*

CONCLUSION TITRE 3 /LES MÉTHODES PROCÉDURALES DE NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

762. Les contradictions normatives du droit international de la bioéthique comprennent les contradictions internes, conflits de valeurs et conflits de droits, et des contradictions externes, conflits de normes et de systèmes juridiques internationaux. Ces contradictions constituent un risque pour la sécurité des relations juridiques et la prévisibilité du fonctionnement des systèmes et des ordres juridiques. Ainsi, la prévention et le traitement de ces contradictions normatives apparaissent comme un enjeu majeur pour les institutions des systèmes juridiques spécialisées. Les États et les organisations internationales construisent des méthodes pour prévenir et résoudre ces contradictions. Celles-ci consistent principalement en des procédures décisionnelles. Toutefois, alors que la résolution des conflits de droits ou de normes s'opère par des procédures judiciaires de règlement des différends, la prévention de ceux-ci peut intervenir au cours des différentes étapes du processus normatif, depuis les procédures d'élaboration jusqu'aux procédures d'application des normes du droit international de la bioéthique. Par ailleurs, des méthodes d'évitement des conflits et des contradictions normatives peuvent relever de modes de régulation extra ou parajuridique qui concurrencent la régulation des pratiques biomédicales par le Droit. En effet, ces méthodes procédurales peuvent être mises en œuvre par deux types d'acteurs : d'une part des acteurs institutionnels, autorités administratives et juridictions nationales ou internationales, instances arbitrales, comités d'éthique nationaux, internationaux et hospitaliers, comités spécialisés d'organisations internationales, et, d'autre part, des acteurs non institutionnels tels que les médiateurs ou les conciliateurs privés. En outre, les méthodes de neutralisation des contradictions normatives sont similaires d'un système juridique à l'autre et il convient de les aborder de manière synthétique. Ces méthodes procédurales peuvent être distinguées en fonction de l'acteur qui les met en œuvre et du moment où elles sont employées. Ainsi, à des fins pratiques, nous avons choisi d'analyser d'une part les méthodes procédurales de neutralisation mises en œuvre avant la survenance d'un conflit de droits ou de normes sous la forme d'un contentieux et, d'autre part, les méthodes de neutralisation mises en œuvre au cours des procédures judiciaires et parajudiciaires de règlement des différends.

763. Avant l'apparition d'un contentieux relatif à un conflit de droits ou de normes, les États et les organisations internationales peuvent mobiliser des méthodes qui visent à les prévenir. À cette fin, ils se dotent d'organes administratifs tels que des comités spécialisés ou des agences sanitaires. Ces organes sont polymorphes, mais apparaissent dans le contexte d'une crise de la régulation juridique dont le traitement des questions bioéthiques est emblématique. Ils naissent directement de la nécessité pour les États et les organisations internationales de recourir à l'expertise éthique, scientifique, juridique et technique. À cette fin, ces organes ont des statuts atypiques et sont composés sur le fondement des principes de pluralisme, de pluridisciplinarité et d'indépendance. Les comités d'éthique élaborent, interprètent et adaptent le contenu des normes du droit de la bioéthique à la réalité des pratiques sociales liées à l'utilisation des biotechnologies. Ces derniers opèrent auprès de certaines organisations internationales ou régionales, auprès des États et des établissements de santé ou de recherche. Les agences sanitaires sont des autorités administratives indépendantes qui gèrent le risque sanitaire par la vérification et la sanction des normes juridiques relatives à la production et la commercialisation des biotechnologies. En Europe, ces agences s'organisent en un réseau sous l'égide de l'EMA afin d'assurer, *via* des procédures d'autorisation de mise sur le marché, le contrôle de la fiabilité et de la sécurité des produits de santé distribués sur le marché communautaire. Le système européen d'évaluation des médicaments et des biotechnologies organise un double niveau de concurrence réglementaire, d'une part entre les agences nationales, et, d'autre part entre les procédures, centralisée ou décentralisée, d'autorisation de mise sur le marché. Enfin, le comité SPS constitue un organe de la structure administrative de l'OMC qui participe à la formulation du sens des concepts indéterminés présents au sein des dispositions des traités commerciaux multilatéraux.

764. Toutes ces instances décident au moyen d'une procédure consensuelle. La procédure décisionnelle du consensus ne permet pas de résoudre les contradictions normatives. Au contraire, en vue de rendre possible, entre les divers experts et participants, une décision ponctuelle, la méthode du consensus induit une suspension provisoire des conflits de valeurs et des contradictions normatives. Ces instances administratives assurent à la fois des fonctions quasi normatives ou quasi juridictionnelles, qui consistent tantôt en l'élaboration des contenus normatifs tantôt en l'application et l'interprétation des normes juridiques du droit international de la bioéthique, et une fonction politique qui consiste à légitimer les décisions et l'action publique en assurant la représentation des intérêts qu'elles concernent. Ces comités spécialisés et ces agences sanitaires incarnent des figures de l'autorité en ce sens que leur fonction consiste à autoriser et à légitimer l'action d'un tiers, acteur public ou privé. Les comités d'éthique nationaux et internationaux participent à la

justification et la légitimation substantielles des normes du droit de la bioéthique et de l'action du législateur. Les comités d'éthique cliniques évaluent et autorisent les protocoles de soins ou de recherches menées par des tiers, promoteurs ou firmes pharmaceutiques, professionnels de la santé et de la recherche. De même, les agences sanitaires autorisent, après évaluation, la commercialisation sur le marché, national ou communautaire, des médicaments et des biotechnologies par des personnes morales de droit privé. Ces autorités disposent d'un pouvoir, qui en lui-même demeure impuissant et qui doit emprunter à un tiers les moyens pour mener son action : les comités d'éthique n'ont pas de compétence pour produire les normes juridiques, le comité SPS ne dispose pas des compétences pour produire des interprétations contraignantes, enfin, les agences sanitaires ne disposent pas des moyens, matériels, humains et financiers, pour produire elle-même les informations nécessaires à l'évaluation d'une biotechnologie ou d'un produit de santé et sont dépendantes des industriels qui leur versent des redevances et leur fournissent les informations relatives à leurs produits. Ces organes administratifs des systèmes juridiques exemplifient la structure bipolaire de la machine gouvernementale et du concept de pouvoir qui distingue autorité et puissance. L'analyse de leurs décisions met en lumière la fonction duale des règles procédurales. Celles-ci assurent à la fois une neutralisation temporaire des contradictions normatives et la légitimation politique des décisions produites.

765. Une approche sociologique des procédures, considérées comme des forums interactionnels ou des systèmes sociaux auxquels participent des représentants de l'autorité publique, des professionnels privés, des représentants de groupements d'intérêts ou des personnes morales de droit privé, rend compte de leur fonction de légitimation vis-à-vis des décisions produites par les autorités publiques. Toutefois, à la différence d'une conception substantielle ou rationaliste de la légitimité, l'approche sociologique promeut un concept de légitimité fondé sur une appréciation comportementaliste. La légitimation par la procédure ne consiste pas dans la production d'un consensus rationnel sur des valeurs communes entre les participants, mais plutôt à transformer leurs personnalités et les représentations qu'ils se font de leurs intérêts en vue de leur faire accepter les décisions produites comme prémisses de leurs comportements futurs. Cette transformation est produite par l'organisation de la communication entre les participants et par l'institution de rôle que ces derniers endossent au sein du système procédural. L'organisation de la communication entre les participants repose sur la méthode du consensus et l'endossement de rôle qui permettent la désubstantialisation des contradictions normatives et la fongibilité des conflits de valeurs, conçues *in abstracto*, en des conflits d'intérêts entre les participants qui les représentent de manière concrète et contextualisée. Ces participants expriment leurs préférences et procèdent à des sélections entre différentes alternatives décisionnelles en

fonction d'intérêts particuliers et non en termes de valeurs. Ces conflits d'intérêts sont alors traités de manière dialogique et dynamique en vue de produire une décision socialement acceptable. Cette approche de la procédure révèle ainsi le couplage opérationnel de deux types de normativité différents : la normativité juridique s'appuie en effet sur une normativité de type disciplinaire afin de garantir son effectivité et sur une normativité de type symbolique pour assurer sa stabilité. En effet, ce n'est pas sous l'effet d'une contrainte extérieure que les participants à la procédure acceptent les décisions produites comme prémisses de leurs comportements, mais sous l'effet d'une discipline intériorisée. Ce couplage apparaît, au même titre que la distinction entre substance et procédure, comme un corollaire de la conception normative et dialectique de l'Homme au fondement des sociétés démocratiques qui distingue l'être digne de l'agir autonome. Cette scission entre ontologie et *praxis* s'inscrit au coeur de la philosophie occidentale et de la généalogie du concept de pouvoir ou de souveraineté et trouve une traduction dans la structure des mécanismes de régulation des biotechnologies qui s'organisent autour de la coordination de l'autorité publique et de la puissance privée.

766. Envisagée du point de vue de la complétude formelle des systèmes juridiques, la fonction de neutralisation remplie par les normes procédurales peut être appréciée différemment, notamment à travers l'étude des règles procédurales de résolution des conflits de normes. Les règles de résolution des conflits de normes constituent des normes procédurales qui permettent de prévenir la réalisation de conflits entre les normes du système auxquels elles appartiennent et avec celles appartenant à d'autres systèmes juridiques. Les règles générales de résolution des conflits de normes reposent sur des critères formels qui déterminent un ordre de priorité non équivoque entre deux traités, mais sont peu adaptées au fonctionnement du droit international contemporain. Les règles spéciales, au contraire, favorisent l'interprétation et la contextualisation des décisions produites. Ces dernières peuvent prendre la forme de dispositions qui définissent, de manière ouverte, les exceptions générales à l'application des normes du système considéré. Ces règles spéciales de résolution des conflits permettent à un système de reproduire, sous la forme d'une opération qui lui est propre, la fixation de la frontière avec son environnement normatif et la manière dont il peut l'influencer. À ce titre, elles constituent des « clôtures autopoïétiques » au sein de ces systèmes juridiques. Ainsi, la fixation de cette frontière n'apparaît plus comme le résultat de contraintes ou de rapports de puissance extérieurs, mais plutôt comme une discipline interne à chacun des systèmes qui utilisent ces règles de conflit. En ce sens, elles assurent, au fil de chaque opération du système, son autoreproduction et son autonomisation, c'est-à-dire son effectivité. Cette approche systémique doit être nuancée dans la mesure où elle conduit à assimiler totalement

l'ontologie d'un système dans sa *praxis*, c'est-à-dire qu'elle réduit l'appréciation de sa cohérence axiologique à celle de sa complétude formelle et désintègre l'essence d'un système dans la fonction, concrète et actuelle, qu'il remplit par la succession de ses procédures décisionnelles. Une telle conception crée l'illusion que les systèmes juridiques fonctionnent de manière mécanique et sont imperméables aux influences des autres systèmes ou aux stratégies des acteurs qui participent à leurs procédures décisionnelles. Pourtant ces acteurs ne sont pas impuissants face aux systèmes juridiques et aux mécanismes de régulation. Outre l'influence des groupements d'intérêts lors de l'élaboration ou l'interprétation des contenus normatifs, les acteurs sociaux, personnes physiques et morales, mettent en œuvre des stratégies qui visent à promouvoir leurs intérêts particuliers dans le règlement des contentieux qui les opposent. Enfin, nous constaterons que les variations qui accompagnent l'utilisation de ces règles spéciales par les juridictions internationales des systèmes juridiques spécialisés expriment l'identité substantielle de ces derniers et promeuvent leur autonomie procédurale.

767. Après l'apparition d'un contentieux, d'autres méthodes peuvent être mobilisées, au cours des procédures de règlement des différends, pour neutraliser les conflits de droits et les conflits de normes et surseoir à leur résolution. L'apparition d'un contentieux relatif aux conflits de droits et aux conflits de normes dans le domaine de la bioéthique est le résultat de la neutralisation des contradictions au cours des phases précédentes du processus normatif. En effet, les procédures consensuelles d'élaboration et d'application non contentieuse des normes du droit de la bioéthique diffèrent les contradictions normatives et les déplacent hors du champ de l'abstraction vers celui des relations concrètes entre les sujets de droit. Les sujets de droit décident du mode de règlement des différends qui les opposent. À ce titre, ils utilisent, pour satisfaire leurs intérêts, la concurrence entre les procédures judiciaires qui découlent des modes de régulation juridique et les procédures alternatives de règlement des différends qui découlent des modes de régulation parajuridiques. Le choix de la procédure et du forum emportent des conséquences importantes sur les modalités de règlement d'un différend relatif à une contradiction normative.

768. Ces procédures extrajudiciaires et les forums privés qui les mettent en œuvre sont progressivement institutionnalisés par les instruments juridiques nationaux et internationaux en vue de soulager la charge contentieuse pesant sur les institutions judiciaires et favoriser une résolution amiable des litiges, flexible et adaptée aux circonstances du contexte. L'objectif de ces modes alternatifs de résolution des litiges consiste à favoriser la coproduction par les parties d'une décision consensuelle et contextualisée qui satisfait au mieux leurs intérêts respectifs. À ce titre, ces procédures

procèdent à la neutralisation des contradictions normatives en s'émancipant, sous l'effet de la volonté des parties, du caractère contraignant des règles juridiques. Les décisions qui en résultent sont privées et n'emportent pas d'effet normatif. Au contraire, elles concernent exclusivement les relations matérielles entre les parties. Ces procédures reposent sur une conception privée de la justice, individualisée, performative et informelle. L'apparition de ces procédures concurrence les procédures judiciaires et implique une désocialisation de la résolution des litiges privés qui rend impossible tout traitement social des contradictions normatives. Les sujets de droit disposent, grâce à ces procédures, de l'opportunité de soustraire leurs différends, et les contradictions normatives qu'ils peuvent recouvrir, à l'office du juge.

769. À l'inverse, les procédures judiciaires de règlement des différends supposent que le litige soit apprécié par un organe juridictionnel, au regard de normes juridiques qui garantissent l'égalité entre les parties devant le juge et dont elles ne peuvent disposer. La décision à laquelle aboutit une procédure judiciaire de règlement des différends emporte des effets normatifs, non seulement parce que cette décision est contraignante vis-à-vis des parties, mais également, car elle peut conduire à modifier l'architecture d'un système juridique et les relations entre les normes de droit. Néanmoins, de nombreuses limites affectent la compétence des juridictions, nationales et internationales, au regard du traitement des contradictions normatives. Les normes procédurales qui définissent les compétences des juridictions et les conditions de recevabilité des requêtes, qu'elles soient d'origine constitutionnelle, légale ou conventionnelle, limitent l'étendue du contentieux soumis au juge et sa capacité à percevoir et résoudre des conflits de droits ou de normes. Mais, de plus, les juges nationaux et internationaux sont également susceptibles d'autolimiter leur compétence en matière de résolution des contradictions normatives en adoptant des interprétations minimalistes. Des limites épistémologiques et herméneutiques réduisent ainsi les alternatives décisionnelles auxquelles peuvent aboutir les procédures judiciaires. Ces limites prennent la forme d'un paradigme herméneutique qui conditionne l'interprétation des normes des systèmes juridiques et qui se personnifie dans la figure du législateur rationnel ou s'incarnent sous la forme d'une présomption d'absence de conflit de normes.

770. Le droit international de la bioéthique associe des techniques juridiques et parajuridiques de régulation des pratiques relatives aux biotechnologies. À ce titre, il mobilise des principes et des modes alternatifs de règlement des différends. La comparaison de ces deux types de procédures de résolution des litiges entre les sujets de droit met en lumière deux tendances fondamentales des procédures juridiques de règlement des différends : la déformalisation et la formalisation. La médiation, comme les modes

alternatifs de règlement des différends qui reposent sur la méthode du consensus et la satisfaction des intérêts privés des parties, neutralise les contradictions normatives et désocialise la résolution des différends. Au contraire, les procédures judiciaires ou juridictionnelles de règlement des différends aboutissent, à l'issue d'un débat contradictoire et sur le fondement de normes juridiques indisponibles pour les parties, au jugement public et obligatoire d'un tiers impartial qui doit motiver ses décisions au regard des exigences de la cohérence matérielle et de la rationalité formelle. Les décisions des juridictions emportent des effets qui dépassent les intérêts des seules parties, mais concernent également les rapports entre les normes juridiques qu'elles interprètent. À ce titre, les procédures juridictionnelles de règlement des différends peuvent constituer des mécanismes de résolution des contradictions normatives et de formalisation des systèmes juridiques. Dès lors, il s'agit d'analyser ces procédures juridictionnelles afin d'y déceler les méthodes employées par les juges et les arbitres pour résoudre les contradictions normatives du droit international de la bioéthique.

TITRE 4 : LES PROCÉDURES JURIDICTIONNELLES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET LA RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

771. Le caractère plurivoque des relations de pouvoirs agissant au sein des systèmes procéduraux d'élaboration et de production des normes juridiques nationales et internationales comme la nécessaire suspension des considérations axiologiques afin de parvenir à une décision acceptable par l'ensemble des participants, implique la formulation *in abstracto* de normes générales entre lesquelles des conflits peuvent apparaître au moment de leur application et de leur réalisation effective. Les procédures de prévention et de neutralisation des contradictions n'emportent pas l'extinction du phénomène de la conflictualité normative. Au contraire, dans le contexte du droit de la bioéthique et du système des droits fondamentaux, les contradictions tant internes qu'externes se perpétuent et resurgissent devant les instances juridictionnelles lors de la résolution de litiges interétatiques, entre personnes privées où opposant un particulier à un État. En effet, ces contradictions résultent non seulement de la structuration interne du système des droits fondamentaux et du caractère dialectique de son axiologie, mais aussi du rôle d'interface que le système des droits fondamentaux tend à exercer, au moyen de sa structure externe, entre différents systèmes juridiques.

772. Le droit international de la bioéthique constitue l'application des droits fondamentaux au domaine des activités biomédicales. Dans ce corpus cohérent, mais dont l'évolution est dialectique et non-linéaire, les contradictions normatives assument explicitement un rôle déterminant vis-à-vis de son application¹⁹⁰⁵. La visibilité des multiples rapports entre, l'être et l'agir, la substance et la procédure, universalité et relativisme, individualité et collectivité, fait du droit international de la bioéthique un parfait objet d'étude pour celui qui tente de comprendre le rôle des contradictions normatives et de la dialectique dans le fonctionnement et l'évolution des systèmes juridiques contemporains et de l'ordre juridique international.

¹⁹⁰⁵ Article 27 Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme ; Article 25 de la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme ; Article 26 et 27 de la Convention d'Oviedo pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine

773. La résolution, *in concreto*, des contradictions normatives est principalement l'œuvre des juges. En effet, les juges et les arbitres, que leurs compétences relèvent d'un ordre juridique national ou d'un système juridique du droit international, sont les interprètes privilégiés des normes et de leurs relations. Leur fonction exige qu'ils appliquent les normes du système juridique dont ils tirent leurs compétences tout en ménageant à la fois la légitimité de leurs solutions, et la cohérence de l'ordre juridique au sein duquel ils se situent. La manière dont les juges appréhendent ces contradictions normatives nous renseigne particulièrement à cette fin. De quels outils disposent-ils pour résoudre ces contradictions et comment les utilisent-ils ? Les méthodes qu'ils emploient diffèrent-elles en fonction du caractère interne ou externe des contradictions qu'ils rencontrent ? En d'autres termes, les méthodes de résolutions des conflits de droits fondamentaux diffèrent-elles des méthodes de résolution des conflits de normes juridiques internationales ? Ces méthodes de résolution diffèrent-elles en fonction du juge saisi par les parties au litige ? Et, si tel est le cas, que préfigurent ces différences ou ces variations ?

774. Les méthodes de résolution sont des constructions prétoriennes et apparaissent, dans leurs différentes combinaisons, comme le résultat de raisonnements typiquement dialectiques. En outre, les méthodes de résolutions des contradictions *internes* du droit international de la bioéthique, ou les conflits de droits fondamentaux, et celles utilisées pour résoudre les contradictions *externes* qu'il peut entretenir avec d'autres régimes juridiques spécialisés, ou conflits de normes, présentent des similitudes flagrantes. Le rôle de la mise en balance des intérêts, de l'examen de la proportionnalité, du contrôle de la marge nationale d'appréciation comme les combinaisons dont font l'objet ces différentes méthodes se retrouvent systématiquement dans la résolution des contradictions non antagoniques devant l'immense majorité des juges nationaux et internationaux. Agissant telle une boucle de rétroaction, le complexe méthodo-logique qui résulte de ces combinaisons a pu être décrit comme une démarche « *pragma-dialectique* » et constitue une réélaboration du formalisme des raisonnements judiciaires et de l'interprétation juridique¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁶ Dans cette perspective, le raisonnement des juges s'apparente à une démarche rhétorique et s'alimente d'une discussion critique avec les parties sur le contenu et les relations entre les normes qui fondent leurs prérogatives. cf. FETERIS (E.), « Weighing and Balancing in the Justification of judicial decision », *Informal Logic*, vol.28, 2008, n°1, pp.20-30 ; FETERIS (E.), « A Pragma-Dialectical Approach to Legal Discourse », *Informal Logic*, vol. 15, 1993, n° 3, pp.180-188 ; FETERIS (E.), « A dialogical theory of legal discussions : Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation », *Artificial Intelligence and Law*, n°8, 2000, p.115-135

CHAPITRE 7 : LES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE RÉSOLUTIONS DES CONTRADICTIONS INTERNES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

775. Les contradictions internes du droit de la bioéthique reposent sur l'interdépendance et le caractère parfois conflictuel des principes éthiques que ses instruments consacrent. Ces principes apparaissent comme le fondement d'un certain nombre de droits fondamentaux, de nature subjective, collective ou objective, et qui, dans certaines circonstances, sont susceptibles d'entrer en conflit les uns avec les autres. Les contradictions normatives internes du droit de la bioéthique trouvent leur source dans les conflits de valeurs et se manifestent par l'émergence de conflits de droits fondamentaux. Les contradictions entre normes juridiques peuvent être réglées par l'établissement d'un rapport formel entre celles-ci. Cette méthode, classique, consiste à élaborer des règles de conflits ou règles de priorité afin de résoudre *in abstracto* les contradictions futures entre les normes concernées. Pourtant, l'idée même de droit fondamental suppose que ceux-ci soient situés au sommet de la hiérarchie des normes et qu'ils ne puissent être complètement obliérés au profit d'une autre norme, fût-elle constitutionnelle. Ainsi, lorsqu'un conflit entre deux droits fondamentaux apparaît, celui-ci prend pour support un conflit entre deux normes qui entretiennent, *a priori*, un rapport formel d'égalité. L'une des options consiste à établir un rapport principe/exception au sein même de la disposition consacrant un droit. La reconnaissance de la relativité d'un droit facilite sa mise en rapport avec les autres éléments du système des droits fondamentaux. À l'image de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit international de la bioéthique s'inscrit dans cette perspective, par la consécration expresse de l'interdépendance des principes éthiques et de l'indivisibilité des droits. Lorsque de telles règles de conflit existent, la tâche du juge est facilitée dans la mesure où celui-ci disposera d'une norme de référence pour justifier sa compétence et résoudre le conflit entre deux droits.

776. Cependant, en matière de conflit de droits fondamentaux, il n'existe pas de règle explicite fixant des rapports hiérarchiques ou prioritaires entre les droits. Au contraire, l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme est éclairant à cet égard : lorsque la norme juridique qui consacre un droit prévoit des exceptions, ou lorsque la jurisprudence interprète une disposition dans le sens de la reconnaissance d'exceptions à son principe, l'établissement de ce rapport, entre le droit et sa négation, s'opère par le recours au concept indéterminé de « *restriction nécessaire dans une société* »

démocratique ». Dès lors, le juge se trouve dans une situation complexe dans la mesure où les prétentions de chaque partie seront fondées sur des normes valides, de rang égal dans l'ordre juridique considéré et que la règle de conflit de normes ne lui fournit pas de solution non équivoque. En d'autres termes, le juge sera placé dans une situation où les critères de résolution contenus dans la règle formelle sont eux même indéterminés vis-à-vis de leur contenu. Le concept de « *restriction nécessaire dans une société démocratique* » permet au juge, à la fois de donner une base textuelle à la reconnaissance de la conflictualité entre les droits fondamentaux, mais encore de fonder sa compétence pour contrôler l'activité des États en matière de résolution des conflits de droits. À ce titre, on remarque que le mouvement dit de « *déformalisation* » du droit ne concerne pas uniquement les modes alternatifs de résolution des litiges, méthodes de résolution plus soucieuses de la satisfaction des parties que de l'administration de la justice. Au contraire, ce mouvement est également à l'œuvre dans le raisonnement des juges qui, confrontés à la problématique de l'existence des contradictions normatives et en l'absence de règle de conflit claire, construisent des méthodes d'interprétation originales et puisent dans le contexte de la situation d'espèce les éléments propres à construire et motiver leur décision.

777. Nous nous concentrerons sur le système européen de protection des droits fondamentaux dans la mesure où celui-ci apparaît comme « *le plus achevé* »¹⁹⁰⁷ et celui au sein duquel les conflits de droits fondamentaux apparaissent le plus ostensiblement. Toutefois, une partie de la doctrine remarque qu'on retrouve, en matière de contentieux des droits fondamentaux, des phénomènes similaires à l'œuvre dans les systèmes juridiques continentaux, notamment en Allemagne, comme dans les systèmes de *common law*, en particulier devant les juridictions américaines¹⁹⁰⁸ et canadiennes¹⁹⁰⁹. En effet, la

¹⁹⁰⁷ SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7e éd. Refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 289, p.531

¹⁹⁰⁸ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux : Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.18 ; Voy. ég. La doctrine américaine sur ce thème : THORNTON (J.E.), « Balancing Various Community Interests : Should This Be Part of the Judicial Function? », *American Bar Association Journal*, juin 1949, vol. 3, pp.473-475 ; LENCKNER (T.), « The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification », *Brigham Young University Law Review*, 1986, pp.645-669 ; PORAT (I.), « The Dual Model of Balancing : A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law », *Cardozo Law Review*, vol.27 n°3, pp.1393-1447, spé. pp.1427-1433 ; YARBROUGH (T.E.), « Press Privilege Claims and Balancing Doctrine », *Alabama Law Review*, vol.31, n° 3, 1980, pp.523-546 ; MCFADDEN (P. M.), « The Balancing Test », *Boston College Law Review*, vol.29, 1987*1988 ; pp.586-661 ; SULLIVAN (K.N.), « Post-liberal Judging : The Roles of Categorization and Balancing », *University of Colorado Law Review*, 1992, vol. 63, pp.293-320 ; Dans le sens de Sullivan voy. ég. NAGEL (R.F.), « Liberals and Balancing », *University of Colorado Law Review*, 1992, vol. 63, pp.319-326 ; COFFIN (F.M.), « Judicial Balancing : The Protean Scales of Justice », *New-York University Law Review*, 1988, vol.63, pp.16-42 ; GOTTLIEB (S. E.), « The Paradox of Balancing Significant Interests », *Hastings Law Journal*, 1993-1994, vol. 45, pp.825-866

¹⁹⁰⁹ JEZEQUEL (M.), « Conflits de droits : dilemme pour les juges ou simple mécanique juridique ? », *Journal du Barreau du Québec*, vol.39, n° 10, octobre 2007, pp.1-3 ; PAVLAKOS (G.), « Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol.

conciliation des droits fondamentaux à l'aide de la méthode de la pesée ou de la balance des intérêts n'est pas un phénomène nouveau. Comme le note Olivier de Schutter, cette méthode apparaît de manière implicite dès 1939 dans les décisions de la Cour Suprême des États-Unis¹⁹¹⁰, puis de manière explicite dès les années 1950¹⁹¹¹. Néanmoins, si cette problématique a donné lieu à divers travaux parmi les constitutionnalistes anglo-saxons¹⁹¹² et germanophones¹⁹¹³, il est étonnant de constater que la doctrine francophone n'a pas perçu, jusque récemment¹⁹¹⁴, l'importance de ces questions.

778. En ce qui concerne l'étude des contradictions internes du droit international de la bioéthique, le choix du système européen de protection des droits fondamentaux se justifie notamment par le fait que le juge européen des droits de l'homme utilise la Convention d'Oviedo et les déclarations de l'UNESCO relatives à la bioéthique pour interpréter et développer le contenu des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁵. Le lien établi entre la Convention d'Oviedo et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est particulièrement ténu, il s'agit d'un lien de filiation¹⁹¹⁶. L'article 29 de la Convention d'Oviedo consacre la possibilité, pour la Cour européenne des droits de l'homme, de donner des avis consultatifs sur l'interprétation

XXIV, n°1, janvier 2011, pp.129-153 ; PILDES (R.H.), « The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing », *Revue d'Études Constitutionnelles*, 2001-2002, vol. 6, n° 2, pp.179-212 ; WEBBER (G.C.N.), « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, pp.179-204

¹⁹¹⁰ *Schneider v. State*, 308 U.S., 147, 161, in DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.4

¹⁹¹¹ *Barenbatt v. United States*, 360 U.S., 109, 126 (1959) ; *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 51 (1961). In *Ibid.* p.4

¹⁹¹² HENKIN (L.), « Infallibility under Law : Constitutional Balancing », *Columbia Law Review*, vol.78, 1978 pp.1022-1052 ; LUIZZI (V.), « Balancing of Interests in Courts », *Jurimetrics Journal*, 1979-1980, vol.20, pp.373-406 ; PROCACCINO (J.A. Jr.), « Autonomy, Consent, and the Conflict of Rights in Health Care », *The Air Force Law Review*, 1990 n°3, pp.183-192 ; CALI (B.), « Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions », *Human Rights Quarterly*, 2007, vol.29, pp.251-270 ; FAIGMAN (D.L.), « Madisonian Balancing : A Theory of Constitutional Adjudication », *Northwestern University Law Review*, vol.88 n°2, 1993-1994, pp.641-696 ; DU BOIS (F.), « Rights trumped? Balancing in constitutional adjudication », *Acta Juridica* 2004, University of Cape Town, pp.155-184

¹⁹¹³ ALEXY (R.), « Balancing, Constitutional Review, and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005-3, pp.572-583 ; à propos du débat entre J. Habermas et R. Alexy : GREER (S.), « Balancing » and the European Court of Human Rights : A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *Cambridge Law Journal*, vol.63, n°2, juillet 2004, pp.412-434 ; MARAUTHN (T.) et RUPPEL (N.), « Balancing Conflicting Human Rights : Konrad Hesse's Notion of « Praktische Konkordanz » and the German Federal Constitutional Court », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.273-296 ; MAES (E.), « Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights », in *Id.*, pp. 69-100 ;

¹⁹¹⁴ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », *Rapport du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination à la DG de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances*, Publications de l'Union européenne, 2010, Luxembourg, 96p.

¹⁹¹⁵ Cour EDH, *Evans c. R.U.*, arrêt de la Grande Chambre du 10 avril 2007, Requête n° 6339/05, §50-53.

¹⁹¹⁶ BÉLANGER (M.), « Le système d'Oviedo et l'établissement d'un nouvel ordre européen de la bioéthique », *JIB*, vol.15, 2004/22-3, pp.86 (73-87)

de la Convention européenne de biomédecine¹⁹¹⁷. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa fonction contentieuse, peut être saisie de situations juridiques soulevant des questions entrant dans le champ de compétence de la Convention d'Oviedo¹⁹¹⁸. À ce titre, les juges de Strasbourg assurent une régulation des relations de conflit entre les droits fondamentaux dans le domaine biomédical¹⁹¹⁹.

Section 1 : Le juge comme acteur de la régulation des rapports entre les droits fondamentaux

779. Que le juge apparaisse comme l'acteur principal de la résolution des conflits de droits fondamentaux tient probablement au fait que cette conflictualité repose sur l'impossibilité, pour le législateur, de prévoir toutes les situations concrètes d'application des normes ni toutes les modalités d'exercice que sont susceptibles de recouvrir les différents droits¹⁹²⁰. Les méthodes d'interprétation destinées à permettre la définition progressive du concept indéterminé de « *restriction nécessaire dans une société démocratique* » participent à la déformalisation du raisonnement judiciaire et se présentent comme une alternative face aux carences d'un raisonnement légaliste ou formel¹⁹²¹. Cette déformalisation peut être perçue comme « *l'échec du modèle de la Règle* »¹⁹²². Dès lors, « *l'évolution du droit ne fait que refléter les limites d'une conception formaliste de la rationalité, devenue aujourd'hui d'autant moins défendable que s'est complexifiée la*

¹⁹¹⁷ Article 29 de la *Convention européenne de Biomédecine*

¹⁹¹⁸ BÉLANGER (M.), « Le système d'Oviedo et l'établissement d'un nouvel ordre européen de la bioéthique », *op. cit.*, p.87

¹⁹¹⁹ Sur les interactions normatives entre la Convention d'Oviedo et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et sur les effets de la Convention d'Oviedo sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Cf. BYK (C.), « Pour un paysage juridique recomposé : la bioéthique, facteur de (re)construction du droit ? », *JIB*, 1997, n° 1-2, p.35

¹⁹²⁰ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p.9. L'auteur estime que : « *En son centre, l'émergence de la technique de la pondération des intérêts constitue la place d'une impossibilité : celle qu'éprouve l'auteur de la règle appliquée à prévoir l'ensemble des cas d'application, et ainsi à envisager sa formulation avec à l'esprit toutes les hypothèses de conflits que la situation d'application pourrait faire surgir* ». ; voy. ég. FRYDMAN (B.), *Les transformations du droit moderne*, Kluwer éditions juridiques de Belgique, Bruxelles, 1999, (135p.), pp.38 et s. ; voy. ég. Les développements doctrinaux sur la notion de législateur rationnel : NOWAK (L.), « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation », in *Logique et Analyse*, mars 1969, pp.65-96 ; ZIEMBINSKI (Z.), « La notion de rationalité du législateur », in *Archive de philosophie du droit*, 1978 ; pp.175-187 ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp.100 et s. ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p.406

¹⁹²¹ En effet, compte tenu de l'indétermination du concept de « *restriction nécessaire dans une société démocratique* », l'utilisation d'un raisonnement légaliste ou formel ne permet pas, à lui seul, de découvrir une solution à un conflit de droits fondamentaux.

¹⁹²² *Id.*

société dont il [le droit] prétend régir les interactions »¹⁹²³. Dans son ouvrage, *Flexible Droit*, Jean Carbonnier remarquait déjà que « le droit déborde de partout la notion de règle. Il y a toute une part du droit qui ne tient pas dans des commandements abstraits, généraux et permanents, mais qui est faite de décisions individuelles, de jugements spontanés et sans lendemain »¹⁹²⁴. L'émergence des conflits de droits fondamentaux, le rôle prépondérant du juge et de la contextualisation de son raisonnement en la matière ne font que démontrer cette hypothèse.

780. Le rôle du juge est ainsi double. Il est, d'une part, l'acteur principal de la résolution des conflits normatifs insérés dans des litiges. Dans cette perspective, le rôle du juge consiste à reconnaître et expliciter l'existence d'une contradiction normative. D'autre part, la résolution du litige et de la contradiction normative qu'il peut soulever suppose, pour ce dernier un effort de mise en cohérence du système des droits fondamentaux qui dépasse le cadre du litige qui lui est soumis.

§1. La résolution in concreto des conflits de droits fondamentaux par le juge européen des droits de l'homme

781. Le rôle du juge comme acteur privilégié de l'internormativité, ou de la « régulation des flux normatifs »¹⁹²⁵, est aujourd'hui largement reconnu. Aude Rouyère précise notamment, à propos des phénomènes d'internormativité propres au droit de la bioéthique, que « le juge intervient comme un acteur essentiel de cet échange » et que « l'interaction [entre les normes] fonctionne à partir et grâce aux paramètres de l'épreuve juridictionnelle »¹⁹²⁶. Celui-ci confère, par l'interprétation, une signification à la règle textuelle composée de concept(s) indéterminé(s). L'auteur estime que l'interprétation est un « acte de volonté et non acte de connaissance » qui « fait du juge le sélectionneur privilégié des sources de la création normative »¹⁹²⁷. En outre, « le raisonnement de qualification juridique, qui commande le choix de la norme applicable à partir d'une

¹⁹²³ *Id.*

¹⁹²⁴ CARBONNIER (J.), *Flexible Droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1988, pp.20-21

¹⁹²⁵ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp.16 et s. voy. ég. DELMAS-MARTY (M.), « Avant propos », in *Id.*, p.6-7

¹⁹²⁶ ROUYERE (A.), « Le juge et les interactions normatives », in DUPRAT (J.P.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, 2002, Paris, pp.143 ; Voy. ég. TURGIS (S.), *Recherche sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Thèse soutenue le 29 septembre 2009, s.d. FLAUSS (J.F.), Université Panthéon-Assas, Paris (647p.)

¹⁹²⁷ ROUYERE (A.), « Le juge et les interactions normatives », *op. cit.*, pp.143

catégorisation, opère en sens inverse un travail sur les principes éthiques »¹⁹²⁸. Enfin, on peut remarquer que le rôle du juge dans les phénomènes d'internormativités est d'autant plus marqué lorsque sont en cause des ensembles de normes juridiques comme ce peut être le cas en matière de conflit de droits fondamentaux.

782. Le contentieux de la recherche biomédicale, et, plus largement, le contentieux relatif à l'utilisation des biotechnologies est rare. En France, par exemple, on comptait en janvier 2010, seulement quinze décisions rendues par les juridictions judiciaires et administratives¹⁹²⁹. Celles-ci s'articulent principalement autour de la vérification de l'obligation d'information¹⁹³⁰ et l'incertitude relative au lien de causalité entre, d'une part, la faute d'un investigateur scientifique, d'un promoteur d'une recherche ou de l'intervenant médical, et, d'autre part, le dommage subi par la victime¹⁹³¹. Plusieurs affaires émanant notamment de l'ordre juridique britannique ont débouché sur une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹³². Cette rareté tient probablement au recours de plus en plus fréquent aux modes alternatifs de résolution des litiges. Par exemple, en matière d'indemnisation des victimes d'accidents sanitaires ou environnementaux, le recours à la négociation implique parfois la signature d'accords d'indemnisation qui stipulent, pour les victimes, des clauses de confidentialité ou de renonciation à leur droit de poursuivre, par la suite, une action en responsabilité devant l'autorité judiciaire.

783. Toutefois, le rôle du juge est appelé à se développer à l'avenir vis-à-vis du contentieux des droits de l'homme relatif à l'utilisation des biotechnologies et il est à ne pas douter que des conflits entre droits fondamentaux sont susceptibles de surgir dans ce contexte spécifique. Dès lors, il conviendra d'étudier le contentieux disponible relatif aux

¹⁹²⁸ *Id.*

¹⁹²⁹ Cour de Cass, 1er Ch. Civ., 14 janv. 2010, n° 08-21.683 ; Cour Cass. Ch. Crim., 24 février 2009, n° 08-84.436 ; Cour Cass., 1er Ch., section B, 17 octobre 2008 ; CA Aix en Provence, Ch. Corr. 7A, 19 mai 2008, n° 657M2008 ; Cour Cass., 6 novembre 2007, n° 06-85.821 ; CE, sous-sections 1 et 6 réunies, 18 juin 2007, n° 294699 ; CA Amiens, 1er Ch., section 1, 21 octobre 2004, n° 02/04761 ; CA Dijon, 23 mars 2004, n° 02/01449 ; CA Paris, Ch. Corr.12, section B, 22 janvier 2004, n° 03/05864 ; Cour Cass, Ch. Soc, 24 février 2000, n° 97-17.802 ; CA Versailles, 1er Ch. Section 2, 9 octobre 1998, n° 7661/96 ; CA Paris, Ch. 11 section B, 1^{er} mars 1996, n° 3747-95 ; TGI de Paris, 1er Ch., 4 oct. 1995, *Leibowich c/Laboratoires Glaxo*, D. 1996 *jup.* p.28, note S. GROMB ; JCP 1996 II 22615, note LAUDE (A.) ; PITET (L.), « Le respect de la loi Huriet Serusclat du 20 décembre 1988 modifiée destinée à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », LPA, 8 nov. 1995, n° 134, p.14 ; CA Paris, 11e Ch. Corr. B, 1^{er} mars 1996, D. 1999 J. p.603, note (I.) ROUJOU de BOUBEE ; CE, Ass plén., 2 juillet 1993, *M. Milhaud*, conclusions D. KESSLER, RFDA 1993, pp.1002 et s ; LEBRETON (G.), « Le droit, la médecine et la mort », D. 1994, p.352

¹⁹³⁰ Cour de Cass, 1er Ch. Civ., 14 janv. 2010, n° 08-21.683 ; Cour Cass. Ch. Crim., 24 février 2009, n° 08-84.436 ; Cour Cass., 1er Ch., section B, 17 octobre 2008, CA Aix en Provence, Ch. Corr. 7A, 19 mai 2008, n° 657M2008

¹⁹³¹ CA Amiens, 1er Ch., section 1, 21 octobre 2004, n° 02/04761 ; CA Dijon, 23 mars 2004, n° 02/01449 ;

¹⁹³² Cour EDH, *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt de la Grande Chambre du 10 avril 2007, requête n° 6339/05 ; arrêt de la 4e Section de la Cour du 7 mars 2006 ; Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n° 2346/02 ; Cour EDH, arrêt *Vo c. France*, du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00

conflits de droits fondamentaux afin de préciser les enjeux politiques et juridiques de l'émergence de telles situations. En effet, comme le note Olivier de Schutter :

« Les conflits entre droits se multiplient : même les droits traditionnellement conçus comme imposant à l'État une obligation d'abstention appellent de sa part des réglementations afin de trancher les difficultés liées à la rencontre de droits antinomiques. Or le juge, comme organe chargé d'assurer la garantie des droits fondamentaux, n'est pas à l'abri de ces transformations. À l'obligation qui lui est faite soit de contrôler la manière dont l'État a répondu aux demandes paradoxales qui lui sont adressées, soit de régler lui-même les conflits entre droits concurrents, s'ajoutent pour lui les difficultés liées à l'interpénétration croissante d'ordres juridiques autonomes, étatiques ou internationaux »¹⁹³³.

784. Deux facteurs contribuent, au sein du système européen de protection des droits de l'homme, à développer tant le contentieux relatif aux conflits de droits fondamentaux que le rôle du juge dans leur résolution. Il s'agit de la procédure contradictoire, systématique devant les juridictions internes et européennes, et de l'effet horizontal des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de protection des droits de l'homme.

A. La procédure contradictoire : facteur d'explicitation des conflits de droits fondamentaux

785. Reprenant l'argument de Sébastien Van Drooghenbroeck¹⁹³⁴, Emannelle Bribosia et Isabelle Rorive « ne peuvent s'empêcher de penser que la multiplication des conflits entre droits fondamentaux trouve son explication dans un changement de registre "rhétorique" du pouvoir politique »¹⁹³⁵. En effet, ces auteurs considèrent qu'« à partir du moment où les valeurs classiques (comme l'intérêt général, l'ordre public ou la sécurité publique) au nom desquelles les droits et libertés étaient limités ne font plus recette, il peut paraître porteur, pour convaincre le juge ou l'opinion publique, de les décliner dans le

¹⁹³³ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.3

¹⁹³⁴ VAN DROOGHENBROECK (S.), « Conflits entre droits fondamentaux et pondération d'intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in RENCHON (J.L.) s.d., *Les droits de la personnalité*, Actes du Xème colloque de l'Association « Famille et droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.299 et s., n° 11-13

¹⁹³⁵ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », *Rapport du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination* financé par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, Office des publications de l'Union Européenne, 2010, Luxembourg, p.14

registre discursif des droits fondamentaux »¹⁹³⁶. Dès lors, c'est devant le juge que s'opère le débat contradictoire sur le système de valeurs, c'est-à-dire le débat proprement politique. En ce sens, l'émergence des conflits de droits fondamentaux participe d'une politisation du contentieux des droits qui ne se borne plus à la simple question du respect du droit subjectif, mais la déborde largement en incluant, dans un même litige, une pluralité de questions relatives au respect du droit objectif, à l'équilibre entre les droits subjectifs et collectifs, et, plus généralement, à l'évaluation des politiques publiques à l'aune du système des droits fondamentaux. Certains commentateurs estiment, à l'inverse qu'il s'agit d'une juridicisation du débat politique¹⁹³⁷. En d'autres termes, l'émergence des conflits de droits fondamentaux importe dans le litige privé des questions sociétales qui dépassent les intérêts propres des parties et importe dans le domaine judiciaire les questions politiques laissées en suspens par les pouvoirs exécutifs et législatifs¹⁹³⁸.

786. Dans ce cadre, le caractère contradictoire de la procédure et de la décision rendue apparaît d'autant plus important qu'une vaste pluralité d'intérêts et de sujets de droit est susceptible d'être affectée par la décision judiciaire. Le principe du contradictoire est décrit par l'adage latin : « Audi alteram partem ». En effet, dans l'ordre juridique de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe du contradictoire découle du droit à un procès équitable reconnu par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et suppose notamment que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »¹⁹³⁹. Il est intéressant de remarquer que la rédaction de

¹⁹³⁶ *Id.*

¹⁹³⁷ Le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux ne représente qu'un élément d'un phénomène plus large de judiciarisation du politique qui comprend notamment le rôle des juges dans le contrôle des pratiques politiques et la lutte contre la corruption la protection des libertés individuelles, le contrôle juridictionnel des pouvoirs de l'exécutif et des politiques publiques, notamment en matière économique. Ce phénomène affecte de très nombreux systèmes juridiques nationaux, régionaux et internationaux. COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, 328p. Voy. not. dans cet ouvrage les contributions de KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques », *in Id.*, pp.7-23 ; UPRIMNYEPES (R.), « La justice au coeur du politique : potentialité et risque d'une judiciarisation en Colombie », *in Id.*, pp.229-250 ; TAKAMURA (G.), « La justice comme vecteur d'un nouvel ordre : l'exemple du Japon », *in Id.*, pp.221-228. Pour une approche centrée sur la biomédecine et les problématiques liées au pluralisme religieux et la judiciarisation de certaines questions morales : ROTHMAYR (C.) et L'ESPÉRANCE (A.), « Le recours à la justice par les patients, chercheurs et groupes religieux dans le domaine de la biomédecine », *in Id.*, pp.191-209 ; KALUSZYNSKI (M.), « La judiciarisation de la société et du politique », intervention au colloque RIAD — Association internationale de l'Assurance de la protection juridique, Paris 21-22 septembre 2006, disponible sur le site des Archives ouvertes des sciences de l'homme et de la société : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/> Pour cet auteur, le droit et le contrôle juridictionnel apparaît une « source du contrôle démocratique ».

¹⁹³⁸ Les questions relatives au statut de l'embryon humain ou aux dérogations au principe de non-disponibilité du corps humain ou de la vie humaine témoignent de l'inclusion de questions morales et politiques dans le domaine du droit et dans l'activité juridictionnelle. Les arrêts *Evans c. Royaume-Uni*, *Pretty c. Royaume-Uni* ou *Vo c. France*, rendus par la Cour européenne des droits de l'homme témoignent de ce phénomène.

¹⁹³⁹ Article 6§1 de la CEDH

l'article 6§1 est clairement marquée par l'idée de proportionnalité et qu'elle évoque une pluralité d'intérêts et d'objets du litige pouvant justifier que la publicité des débats et du jugement soit mise en balance et conciliée avec eux¹⁹⁴⁰.

787. Le principe du contradictoire justifie certaines formes d'organisation du débat judiciaire et exige qu'un certain nombre de formalités soit rempli par les parties et le juge¹⁹⁴¹. Le respect du principe du contradictoire et de ses conséquences procédurales et organisationnelles a pour objectif de garantir que l'ensemble des parties concernées par le contentieux ait pu prendre connaissance de l'ensemble des éléments du débat et faire valoir leurs arguments avant qu'une décision soit rendue. À ce titre, le principe est souvent assimilé aux droits de la défense ou au principe d'égalité des armes entre les parties. Il garantit également la qualité de la décision rendue qui est réputée avoir eu lieu au terme d'un débat contradictoire. Celle-ci apparaît comme le produit d'une discussion critique¹⁹⁴² sur l'ensemble des faits de la cause. Ainsi, Jean Carbonnier insistait déjà, dès 1951, sur le rôle fondamental de la contradiction entre les parties en tant que sources d'interprétations de la loi : « seule la discussion est féconde parce que seule elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos »¹⁹⁴³. Nous constaterons, à propos des conflits de droits fondamentaux, que la pluralité des objets du litige et la diversité des intérêts impliqués par la formulation d'un précédent judiciaire pourraient être des circonstances de nature à justifier une conception élargie du principe du contradictoire au-delà des simples parties directement impliquées dans le litige concret. Cette conception suppose notamment que soit élargi le cercle des parties pouvant intervenir devant les juridictions au cours d'une même procédure et que soit accrue leur participation dans la résolution des conflits.

¹⁹⁴⁰ L'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme est marqué, dans son texte même, par l'idée de mise en balance des intérêts et de contextualisation de la décision en matière de conflits de droits fondamentaux puisque l'article poursuit : « *le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». (nous soulignons)

¹⁹⁴¹ Notamment lorsque le juge soulève un moyen d'office ou objective le contentieux. Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits que les parties n'auraient pas invoqués et qui n'auraient, pour cette raison, pas été soumis à leurs débats. S'il souhaite faire état de faits dont il a eu connaissance par une source autre que les écrits et pièces des parties ou que les débats tenus au cours des audiences, il est tenu d'en faire part aux parties et de leur permettre de faire toutes les observations que leur inspirent ces faits.

¹⁹⁴² FETERIS (E.), « Weighting and Balancing in the Justification of judicial decision », *Informal Logic*, vol.28, 2008, n°1, pp.20-30 ; FETERIS (E.), 3A Pragma-Dialectical Approach to Legal Discourse », *Informal Logic*, vol. 15, 1993, n° 3, pp.180-188

¹⁹⁴³ CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », *Rec. Dalloz*, vol.3, Chronique XXVIII, pp.119-122

788. Il est possible d'établir un lien entre le principe du contradictoire, le principe d'égalité et l'utilisation de la pesée des intérêts et de la proportionnalité. Stéphane Bauzon, qui reprend la pensée de Michel Villey précise que « si l'égalité en droit signifie l'accès pour tous les citoyens au même système juridique, cependant, l'égalité en droit désigne aussi, voire davantage, la recherche d'une proportion entre les arguments des plaideurs pour finalement dire le juste, et ainsi rétablir le rapport social »¹⁹⁴⁴. Tel est le rôle spécifique du juge, notamment en matière de conflits de droits fondamentaux, dans la mesure où les arguments des parties se fondent sur des normes valides et formellement égales. Ainsi, il lui apparaît nécessaire de rechercher un rapport de proportionnalité entre celles-ci. Néanmoins, pour expliciter l'ensemble de ces arguments, les parties doivent pouvoir être mises en mesure de les faire valoir et d'en débattre. Pour Stéphane Bauzon, c'est en ce sens que « l'égalité en droit est assimilable au principe du contradictoire »¹⁹⁴⁵.

Le principe du contradictoire permet l'explicitation des conflits de droits fondamentaux : d'une part, l'organisation d'un débat contradictoire en permet l'émergence ou la reconnaissance par le juge, puisque sans le respect des droits de la défense, les arguments relatifs à la conflictualité des droits ne seraient pas abordés devant lui ; d'autre part, elle permet que cette explicitation soit la plus complète possible dans la mesure où la procédure contradictoire suppose la représentation de tous les intérêts concernés par la situation d'espèce.

B. L'effet horizontal de la CEDH : la diffusion du contentieux relatif aux conflits de droits fondamentaux

789. La Cour européenne des droits de l'homme est « chargée d'assurer le respect des engagements pris par les États »¹⁹⁴⁶ et non de garantir le respect des droits dans les relations entre personnes privées. À cette fin, elle « peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par les Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles »¹⁹⁴⁷, après épuisement des voies de recours internes¹⁹⁴⁸ »¹⁹⁴⁹. La consécration de l'effet horizontal des droits garantis par la

¹⁹⁴⁴ BAUZON (S.), *Le métier de juriste : du droit politique selon Michel Villey*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2003, p.189 (226pages)

¹⁹⁴⁵ *Id.*

¹⁹⁴⁶ ROSENSTIEL (F.), *European Yearbook 2000*, vol.48, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2002, (1144p) p.110

¹⁹⁴⁷ Article 34 de la *Convention européenne de protection des droits de l'Homme*

¹⁹⁴⁸ Article 35 de la *Convention européenne de protection des droits de l'Homme*

Convention est une œuvre prétorienne. Celle-ci découle principalement de la reconnaissance des obligations positives de l'État en matière de réalisation et de protection des droits fondamentaux garantis.

790. Le concept « *d'obligation positive constitue une innovation majeure* »¹⁹⁵⁰, promue par la Cour et qui s'appuie sur l'idée selon laquelle l'État « *ne saurait se borner à demeurer passif* »¹⁹⁵¹ en s'abstenant de s'immiscer dans la sphère juridique des personnes privées, mais devrait au contraire assurer, par son intervention, la réalisation des droits fondamentaux également dans les relations interindividuelles. L'effet horizontal constitue ainsi « *une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interpersonnels* »¹⁹⁵². À l'inverse de l'effet vertical, qui concerne les relations entre les individus et l'État, l'effet horizontal « *tend à préserver les droits reconnus contre les ingérences individuelles* »¹⁹⁵³. Cette « *privatisation* »¹⁹⁵⁴ multiplie les modalités d'exercice et de violation des droits fondamentaux et accroît leur effectivité. Certains auteurs estiment que « *“privatisés”, les droits fondamentaux deviennent plus pleinement un ordre axiologique, un système objectif de valeurs, doté d'une fonction sociale : ils se distillent dans les relations interindividuelles pour en orienter l'issue* »¹⁹⁵⁵. Ainsi, la dimension horizontale des droits, qui impose de nouvelles obligations à la charge des personnes privées, « *renforcerait l'effectivité des droits de chacun, puisqu'elle ajoute au débiteur étatique de la protection un nombre indéterminé de débiteurs privés* ». La reconnaissance de l'effet horizontal résulterait alors de la nécessité de répondre à deux phénomènes nouveaux : d'une part l'internationalisation des relations entre personnes privées, qui « *indique que la dichotomie “individu-État” n'est plus suffisante pour expliquer les relations complexes de protection des particuliers contre les violations des droits fondamentaux* » ; et, d'autre part, « *les mouvements de privatisation économique (ou au contraire de nationalisation) [qui] ont eu naturellement (...) une incidence sur la ligne de*

¹⁹⁴⁹ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse soutenue à l'Université de Limoges, le 25 novembre 2006, p.8

¹⁹⁵⁰ *Id.* p.11

¹⁹⁵¹ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, du 24 octobre 1979, série A n° 33, §25

¹⁹⁵² PAULIAT (H.) et SAINT-JAMES (V.), « L'effet horizontal de la CEDH », in MARGUENAUD (J-P.) s.d., *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p.77 ; voy. ég. SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e éd. PUF, Paris, 2003, pp.234 et s.

¹⁹⁵³ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse soutenue à l'Université de Limoges, le 25 novembre 2006, p.12

¹⁹⁵⁴ VAN DER PLANCKE (V.) et VAN LEUVEN (N.), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/3, Centre de Philosophie du droit de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme, p. 3

¹⁹⁵⁵ *Id.*

démarcation étatique entre ce qui relève des domaines privé ou public »¹⁹⁵⁶. À ce titre, on peut remarquer que le système européen de protection des droits fondamentaux semble s'affranchir d'une conception exclusivement libérale ou relativiste des droits. Ces courants doctrinaux axent en effet leur interprétation du système des droits fondamentaux exclusivement sur le principe d'autonomie de la personne, ce qui conduit à favoriser l'inaction de l'État¹⁹⁵⁷.

791. La réalisation de l'effet horizontal s'opère tant au niveau européen, « par le vecteur des obligations étatiques [qui] imposent aux États de créer le cadre juridique adéquat à la réalisation des droits conventionnels », qu'au niveau interne lorsque cette réalisation « procède du juge national qui va puiser au cœur du droit européen l'inspiration nécessaire pour résoudre les litiges entre personnes privées, afin de mettre en application les obligations imposées aux États »¹⁹⁵⁸. Pourtant, concernant le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme l'emploi du terme « d'effet horizontal » semble « inapproprié »¹⁹⁵⁹, dans la mesure où la Cour n'examine jamais de litiges entre deux personnes privées. Au contraire, le contentieux devant la Cour « confronte nécessairement un État à un ressortissant (...) alors même que la requête aurait pour origine une contestation entre deux personnes privées »¹⁹⁶⁰. De plus, l'application par le juge interne des droits garantis par la Convention, résulte avant tout « de l'application directe du texte européen aux litiges entre personnes privées (...) et plus généralement de l'application directe de la norme internationale dans l'ordre interne des États contractants »¹⁹⁶¹. Certains auteurs proposent le concept d'« effet diagonal »¹⁹⁶² des droits fondamentaux. Toutefois, afin de démontrer l'influence de la trilatéralité du contentieux sur le choix, par le juge strasbourgeois, des modalités de résolution des conflits de droits fondamentaux, il conviendra de s'interroger, en premier lieu, sur les rapports de causalité

¹⁹⁵⁶ *Id.*

¹⁹⁵⁷ Voy. not. SINGER (P.), *Questions d'éthique pratique*, Bayard, 1998, 370 p. ; SINGER (P.), *La libération animale*, Grasset, 1993, 382 p ; ENGELHARDT (T. H.), *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, 1996, 446p.

¹⁹⁵⁸ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.12

¹⁹⁵⁹ *Id.* p.13

¹⁹⁶⁰ *Id.* L'auteur précise qu'« en pareille occurrence, le recours sera dirigé contre l'État, auquel sera imputé, non pas le fait de son ressortissant, mais sa propre défaillance révélée par l'acte individuel ». ; Voy. ég. CONDORELLI (L.), « L'imputabilité à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, t.189, 1984-IV, pp.94-222, spé. p.153

¹⁹⁶¹ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.13. C'est pourquoi l'auteur préfère le terme d'« applicabilité dite horizontale » que le terme « d'effet horizontal ».

¹⁹⁶² VAN DER PLANCKE (V.) et VAN LEUVEN (N.), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/3, op. cit., pp.18 et s.

qu'entretiennent l'apparition des obligations positives de l'effet horizontal et l'émergence des conflits de droits fondamentaux.

1. Apparition de l'effet horizontal et conflits de droits fondamentaux : une boucle de rétroaction/causalité circulaire

792. Les États ont, par l'intermédiaire du droit pénal, toujours assuré une certaine horizontalité des droits subjectifs, notamment les droits fondamentaux¹⁹⁶³. Toutefois, la doctrine considère l'arrêt *Young, James et Webster contre le Royaume-Uni*¹⁹⁶⁴ comme l'acte de naissance de l'applicabilité horizontale des droits garantis par la Convention¹⁹⁶⁵ et voit en ce phénomène un dépassement, tant qualitatif que quantitatif, de la fonction de protection des droits fondamentaux assurée, jusqu'alors, par le droit pénal¹⁹⁶⁶. Cette affaire opposait à l'État Britannique, trois requérants qui avaient été licenciés par les Chemins de fer Britanniques au motif de leur refus de s'affilier à un syndicat déterminé avec lequel l'employeur avait passé des accords de monopole d'embauche¹⁹⁶⁷. Le traitement de cette affaire, d'abord par la Commission en 1979, puis par la Cour en 1981, fut l'occasion d'établir les deux fondements de l'effet horizontal qui seront par la suite réaffirmés par la Cour¹⁹⁶⁸. À l'argument du gouvernement selon lequel les agissements d'une entreprise ne pourraient lui être imputés, la Commission a répondu défavorablement au motif qu'« *il est bien établi désormais que la Convention contient des articles qui non seulement protègent*

¹⁹⁶³ VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'horizontalisation des droits de l'homme », in DUMONT (H.), OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) s.d., *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.356

¹⁹⁶⁴ Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster, c. Royaume-Uni*, du 13 août 1981, Série A n° 44 ; CDE 1982, pp.226-232, obs. COHEN-JONATHAN (G.) ; AFDI, 1982, pp.499-504, obs. PELLOUX (R.) ; JDI 1982, pp.220-224, obs. ROLLAND (P.)

¹⁹⁶⁵ SUDRE (F.) s.d., *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p.31 ; MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, p.46. Cette dernière remarque que la doctrine n'était pas unanime dans les années 80 pour retenir cette interprétation qui fût par la suite confirmée par la Cour.

¹⁹⁶⁶ VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'horizontalisation des droits de l'homme », op. cit., pp.356 et s. ; voy. ég. VAN DER PLANCKE (V.) et VAN LEUVEN (N.), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/3, op. cit., pp.5 et s.

¹⁹⁶⁷ Ces accords, entre syndicats et employeurs, stipulaient que « *les salariés d'une certaine catégorie déterminée étaient obligés d'adhérer à un syndicat désigné, avant leur embauche ou après, dans un délai raisonnable* ». cf. MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.44

¹⁹⁶⁸ *Id.*, pp.45 et s. ; Voy. ég. Cour EDH, arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive c. Suède*, 6 février 1976, Série A n° 20, §36-37, CDE 1978, p.344, obs. COHEN-JONATHAN (G.) ; AFDI 1976, p.122, chron. PELLOUX (R.), « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'homme » ; JDI 1976, p.706 ; Cour EDH, arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède*, du 6 février 1976, Série A, n° 2, §32-33 ; CDE 1978, p.348, obs. COHEN-JONATHAN (G.) ; AFDI 1976, pp.122-127, chron. PELLOUX (R.), « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'homme »

*l'individu contre l'État, mais obligent l'État à protéger les droits de l'individu même contre les agissements d'autrui »*¹⁹⁶⁹. À l'inverse, la Cour, en 1981, a fondé l'effet horizontal des droits garantis par la Convention sur son article 1^{er} :

*« Selon l'article 1, chaque État contractant reconnaît "à toute personne relevant de (sa) juridiction les droits et libertés définis (dans) la (...) Convention"; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité incombe à l'État. Or si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »*¹⁹⁷⁰.

793. Outre le choix du fondement de l'effet horizontal, cette affaire peut être analysée comme mettant en lumière le lien existant entre conflit de droits fondamentaux et effet horizontal de la Convention. On peut aisément admettre que la consécration de l'opposabilité des droits dans les rapports interpersonnels présente comme conséquence d'accroître considérablement le contentieux relatif aux conflits entre les droits fondamentaux¹⁹⁷¹. Éva Brems résume parfaitement la nature de ce lien causal :

« The public authorities have not only the negative obligation to respect fundamental rights (by abstaining from acts that violate them) and the positive obligation to fulfil fundamental rights (by an active policy: legislation, providing means, etc.) but also another type of positive obligation: the

¹⁹⁶⁹ Commission EDH, rapport du 14 décembre 1979, §168 ; la Commission fait d'ailleurs référence à l'arrêt *Marckx* dont elle entend étendre la jurisprudence. cf. Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, voy not. §31 selon lequel « en proclamant par son §1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au §2. (...) il a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale ».

¹⁹⁷⁰ Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A n° 44, §49 ; obs. COHEN-JONATHAN (G.), CDE, 1982, pp.226-232 ; obs. PELLOUX (R.), AFDI, 1982, pp.459-504 ; obs. ROLLAND (P.), JDI 1982, pp.220-224

¹⁹⁷¹ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », *op. cit.*, p.14, Ces auteurs estiment que « la reconnaissance toujours plus étendue d'un effet horizontal des droits de l'homme (...) a multiplié les occasions de conflit »

*obligation to protect fundamental rights. The authorities must offer protection to their citizens against violations of fundamental rights by third persons, including private actors. Both these developments [horizontal effect and the continuous expansion of the "list" of the fundamental rights protected at the international/regional level] lead to an increased number of fundamental rights claims, resulting in an increasing number of cases of conflict between fundamental rights »*¹⁹⁷².

794. Certains auteurs estiment plus approprié d'utiliser la notion d'« effet diagonal » des droits fondamentaux. En effet, ceux-ci considèrent que « lorsque la Cour affirme l'obligation d'un État de garantir la protection d'un droit fondamental dans la relation entre personnes privées, il en résultera ipso facto un devoir pour les particuliers de respecter le droit en cause »¹⁹⁷³. Cet effet diagonal peut prendre deux formes différentes : d'une part, il peut prendre la forme d'une violation des obligations négatives lorsque la violation privée d'un droit fondamental résulte du fait de l'État ou a été rendu possible par le droit interne ; d'autre part, il peut prendre la forme d'une violation d'une obligation positive de protéger les droits lorsque la violation privée résulte de, ou a été favorisée par, l'inaction de l'État ou l'incapacité du système judiciaire de la sanctionner¹⁹⁷⁴.

795. Néanmoins, il faut également s'interroger sur le rôle de la conflictualité des droits fondamentaux dans les circonstances ayant conduit à la reconnaissance de leur effet horizontal. Bien que ce ne fût pas le cas, l'affaire *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, qui émanait d'un litige horizontal, aurait pu donner lieu à un conflit de droits fondamentaux. En effet, d'une part les prérogatives des trois requérants reposaient sur leurs droits subjectifs découlant de leur liberté de pensée, d'expression et d'association, mais d'autre part, les prérogatives de l'employeur et des syndicats de conclure et d'appliquer des accords légalement valides auraient pu être présentées comme reposant sur l'exercice collectif de la liberté syndicale garantie par l'article 11 de la Convention¹⁹⁷⁵. On peut noter à ce titre que la législation anglaise contestée permettait ce type d'accords entre employeurs et syndicats dont l'objectif affiché était la promotion des intérêts des

¹⁹⁷² BREMS (E.), « Introduction », *Conflict between Fundamental Rights*, op. cit. p.2 ; Voy. ég.

DUCOULOMBIER (P.), « Conflict between fundamental rights and the European Court of human rights : An overview », in *Ibid.*, p.219 et s.

¹⁹⁷³ VAN DER PLANCKE (V.) et VAN LEUVEN (N.), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/3, op. cit., pp.18 et s.

¹⁹⁷⁴ *Id.*, pp.19 et s.

¹⁹⁷⁵ À propos de l'article 11 et de l'exercice collectif de la liberté syndicale, voyez notamment sur le droit de grève : Cour EDH, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 3^{ème} sect., 21 avril 2009, req. n° 68959/01 et Cour EDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, Grande Chambre, du 12 novembre 2008, requête n° 34503/97

syndicats¹⁹⁷⁶, groupes exerçant collectivement la liberté syndicale. L'argument n'ayant pas été retenu par le gouvernement britannique afin de justifier le maintien de sa législation et les conditions de saisine de la cour ne permettant pas la participation au contentieux, en tant que partie du litige, des tiers intéressés, le conflit de droits fondamentaux ne fut pas évoqué. Nous verrons, au long des développements qui suivent que la Cour, de manière récurrente et pour des raisons à la fois structurelles et relatives aux méthodes d'interprétation qu'elle emploie, est parfois amenée à méconnaître ou à éviter la confrontation directe avec la problématique des conflits de droits fondamentaux¹⁹⁷⁷.

2. Les obligations positives de l'État

796. Le concept d'obligation positive est une invention prétorienne apparue, pour la première fois dans le système juridique de la Convention, dans l'arrêt *affaire linguistique belge*¹⁹⁷⁸ et largement développée depuis par la Cour¹⁹⁷⁹. Une théorie similaire est également apparue dans l'ordre juridique fédéral américain sous le nom de « *state action* »¹⁹⁸⁰. Une telle création répondait, selon la Cour, à l'objectif de rendre les droits et libertés effectifs¹⁹⁸¹. L'obligation positive consiste pour l'État en une obligation de

¹⁹⁷⁶ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.44

¹⁹⁷⁷ BREMS (E.), « Introduction », in *Conflict between Fundamental Rights*, op. cit. p.5 et s.

¹⁹⁷⁸ Cour EDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A, n° 6, p.33, §7

¹⁹⁷⁹ À propos de l'article 2 : Cour EDH, *L.C.B. c. Le Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, p.1403, §36 ; Cour EDH, *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00 ; Commission EDH, *X. c. la Norvège*, décision du 29 mai 1961, Recueil des décisions vol.6, pp.180-181 ; à propos de l'article 8 : Cour EDH, *Marcxk c. Belgium*, arrêt du 13 juin 1979, Série A, vol.31, §31 Dans cette affaire la Cour a précisé : « *By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, article 8 signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict condition set out in paragraph 2. As the Court stated in the « belgian linguistic » case, the object of the Article is « essentially » that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference : in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective « respect » for family life* ». Pour une application des obligations positives découlant de l'article 8 en matière de pollution environnementale et de nuisance sanitaire : Court EDH, *Lopez et Ostra c. Espagne*, arrêt du 9 septembre 1994, Série A, vol. 303-C, §51 et §58 ; Pour une application des obligations positives découlant de l'article 8 en matière de nuisance sonore : Court EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, arrêt du 16 novembre 2004, Rapport 2004-X ; Court EDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1990, Série A, vol.172 ; Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume Uni*, arrêt de la Grande Chambre du 7 août 2003, Rapport 2003-VIII

¹⁹⁸⁰ Sur cette question, voy. DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.44-81. Tout comme dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, la théorie du « *state action* » est absorbée dans l'épreuve de la balance des intérêts et la contextualisation qu'elle implique. voy. ég. PAVAGEAU (S.), « Les obligations positives dans les jurisprudences des cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme », *Revista colombiana de derecho internacional*, juillet-décembre 2005, n°6, pp.201-246

¹⁹⁸¹ Dans l'arrêt *Airey contre Irlande*, de 1979, la Cour affirmait que sa fonction essentielle est de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* ». Cour EDH, *Airey c. Irlande* du 9

protéger et garantir l'exercice effectif et concret des droits fondamentaux, y compris dans les rapports entre personnes privées. En ce sens, la théorie des obligations positives vise à sanctionner « *l'inertie des pouvoirs publics* »¹⁹⁸². Nous constaterons que le concept d'effectivité, qui induit ou met à jour des modifications au sein des relations entre les différents droits, constitue une évolution importante des systèmes de protection des droits fondamentaux. Ainsi selon la Cour, l'État ne peut « *se borner à rester passif* »¹⁹⁸³ et doit, dès lors, « *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »¹⁹⁸⁴ consacrés par la Convention. En d'autres termes, « *cette obligation positive de protection suppose l'adoption de mesures législatives, administratives, judiciaires et matérielles de nature à prémunir les individus contre la violation de leurs droits fondamentaux par d'autres individus* »¹⁹⁸⁵.

797. Toutefois, consacrer l'existence d'une obligation positive de protection des droits et libertés fondamentaux « entraîne nécessairement un accroissement des recours fondés sur la violation des libertés individuelles et donc, une inflation des manifestations de conflits entre droits fondamentaux »¹⁹⁸⁶. La Cour établit explicitement un lien entre les obligations positives et les conflits de droits fondamentaux. Dans l'arrêt Leyla Sahin contre la Turquie, la Cour a considéré que :

« Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier

octobre 1979, série A n° 33, §33. Béatrice Moutel remarque que « *cette conception était déjà perceptible dans des arrêts antérieurs, ainsi la Cour a pu affirmer que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de la Convention et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des parties* » ». cf. Cour EDH, arrêt *Wemhoff c. RFA* du 27 juin 1968, série A n° 7, §8 ; MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.48 ; voy. ég. PAVAGEAU (S.), « Les obligations positives dans les jurisprudences des cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme », *Revista colombiana de derecho internacional*, juillet-décembre 2005, n°6, pp.201-246

¹⁹⁸² SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 23, juillet 1995, p.371 (361-384.)

¹⁹⁸³ Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, §25

¹⁹⁸⁴ Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n° 172, §41

¹⁹⁸⁵ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », *Rapport du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination* financé par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, Office des publications de l'Union Européenne, 2010, Luxembourg, p.14 ; voy. ég. TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », note de support au cours du 16 février 2007 à l'Université Libre de Bruxelles dans le cadre du cycle de conférences intitulé *La convention européenne des droits de l'homme comme un instrument vivant*, document disponible en ligne sur le site de l'Institute for European Studies :

http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_16_f%C3%A9vrier_2007.pdf

¹⁹⁸⁶ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », op. cit., p.14

les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (Kokkinakis, précité, p.18, § 33). Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention »¹⁹⁸⁷.

798. L'établissement d'un lien explicite entre les conflits de droits fondamentaux et les obligations étatiques découlant de la convention permet l'imbrication de la problématique relative aux conflits de droits fondamentaux et celle relative aux conflits de normes juridiques internationales. En effet, si l'on considère que la reconnaissance d'un effet horizontal des droits, fondé sur la consécration des obligations positives des États, est un facteur ayant conduit à la multiplication des manifestations de conflits de droits fondamentaux¹⁹⁸⁸, on ne peut que s'interroger sur le caractère ou non contradictoire des obligations positives elles-mêmes, comme des normes juridiques internationales dans lesquelles elles prennent forme¹⁹⁸⁹.

3. La Trilatéralité du litige horizontal devant la CEDH : une contrainte procédurale sur la réception du conflit de droits

799. Les litiges horizontaux ne sont pas les seules manifestations des conflits entre droits fondamentaux, comme le démontre l'arrêt *Pretty*¹⁹⁹⁰. Néanmoins, ils en constituent

¹⁹⁸⁷ Cour EDH, *Leyla Sahin c. La Turquie*, arrêt de la Grande Chambre du 10 novembre 2005, requête n° 44774/98, §106

¹⁹⁸⁸ Sur le lien spécifique entre obligation positive et prolifération des droits subjectifs et sur son implication dans la multiplication des situations de conflits entre les droits fondamentaux : voy. GERARDS (J.H.), « Fundamental rights and other interests : should it really make a difference ? », in BREMS (E.), *Conflicts between fundamental rights*, op. cit., pp.655-686. Spéc. pp.659-666

¹⁹⁸⁹ Concernant les conflits de prérogatives fondées sur l'article 8 : Affaire *A, B et C c. Irlande*, requête n° 25579/05, arrêt du 16 décembre 2010 ; CEDH, *Van Hannover c. Allemagne* (n° 1), req. n° 59320/00, 24 juin 2004 ; CEDH, *Van Hannover c. Allemagne* (n° 2), du 7 janvier 2012, req. n° 4066/08 et 6041/08 ; CEDH, *Evans c. RU*, (Requête no 6339/05), grande chambre 10 avril 2007, arrêt 7 mars 2006 ; CEDH, *Chapman c. R.U*, requête n° 27238/95, arrêt du 18 janvier 2001 ; CEDH, *Coster c. R.U*, requête n° 24876/94, 18janvier 2001 ; Affaire *Assunção Chaves c. Portugal*, requête 61226/08, 31 janvier 2012. Concernant les conflits de prérogatives fondées sur l'article 10 : CEDH, *Financial Times Ltd et autres c. R.U.*, Requête no 821/03, 18 décembre 2009 ; CEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne*, requête n° 39954/08, du 7 février 2012 ; CEDH, *Barata Monteiro da Costa Nogueira et Patricio Pereira c Portugal*, requête n°4035/08, arrêt du 11 janvier 2011 ; CEDH, *Taffin et contribuables associés c. France*, requête 42396/04, arrêt du 18 février 2010 ; CEDH, *Bladet, Tromso et Stenhaas c. Norvège*, requête n° 21980/93, arrêt du 20 mai 1999 ; CEDH, *Campos Damaso c. Portugal*, requête n° 17107, arrêt du 24 avril 2008. Concernant les conflits de prérogatives fondées sur l'article 11 : *Chassagnou et autres c. France*, Requêtes n°s 25088/94, 28 331/95 et 28 443/95 arrêt du 29 avril 1999 ; CEDH, 2° section, *Association Rhino et autres c. Suisse*, du 11 octobre 2011, req. n° 48848/07

¹⁹⁹⁰ Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n° 2346/02. Dans cette affaire la requérante s'opposait à la loi britannique criminalisant le suicide assisté et à la décision des autorités britanniques de refuser d'attribuer une immunité de poursuite en faveur de son mari s'il lui portait assistance.

la principale source d'apparition. Pourtant, un conflit entre deux personnes privées ne peut en aucun cas être résolu par la Cour européenne des droits de l'homme. Au contraire, le litige horizontal sera traité par la Cour de manière indirecte. Dans ce type de situation, le litige entre deux personnes privées a été porté devant les juridictions internes, mais l'une des parties a estimé que la sentence nationale ne la satisfaisait pas et a décidé de soumettre sa cause à la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, devant la Cour, le requérant sera opposé à l'État et non à la personne privée responsable du comportement ayant conduit à la méconnaissance de ses droits. La présence de l'État dans le contentieux soumis à la cour est « *inéluçtable* »¹⁹⁹¹. C'est en ce sens que le litige horizontal indirect est dit « *trilatéral* »¹⁹⁹².

800. L'imputabilité du comportement privé à l'État ne pose pas de problème particulier, dans la mesure où « *le mécanisme de l'imputabilité permet à la Cour européenne d'établir un constat de violation à l'encontre des Hautes Parties contractantes dès lors que celles-ci ont permis, soit par leur action, soit par leur inaction, à un particulier de violer les droits de l'Homme d'une autre personne privée* »¹⁹⁹³. La jurisprudence de la Cour développe un grand nombre d'obligations étatiques, qu'elles soient « *matérielles* »¹⁹⁹⁴ ou « *procédurales* »¹⁹⁹⁵ « *garantissant des droits et libertés substantiels* »¹⁹⁹⁶. À ce titre, on peut noter que la reconnaissance d'un effet horizontal des droits fondamentaux a engendré un accroissement considérable des obligations étatiques¹⁹⁹⁷. De plus, on peut remarquer que « *la privatisation n'est pas un obstacle à la subsistance des obligations étatiques* »¹⁹⁹⁸. Toutefois, la trilatéralité afférente au traitement

¹⁹⁹¹ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.142 et s.

¹⁹⁹² Id., p.140-160

¹⁹⁹³ Id., p.143

¹⁹⁹⁴ Id., p.150

¹⁹⁹⁵ TULKENS (F.), « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp.1605-1626, spé. 1626 ; Voy. ég. TULKENS (F.) et DE SHUTTER (O.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.169-215 ; TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », op. cit.

¹⁹⁹⁶ MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.144 ; voy. ég. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 39, 2003, p.29

¹⁹⁹⁷ Pour Béatrice Moutel : « Assurément, l'extension horizontale de l'applicabilité de la Convention a entraîné un accroissement des obligations étatiques », MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p.144

¹⁹⁹⁸ Id., p.151 : L'auteur précise que « si l'État entend se dégager de certaines de ses activités au profit d'organismes privés, il ne peut simultanément se décharger de ses obligations en matière de droits de

juridictionnel des conflits horizontaux par la Cour européenne et le recours à la notion d'obligation positive de l'État déterminent les modalités de réception et de traitement de la problématique des conflits de droits fondamentaux¹⁹⁹⁹. En effet, le droit du requérant sera situé au centre des débats. Les droits d'autrui ou ceux du défenseur privé lors du litige horizontal ne seront examinés qu'en tant que support à la justification de la mesure étatique. Ceux-ci pourront également être totalement occultés si l'État décide de fonder la justification de sa mesure sur d'autres éléments.

801. À ce titre, il est important de préciser que le contrôle juridictionnel porte, au départ, sur la mesure étatique, c'est-à-dire sur l'exercice d'une prérogative de l'État. La contradiction prend la forme du conflit entre les modalités d'exercice du droit subjectif d'un individu et les modalités retenues par un État pour assurer la protection d'un autre droit, ou plus généralement des « *droits d'autrui* ». Néanmoins, la défense des intérêts concernés par les droits qui sont retenus comme base de légitimation de la mesure étatique n'apparaît qu'à titre accessoire dans l'argumentation retenue par l'État. Ce que l'État souhaite voir établi par le juge, c'est l'étendue de sa marge d'appréciation dans l'exercice de sa prérogative. La partie requérante ne fonde pas nécessairement son argumentation sur cette base, mais réclame plus spécifiquement que son droit subjectif soit rendu effectif. Ainsi, les parties ne situent par leurs registres argumentatifs sur le même plan.

802. D'un point de vue plus général, on remarque également qu'en matière de contentieux des conflits de droits fondamentaux, les juges nationaux et européens ne reçoivent pas les deux droits en conflit de la même manière. Ce facteur affecte également les modalités de la réception et de la résolution des conflits de droits fondamentaux. En effet, Eva Brems précise:

"Although both human rights are equally fundamental and a priori carry equal weight, they do not come before the judge in an equal manner. The right that is invoked by the applicant receives most attention, because the question to be answered by the judge is whether or not this right was violated. That granting the applicant's claims would violate another human right is an element that is advanced in the arguments of the defendant. Through these

l'Homme. Paradoxalement, la diminution des engagements nationaux risque d'entraîner une augmentation de ses obligations internationales dans les rapports entre personnes privées ».

¹⁹⁹⁹ On note en effet une convergence entre les jurisprudences de la CJUE et de la CEDH dans le recours aux obligations positives de l'État et dans le traitement des conflits de droits fondamentaux.

arguments, it may find its way to the judge's reasoning in the judgment, but it is not among the legal questions to be directly addressed by the judge »²⁰⁰⁰.

Néanmoins, quelles que soient les modalités qui y conduisent, la conciliation des droits conflictuels par les juges rétroagit sur leur contenu respectif et sur l'architecture générale du système des droits fondamentaux. Ici apparaît le second rôle majeur du juge européen des droits de l'homme : la mise en cohérence du système des droits fondamentaux.

§2. L'enrichissement et la mise en cohérence du système des droits fondamentaux

803. Le rôle du juge des droits de l'homme est double vis-à-vis du système des droits fondamentaux : il participe à son enrichissement et à sa structuration. Le juge enrichit qualitativement le système des droits fondamentaux, il n'allonge pas la liste des droits garantis. Ceux-ci demeurent fixés par le texte de la Convention. Toutefois, *via* la doctrine des obligations positives²⁰⁰¹ et celle de l'interprétation évolutive et dynamique²⁰⁰² de la Convention, le juge élargit les conditions d'invocabilité des droits²⁰⁰³. Anneke Gerards

²⁰⁰⁰ BREMS (E.), « Introduction », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., p.3
L'auteur remarque également : « *Moreover it is remarkable to find that conflicts between fundamental rights are frequently not recognized as such, resulting in judgment that examine only whether the right invoked by the plaintiff was violated, without even naming the competing right invoked by the defendant* ». In Id. p.4 ; Selon notre point de vue, ce phénomène s'explique aussi par le recours aux méthodes de neutralisation des conflits normatifs.

²⁰⁰¹ Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, §31 ; CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A, n° 6, p.33, §7

²⁰⁰² La doctrine de l'interprétation évolutive et dynamique de la Convention peut être retracée au fil de la jurisprudence relative à la problématique du changement de sexe. En 1986, la Cour considère qu'il n'existe pas de consensus européen qui pourrait justifier l'extension du droit à la vie privée jusqu'à reconnaître la nécessité d'adapter les registres d'état civil au changement de sexe de l'intéressé. CEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A, vol. 106, §37 ; Au cours des années 1990, la Cour maintient cette interprétation. CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, Série A, vol. 184 ; CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, Série A, vol.232-C ; CEDH, *Sheffield and Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, Reports 1998-V ; En 2002, la Cour modifie sa jurisprudence. La Cour a en effet considéré que des développements dans la direction d'une reconnaissance légale du « nouveau » sexe de l'intéressé apparaissaient comme suffisants pour justifier d'étendre le droit à la vie privée jusqu'à la reconnaissance d'une obligation légale d'adapter les registres d'état civil. CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Reports 2002-VI, §74-75

²⁰⁰³ Janneke Gerards remarque suite à l'analyse de la jurisprudence relative à l'article 8 et aux nuisances environnementales et sonores : « *It appears from this decision and similar judgments concerning noise levels that the Court is willing to comprise a wide range of individual interests under the scope of the Convention, at least if a minimum level of severity of the interference has been attained. The focus of the review thereby seems to have shifted from the character and weight of the actual interest and rights, to the seriousness of the infringement of these interests. As a consequence of this approach, the Court has been able to deal with many cases, which do not so much concern classic civil or political rights, as « softer » (though still important) individual interests of a rather social or economic nature. It can only be concluded that a proliferation of the rights protected by Article 8 ECHR is clearly visible here. Similar developments are visible elsewhere,*

précise que l'interprétation évolutive signifie en pratique que « *the Court will add new aspects to the scope of the Convention rights as soon as it has become clear that such aspects have become accepted throughout the Council of Europe to be part of the notion of "fundamental rights"* »²⁰⁰⁴. Ainsi, le juge n'élabore pas de nouveaux droits subjectifs, mais vise à maximiser l'effectivité des droits existants en leur associant des intérêts nouveaux et dignes de protection²⁰⁰⁵.

804. L'enrichissement du système conventionnel par le juge européen des droits de l'homme ne se limite pourtant pas à promouvoir l'effectivité des droits via les garanties procédurales. La Cour a également enrichi la Convention d'un point de vue substantiel par l'émergence progressive de la valeur de dignité humaine qui n'est pas explicitement prévue par les dispositions conventionnelles²⁰⁰⁶. La Cour a, dans sa jurisprudence, progressivement dégagé le concept de dignité humaine comme une valeur, dont l'importance primordiale a justifié la consécration positive dans le système conventionnel²⁰⁰⁷. Le rôle du juge a également consisté à être « *le révélateur à travers son*

especially in the area of social security and health law ». in GERARDS (A.), « Fundamental Rights and Other Interests : Should It Really Make a Difference? », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.662 ; voy. not. sur les nuisances environnementales et les risques relatifs à la santé publique couverts par l'article 8 : CEDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, du 9 décembre 1994, Série A, vol. 303-C ; Sur les nuisances sonores : CEDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, du 16 novembre 2004, Reports 2004-X ; CEDH, *Powell and Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, Série A, vol. 172 ; CEDH, Grande Chambre, *Hatton et autres c. Royaume Uni*, 7 août 2003, Reports 2003-VIII

²⁰⁰⁴ GERARDS (A.), « Fundamental Rights and Other Interests : Should It Really Make a Difference? », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.663 et s. ; Voy. ég. GARAPON (A.), « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, vol. 87, 2011, pp.439-456

²⁰⁰⁵ *Id.*, p. 663 ; L'auteur considère : « *the doctrine of positive obligation constitutes an important vehicle to bring social, economic and environmental individual interests within the reach of the Convention rights. An additional tool in this regard is the principle of evolutive and dynamic interpretation* ».

²⁰⁰⁶ DADA (O.), « La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahier de IDEDH*, vol.10, 2004-2005, pp.20-30 (3-130)

²⁰⁰⁷ Ouadih Dada analyse la jurisprudence et repère trois étapes dans la consécration de la dignité humaine, chaque étape étant représentée par un arrêt fondamental. La première étape est représentée par l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, la Cour souligne, dans un contentieux relatif à un châtiment corporel sur un mineur : « *quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne* » (CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, du 25 avril 1978, § 33). Ouadih Dada considère que ce premier usage « *balbutiant, dans la mesure où la Cour ne prend pas la peine de s'attarder sur la notion (...) semble traduire un manque de maîtrise et une certaine confusion entre la dignité et l'intégrité physique que protège l'article 3* ». La seconde étape est représentée par l'arrêt *Ribitsch c. Autriche* où le requérant dénonçait des sévices subis pendant sa garde à vue. La Cour précise à cette occasion, « *qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3* (CEDH, *Ronald Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, Série A, vol. 336, §. 38) ». L'analyste considère que la Cour, après 17 ans de mutisme, n'innove pas par la formule employée, mais par « *l'intégration de la dignité au rang des principes majeurs de la CEDH* ». Ce principe va dorénavant « *occuper une place particulière dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par voie de conséquence dans la Convention dont le silence handicapant a été colmaté par le*

pouvoir d'interprétation des dispositions de la Convention »²⁰⁰⁸ du concept de dignité humaine qui « *transpire littéralement* »²⁰⁰⁹ de ces dispositions, notamment les articles 3, 2 et 8. La fonction interprétative du juge le conduit à « *faire passer le principe de dignité humaine de l'ombre à la lumière* » et à transformer un principe « *implicitement explicite dans la lettre de la Convention* » en un principe « *explicitement implicite dans le raisonnement du juge* »²⁰¹⁰.

805. Toutefois, cette action d'enrichissement emporte comme conséquence une complexification du système des droits fondamentaux et une certaine instabilité²⁰¹¹. Cette dernière se traduit par un accroissement des éléments du système des droits de l'homme et par une maximisation, à la fois quantitative et qualitative, des relations entre les différents droits²⁰¹² et entre les ordres juridiques²⁰¹³. D'un point de vue qualitatif, on constate

juge ». La dernière étape est représentée par l'arrêt *Kudla c. Pologne*. Dans cet affaire, la Cour précise que « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* (CEDH, *Kudla c. Pologne*, du 26 octobre 2000, req. n° 30210/96, §. 94) ». Dès lors, cette dernière étape franchit un nouveau seuil. Ouadih Dada observe que « *désormais, la garantie de la dignité humaine n'astreint plus seulement les États à s'abstenir de porter atteinte à l'intégrité physique et morale des individus, mais les oblige à prendre les mesures nécessaires à sa garantie* ». La Cour va alors chercher, notamment dans le contentieux de la détention, à étendre le champ d'application de la dignité humaine. cf. DADA (O.), « La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp.23-27

²⁰⁰⁸ DADA (O.), « La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p.33

²⁰⁰⁹ *Id.*

²⁰¹⁰ *Ibid.* On retrouve l'idée d'une normativité immergée de la notion de dignité.

²⁰¹¹ Antoine Garapon précise que cette complexification et cette instabilité sont liées à l'introduction du temps au coeur du travail juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme. L'auteur considère que le temps est introduit de deux manières : « *Tout d'abord, parce qu'exerçant un contrôle sur l'effectivité des droits et non leur simple forme, doit vérifier que ces droits demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent. Son travail se lie ainsi à l'évolution des sociétés nationales, en proie, parce qu'elles sont démocratiques, à une constante évolution, voire une accélération du temps. La seconde raison tient à la combinaison entre, d'une part, l'interprétation téléologique et, de l'autre, la nature abstraite des droits de l'homme qui constituent un horizon d'attente : ils ne pourront jamais être pleinement satisfaits. (...) Le temps, remarque François Ost, est la quatrième dimension des droits de l'homme* ». Cette introduction du temps dans le système des droits fondamentaux marque une différence fondamentale avec « *le modèle westphalien, centré sur l'espace, [qui] visait à un équilibre, le nouveau modèle se trouve voué à un mouvement permanent* ». GARAPON (A.), « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, vol. 87, 2011, p.453

²⁰¹² Olivier de Schutter et Françoise Tulkens remarquent que « *the proliferation of rights has led to multiplication of situation of conflict* ». DE SCHUTTER (F.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, p.169

²⁰¹³ Antoine Garapon considère notamment, à propos des relations entre les Cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme, que cette relation ne doit pas être perçue comme antagonique, mais, au contraire, la Convention devrait être conçue comme « *une nouvelle dimension* » des ordres juridiques internes. « *Une nouvelle dimension qui implique à son tour de comprendre le droit comme fruit d'une tension : il doit désormais être pensé comme à la fois positif et fondamental, interne et supranational, clos et*

notamment l'émergence de conflits entre les droits fondamentaux ; tandis que d'un point de vue quantitatif, on observe une multiplication de ces situations de conflits. Ainsi, la mise en cohérence de ce système, enrichi et complexe, apparaît comme le second rôle essentiel du juge. Olivier de Schutter et Françaises Tulkens considèrent que les propositions générales des énoncés normatifs ne permettent pas, à elles seules et en tant que telles, de résoudre les cas d'espèce et que le rôle du juge à cet égard est déterminant²⁰¹⁴. Cette fonction de mise en cohérence s'opère de diverses manières et par l'utilisation de divers outils. Les juges du *for* mettent ainsi en œuvre diverses relations dialogiques, formalisées ou informelles, avec d'autres juridictions appartenant parfois à des systèmes juridiques différents, avec les parties, et dans une certaine mesure avec la société civile. Ces dialogues s'opèrent à propos d'une pluralité de questions juridiques ou d'objets que recèle le litige et qui sont éclairés par des éléments pertinents du contexte au sein duquel le juge du *for* intervient. L'office du juge s'inscrit dans un phénomène plus large de dé-formalisation ou de fluidification du droit qui tend à préférer une adaptation de la norme aux réalités qu'elle régit plutôt qu'un raisonnement strictement légaliste. La fonction interprétative et régulatrice de la Cour s'étend, au-delà du simple litige concret, pour intégrer des questions politiques et sociétales. À ce titre, les effets attribués à la décision du juge revêtent un rôle déterminant.

A. Le dialogue des juges

806. La notion de « *dialogue des juges* » se réfère en premier lieu aux relations de discussion pouvant s'instaurer entre les juridictions au sein de cadres juridiques internes ou internationaux, en particulier les juges européens. Pourtant, la notion de « *dialogue* » est inscrite au cœur de « *l'essence de la fonction juridictionnelle* »²⁰¹⁵. On la retrouve « *de façon caractéristique dans la rhétorique judiciaire et [elle] se répercute sur la formulation*

ouvert. (...) *La fondamentalisation de tous les droits exprime le caractère désormais composite et multidimensionnel de toute norme* ». GARAPON (A.), « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, vol. 87, 2011, p.445

²⁰¹⁴ DE SCHUTTER (F.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, p.169. Ces auteurs considèrent que : « “*General propositions do not decide concrete cases*”. *What was true then is even more true today, at a time when the proliferation of rights has led to the multiplication of the situations of conflict, in most cases requiring that the courts carefully balance the interests involved in the specific situations they are presented with, and leading to the progressive development of a case law which is highly contextual – the outcome depending on a close examination of the facts and on ever more refined distinctions from precedent, rather than on the mechanical application of rules-based techniques* ».

²⁰¹⁵ POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in LICHÈRE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.), s.d., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Actes de la journée d'étude du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, 2004, pp.19-58, spé. p.20)

des motifs de la décision juridictionnelle qui doivent répondre aux moyens des parties par application du droit »²⁰¹⁶. Cette notion semble avoir vu le jour sous la plume de madame Questiaux, maître de requêtes au Conseil d'État. En effet, l'auteur, qui analyse le mécanisme du renvoi à titre préjudiciel dans le droit communautaire, considère qu'il repose sur « la collaboration entre les juridictions nationales et celle du Luxembourg, et à travers elle, sur une confrontation, certes pacifique, de l'expérience de chaque juridiction nationale »²⁰¹⁷. Le président genevois utilise l'expression « dialogue des juges » dans les conclusions de l'arrêt du Conseil d'État *ministre de l'Intérieur c. Sieur Cohn-Bendit*²⁰¹⁸. Il estime en effet, à propos des divergences entre les jurisprudences nationales et communautaires relatives à la nature juridique des directives, qu'« il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges », mais plutôt « un dialogue des juges »²⁰¹⁹. La doctrine embrasse également la notion²⁰²⁰. Dès 1998, certains lient la notion de dialogue des juges avec celle, plus large, d'autorité de la chose interprétée et laissent entendre que cette dernière est une conquête menée au moyen de la première²⁰²¹. Plus récemment, l'IDEDH définit, dans ses travaux, le dialogue des juges « comme un procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle »²⁰²². En effet, « la généalogie de la notion (...) semble renvoyer initialement aux relations entre le juge communautaire et les juridictions internes »²⁰²³. Pourtant, une telle définition laisse de côté les procédés, pas toujours formalisés, par lesquels les juges internationaux communiquent entre eux. Cette conception se concentre sur le dialogue direct et institutionnalisé par des procédures formellement établies et évacue, hors de son champ d'étude, les dialogues indirects et informels. Si l'on adopte une conception élargie de la notion de dialogue des

²⁰¹⁶ *Id.*

²⁰¹⁷ QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélange en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, pp.387-395, spé. p.387-388

²⁰¹⁸ CE, Ass, 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*, n° 11604

²⁰¹⁹ GENEVOIS (B.), « Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Sieur Cohn Bendit* », D. 1979, jurispr., pp.155-161, spé. p.161 ; voy. Ég. LABETOULLE (D.), « Conclusions sur Conseil d'État, 27, juillet 1984, *Debout* », *Leb.* pp.395-406, spé. p.403

²⁰²⁰ COLLET (M.), « Les bienfaits du “dialogue des juges” », Remarques sur la mise en oeuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et de son premier protocole additionnel », *Revue de droit fiscal* 2006, n° 51, pp. 2179-2189 ; LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *DA* 2005, n° 6, pp. 8-11 ; SOMMACCO (V.), « Les validations législatives : illustration du “dialogue des juges” », *RRJ* 2003, pp. 2787-2800

²⁰²¹ L'auteur précise : « La pluralité et l'interaction des ordres juridiques modernes impliquent la complémentarité de l'autorité, nécessaire au maintien de la cohérence de ceux-ci, et du dialogue entre les juges qui les animent, gage de souplesse et de plasticité, qualités bien utiles pour gérer la complexité de l'ensemble ». In ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, pp.441-515 (663p.), spé. p.367

²⁰²² GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.21

²⁰²³ *Id.*

juges, on peut repérer trois modalités particulières selon lesquelles le dialogue entre les juges se déroulera de manière directe ou indirecte, spontanée ou provoquée : les mécanismes de la question préjudicielle, les relations entre le juge européen des droits de l'homme et les juridictions nationales qui ne reposent pas sur un tel mécanisme formalisé, les situations dans lesquelles les parties se placent comme intercesseur d'un dialogue indirect entre les juges.

1. la technique du renvoi à titre préjudiciel en droit communautaire

807. Le renvoi²⁰²⁴ à titre préjudiciel est une procédure communautaire courante²⁰²⁵. Elle intervient de manière incidente et interrompt le cours de la procédure judiciaire ou administrative devant une juridiction interne²⁰²⁶. Prévue par l'article 267 du Traité de l'UE (ex article 234 TFUE ; ex article 177 du Traité CEE), cette procédure s'opère « *de juge à juge* »²⁰²⁷ et est organisée selon « *un rythme ternaire* »²⁰²⁸ : elle s'ouvre par la saisine de la CJCE et la formulation d'une question par un juge national, se poursuit par la réponse du juge communautaire et se conclut par l'application au cas d'espèce, par la juridiction interne, de l'interprétation établie par la CJCE. Cette procédure est facultative pour les

²⁰²⁴ Jacques Pertek précise que cette procédure n'est en aucun cas un recours : « *L'expression parfois utilisée de "recours préjudiciel" pour qualifier le mécanisme innommé de l'article 234 est trompeuse et devrait être proscrite. Il ne s'agit en rien d'une voie de recours contre une décision contestée ; les affaires préjudicielles sont d'ailleurs dépourvues de caractère contentieux, et les règles permettant à la Cour de statuer ne sont pas celles d'une procédure contentieuse. Le renvoi est placé entre les mains du juge national et d'aucune manière entre celles des parties. C'est de sa propre autorité, et éventuellement de son propre mouvement, que ce juge évalue la nécessité de l'interprétation, ou de l'appréciation de validité, du droit communautaire ; c'est lui qui décide, le cas échéant, de procéder à un renvoi, en faisant usage du droit qui lui est attribué ou en exécutant l'obligation de renvoi à laquelle il est soumis dans certaines situations ; et c'est lui encore qui détermine le contenu de la saisine* », PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in s.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993, 1150p. ; voy. ég. PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », Fascicule 360, 01, 2011, 32p.

²⁰²⁵ P. Olivier précise que les renvois préjudiciels représentent la moitié des affaires introduites devant la Cour. cf. OLIVIER (P.), « La recevabilité des questions préjudicielles : la jurisprudence des années 1990 », *Cahiers de droit européen*, n° 1-2, 2001, pp.15-16 ; voy. ég. Le communiqué de presse n° 25/2000 sur le Rapport annuel 1999 de la CJCE : disponible en ligne : <http://curia.europa.eu/fr/actu/communiqués/cp00/info/cp0025fr.htm> ; Jacques Pertek précise également : « *sur les 136 arrêts préjudiciels rendus en 1999, trois arrêts règlent des affaires relatives à la fois à la validité et à l'interprétation de règles communautaires et un arrêt seulement règle une affaire portant exclusivement sur la validité d'un acte* ». Cf. CJCE, 17 juin 1999, Socridis, aff. 166/98, Rec. p. I-3791 ; PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in s.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993, 1150p.

²⁰²⁶ KAPRIELIAN (J.), « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? », *Jurisdoctoria*, n° 6 2011, pp.74-98, disponible en ligne : http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero6/aut6_KAPRIELIAN.pdf

²⁰²⁷ *Id.*

²⁰²⁸ *Id.*

juridictions de droit commun et obligatoire pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours²⁰²⁹. Cette procédure apparaît nécessaire dans la mesure où « *ne comportant pas de tribunaux spécialement mis en place pour juger les actions des particuliers et des agents économiques en cas de mauvaise application des règles communautaires, le système des communautés attribue implicitement, mais nécessairement au juge national le rôle de “juge communautaire de droit commun”* »²⁰³⁰.

808. La procédure de renvoi préjudiciel consiste en une « coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non contentieuse étrangère à toute initiative des parties ».²⁰³¹ Cette procédure permet une assistance de la CJCE dans le travail d'interprétation du juge de droit commun, la juridiction nationale demeure la seule à assumer la responsabilité de la décision judiciaire sur le litige²⁰³² et choisit librement la formulation des questions préjudicielles²⁰³³. La procédure de renvoi comprend deux branches : l'une qui concerne l'interprétation de toute norme de droit communautaire²⁰³⁴, l'autre qui concerne l'appréciation de la validité du droit dérivé²⁰³⁵. Cette procédure a principalement pour fonction « de faciliter la recherche de l'état du droit pour la solution des litiges dans lesquels est en jeu le droit communautaire »²⁰³⁶. Cette

²⁰²⁹ NAOME (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen : Guide pratique*, Larcier, Bruxelles, 2007, (304p.), p.37

²⁰³⁰ PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 360, 01,2011, 32p. ; PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in s.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993 ; Voy ég. TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c. Commission*, aff. T-51/89, Rec. II, p.309, point 42

²⁰³¹ NAOME (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen : Guide pratique*, op. cit., p.150

²⁰³² CJCE, 21 avril 1988, *Pardini*, aff. 338/83, Rec. p. 2041

²⁰³³ CJCE, 16 juil. 1992, *Lourenço Dias*, aff. C-343/90, Rec. p. I-4673 ; la Cour affirme également qu'est attachée aux questions posées « une présomption de pertinence », qui ne peut être qu'exceptionnellement renversée CJCE, 7 sept. 1999, *Beck et Bergdorf*, aff. C- 355/97, Rec. p. I-4977 ; PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 360, 01-2011, 32p ; voy. PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in s.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993

²⁰³⁴ Jacques Pertek précise : « Dans sa branche “interprétation”, il apparaît à la fois comme un complément et comme un substitut possible à l'action en constatation de manquement, organisée par les articles 226 CE et 227 CE (ex-art. 169 et 170). Il est ainsi devenu une deuxième manière » de porter devant la Cour la question de la conformité au droit communautaire d'une règle de droit ou d'une pratique administrative existant dans un État membre ». Conc. Warner sur CJCE, 11 mars 1980, *Foglia*, aff. 104/79, Rec. p. 766, in PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », in s.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993 ; PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 360, 01,2011, 32p

²⁰³⁵ Le même auteur considère que « dans sa branche “appréciation de la validité”, il participe au contrôle de légalité du droit dérivé, en offrant un remède à la drastique limitation de l'accès des particuliers au prétoire de la Cour dans le cadre de l'action en annulation organisée par l'article 230 CE (ex-art. 173) ». In. *Ibid.*

²⁰³⁶ *Id.*

procédure participe également à prévenir l'apparition de contradictions entre les interprétations et les applications du droit communautaire rendues par les juridictions nationales et entre celles-ci et la jurisprudence de la CJCE. À ce titre, elle constitue un mécanisme de formalisation du droit communautaire qui vise à assurer la sécurité juridique²⁰³⁷. Enfin, le renvoi préjudiciel « renforce l'efficacité du droit au juge »²⁰³⁸ et participe à la protection juridictionnelle effective des particuliers²⁰³⁹. Il permet en outre de caractériser le contenu d'une règle communautaire²⁰⁴⁰, l'effet direct qui lui est attaché et l'étendue de ce dernier²⁰⁴¹. Des mécanismes similaires existent dans les systèmes juridiques

²⁰³⁷ *Id.* Concernant la branche interprétation du renvoi à titre préjudiciel, Jacque Pertek précise : « De la multiplicité des litiges portés devant des juridictions qui présentent une grande diversité (...), résulte nécessairement des différences et des divergences dans l'application du droit communautaire, aussi bien entre les juridictions d'un même État membre qu'entre celles des divers États membres. Ces aléas sont tout à fait supportables lorsque de telles contradictions sont le résultat de décisions de juridictions qui ne statuent pas en dernière instance (...). Encore faut-il s'assurer que les juridictions qui interviennent en dernier lieu dans la solution des litiges et/ou qui détiennent un pouvoir de régulation à l'égard des juridictions de leur ordre ne développent pas des jurisprudences discordantes. C'est ce à quoi vise l'obligation de coopérer avec la Cour qui est mise à la charge des juridictions des États membres dès lors que leurs décisions ne sont plus susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne que prévoit l'alinéa 3 de l'article 234 » ; Concernant la branche appréciation de la validité du droit dérivé, l'auteur précise : « Pour interdire aux juridictions inférieures de constater elles-mêmes l'invalidité d'un acte communautaire et pour ajouter à l'obligation systémique de renvoi (que l'on propose de qualifier ainsi parce qu'elle se rapporte à un ensemble de procédures, de voies de droit et de relations hiérarchiques) prévue par la lettre de l'article 234 une obligation circonstancielle de renvoi qui apparaît dès lors qu'elles ne rejettent pas les moyens d'invalidité présentés devant elles, la Cour estime, notamment, que des divergences à cet égard entre les juridictions nationales » seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique » ; CJCE, 22 oct. 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, Rec. p. 4199

²⁰³⁸ *Id.*

²⁰³⁹ KAPRIELIAN (J.), « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? », *Jurisdoctoria*, n° 6 2011, p.75-82

²⁰⁴⁰ CJCE, renvoi préjudiciel, *Olivier Brüstle c. Greenpeace eV*, arrêt du 18 octobre 2011 ; C-34/10. Lors de ce renvoi préjudiciel, la Cour a précisé l'interprétation du concept d'« *embryon humain* » au sens de la directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. La Cour considère à ce titre que « *constituent un "embryon humain" tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et se développer* ». La Cour précise néanmoins qu'« *il appartient au juge national de déterminer, à la lumière des développements de la science, si une cellule souche obtenue à partir d'un embryon humain au stade de blastocyte constitue un "embryon humain" au sens de l'article 6 §2 c) de la directive 98/44* ». Enfin, la Cour précise le champ d'application de l'exclusion de la brevetabilité portant sur l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales. La Cour considère que l'exclusion « *porte également sur l'utilisation à des fins de recherches scientifiques, seule l'utilisation à des fins thérapeutiques ou de diagnostic applicable à l'embryon humain et utile à celui-ci pouvant faire l'objet d'un brevet* ». De même est exclues de la brevetabilité « *une invention lorsque l'enseignement technique qui fait l'objet de la demande de brevet requiert la destruction préalable d'embryons humains ou leur utilisation comme matériau de départ, quel que soit le stade auquel celles-ci interviennent et même si la description ou l'enseignement technique revendiqué ne mentionnent pas l'utilisation d'embryons humains* ».

²⁰⁴¹ « Le renvoi préjudiciel se trouve dans une relation intime avec l'invocabilité du droit communautaire et avec l'effet direct, qui en est le degré le plus élevé. L'existence de ce mécanisme postule l'invocabilité du droit communautaire, dans toutes ses composantes (CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337). Son usage permet de mettre en évidence, dans les conditions prévues par la jurisprudence de la Cour, l'effet direct d'une règle et de déterminer, le cas échéant, l'étendue de son effet direct, tout en clarifiant autant que de besoin le contenu de cette règle. Le mécanisme préjudiciel devient ainsi le vecteur de la sauvegarde des

nationaux, en particulier en Allemagne. La France s'est récemment dotée d'un tel mécanisme avec la loi du 10 décembre 2009²⁰⁴² relative à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité²⁰⁴³.

2. Le dialogue informel entre les juges

809. Tous les systèmes juridiques ne prévoient pas de mécanismes de communication aussi sophistiqués que la procédure de renvoi à titre préjudiciel. Ces procédures de communication formalisées entre les juges internes et le juge international permettent des mises en commun des moyens juridictionnels entre deux systèmes juridiques. Laurent Scheeck analyse ces rapprochements comme une « *socialisation* » des juges des Cours internationales en Europe²⁰⁴⁴. Elles impliquent du juge national qu'il opère comme le juge de droit commun de l'ordre juridique communautaire. La Cour européenne des droits de l'homme a souhaité établir une relation similaire vis-à-vis des juridictions internes sur le fondement du principe de subsidiarité²⁰⁴⁵. Ce principe, que Mireille Delmas-Marty qualifie de « *politique* »²⁰⁴⁶ et à propos duquel elle considère que la marge nationale

droits des particuliers ». cf. PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel », *in* s; eg.d. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993 ; voy. eg. PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », Fascicule 360, 01,2011, 32p.

²⁰⁴² Loi organique 2009-523 du 10 décembre 2009 ajoute l'article 61-1 à la Constitution ; voy. BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p.1107 ; MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité ; une nouvelle voie de droit, *JCP*, 21 décembre 2009, p.54 ; voy. ég. La décision du Conseil constitutionnel sur le contrôle a priori de la loi organique n° 2009-503, Conseil constitutionnel, 2009-595DC du 3 décembre 2009, GENEVOIS (B.), « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori », *RFDA* janvier-février 2010, pp.1-11

²⁰⁴³ cf. LABAYLE (H.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, juillet-août 2010, pp.659-677 ; ALBERTON (G.), « Peut on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA* 2008, p.967 ; BURGOUE-LARSEN (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *RFDA*, 2009, p.787 ; CASSIA (P.) et SAULNIER-CASSIA (E.), « Contrôle de constitutionnalité a posteriori et contrôle de conventionnalité de la loi : une coexistence possible ? », *D.* 2008, 166

²⁰⁴⁴ SCHEECK (L.), « The Socialization of the Judges of Supranational Courts in Europe and its Effect on Regional Intergration », contribution disponible en ligne sur le site du programme GARNET : <http://www.garnet.sciencespobordeaux.fr/Garnet%20papers%20PDF/SCHEECK%20Laurent.pdf>

²⁰⁴⁵ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, §48 : « La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A no 6, p. 35, par. 10 in fine). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes ».

²⁰⁴⁶ DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p.955 (pp.944-961) ; article également disponible sur le site de UQAM : http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf

d'appréciation en constitue le « *pendant juridique* »²⁰⁴⁷, permet à la fois de ménager le principe de souveraineté des États et « *de garantir la priorité de la sanction du non-respect des dispositions conventionnelles aux autorités nationales* »²⁰⁴⁸. La limite de la marge de manœuvre laissée aux juges nationaux dans l'interprétation et l'application des dispositions conventionnelles « *réside dans la correcte appréciation du principe de subsidiarité* »²⁰⁴⁹. En particulier, les juridictions nationales doivent se garder du contresens qui consisterait à déduire « *de la subsidiarité du contrôle international, qui n'intervient (...) qu'à défaut du contrôle exercé par le juge national, la subsidiarité de la norme internationale introduite dans l'ordre juridique* »²⁰⁵⁰.

810. L'établissement d'une coopération entre les juridictions nationales et la Cour de Strasbourg apparaît comme une nécessité pour des juges qui assument « *une responsabilité commune, celle d'interpréter les dispositions conventionnelles* »²⁰⁵¹ en vue d'assurer une application harmonieuse de la Convention²⁰⁵² et « *confectionner progressivement un espace juridique (...) européen* »²⁰⁵³. De même, l'harmonisation de l'interprétation et de l'application du système des droits fondamentaux entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes nécessite l'établissement de voies de communication entre ces deux juridictions internationales. Dans les deux cas, ni les instruments juridiques ni la pratique ne prévoient de procédures spécifiques pour

²⁰⁴⁷ DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p.955

²⁰⁴⁸ L'auteur considère notamment que la Convention européenne des droits de l'homme « *assume une fonction supplétive* » puisqu'elle doit « *s'effacer devant la norme interne, lorsque cette dernière est plus protectrice et dans le cas contraire, en compenser les imprécisions et les lacunes* ». cf. GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.29 (10-42) ; voy. ég. PICARD (E.), « Article 26 », in PETTITI (L.E.), DECAUX (E.), et IMBERT (P.H.) s.d., *Convention Européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, pp. 591-620, spéc. p. 592

²⁰⁴⁹ cf. GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.33

²⁰⁵⁰ DUBOIS (L.), « La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », in SMITH (E.), *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Economica, 1990, pp.131-156, spéc., p.145

²⁰⁵¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instruments de dialogue ? », in LICHÈRE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.) s.d., *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, coll « Droit et Justice », n° 53, Bruxelles, 2004, pp.167-192, spéc., p.169

²⁰⁵² GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p. 26 « *Dès lors, un "dialogue entre les juges" permet d'assurer une coopération entre lesdites juridictions et par là même de participer à l'harmonisation des garanties conventionnelles en établissant des moyens de communication entre les différents systèmes juridiques* ».

²⁰⁵³ STIRN (B.) et OBERDORFF (H.), « Le juge administratif français dans un environnement européen », in LUKASZEWICZ (B.) et OBERDORFF (H.), s.d., *Le juge administratif français et l'Europe : le dialogue des juges*, Actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs, PUF, 2004, pp.41-67, spéc., p.51

organiser le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions des systèmes juridiques nationaux et celle du système juridique communautaire.

811. En ce qui concerne le dialogue entre les juges nationaux et le juge européen des droits fondamentaux, ces communications demeurent informelles et s'opèrent, de manière indirecte, par le jeu de leurs décisions successives. Comme le remarque Katarzyna Grabarczyk, c'est « *en affirmant l'autorité de ses propres interprétations* » que « *le juge européen des droits de l'homme a créé les premiers fondements d'un éventuel dialogue des juges* »²⁰⁵⁴. La Cour se réfère en effet à sa propre jurisprudence de manière à reconnaître à ses décisions, au sein de son système juridique, l'autorité de la chose interprétée. Toutefois, certaines juridictions nationales refusent d'attacher de tels effets, dans leur ordre juridique national, aux décisions de la Cour strasbourgeoise²⁰⁵⁵. En outre, plusieurs auteurs remarquent que, si les questions relatives au contrôle de conventionnalité semblent aujourd'hui résolues, « *ce dernier s'analyse en un contrôle de compatibilité et non en un contrôle de conformité* »²⁰⁵⁶. Ainsi, la Convention fixe des standards minimums de protection et « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles* »²⁰⁵⁷. L'autorité des arrêts de la Cour dans les ordres juridiques nationaux apparaît comme une conquête du dialogue informel et indirect entre les juges. Dès lors, le dialogue des juges « *se matérialise (...) par quatre voies différentes : la contradiction, la neutralisation, la conformité et l'anticipation* »²⁰⁵⁸. Au fil des résistances, des aménagements et de la mise en conformité s'instaure, entre les juges, une communication indirecte et informelle, en ce sens qu'elle n'emprunte pas la voie d'une procédure juridique institutionnalisée²⁰⁵⁹. D'un point de vue substantiel, cette relation entre les juges nationaux et le juge européen des

²⁰⁵⁴ GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.35

²⁰⁵⁵ Cour de Cass., crim., 3 février 1993, *Kemmache*, *Bull. Crim.*, n° 57. « Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant le non-respect du délai raisonnable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'il permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne ». Voy. ég. Cour de Cass., Crim., 4 mai 1994, *Saïdi*, *Bull. crim.*, n° 166, *JCPG*. 1994, II, 22 349, note Chambon ; voy. ég. CE, 24 novembre 1997, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Société Amibu. Inc.*, D. 1998, note Tixier et Harmonic-Gaux ; obs. ANDRIANTSIMBAZONIVA (J.), *RFDA* 1998, p.978

²⁰⁵⁶ GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », in *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.32

²⁰⁵⁷ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p.200 ; L'auteur remarque ainsi qu'il « *peut y avoir une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention* ». ; Voy. ég. CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique d'enseignement en Belgique c. Belgique* (exceptions préliminaires), op. cit. ; CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, op. cit., §61

²⁰⁵⁸ GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », op. cit., p.38

²⁰⁵⁹ SCHEECK (L.), « Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks », *GARNET Working Paper*, n° 23/07, <http://www.garnet-eu.org/2006-2007.284.0.html>

droits de l'homme concerne à la fois « *le contenu des droits garantis par la Convention* » et les « *techniques du contrôle du respect des dispositions conventionnelles* »²⁰⁶⁰. En d'autres termes, le dialogue des juges porte sur la « *détermination des champs d'application* »²⁰⁶¹ et les conditions d'invocabilité des droits en recourant à l'interprétation dynamique de l'expression indéterminée de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* » et sur les modalités d'utilisation des méthodes de résolution des conflits de droits fondamentaux : la mise en balance des intérêts, le contrôle de proportionnalité de la mesure étatique et la marge nationale d'appréciation.

812. En ce qui concerne le dialogue entre le juge européen des droits de l'homme et le juge communautaire, celui-ci peut intervenir de manière directe ou indirecte. Toutefois, même lorsqu'il intervient directement, celui-ci n'emprunte pas de voie procédurale, car aucune n'est prévue par les Traités et qu'ils n'en ont créé aucune de manière prétorienne. Cependant, les Cours européennes ont progressivement organisé leurs rapports. Laurent Schleeck remarque à ce titre que « *les rencontres à huis clos entre les juges européens, les visites officielles et le recours aux nouvelles technologies ont (...) permis aux juges d'introduire des formes de coordinations inédites* »²⁰⁶². Lors d'une allocution prononcée à l'occasion d'une visite officielle de la CJCE à la CEDH, Eleanor Sharpston, Avocat général auprès de la CJCE, insiste, sur la convergence des jurisprudences des deux cours européennes en matière de droits fondamentaux : « *Cet alignement est maintenant presque inhérent dans le système communautaire* »²⁰⁶³. Après avoir cité l'article 6²⁰⁶⁴ du Traité de

²⁰⁶⁰ GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », *op. cit.*, p.39

²⁰⁶¹ *Id.*

²⁰⁶² L'auteur précise également que « *la formalisation des règles du jeu du rapport des cours supranationales en Europe a progressivement fait émerger une communauté interprétative transorganisationnelle dont le dialogue a élevé le seuil de sensibilité des acteurs européens aux enjeux juridiques, politiques, constitutionnels et institutionnels de l'Europe des droits de l'homme* ». SCHEECK (L.), « La diplomatie des juges européens et la Constitution européenne », contribution disponible sur le site de Polilexes : http://www.polilexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/Diplomatie%20des%20juges.pdf

²⁰⁶³ SHARPSTON (E.), « La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes », Visite officielle de la Cour à la CEDH de Strasbourg, le 9 novembre 2007, p.2 (1-9), disponible en ligne sur le site de la CEDH : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D6D1A47C-822A-472B-9D36-05CB40F4EEF9/0/CJCE_discours_Sharpston.pdf

²⁰⁶⁴ L'article 6§1 et 2 du Traité de l'U.E. dispose : « *L'Union est fondée sur les principes de liberté, de démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États Membres. L'union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ». voy. ég. CJCE, ASML Netherlands BV, arrêt du 14 décembre 2006, C-283/05, Rec. p. I-12041, §26 La Cour affirme : « *Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font en effet partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (voir, notamment, avis 2/94, du 28 mars 1996, Rec. p. I-1759, point 33)* ». ; Voy. ég. sur le rôle du juge dans l'intégration de l'objectif de sécurité sanitaire dans le droit communautaire et sa conciliation avec les libertés économiques fondamentales : Cf. BÜSCHEL (I.), *Les rapports entre santé et libertés*

l'UE, l'avocat général poursuit : « *Ce n'est pas surprenant que, par conséquent, la Cour de justice se réfère tout particulièrement dans sa jurisprudence aux droits inclus dans la CEDH et à la jurisprudence de votre Cour* »²⁰⁶⁵. Ce rapprochement progressif n'est pourtant pas « *linéaire d'un stade de conflit à un stade de coopération* »²⁰⁶⁶. Au contraire, la relation des cours, dans un espace constitutionnel européen incertain, « *se caractérise par la coexistence de la rivalité hiérarchique, des échanges normatifs et de la coopération interinstitutionnelle* »²⁰⁶⁷. Cette coopération entre les juges européens s'inscrit dans une démarche stratégique qui comprend une dimension normative et une dimension

économiques fondamentales dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance des communautés européennes, op. cit., pp.11-28

²⁰⁶⁵ L'auteur précise : « *Pourtant, cela ne signifie pas que la Cour de justice exclut la possibilité de se référer aux autres traités et conventions en matière de droits de l'homme (...) Cependant, l'attention presque exclusive apportée à la CEDH et à la jurisprudence y afférente pourrait avoir quelquefois des conséquences moins heureuses. Par exemple, cela pourrait avoir pour conséquence l'exclusion de l'ordre juridique communautaire des droits qui ne font pas partie de la CEDH. Une telle exclusion ne se ferait évidemment pas délibérément. Elle pourrait cependant se manifester comme résultat de la priorité accordée à la CEDH* ». cf. SHARPSTON (E.), « *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes* », *op.cit.*, p.2-3

²⁰⁶⁶ SCHEECK (L.), « *La diplomatie de juges européens et la Constitution européenne* », *op. cit.*, p.4 ; l'auteur précise : « *Même en l'absence d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH, la Cour EDH a été amenée à exercer un contrôle minutieux sur les actes communautaires, y compris de nombreuses décisions de la CJCE. Progressivement, elle a annexé l'Union européenne à la CEDH par la voie jurisprudentielle, sanctionné des États pour des faits liés à l'Union européenne et affirmé qu'elle se sent capable de condamner tout acte ayant « manifestement » violé la CEDH. À plusieurs reprises, la CJCE a opéré des revirements de jurisprudence, une fois que ces divergences d'interprétation de la CEDH étaient connues. Dans l'affaire Roquette Frères (22 octobre 2002), la CJCE a mis fin, au bout de treize ans, à une jurisprudence divergente à celle de Strasbourg en matière de protection du domicile, en citant explicitement la jurisprudence strasbourgeoise. Dans ce cas, les références à la jurisprudence de la Cour EDH revêtent un véritable aspect de politique interinstitutionnelle. Premièrement, les actions réciproques d'un ordre juridique sur l'autre, qui ont initialement été perçues comme négatives au sein des deux cours, se sont transformées en un jeu de références croisées particulièrement enrichissant pour les deux cours. Soudainement, les références réciproques ne sont plus perçues comme une stratégie de « vampirisation », mais comme une dynamique de « fertilisation croisée ». Voy. ég. SCHEECK (L.), « *Le dialogue des droits fondamentaux en Europe : fédérateur de loyauté, dissolvant de résistances ?* », in BRIBOSIA (E.), SCHEECK (L.) et UBEDA (A.), *L'Europe des Cours : résistances et loyauté*, Bruylant, coll « Penser le droit », 2009 : publication disponible en ligne sur le site de Polilexes :*

http://polilexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/LE%20DIALOGUE%20DES%20DROITS%20FONDAMENTAUX%20EN%20EUROPE,%20FEDERATEUR%20DE%20LOYAUTES,%20DISSOLVANT%20DE%20RESISTANCES_%20Laurent%20Scheeck.pdf

²⁰⁶⁷ *Id.* Dans une autre contribution, Laurent Schleeck insiste : « *Les juges supranationaux ont notamment créé un « bouclier jurisprudentiel supranational commun » permettant à leurs cours de faire face aux nouvelles priorités politiques d'une Union européenne dont le pouvoir ne cesse de se renforcer. La relation contingente de ces cours a en outre permis d'établir un équilibre entre économie et droits de l'homme qui penche légèrement en faveur de ces derniers, même s'il faut exclure les droits sociaux de ce scénario. Dans un deuxième temps, les relations entre cours européennes ont favorisé l'imposition de normes européennes au niveau national. Après des années d'interactions parfois peu cordiales, les juges européens ont récemment découvert des intérêts communs vitaux. Certains se sont aperçus que le conflit interinstitutionnel risque de conduire à un affaiblissement réciproque des ordres juridiques supranationaux que les deux cours ont laborieusement construits par la voie prétorienne* ». In SCHEECK (L.), « *L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme* », in EBERWEIN (W.D.) et SCHEMEIL (Y.) s.d., *Normer le monde : énonciation et réception des normes internationales*, L'Harmattan, Paris, 2009 pp.277-309, publication disponible en ligne sur le site de Polilexes : http://polilexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/amplification.pdf

politique²⁰⁶⁸. D'un point de vue normatif, la coopération entre les cours vise à réduire ou neutraliser les contradictions entre leurs jurisprudences. Cette stratégie normative présente des fins politiques puisqu'« *en diminuant les risques de divergences (...) et de conflit de leur travail d'interprétation, les cours européennes tentent d'augmenter leur pouvoir par rapport aux gouvernements, aux cours internes et aux autres autorités internationales* »²⁰⁶⁹. Ainsi, s'organise en Europe un dialogue²⁰⁷⁰ entre les juges nationaux, le juge de l'Union européenne et celui de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'enjeu n'est rien moins que l'application harmonisée des droits fondamentaux dans l'espace public européen.

813. Dans une déclaration commune du 17 janvier 2011²⁰⁷¹, Jeran Paul Costa et Vassilios Skouris, alors présidents des deux Cours européennes, envisagent les conséquences de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme sur la cohérence des jurisprudences de leurs Cours. Ces derniers constatent que les actes de l'UE seront dès lors soumis au contrôle de conventionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, en l'absence de procédures institutionnalisées de communications entre les deux cours, l'adhésion présente le risque de susciter des conflits d'interprétation, préjudiciables à la protection des droits fondamentaux dans l'espace juridique européen. Les présidents des Hautes Cours européennes estiment que la voie procédurale offerte aux justiciables de la CEDH pour contester la conformité des mesures étatiques adoptées afin d'assurer l'application ou la mise en oeuvre du droit de l'UE implique un risque de voir la CEDH se prononcer avant le contrôle interne effectué par la CJUE²⁰⁷². En effet, si dans le cas des requêtes individuelles contestant la conformité vis-à-vis de la CEDH d'une mesure adoptée par les institutions de l'UE après l'adhésion,

²⁰⁶⁸ « Depuis quelques années, un alignement radical des jurisprudences des cours européennes et un jeu de références croisées ont permis, au contraire, d'élargir les répertoires d'action de ces deux institutions supranationales et de mieux maîtriser des résistances politiques et juridiques qui se multiplient à leur égard ». SCHEECK (L.), « L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme », *op. cit.*

²⁰⁶⁹ *Id.*, L'auteur précise : « Alors que les conflits s'accroissent entre les juridictions supranationales au fur et à mesure qu'elles se rapprochent, la socialisation des juges supranationaux a profondément restructuré l'ensemble du rapport entre les deux cours dans le sens d'une coopération approfondie. À défaut de pouvoir créer une parfaite harmonie, les juges ont toutefois été forcés de passer en mode discursif là où la rationalisation jurisprudentielle s'avère impossible et compléter leurs efforts jurisprudentiels par un changement de perspective radical en mettant l'accent sur ce qui réunit les deux cours (l'harmonisation de la jurisprudence des droits fondamentaux) et non pas ce qui risque de les diviser (l'articulation de leurs rapports directs). Les juges des deux cours s'attaquent ainsi aux lectures conflictuelles des relations interjuridictionnelles et proposent des modèles plus inclusifs en échange ».

²⁰⁷⁰ SCHEECK (L.), « La diplomatie de juges européens et la Constitution européenne », *op. cit.*, pp.1-12

²⁰⁷¹ Déclaration commune des Président Costa et Skouris, réunies le 17 janvier 2011 au siège de la CJUE à Luxembourg, disponible sur le site de la CEDH : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf

²⁰⁷² *Id.*

« la condition relative à l'épuisement des voies de recours internes [art. 35-1 CEDH] (...) obligera les requérants désireux de s'adresser à la CEDH à saisir au préalable les juridictions de l'UE, dans les conditions prévues par le droit de cette dernière » ; en revanche, dans le cas des requêtes individuelles dirigées à l'encontre de mesures nationales d'application du droit de l'Union²⁰⁷³ et compte tenu du caractère parfois facultatif du renvoi préjudiciel pour les juridictions internes, les juges strasbourgeois pourraient être amenés « à se prononcer sur une requête mettant en cause des dispositions dudit droit sans que la CJUE ait eu l'occasion de contrôler la conformité de celui-ci avec les droits fondamentaux garantis par la Charte »²⁰⁷⁴. Dans cette perspective, les présidents Costa et Skouris proposent d'élaborer « une procédure souple susceptible de garantir que la CJUE puisse effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par la CEDH »²⁰⁷⁵. Qu'il prenne ou pas la forme d'une procédure institutionnalisée, les deux Cours s'engagent « à poursuivre leur dialogue sur ces questions qui revêtent une importance considérable pour la qualité et la cohérence de la jurisprudence relative à la protection des droits fondamentaux en Europe »²⁰⁷⁶.

3. Les Parties devant la Cour : intercesseurs d'un dialogue indirect entre les juges

814. Les communications entre les juges et les parties d'une part, mais également entre juges appartenant à des ordres ou des systèmes juridiques différents d'autre part, sont suscitées par le litige et la pluralité des objets qu'il suppose. En effet, le dialogue des juges s'opère vis-à-vis de divers interlocuteurs et selon des modalités différentes²⁰⁷⁷. Le dialogue

²⁰⁷³ Dans ce cas la question reste posée de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme opérera une distinction entre les mesures communautaires adoptées avant ou après l'adhésion ou entre les mesures communautaires ayant fait, ou non, l'objet d'une interprétation par la CJCE.

²⁰⁷⁴ *Id.*, Dans une telle situation, les présidents Costa et Skouris remarquent : « Selon toute probabilité, cette situation ne devrait pas se produire souvent. Il n'en demeure pas moins qu'il est prévisible qu'une telle situation puisse se réaliser en raison du fait que la procédure préjudicielle ne peut être déclenchée que par les seules juridictions nationales, à l'exclusion des parties, lesquelles sont certes en mesure de suggérer le renvoi préjudiciel, mais n'ont pas le pouvoir de l'imposer. Ceci signifie que le renvoi préjudiciel n'est normalement pas une voie de recours à épuiser par le requérant avant de saisir la CEDH ».

²⁰⁷⁵ *Id.*, Jean Paul Costa et Vassilios Skouris précisent que « les modalités de mise en oeuvre d'une telle procédure, qui n'exige pas une modification de la Convention, devraient tenir compte des caractéristiques spécifiques du contrôle juridictionnel exercé respectivement par ces deux juridictions ». Ils estiment également qu'il importe que la typologie des cas de figure dans lesquels la CJUE peut être saisie soit clairement définie ». En outre, la déclaration commune insiste sur le fait que « l'examen de la conventionnalité de l'acte litigieux ne devrait reprendre avant que les parties intéressées n'aient été en mesure d'apprécier utilement les éventuelles conséquences à tirer de la position prise par la CJUE et, le cas échéant, soumettre des observations à cet égard à la CEDH, dans un délai qui leur serait imparti à cette fin conformément aux dispositions régissant la procédure devant cette dernière ».

²⁰⁷⁶ *Id.*

²⁰⁷⁷ ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Le juge dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, Paris, 2005, 95p.

premier et principal est celui qui s'instaure entre le juge et les parties. Ce sont les parties qui suscitent la prise en compte par le juge d'éléments extérieurs à son système de normes, qu'il s'agisse d'éléments du contexte ou qu'il s'agisse de jurisprudences provenant de systèmes juridiques extérieurs. Par exemple, dans l'affaire *Pretty*, les parties ont profité de l'absence de précédent relatif au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour pour proposer à son appréciation des décisions jurisprudentielles spécifiquement consacrées aux questions soulevées devant elle et issues d'autres ordres juridiques extérieurs. Les juges ont, par exemple, utilisé la jurisprudence de la Cour suprême du Canada²⁰⁷⁸ en justifiant du fait que « *si la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation sous l'angle d'une disposition de la Charte canadienne non libellée de la même manière que l'article 8 de la Convention la cause soulevait des problèmes analogues relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps* »²⁰⁷⁹. De même dans l'affaire *Evans*, relative à l'utilisation des techniques de FIV et au sort des embryons en cas de retrait du consentement d'une des parties au projet parental, il apparaît explicitement que « *les parties renvoient en outre la Cour à la jurisprudence américaine et israélienne* »²⁰⁸⁰. En de telles occasions, la Cour ne boude pas son plaisir d'étudier en détail les jurisprudences extérieures proposées par les parties afin d'appuyer leurs arguments, au même titre qu'elle évalue les positions nationales au sein du Conseil de l'Europe. Cette pratique récurrente de la Cour est la marque d'une culture internationale de l'institution et le signe d'une volonté d'inscrire son rôle politiquement dans l'ordre juridique international. On peut constater, en outre, que le traitement des litiges sur des questions délicates donne lieu à des phénomènes identiques dans les ordres juridiques internes. En France, par exemple, dans l'affaire *Perruche*²⁰⁸¹, les parties ont puisé leurs argumentations au sein de décisions étrangères, notamment américaines, la Cour de cassation s'est interrogée sur la pertinence de ces comparaisons pour fonder sa décision²⁰⁸². Dans cette perspective, les parties apparaissent comme les intercesseurs d'un dialogue indirect entre le juge du for et un ou des juges tiers.

²⁰⁷⁸ Cour Suprême du Canada, Affaire *Rodriguez c. Procureur général du Canada*, *Law Reports of Canada*, 1994, vol.2, p.136

²⁰⁷⁹ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §66 et 73

²⁰⁸⁰ Cour EDH, *Evans c. Royaume-Uni*, arrêt de la Grande Chambre du 10 avril 2007, requête n° 6339/05, §43 et s, arrêt de la 4e Section de la Cour du 7 mars 2006, §33-39

²⁰⁸¹ Cour de cassation, *Arrêt Perruche*, 17 juin 2000. Accessible à l'adresse :

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

²⁰⁸² ALLARD (J.), 'Les juges dans la mondialisation : 'empire du droit' ou 'politique par d'autres moyens' ?', in DELRUELLE (E.), *Le conflit entre droit et politique*, Bruylant, Bruxelles, 2007, article disponible en ligne sur le site du Centre Perelman de Philosophie du Droit sous le titre : 'La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation : quelle place pour les juges ?' :

http://www.philodroit.be/IMG/pdf/separation_des_pouvoirs.pdf

815. De ce dialogue primaire, qui permet l'identification de la cause et des objets du litige, découlent d'autres dialogues engagés par le juge, tantôt indirectement vis-à-vis des juges d'autres systèmes juridiques, tantôt directement vis-à-vis de certains acteurs de la société civile. Certaines parties, en effet, peuvent recourir à des stratégies argumentatives dont l'objet n'est pas seulement la garantie de leur droit subjectif, mais également le respect du droit objectif ou l'établissement d'une jurisprudence sur certaines questions juridiques nouvelles ou incertaines. Ce faisant, les parties peuvent se placer en « *porte-parole* » d'une pluralité de sujets placés dans le même rapport de droit et que la solution jurisprudentielle est susceptible d'affecter dans leurs intérêts²⁰⁸³. Les parties, par les stratégies qu'elles emploient, influencent le raisonnement du juge. En effet, sur demande des parties ou à l'occasion de leur argumentation le juge pourra être amené à accepter, ou parfois solliciter, l'intervention de tiers intéressés. Ces tiers apparaissent comme les représentants de certains intérêts au sein de la société civile. Dans l'affaire *Pretty*, la Cour européenne des droits de l'homme a permis l'intervention dans la procédure écrite de deux *amici curiae* représentants des intérêts collectifs : la Voluntary Euthanasia Society et la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre²⁰⁸⁴. À ce titre, on remarque encore qu'un dialogue s'instaure entre le juge et une pluralité d'acteurs qui ne sont pas les parties au litige, mais qui soutiennent certains de leurs arguments. Ces acteurs ont un intérêt à intervenir dans la procédure écrite non en raison du droit subjectif dont le demandeur réclame le respect, mais en fonction des conséquences que la décision judiciaire peut emporter à leur égard.

B. La pluralité des objets du litige.

816. Les litiges relatifs aux conflits de droits fondamentaux constituent des situations complexes pour le juge tant ils recèlent d'opportunités pour les plaideurs. En effet, s'il découle principalement du contentieux des droits subjectifs, la garantie de ceux-ci n'est qu'un des arguments susceptibles d'être invoqués²⁰⁸⁵. Le contentieux du conflit de droits « *fournit encore au juge la possibilité de contraindre l'adversaire du titulaire de droits subjectifs qui se présente devant lui, au respect de l'obligation qu'impose le droit objectif* »²⁰⁸⁶. De plus, comme nous l'avons constaté dans la première partie, les droits

²⁰⁸³ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.17-19

²⁰⁸⁴ CEDH, *Pretty c. R.U.*, op. cit., §75

²⁰⁸⁵ Olivier de Schutter considère 'qu'avec cette question [la question de la pluralité des objets du litige] s'ouvre le registre de l'argumentation qui se tient devant le juge', DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.18

²⁰⁸⁶ L'auteur précise que 'l'objectivation du contentieux des droits subjectifs (...) traduit au plan de la description du contentieux la transformation qu'implique l'exigence d'effectivité des droits'. Id.

collectifs peuvent également constituer un moyen de défense susceptible d'affecter l'application, en certaines circonstances, d'un droit subjectif. Selon les garanties procédurales dont ils peuvent faire l'objet dans certains systèmes juridiques, notamment les procédures d'actions collectives ou de *class action*, certains droits collectifs sont susceptibles d'être invoqués à titre de moyen principal par un requérant, ce qui inverse les conditions habituelles de réception du conflit par le juge.

817. Olivier de Schutter distingue trois catégories d'arguments utilisés dans le contentieux relatif aux conflits de droits fondamentaux : « *les uns qui prennent pour point de départ la garantie du droit subjectif du demandeur (...) les autres qui prennent l'action en justice qu'il a introduite comme l'exercice d'une compétence visant à contribuer au respect de la légalité (...), les autres encore qui voient dans l'action en justice l'occasion d'une transformation du droit* »²⁰⁸⁷. La pluralité des objets du litige correspond ainsi à la multiplicité des intérêts et des titulaires de droits susceptibles d'être concernés par la décision rendue par le juge. La Cour elle-même confirme cette hypothèse²⁰⁸⁸. On peut remarquer que cette conception de la pluralité des objets du litige semble confirmée par l'analyse de la nature du concept de l'intérêt général qui apparaît comme une combinaison d'intérêts privés et publics, individuels et collectifs²⁰⁸⁹. Nous constaterons également que la contextualisation à laquelle se livre le juge consiste à rendre possible l'émergence de ces intérêts multiples et à sélectionner parmi ces derniers ceux qui sont juridiquement protégés ou qui mériteraient d'être pris en compte, car la décision rendue est susceptible de les affecter.

²⁰⁸⁷ *Id.* p.19

²⁰⁸⁸ Dans son appréciation des conflits de droits fondamentaux, la Cour examine avec précision l'ensemble des intérêts susceptibles d'être affectés par sa décision et qu'elle tend à prendre en compte. Par exemple dans l'affaire *Ovidière c. France*, la Cour est confrontée au conflit entre deux prérogatives tirées de l'article 8 de la Convention : celle de la requérante à connaître de ses origines biologiques et celle de sa mère à conserver l'anonymat vis-à-vis de son lien de maternité protégé par la mesure étatique attaquée. La Cour interprète l'article 8 de la Convention : '*L'expression "toute personne" de l'article 8 de la Convention s'applique à l'enfant comme à la mère. D'un côté, il y a le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée. L'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement (...) De l'autre, on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat (...) il n'appartient pas à la Cour de porter un jugement sur cette attitude, mais seulement de la constater La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables (...). En sus de ce conflit d'intérêts, la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et (...) le restant de la famille biologique, ne soit soulevée. (...) L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit (...) dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement (...) Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français*', cf. Cour EDH *Ovidière c. France*, du 13 février 2003, requête n° 42326/98, §44-45

²⁰⁸⁹ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, 910 p

818. S'il n'y est pas fait explicitement référence aux droits collectifs, les intérêts collectifs ou les aspects collectifs de certains droits ne sont pas absents de cette conception. En effet, l'objectivation du contentieux tend à intervenir dans les litiges qui opposent un individu à une autre partie plus puissante afin d'éviter que la balance des intérêts opérée par le juge ne soit biaisée par cette asymétrie de puissance²⁰⁹⁰. L'objectivation du contentieux des droits subjectifs consiste alors à mettre en balance « *l'intérêt de l'acteur de grande taille (...) avec l'intérêt non seulement du demandeur individuel, mais encore de toutes les autres personnes qui se situent dans un même rapport de droit avec l'acteur de grande taille* »²⁰⁹¹. Cette objectivation a notamment pour conséquence que « *l'individu partie au litige, apparaît en fait comme le porte-parole d'une collectivité de personnes, c'est-à-dire de tous les titulaires de droits qui se situent, par rapport à un même sujet, de façon semblable* »²⁰⁹². Ainsi, le demandeur dispose d'une pluralité de stratégies pour obtenir satisfaction. La garantie du droit subjectif n'est pas le seul résultat qu'il est susceptible de viser par l'introduction de son action, « *le respect réclamé du droit objectif, d'une part, le précédent judiciaire formulé à l'occasion du litige, d'autre part, constituent également de tels objets* »²⁰⁹³. Néanmoins, l'État où le défenseur dispose également de ces opportunités. En particulier dans le contentieux du conflit de droit devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'État justifie généralement la mesure restreignant les droits du requérant par la nécessité de protéger un ensemble d'intérêts juridiquement protégés. L'intérêt public, l'intérêt général, les intérêts légitimes protégés par l'ordre public, les intérêts privés issus des droits fondamentaux d'autrui, sont autant d'arguments qui sont mobilisés par l'État pour inciter le juge à remplir le « plateau » de la balance lui correspondant.

819. À ce titre, il est intéressant de remarquer que la problématique des conflits de normes ou de droits fondamentaux comme la complexité qu'elle recèle, eu égard notamment au nombre des intérêts et arguments employés, trouvent leur origine dans l'activité des parties. En effet, ce sont les parties, par la diversité des stratégies argumentatives qu'elles emploient, qui distillent dans l'esprit des juges la problématique de la conflictualité des droits dans toutes les dimensions qu'elle comprend. Il est également

²⁰⁹⁰ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.22 ;

²⁰⁹¹ *Id.*

²⁰⁹² *Id.*

²⁰⁹³ *Id.* p.31 Ainsi le porteur du droit subjectif pourra réaliser que par son action il "exerce en même temps la compétence de réclamer le respect du droit objectif, et aussi celle de fournir au juge l'occasion de développer sa jurisprudence dans telle direction plutôt que telle autre ». L'auteur poursuit : « en fait mon recours engage, au-delà de ma seule situation, aussi bien la collectivité de personnes auxquelles va bénéficier l'affirmation judiciaire que telle obligation est due en vertu du droit objectif, que la collectivité de ceux que le précédent judiciaire va affecter », DE SCHUTTER (O.), *Droits fondamentaux et fonction de juger*, op. cit., pp.22-23

nécessaire de garder à l'esprit que la complexité résultant de la pluralité des objets du litige tient également au fait que ceux-ci sont « *indissociables les uns des autres, toujours présents ensemble* »²⁰⁹⁴. Olivier de Schutter rappelle en effet que nonobstant le fait que « *d'un litige à l'autre, le centre de gravité se déplace* » et que « *le plus souvent, une hiérarchie implicite range le droit subjectif comme premier objet du litige* », « *cela ne saurait conduire à nier la complexité des problèmes liés à la coexistence de ces objets, qui au surplus intéressent différents cercles de personnes, et ainsi posent des problèmes de représentation chaque fois distincts* »²⁰⁹⁵.

820. Cependant, cette conception de la fonction des procédures judiciaires de règlement des litiges, inspirée de l'éthique communicationnelle de Rawls et Habermas, prend-elle suffisamment en compte l'impact du phénomène du recours aux modes alternatifs de résolution des litiges ? Car si le porteur du droit subjectif peut réaliser qu'il se place en porte-parole d'une collectivité de personnes, il peut également mettre en sourdine ces autres intérêts au profit d'une satisfaction plus grande de son intérêt propre, comme dans le cas d'une indemnisation amiable donnant lieu à une renonciation au droit de poursuivre à l'avenir l'autre partie ou une clause de confidentialité sur les éléments du débat. En outre, il peut être dans l'intérêt de l'une ou l'autre des parties qu'aucun précédent ne soit adopté par le juge et que l'incertitude juridique demeure. Enfin, il faut également reconnaître qu'il peut s'avérer difficile, voire impossible, d'assurer une représentation optimale de tous les intérêts en jeu. Une telle représentation impliquerait un allongement des procédures qui pourrait dès lors contrevenir à l'obligation de rendre un jugement dans des délais raisonnables. Nous verrons encore qu'un certain nombre d'éléments conduisent à s'interroger sur l'efficacité d'une procédure individuelle en vue de défendre le droit objectif ou un intérêt collectif et sur l'opportunité de construire les voies procédurales permettant que chaque intérêt en jeu soit représenté par des parties adéquates.

821. Si le juge est confronté à la complexité des objets du litige et des arguments des parties en termes d'intérêts, il ne demeure pas impuissant face aux stratégies de ces dernières. Garant de la fonction de la procédure judiciaire le juge orchestre la communication des parties²⁰⁹⁶, sélectionne les intérêts qu'il prend en compte dans son

²⁰⁹⁴ *Id.*

²⁰⁹⁵ *Id.* p.400

²⁰⁹⁶ Selon l'analyse de Luhmann, la fonction du juge consiste à limiter la densification des systèmes de contacts dans le système procédural et à stabiliser la prise de rôle par les participants, participer à la sélection des alternatives décisionnelles et au maintien des capacités d'apprentissage tant des participants que du système procédural. cf. LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.67-85 ; CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann*, op. cit., pp.160-166

raisonnement ou qui justifient sa décision²⁰⁹⁷ et, selon certains auteurs²⁰⁹⁸, participe à reconstruire le litige selon une perspective ou « *un plan de construction* » axée selon quatre dimensions. Sébastien Van Drooghenbroeck considère, en effet, que la méthode de sélection des intérêts utilisée par le juge « *implique le positionnement sur différents axes* »²⁰⁹⁹ :

« *Axe structurel tout d'abord : faut-il concevoir que la balance des intérêts oppose nécessairement des intérêts "individuels" à un "intérêt public" ? Axe personnel, ensuite : faut-il ne prendre en considération que les seuls intérêts du requérant tels qu'ils se trouvent lésés in concreto, ou peut-on également avoir égard aux intérêts de toute autre personne, qui, placée dans une situation comparable à celle du requérant, pourrait-être pareillement lésée ? Axe temporel, également : faut-il identifier les intérêts pertinents et configurer leur poids ex tunc ou ex nunc ? Axe probabiliste, enfin : faut-il considérer que seuls les intérêts "actuels" ont droit de cité dans la balance des intérêts, ou peut-on admettre que celle-ci ait également égard aux intérêts "virtuels" ?* »²¹⁰⁰

Toutefois, face à ces questions, les juges ne disposent pas d'une méthode efficace pour y répondre. En effet, « *la métaphore de la balance n'apporte pas de réponse* » ; au contraire, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme indique que « *de tels enjeux ont été par trop négligés par la pratique strasbourgeoise, leur gestion relevant largement d'un "flair", plutôt que d'une méthode empirique* »²¹⁰¹. La jurisprudence de la

²⁰⁹⁷ Sébastien van Drooghenbroeck précise : « *Ce n'est (...) pas la réalité brute du litige qui s'impose à la balance. Seuls les intérêts juridiquement protégés que celui-ci met aux prises garniront les plateaux. Le propos semble aller de soi ; il met néanmoins en lumière la nécessité d'une reconstruction, d'une sélection des intérêts. Cette sélection suppose des choix, incontournables, censés reposer sur une méthode* ». VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.236

²⁰⁹⁸ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme* op. cit., pp.245-255 ; DE SCHUTTER (O.), « Les cadres du jugement juridique », in *Annales de droit de Louvain*, 2/1998, pp.177-223 ; Pour une approche relative à la place du juge au regard de la séparation des pouvoirs : ROSENFELD (M.), « Executive autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law : Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers », *Cardozo Law Review*, vol.15, 1993-1994, pp.149 et s. (137-175) ; ROSENFELD (M.), « Deconstruction and Legal Interpretation : Conflict, Indeterminacy and the Temptation of the New Legal Formalism », *Cardozo Law Review*, vol.11, 1989-1990, pp.1211-1270

²⁰⁹⁹ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.2447 ; DE SCHUTTER (O.), « Les cadres du jugement juridique », in *Annales de droit de Louvain*, 2/1998, pp.177-223

²¹⁰⁰ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.247

²¹⁰¹ *Id.*

Cour comprend à ce titre de nombreuses incohérences. Nous retiendrons deux exemples qui concernent l'axe structurel et l'axe personnel.

822. Concernant le premier axe²¹⁰², la Cour a modulé sa conception de la conflictualité. L'affaire relative au régime linguistique de l'enseignement en Belgique caractérise la position classique de la Cour en la matière, qui tente d'atteindre « un juste équilibre » entre « l'intérêt général de la communauté » et « les droits fondamentaux de l'individu »²¹⁰³. Pourtant, la jurisprudence « dévie sur de nombreux points de l'axe structurel d'une mise en opposition binaire des intérêts privés et des intérêts généraux » dans la mesure où « certaines restrictions aux droits et libertés individuelles sont justifiables, selon la lettre de la Convention elle-même [§2 des articles 8 à 11] ou en vertu de la jurisprudence relative aux conflits entre droits, par le souci de protéger d'autres intérêts individuels »²¹⁰⁴. Dans l'affaire *Z c. Finlande*, la Cour, située sur le terrain de l'article 8, a considéré que la divulgation du secret médical dans le cas d'une procédure pénale, porterait atteinte, non seulement aux intérêts individuels du requérant, mais aussi que celle-ci pourrait affecter la confiance du public dans le système médical et constituer un frein aux efforts déployés par les autorités publiques pour lutter contre l'épidémie du SIDA²¹⁰⁵.

823. L'axe personnel, suppose pour le juge de s'interroger sur le niveau de généralité selon lequel il souhaite envisager le litige. En d'autres termes, cet axe concerne notamment la possibilité de contrôler *in specie* ou *in abstracto* le respect des droits garantis par la Convention. Ainsi, Sébastien van Drooghenbroeck précise la question que se pose le juge : « Faut-il le circonscrire [le litige] à la situation tout à fait particulière de la personne

²¹⁰² Pour une approche de l'axe structurel : XYNOPOULOS (G.), « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in PARABAS (P.J.), *État-loi-administration. Mélange en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles/Athènes, Bruylant/Sakkoulas, 1998, p.4848 et s. ; Pour M. Fromont, cet axe et l'opposition binaire entre intérêt public et privé constituent le cadre d'intervention de « l'authentique » proportionnalité. FROMON (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial, 1995, p.164

²¹⁰³ CEDH, *Affaire relative au régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, op. cit., §5

²¹⁰⁴ Sébastien Van Drooghenbroeck considère qu'à l'inverse « s'observent dans la jurisprudence strasbourgeoise de nombreux cas d'oppositions multipolaires débouchant sur l'affrontement de deux intérêts publics. Tel est le cas en matière de liberté de la presse, ou, aux fins de concurrencer l'intérêt général motivant la restriction aux droits garantis par l'article 10, sont pris en considération, non seulement l'intérêt individuel du journaliste à communiquer ses informations, mais aussi, et peut être même surtout, l'intérêt du public à les recevoir ». VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp.248-249 ; Voy. ég. CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, op. cit., §67 où la cour fait référence à « l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression ». CEDH, *Open Door et Dublin Well Woman Ltd. c. Irlande*, req. n° 14234/88 ; 14 235/88, du 29 octobre 1992, §77 où la Cour, pour appuyer sa solution en faveur des requérants, fait référence aux intérêts publics que mettait en péril l'interdiction de diffuser des informations relatives à l'IVG et non pas seulement l'intérêt individuel des diffuseurs à s'exprimer librement.

²¹⁰⁵ CEDH, *Z. c. Finlande*, du 25 février 1997, §95-96

victime de l'ingérence litigieuse, ou faut-il au contraire élever le cadre et prendre en considération la situation de toute autre personne tombant également sous le coup de la norme dont il a été fait application au requérant »²¹⁰⁶ ? La doctrine distingue, à ce titre, deux types de mise en balance des intérêts : le « *ad hoc balancing* »²¹⁰⁷ et le « *definitional* » ou « *categorical balancing* »²¹⁰⁸. La première forme de mise en balance des intérêts ou *ad hoc balancing* « s'entend alors de leur pesée les uns par rapport aux autres, une norme commune servant à identifier le poids de chacun des divers intérêts en jeu dans l'espèce à trancher ». Elle correspond au contrôle *in concreto* du respect de la convention opéré par la Cour. La seconde forme, ou *categorical balancing*, correspond au contrôle *in abstracto*²¹⁰⁹, c'est-à-dire au contrôle de conventionalité²¹¹⁰ de la mesure nationale attaquée. En outre, le choix du type de mise en balance des intérêts, qui « procède d'un dilemme entre équité et sécurité juridique », influera non seulement sur la solution retenue, mais encore sur les effets attachés à la décision de la Cour²¹¹¹. Si la Cour a d'abord refusé

²¹⁰⁶ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.249

²¹⁰⁷ « L'élément le plus concret, le plus proche sans doute des préoccupations de la pratique, concerne deux façons de concevoir la balance des intérêts à laquelle, de façon explicite ou implicite, la proportionnalité fait appel », in *Id.*, p.14 ; sur la distinction entre *ad hoc* et *definitional balancing* : cf. SHAMAN (J.M.), *Constitutional interpretation : illusion and reality*, Greenwood Publishing Group, 2001, (266p.) pp.200 et s. ; McFADDEN (P.), « The balancing Test », *Boston College Law Review*, vol. 29 n° 3, 1988, pp.598-656. Mac Fadden se concentre sur le système juridique des États-Unis d'Amérique et distingue ce qu'il nomme « *fact balancing* », qui correspond à l'évaluation des preuves et la valeur probatoire de celles-ci, et « *rule balancing* » ou « *result balancing* » qui correspondent aux deux types de balances mises en valeur par la doctrine continentale. Voy. ég. KOKOTT (J.), *The burden of proof in comparative and international human rights law : Civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998, pp.77 et s. (291p.)

²¹⁰⁸ Sébastien Van Drooghenbroeck utilise le terme de « *categorical balancing* », VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp.250 et s. ; voy. ég. RIGAUX (F.), *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp.222-227

²¹⁰⁹ Elle constitue « une conception alternative de l'opération de balance des intérêts [qui] consiste à prendre acte de la capacité qu'ont les différents intérêts en jeu, à travers les porte-parole qui en assurent la représentation dans le cadre du procès, de se transformer à l'épreuve de la discussion ». cf. DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.16. L'auteur précise : « La représentation de la balance des intérêts comme constituant une opération de pesée prend ces intérêts comme donnés dans leur identité et déjà lestés d'un poids, même avant que la discussion ne s'entame ; et elle figure le dispositif de la décision de justice comme venant sonner la fin d'un jeu à somme nulle, où ce qui est cédé aux uns devrait être retiré aux autres. Au contraire, une conception délibérative de l'opération de balance des intérêts admet que ces intérêts peuvent évoluer par leur mise en contact. Mais elle prend acte aussi de ce que les personnes qui assurent la représentation de ces intérêts peuvent être amenées à la découverte qu'il est dans leur intérêt commun d'œuvrer à la révision du cadre à l'intérieur duquel se tient leur discussion, celui qu'imposent les normes juridiques en vigueur. (...) L'autre voie est en effet d'opérer la transformation du contexte qui contribue à créer le conflit, et spécialement d'assurer que le litige dans le cadre duquel les intérêts s'opposent fournisse l'occasion de la formulation d'une nouvelle norme juridique, qui évitera la répétition du conflit à l'avenir, ou bien du moins réduira les risques qu'il surgisse à nouveau ».

²¹¹⁰ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.250

²¹¹¹ Sébastien Van Drooghenbroeck considère en effet que « soit l'on concentre l'examen sur la seule situation particulière, créée, hic et nunc, par l'application au requérant d'une norme restrictive de liberté, et l'on aboutit alors au prononcé d'une décision ancrée dans la totalité des circonstances de la cause et épuisant par là même sa validité dans le règlement de celle-ci : l'on procède en d'autres termes, à un *ad hoc*

tout contrôle abstrait²¹¹² des normes nationales et a affirmé sa préférence pour le contrôle concret²¹¹³ concernant les actions menées par des personnes privées, il faut reconnaître que la pratique des juges strasbourgeois ouvre également une voie pour le contrôle de conventionalité et la *définitional balancing*. En effet, la Cour admet plusieurs exceptions notables au refus du contrôle abstrait, particulièrement dans les cas où « c'est la norme elle-même qui, directement, se trouve à l'origine de la limitation litigieuse », ²¹¹⁴ mais

balancing. Soit l'on opère un examen de conventionnalité de la norme restrictive de liberté elle-même, et non plus de sa simple application au requérant, étant entendu que la décision à rendre présentera dans ce cas une portée normative, puisqu'elle pourra trouver à s'appliquer à toute personne, qui, à l'instar du requérant, se trouve dans la situation type formant l'hypothèse, générale et abstraite, de la norme contrôlée : l'on procède alors à un catégorial balancing ». In Id.

²¹¹² Dans cette affaire la Cour précise que « contrairement à l'article 24 (nouvel article 33), selon lequel l'intérêt général s'attachant au respect de la Convention rend recevable, sous réserve des autres conditions fixées, une requête interétatique, l'article 25 (nouvel article 34) exige qu'un individu requérant se prétende effectivement lésé par la violation qu'il allègue (...). Il n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention : il ne les autorise pas à se plaindre in abstracto d'une loi par cela seul qu'elle seule semble enfreindre la Convention ». Dans de nombreuses décisions intervenues après l'arrêt *Klass c. République fédérale d'Allemagne*, la Cour utilise une formule devenue classique : « Dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse ; elle doit se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par les cas dont on l'a saisie ». cf. CEDH, *Klass c. République fédérale d'Allemagne*, du 6 septembre 1978, Série A, n° 28, §33 ; voy. ég. CEDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, du 9 décembre 1994, Série A, n° 301-A, §55 ; CEDH, *Padovani c. Italie* du 26 février 1993, Série A, n°257-B, §24 ; CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, du 25 juin 1992, Série A, n° 239, §48 ; CEDH, *Fischer c. Autriche*, du 26 avril 1995, Série A, n° 312, §33 ; CEDH, *Buckley c. Royaume Uni*, du 25 septembre 1996, Rec. 1996-IV, p.1271 et s., §59 ; CEDH, *A c. Royaume-Uni*, du 23 septembre 1998, Rec. 1998-VI, pp.2692 et s., §19

²¹¹³ Sébastien van Drooghenbroeck considère à ce titre que « semblable option s'accompagne d'une prise de position en faveur d'un ad hoc balancing ». En effet, « seuls les préjudices concrets de la mesure en cause seront pris en considération, pour n'être confrontés, en bonne logique, qu'aux bénéfices concrets par elle générés ». L'auteur « en déduit un mouvement de fermeture : la situation d'autres personnes, tombant sous le coup de la même norme, devra, selon le juge européen, être ignorée. Par contre, toutes les circonstances concrètes de la cause pourront venir au soutien de la configuration des intérêts mis en balance. En conséquence, la décision finale épuisera sa validité dans la résolution de l'espèce, celle-ci ne préjugant nullement de la conventionnalité de l'application future de la norme limitative de liberté dans d'autres contextes ». cf. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.253

²¹¹⁴ Id., p.257 ; voy. ég. CEDH, *Marckx c. Belgique*, op. cit., §58 : « La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses (...). L'intérêt du Gouvernement à connaître la portée du présent arrêt dans le temps n'en demeure pas moins manifeste. Sur ce point, il y a lieu de se fonder sur deux principes généraux de droit rappelés récemment par la Cour de Justice des Communautés européennes : « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin ». mais « on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » (8 avril 1976, *Defrenne/Sabena*, Recueil 1976, p. 481). La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » (...) ont durant de longues années passées pour licites et normales dans beaucoup d'États contractants (...) Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour

également dans le contentieux des obligations positives, « à tout le moins lorsque l'obligation positive postulée suppose une modification normative générale au sein de l'État défendeur »²¹¹⁵. La jurisprudence de la Cour semble marquée par une pratique ambiguë vis-à-vis de l'axe structurel et de l'axe personnel. Il nous semble que ces marges mouvantes, que la Cour se réserve entre contextualisation et contrôle abstrait ou formaliste, permettent au juge de situer son raisonnement sur des plans différents de généralité et à travers les multiples registres du discours mis à disposition par les arguments et intérêts soulevés par les parties.

824. Cette reconstruction du litige par le juge s'opère selon un mécanisme qui ressemble aux mécanismes métaleptiques de la construction fictionnelle décrits par Gérard Genette, théoricien de la littérature. Gérard Genette étend ainsi la signification du concept de « métalepse »²¹¹⁶ au-delà de la simple figure de style pour la considérer comme un procédé de construction fictionnel et comme un procédé rhétorique²¹¹⁷. La métalepse consiste, pour l'auteur d'une fiction, à dissoudre les frontières entre les différents niveaux de réalité qui entoure son oeuvre, c'est-à-dire sa réalité personnelle, celle depuis laquelle il écrit, la réalité fictionnelle à propos de laquelle il écrit et qui, elle-même, est susceptible de recouvrir plusieurs espaces et plusieurs temporalités, et, enfin, la réalité depuis laquelle le lecteur réceptionne la fiction. La métalepse fictionnelle consiste alors en une transgression des niveaux diégétique et métadiégétique, c'est à dire « de l'auteur s'intégrant dans sa

constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi ».

²¹¹⁵ *Id.*, p. 257 ; voy. ég., CEDH, X, Y et Z c. Royaume-Uni, du 22 avril 1997, §47, 44 et 51. Dans cette affaire, la Cour prend en considération non seulement les intérêts de la requérante, mais également ceux de l'ensemble des justiciables placés dans la même situation. En l'espèce, cette prise en compte ne vient pas au soutien de la cause de la requérante et apparaît comme un objet autonome du litige. La Cour estime en effet : « qu'il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant. À cet égard, la Cour note que, s'il n'a pas été suggéré que l'amendement du droit recherché par les requérants serait contraire à l'intérêt de Z ou des enfants conçus IAD en général, il n'est pas évident que cela serait nécessairement favorable à ces enfants. Dans ces conditions, la Cour estime que l'État peut avoir de bonnes raisons de se montrer prudent dans ses réformes du droit, car il est possible que l'amendement recherché puisse avoir des conséquences indésirables ou imprévues pour les enfants se trouvant dans la même situation que Z. (§47) (...) Il est impossible de prévoir dans quelle mesure l'absence de lien juridique entre X et Z aura des répercussions sur le développement de cette dernière. Comme indiqué précédemment, il subsiste actuellement des incertitudes quant à la meilleure manière de protéger les intérêts des enfants se trouvant dans la même situation que Z (...) et il n'appartient pas à la Cour d'adopter ou d'imposer un point de vue unique ». (§51)

²¹¹⁶ Gérard Genette décrit la figure de style de la métalepse comme un synonyme de la métaphore et de la métonymie. Le terme grec *metalepsis* « désigne en général toute sorte de permutations, et plus spécifiquement l'emploi d'un mot pour un autre par transfert de sens ». cf. GENETTE (G.), *Métalepse*, Seuil, Paris, 2004, p.8. Dumarsais la définit comme « une espèce de [la] métonymie, par laquelle on explique ce qui suit par ce qui précède, ou ce qui précède pour faire entendre ce qui suit ». cf. DUMARSAIS (C.C.), *Des Tropes* (1730), Flammarion, Paris, 1988, p.110

²¹¹⁷ Genette précise qu'il entend « étendre l'enquête en passant de la simple figure (...) à ce qu'il faut bien appeler la fiction (métalepse fictionnelle) et qui est (...) un mode élargi de la figure. (...) La figure est un embryon, ou, si l'on préfère, une esquisse de fiction ». In *Id.*, pp.16-17

fiction (comme figure de sa capacité créatrice) » ou, inversement, « *de sa fiction s'immisçant dans sa vie réelle* »²¹¹⁸. La métalepse consiste alors en une forme de transgression ou d'intrusion réciproque entre le monde inventé, c'est-à-dire celui dans lequel se déroule la fiction, et les mondes réels de l'auteur et du lecteur. À la différence de la métonymie, qui consiste en une simple substitution de la cause par l'effet, la métalepse sollicite la participation du lecteur. En effet, Genette précise que « *si l'auteur peut ainsi feindre d'intervenir dans une action qu'il feignait jusque-là de seulement rapporter, il peut aussi bien feindre d'y entraîner son lecteur* »²¹¹⁹. La métalepse apparaît alors comme une manière de « *dénuder le procédé [fictionnel]* »²¹²⁰, c'est-à-dire « *de dévoiler (...) le caractère tout imaginaire et modifiable ad libitum de l'histoire racontée, égratigne donc au passage le contrat fictionnel, qui consiste précisément à nier le caractère fictionnel de la fiction* »²¹²¹. De même, le juge européen des droits de l'Homme semble admettre le caractère modifiable de la signification des normes qu'il a la charge d'appliquer et semble favoriser le dialogue avec les parties en vue de l'établir *in specie*. Considérer que le juge reconstruit le litige selon quatre axes dimensionnels ne consiste-t-il pas à lui attribuer un rôle d'auteur de la fiction judiciaire ? Cette métaphore, déjà filée par Dworkin²¹²², mériterait d'être reformulée à l'aune du dialogue qui s'instaure entre le juge et les parties au litige vis-à-vis de la signification des normes concurremment applicables dans le contentieux des conflits de droits. Par le réagencement qu'il opère entre les différents éléments rhétoriques produits par les parties et qui correspondent aux différents objets du litige, le juge met à nu la force créatrice de sa fonction d'interprète. Dans cette perspective, le déplacement du raisonnement du juge sur les différents axes de reconstruction du litige ne consiste-t-il pas à transgresser la frontière entre deux niveaux diégétique et métadiégétique de la fiction judiciaire, c'est-à-dire celui de l'application contextualisée de la norme et celui de sa justification abstraite ?

C. Déformalisation et contextualisation de la décision judiciaire

825. Sebastien Van Drooghenbroeck et Olivier de Schutter s'entendent pour considérer que le recours à la balance des intérêts et à la proportionnalité « *s'inscrit dans*

²¹¹⁸ *Id.*, p.27

²¹¹⁹ *Id.*, p.24

²¹²⁰ *Id.*, p.23

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² Dworkin décrit la figure du juge comme l'agent unificateur de l'ordre juridique et limite le pouvoir créateur du juge par l'obligation de cohérence systémique qui lui incombe dans la mesure où sa décision a vocation à s'insérer dans le système juridique. Il conçoit dès lors le droit comme un roman écrit à plusieurs mains. DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, PUF, 1994 ; voy. ég. SUEUR (J.J.), *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, Paris, 2001, p.121 (206p.)

un phénomène plus large, celui de la déformalisation du droit »²¹²³. En effet, le mouvement de déformalisation résulte, en matière de conflit de droits, de l'impossibilité de trancher ces conflits sur la base d'une règle commune et non équivoque de référence²¹²⁴. La contextualisation du raisonnement judiciaire, de plus en plus marquée, apparaît alors comme la source des justifications et motivations de la décision du juge. Eveline Feteris considère que les juges "*often justify their decision by showing that the consequences of the decision are desirable in light of certain goals and values*"²¹²⁵. Cet auteur considère que cette entreprise est fondée sur une approche conséquentialiste²¹²⁶.

826. L'existence des concepts indéterminés est également source de déformalisation²¹²⁷. Par exemple, la Cour, dans son arrêt *Rees c. Le Royaume-Uni* remarque à propos du respect par l'État d'obligations positives que « *la notion de "respect" manque de netteté, surtout quand il s'agit de telles obligations positives ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants* »²¹²⁸. Françoise Tulkens considère que « *concrètement, dans la plupart des situations, la Cour va établir une balance soigneuse entre les droits et intérêts en présence, dans les circonstances de chaque affaire, le résultat dépendant d'un examen étroit des faits et d'une distinction avec les affaires précédentes, ce qui a pour effet de construire progressivement une jurisprudence hautement contextuelle. Évidemment, ceci peut être source d'insécurité et d'incertitude* »²¹²⁹. Le concept de « *restriction nécessaire dans une société démocratique* » suscite la

²¹²³ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.9 ; Sébastien Van Drooghenbroeck considère que « *la formalisation n'est certainement pas le Deus ex machina qui restaurera intégralement les droits d'une sécurité juridique malmenée par la proportionnalité. Ses apports, en la matière [c'est-à-dire la formalisation de la proportionnalité], ne peuvent être sous-estimés ; ils ne sont cependant pas décisifs. L'objection de sécurité juridique n'est pas vaincue. (...) le bilan du rapport entre "formalisation" et "sécurité juridique" n'est pas substantiellement différent de celui qu'inspire l'examen des bénéfices escomptables de cette formalisation par rapport au subjectivisme inhérent à l'incommensurabilité des intérêts mis en balance dans le cadre de la proportionnalité au sens strict. Certes l'adjudication des exigences formelles de la proportionnalité se présente comme un espace de relative objectivité (...) Le moment subjectif de la balance des intérêts peut donc être retardé. Il ne peut cependant être supprimé, sauf à prendre parti – inadmissible selon nous – de substituer les exigences formelles aux exigences substantielles de la proportionnalité* ». In VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des Facultés de Saint Louis, 2001, p.343

²¹²⁴ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.8-11

²¹²⁵ FETERIS (E.T.), « *Weighing an Balancing in the Justification of Judicial Decisions* », *Informal Logic*, Vol.28, n°1, 2008, pp.20-30, spé. p.21

²¹²⁶ *Id.*, L'auteur fait également référence à la notion de justification « *téologico-evaluative* »,

²¹²⁷ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.9 : « *Le contexte dans lequel l'application a lieu doit alors restituer à l'adjudication une objectivité que l'absence de règles tend à menacer* ».

²¹²⁸ Cour EDH, arrêt *Rees c. Le Royaume-Uni* (1986) 9 EHRR 56, §37, pages 63-64)

²¹²⁹ TULKENS (F.), « *Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention* », op. cit.

déformalisation dans la mesure où elle rend indéterminée la frontière entre le comportement légal et illégal et lui donne la forme gradualiste d'un continuum. En effet, c'est par le recours à ce concept que le juge se saisit du conflit entre deux droits, *a priori* incommensurables du point de vue de leur essence²¹³⁰, pour évaluer leurs relations du point de vue concret de leurs modalités d'exercice et de protection. Ce dépassement de l'incommensurabilité des droits s'opère par la confrontation des normes procédurales en fonction de l'appréciation contextualisée de leurs effets sur les circonstances de l'espèce. Le juge transforme ainsi l'incommensurabilité, du point de vue axiologique et formel, des règles substantielles en une comparaison, du point de vue de l'effectivité, entre les règles procédurales qui leur sont associées²¹³¹.

827. Parmi les éléments du contexte qui peuvent fournir les justifications de sa décision, le juge se réfère tantôt à des éléments relatifs aux parties au litige et aux voies procédurales employées, tantôt aux conséquences concrètes des interprétations alternatives de la règle qui lui sont proposées vis-à-vis des objectifs et valeurs qu'elle protège, ou encore au contexte juridico-politique au sein duquel doit intervenir sa décision. Comme le remarque Olivier de Schutter, « *la façon dont les parties au litige définissent la question qui les oppose, le principe dispositif leur reconnaissant une maîtrise au moins partielle sur l'identification de la cause juridique* » et le choix de la juridiction sont des éléments « *pertinents* » du contexte susceptibles d'être employés par le juge²¹³². Concernant les éléments relatifs aux voies procédurales employées par les parties, « *la forme sous laquelle l'action en justice est introduite – l'action collective, sous forme d'une action d'intérêt collectif ou d'une class action* »²¹³³, ou dans une moindre mesure les interventions d'*amici curiae*, sont susceptibles d'influencer le déplacement du « *centre de gravité du litige* » depuis la garantie du droit subjectif vers le respect du droit objectif. Enfin, à ces éléments, s'ajoutent les éléments relatifs au contexte politique au sein duquel la décision de justice intervient. En effet, confrontée à une situation de contradiction normative, la Cour mènera une analyse attentive des législations et pratiques des États membres et pourra utiliser la méthode de la marge nationale d'appréciation pour éviter de trancher les conflits de droits et de valeurs dans des contextes sensibles à propos desquels elle ne se considère pas apte à trancher clairement certaines questions juridiques²¹³⁴. Certains auteurs constatent que la

²¹³⁰ En d'autres termes, il n'existe pas d'échelle de valeurs permettant de hiérarchiser ou prioriser les relations entre les normes substantielles de la convention.

²¹³¹ Cette technique consistant à rendre comparables des causes abstraites et incommensurables par la confrontation de leurs effets concrets est le propre des figures métaleptiques. cf. GENETTE (G.), *Métalepse*, *op. cit.*, pp.18-22

²¹³² DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp.19

²¹³³ *Id.*, voy. ég. pp.1097-1102

²¹³⁴ La Cour refuse de statuer sur la possibilité d'appliquer l'article 2 à propos des droits du fœtus humain : Cour EDH, *Vo c. France*, arrêt du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00, §85

Cour tend à ne trancher que les questions strictement nécessaires à la solution du litige et considère qu'elle verse dans le minimalisme judiciaire²¹³⁵.

828. Les phénomènes de déformalisation du droit et de contextualisation du raisonnement judiciaire, favorisés par le recours à la proportionnalité, à la balance des intérêts, et à l'utilisation de la méthode de la marge nationale participent d'un mouvement qui vise à « *une plus grande adéquation du droit à ce que réclament les situations qu'il régit* »²¹³⁶. Ainsi, comme le remarque le même auteur, « *avec l'effectuation d'une telle pesée, ne figure plus au centre de l'acte de juger la nécessité de fournir une interprétation correcte de la règle qui préexiste à la décision de justice : ce centre s'est déplacé, il est à présent dans le souci d'apprécier de la façon la plus complète possible l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'application a lieu, et d'en tirer les effets que ces circonstances réclament* »²¹³⁷. D'un point de vue théorique, Éveline Feteris décrit la fonction du juge en la matière comme une entreprise « *pragma-dialectique* » :

« *From a pragma-dialectical perspective, in a complete justification the main argumentation consists of three elements: the two alternative application that have been weighed against each other and the weighing rule that has been applied. The evaluation of the two alternatives must be supported by a complex argumentation consisting of three levels of arguments in which the judge must explain why the consequences of the preferred alternative are desirable in the concrete case and why the consequences of the rejected alternative are undesirable in the concrete case from the perspective of the goal of the rule* »²¹³⁸.

829. Toutefois, le recours à la contextualisation afin de justifier le dispositif normatif retenu par le juge ressemble aux phénomènes observés en matière d'évaluation et d'expérimentation législative et fait courir le risque de la précarité aux décisions des autorités judiciaires. La déformalisation apparaît comme une conséquence de l'accélération sociale dans la mesure où elle résulte d'une volonté d'adaptation et de fluidification des structures normatives sociales. En résulte une configuration non plus mécanique, mais évolutive des relations que les normes juridiques entretiennent et une relative plasticité

²¹³⁵ IEVEN (A.), « Privacy rights in conflict : in search of the theoretical framework behind the european court of human right »s balancing of private life against other rights », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., p.55 et s.

²¹³⁶ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p20

²¹³⁷ *Id.*

²¹³⁸ L'auteur conclut : « *From a legal philosophical and legal theoretical perspective the reconstruction of the choices underlying the decision explain how the judge has used his discretionary space in the interpretation and application of legal rules* ». in FETERIS (E.T.), « Weighing an Balancing in the Justification of Judicial Decisions », *Informal Logic*, Vol.28, n°1, 2008, p.29

structurelle des systèmes juridiques spécialisés. Cette dynamisation des structures normatives s'opère au regard de l'évolution rapide des contextes d'application de ces dernières qui découle de l'accélération technologique et l'accélération des transformations sociales. Enfin, nous verrons que ces phénomènes impliquent. Les mécanismes et les méthodes qui assurent la déformalisation du droit et la plasticité structurelle des systèmes juridiques s'apparentent à des facteurs de production d'une certaine instabilité au sein des systèmes et des ordres juridiques qui évoluent vers l'entropie maximale, c'est-à-dire producteur d'un équilibre dynamique non-linéaire et autocatalytique. Dans cette perspective, les effets attribués aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme participent d'une volonté inverse de formalisation et de stabilisation de la structure normative des systèmes juridiques.

D. Les autorités attribuées aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : outil de la mise en cohérence

830. Un jugement relatif à un conflit entre droits fondamentaux revêt plusieurs niveaux d'effectivité, ou d'autorité. La doctrine distingue classiquement deux, à trois types d'autorité de la décision judiciaire, en fonction des effets qu'elle est susceptible de produire. Qu'il s'agisse des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, de la CJUE, ou des cours constitutionnelles, la doctrine distingue habituellement l'autorité de la chose jugée et l'autorité de la chose interprétée. Une partie de la doctrine milite en faveur de l'attribution d'un troisième type d'autorité aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'autorité du précédent inspirée d'une hybridation des systèmes d'adjudication de *common law* et de droit continental²¹³⁹.

831. L'autorité de la chose jugée ou *res judicata* est l'autorité attribuée à l'ensemble des décisions rendues par un juge ou un arbitre à propos d'un litige concret. Elle correspond à « *l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle* »²¹⁴⁰. En effet, en règle générale, la décision rendue par une juridiction est considérée obligatoire

²¹³⁹ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droit fondamentaux*, op. cit., livre second, pp.403-486 ; DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n° 8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet> : « L'autorité de la chose interprétée est la marque du métissage des systèmes et des ordres juridiques en Europe. Symbole d'une nouvelle autorité des décisions de justice adaptée à l'ordre juridique européen, elle se situe à mi-chemin entre l'autorité de la chose jugée, classiquement en cours dans le système romano-germanique et le précédent habituellement appliqué dans le système de la Common Law ». Voy. ég. ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998

²¹⁴⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriges, Paris, 2000

pour les parties²¹⁴¹. La force contraignante reconnue au jugement suppose la triple identité de la cause, de l'objet et des parties. En matière pénale, la règle *non bis in idem* est parfois considérée comme l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée²¹⁴². Certains auteurs estiment toutefois que la règle *non bis in idem* devrait être considérée plutôt comme un droit subjectif²¹⁴³. Cependant, en ce qui concerne les décisions de l'organe juridictionnel d'un système conventionnel de protection des droits fondamentaux, l'autorité de la chose jugée ne peut suffire à elle seule tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique. Les décisions rendues en matière de conflit de droits fondamentaux emportent des conséquences qui sont susceptibles de concerner non seulement les parties, mais également l'ensemble des titulaires des dits droits. D'un point de vue pratique, David Krähenbühl considère que si la seule autorité reconnue aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme se limite à l'autorité de chose jugée, « *il serait possible que la Cour soit obligée de rendre quarante-six décisions concernant quarante-six États membres différents, alors même qu'une violation trouve son origine dans une norme légale similaire, mais propre à chaque État contractant* »²¹⁴⁴. L'autorité de la chose interprétée consiste précisément à éviter cette situation : « *par la force de la chose interprétée, l'énoncé du droit par la Cour européenne pourrait revêtir une autorité autonome et unique, différente de la res judicata (...) [qui] se détacherait de la solution du litige intervenue dans un cas déterminé pour produire des effets spécifiques à l'égard de tous les États parties à la Convention* »²¹⁴⁵

832. L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme trouve son fondement dans les articles 19, 45 et 46 de la Convention. Comme le rappelle la doctrine, « *comment pourrait-on nier la fonction interprétative de cette Cour européenne qui, selon les textes, a pour mission "d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention (article 19)", et ceci, par le biais d'une compétence qui "s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et*

²¹⁴¹ David Krähenbühl considère que la décision rendue par une juridiction « *constitue, pour les tiers, une res inter alios, dont ils ne sauraient déduire aucun droit ni aucune obligation en vertu de la force de chose jugée qu'elle déploie* ». cf. KRÄHENBÜHL (D.), *L'autorité des arrêts de la CEDH, notamment en Suisse et en Allemagne*, Magister, Editions Weblaw, Berne 2007

²¹⁴² ORTOLAN (J.), *L'autorité de la chose jugée (la règle non bis in idem)*, extrait des *Éléments de droit pénal*, 4^{ed.}, t.II, Paris 1875, p.294

²¹⁴³ LELIEUR (J.), *La règle non bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Thèse présentée sous la direction Mireille Delmas-Marty, professeur au Collège de France, soutenance le 9 décembre 2005

²¹⁴⁴ KRÄHENBÜHL (D.), *L'autorité des arrêts de la CEDH, notamment en Suisse et en Allemagne*, dans : Magister, Editions Weblaw, Berne 2007

²¹⁴⁵ DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n° 8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet>

l'application de la présente Convention (article 45)» »²¹⁴⁶ ? Reconnaître la fonction interprétative de la Cour relève de « la traduction en termes juridiques d'une évidence : la jurisprudence de la Cour (...) fait corps avec la Convention », en d'autres termes, « ce sont les actes des autorités judiciaires européennes qui concrétisent les dispositions parfois générales et donc imprécises de la Convention en leur donnant vie »²¹⁴⁷.

833. L'autorité du précédent pousse plus avant les effets attribués à la fonction interprétative de la Cour, en particulier vis-à-vis de l'opposabilité de ses jugements aux juges nationaux. En effet, « la fonction interprétative se situe conceptuellement en amont de l'autorité du précédent (...) [et] joue au niveau supranational alors que le précédent bien que jouant à tout niveau trouve sa vocation au niveau national »²¹⁴⁸. Toutefois, certains auteurs estiment que cette autorité ne devrait pas être exagérée au point que le juge national ne puisse plus contester la jurisprudence strasbourgeoise sous peine d'abolir le dialogue fécond à propos de l'évolution de la Convention²¹⁴⁹. Au contraire, les défenseurs de l'autorité du précédent des arrêts de la Cour de Strasbourg considèrent que celle-ci « rend ce dialogue judiciaire possible, car c'est cette autorité-là qui s'inscrit dans une logique de coopération juridictionnelle non institutionnalisée tout en étant respectueuse à la fois de l'exigence de sécurité juridique et de celle du seuil minimum d'efficacité de protection des droits de l'homme »²¹⁵⁰.

834. Les différentes autorités attribuées aux arrêts de la Cour constituent ensemble un formidable outil de mise en cohérence susceptible de contrebalancer l'insécurité engendrée par l'émergence de rapports conflictuels entre les droits et de mécanismes de déformalisation. En effet, « le mécanisme du précédent constitue, au niveau européen, la traduction de l'opposabilité du jugement-événement tout en permettant de contourner le

²¹⁴⁶ *Id.*

²¹⁴⁷ *Id.*

²¹⁴⁸ *Id.*

²¹⁴⁹ STEINBERGER (H.), « La référence à la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme devant les tribunaux nationaux », Actes du 6^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Séville, 1985, pp.747 et s.

²¹⁵⁰ L'auteur précise que « la stabilité des rapports juridiques, fondement fonctionnel de l'autorité de la chose jugée selon la doctrine française, s'impose avec une nécessité accrue dans un système en pleine évolution tel que l'est l'ordre juridique européen. Le standard minimum commun de protection des droits de l'homme censé être instauré par le droit de la Convention présuppose une application homogène du droit de la Convention dans la réalité jurisprudentielle nationale ». En outre « le concept de l'autorité du précédent satisfait donc aussi bien une exigence purement européenne qu'une autre plus générale et qui est le propre de tout ordre juridique. Ainsi, par le jeu de sa précision même, l'autorité du précédent ne permet pas au juge national d'échapper à sa tâche – C'est l'office européen du juge national – ni d'écarter la norme européenne telle qu'elle est explicitée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sans au moins justifier sa décision ». cf. DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n°8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet>

mur apparemment infranchissable de la relativité du jugement-sanction »²¹⁵¹. En d'autres termes, « la limitation du jugement-sanction aux seules parties à l'instance ne fait pas obstacle à l'opposabilité du jugement-événement aux tiers (...) Ce rayonnement du jugement événement (au-delà du cas d'espèce) s'opère à travers les effets liés à la modification de l'ordre juridique que le jugement-événement provoque »²¹⁵². Ainsi, la pleine autorité de chose interprétée ne correspond pas seulement à une fonction pédagogique²¹⁵³ des arrêts de la Cour, mais « véhicule vers les tiers la modification de l'ordre juridique »²¹⁵⁴. Du point de vue de la théorie des systèmes, il est possible de constater que les autorités attribuées aux arrêts de la Cour constituent une forme d'« effet mémoire »²¹⁵⁵ des systèmes juridiques qui emporte des conséquences tant vis-à-vis du comportement des agents au sein du système que vis-à-vis de l'agencement des éléments normatifs du système considéré, c'est-à-dire vis-à-vis du comportement du système lui-même.

835. Ces différents types d'autorité reconnus aux décisions rendues par certaines juridictions reposent sur l'« interdépendance dans laquelle se situent l'étendue des droits fondamentaux et la définition des compétences des juridictions qui ont mission d'en assurer le respect »²¹⁵⁶. La combinaison de ces effectivités correspond, selon certains auteurs, à l'attribution d'un pouvoir de pleine juridiction à l'égard des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁵⁷. La Cour elle-même paraît développer ce thème dans sa jurisprudence. En effet, dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que « si l'article 34 de la Convention donne effectivement pour mission à la Cour non de formuler des avis dans l'abstrait, mais d'appliquer la Convention aux faits concrets des espèces dont elle est saisie, les arrêts rendus dans les affaires individuelles constituent bel et bien, dans une mesure plus ou moins grande, des précédents, et la décision en l'occurrence ne saurait, ni en théorie ni en pratique, être articulée de façon à empêcher qu'elle ne soit appliquée dans d'autres espèces »²¹⁵⁸. Enfin, on peut remarquer que ces multiples autorités de la

²¹⁵¹ *Id.*

²¹⁵² *Id.*

²¹⁵³ OST (F.), *L'accélération du temps juridique*, op. cit., p.342

²¹⁵⁴ DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n°8/98, op. cit.

²¹⁵⁵ L'autorité du précédent permet l'absorption de la complexité contextuelle et des contraintes de l'accélération temporelle.

²¹⁵⁶ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux* op. cit., p.24. L'auteur met particulièrement l'accent sur le conflit entre les normes primaires qui consacrent les droits fondamentaux et dont le juge a pour mission d'assurer le respect et les normes secondaires qui déterminent ses compétences.

²¹⁵⁷ DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n°8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet>

²¹⁵⁸ Cour EDH, *Pretty c. R.U.*, op. cit., §75

décision judiciaire correspondent, selon Olivier de Schutter, à l'«une des traces de la pluralité des objets du litige »²¹⁵⁹

E. La construction d'une typologie des conflits de droits fondamentaux

836. Construire une typologie des conflits de droits fondamentaux présente un intérêt d'un point de vue didactique²¹⁶⁰. Cependant, élaborer une telle typologie permettrait également de rationaliser et d'harmoniser leurs résolutions par les juges tant au sein d'un même ordre juridique que, par imitation, d'un ordre juridique à l'autre. Une typologie des conflits de droits fondamentaux pourrait être de nature à rétablir une forme de cohérence et de prévisibilité au sein des systèmes juridiques en une période où celles-ci se trouvent mises à mal par les contraintes de l'accélération sociale.

837. Lorenzo Zucca propose une typologie des conflits de droits fondamentaux similaire à la distinction proposée, en matière de conflits de normes juridiques internationales, par Joost Pauwelyn et Seyed Ali Sadat Akhavi. En effet, Lorenzo Zucca distingue les conflits de droits entre conflits réels et faux conflits : « *a conflict of rights can be spurious or genuine. The main difference is that genuine conflicts of fundamental rights involve normative inconsistencies. (...) The central problem (...) concerns the situation in which a right makes something permissible while a competing right makes it impermissible, thereby creating a joint impossibility.* »²¹⁶¹ Les conflits réels, ou dilemmes constitutionnels sont des conflits intrinsèques²¹⁶² entre deux droits ou au sein d'un même droit²¹⁶³ qui ne peuvent pas être résolus par un raisonnement légaliste et notamment qui ne sont pas susceptibles de donner lieu à une mise en balance. À cette

²¹⁵⁹ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.23-24 : « Mais, ces doctrines [celle de la pluralité des objets du litige et celle des différentes autorités reconnues au jugement de la cour] ont un point commun qui est fondamental, au sens premier du terme. Comme cela apparaît, ou bien lorsque l'étendue de l'autorité de la chose jugée est limitée à ce qui fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties au litige, ou bien à travers la délimitation de la ratio decidendi, où l'on va puiser le précédent judiciaire en raison de la présomption que les motifs nécessairement liés au dispositif de la décision de justice ont été effectivement débattus, l'exigence d'un lien entre la discussion dont a fait l'objet une question litigieuse et la force normative qui s'attache à sa solution traverse ces différentes doctrines ».

²¹⁶⁰ BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », op. cit., p.15

²¹⁶¹ ZUCCA (L.), « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in BREMS (E.), *Conflict between fundamental rights*, op. cit., p.25

²¹⁶² L'auteur précise : « *Genuine conflicts of fundamental rights exist despite (...) external elements* ». Id., p.26

²¹⁶³ L'auteur considère : « *Intra-rights, total conflict are the paradigmatic example of a constitutional dilemma. This is the case as the symmetrical claims are mutually, and totally, exclusive. If we support one claim, we extinguish the other forever* ». Id. p.27

distinction théorique, Lorenzo Zucca adjoint une typologie pratique. Selon sa conception, les conflits vrais ou faux peuvent intervenir entre deux droits fondamentaux ou résulter du conflit de deux prérogatives fondées sur un seul et même droit. L'auteur distingue ainsi les conflits inter-droits²¹⁶⁴ des conflits intra-droit²¹⁶⁵. Ces conflits peuvent être totaux²¹⁶⁶ ou partiels²¹⁶⁷ selon le degré de « *impossibility* », nous dirions « *degré de contradiction* », qui les oppose²¹⁶⁸. Nicolas Bonbled utilise la même grille de lecture, mais préfère parler de conflits de garanties pour décrire les conflits intra-droit²¹⁶⁹.

838. Plusieurs décisions rendues relatives à des conflits de droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être utilement mentionnées à titre d'exemple. Dans l'affaire *Pretty contre Royaume-Uni*, la requérante, souffrant d'une paralysie totale et atteinte d'une maladie dégénérative incurable, alléguait que « *le refus par le Director of Public Prosecutions d'accorder une immunité de poursuites à son mari s'il l'aidait à se suicider et la prohibition de l'aide au suicide édictée par le droit britannique enfreignaient à son égard les droits garantis par les articles 2,3, 8,9 et 14 de la Convention* »²¹⁷⁰. Cette affaire a pu donner lieu à un conflit inter-droits. En effet, la requérante alléguait que la loi britannique criminalisant le suicide assisté constituait une violation à ses droits garantis par l'article 8 de la Convention tandis que la mesure attaquée était justifiée par l'objectif de préservation de la vie. La Cour reconnut que « *la requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible* » et que « *la Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de*

²¹⁶⁴ L'auteur estime : « *conflicts can also be inter-rights, that is, they can involve two different rights. The conflict can be total when the rights at stake cannot be waived without simultaneously being alienated* ». *Id.*, p.27

²¹⁶⁵ L'auteur précise : « *This is the case as symmetrical claims are mutually, (...), exclusive* ».

²¹⁶⁶ L'auteur insiste : « *If we support one claim, we extinguish the other forever* ». L'auteur considère que le conflit total repose sur une forme d'incommensurabilité entre les droits ou les prérogatives découlant d'un même droit. *Id.*, p.27, 28-31

²¹⁶⁷ Pour l'auteur, les conflits partiels sont « *susceptible of regulation on practical grounds (time, space, manner of exercise). Its regulation will generally not amount to a negation of the core of the right. An example of this case is the conflict between two groups claiming free speech. (...) Since this is likely to occasion problems, it is possible to allocate different space/time in order to solve the issue* ». *Id.*

²¹⁶⁸ L'auteur distingue : « *fundamental rights can clash in such a way that it gives rise to a total or a partial conflict* ». *Id.*,

²¹⁶⁹ BONBLED (N.), « Conflict of Fundamental rights before the Constitutional Court of Belgium : The Case of Freedom of Expression », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.317-345, spé. pp.320-322 ; L'auteur précise : « *As far as constitutional courts are concerned, it may be argued that the notion of « conflicts of right » has to be understood in two different ways. On the one hand, it definitely refers to conflicts between different rights protected by constitutional and/or international norms. On the other hand, « conflicts of right » may additionally refer to conflicts between diverse formulation of the same rights – guaranteed both at national and international levels – when simultaneously invoked before constitutional courts* ». p.321

²¹⁷⁰ Cour EDH, *Pretty c. RU*, op. cit., §3

l'article 8 § 1 de la Convention »²¹⁷¹. Elle examina, par la suite, si l'ingérence étatique était « prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes (...) nécessaires dans une société démocratique »²¹⁷² et « proportionnée au but légitime poursuivi »²¹⁷³. Au cours de l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la loi criminalisant le suicide assisté, la Cour estima que « la seule question se dégageant de l'argumentation des parties est celle de la nécessité de l'ingérence dénoncée, nul ne contestant que l'interdiction du suicide assisté en l'espèce était imposée par la loi et poursuivait le but légitime de préserver la vie, donc de protéger les droits d'autrui »²¹⁷⁴. Par cette formule, la Cour reconnaît indirectement l'existence d'un conflit de droits fondamentaux. En l'occurrence un conflit inter-droits partiel, selon la classification de Zucca, entre le droit à la vie ou les droits d'autrui et le droit à l'autodétermination de la requérante. En suivant la grille d'analyse que nous avons proposée, nous dirions que le juge a, dans un premier temps, reconnu l'existence d'un conflit entre une norme procédurale associée à l'obligation positive de préserver la vie (loi criminalisant le suicide assisté) et le droit subjectif que tient la requérante d'une norme substantielle de la convention, à savoir l'article 8.

839. L'affaire *Evans contre Royaume-Uni* nous livre l'exemple d'un conflit intra-droit total²¹⁷⁵. Dans cette affaire, la requérante, ayant été informée qu'elle était porteuse d'un cancer et qu'elle devait subir une ovariectomie bilatérale, avait fait procéder au prélèvement de ces ovocytes par une clinique spécialisée. Ne disposant pas de la possibilité de congeler ses ovocytes, la requérante dû choisir de recourir à une fécondation *in vitro* de ces derniers par don de gamète de la part de son concubin. Celui-ci ayant formellement consenti à la réalisation de la FIV, les embryons de la requérante et de son concubin furent créés et mis en conservation en novembre 2001. En mai 2002, après avoir mis fin à sa relation avec la requérante, le père biologique des embryons issus de la FIV écrivit à la clinique afin de retirer son consentement à l'utilisation et la conservation des embryons et intimant l'ordre de procéder à leur destruction. La requérante entama une procédure devant la Hight Court sollicitant une ordonnance enjoignant son ex-compagnon de rétablir son consentement à l'utilisation des embryons et visant à faire reconnaître que la loi permettant à celui-ci de retirer son consentement portait atteinte à ces droits résultant, notamment, de l'article 8 de la Convention. Déboutée de sa demande, la requérante saisit la Cour européenne des droits de l'homme pour faire valoir sa cause. Cette affaire fut l'occasion

²¹⁷¹ *Id.* §67.

²¹⁷² *Id.* §68

²¹⁷³ *Id.* §70

²¹⁷⁴ *Id.* §.69

²¹⁷⁵ On retrouve un même type de conflit dans l'arrêt de la Cour EDH, *Odièvre c. France*, du 13 février 2003 requête n° 42326/98, §44

pour la Cour de reconnaître explicitement un conflit intra-droit total au sein de l'article 8 de la Convention. La Cour estima en effet que :

« Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et J. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la révocation par J. de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par FIV seront entièrement déçus (Odièvre, arrêt précité, § 44) »²¹⁷⁶.

840. Cette typologie, cependant, reste partiellement aveugle aux conséquences que présente la pluralité des objets du litige, sous-jacente en matière de conflit de droits fondamentaux, sur les ressources interprétatives à la disposition du juge. En d'autres termes, cette typologie des conflits de droits ne prend pas encore en compte la typologie des droits concernés et leurs fonctions respectives au sein du système des droits fondamentaux. Par ailleurs, à la manière de la typologie majoritairement reconnue en matière de conflits de normes internationales, la typologie entre vrai et faux conflits proposée par Zucca ne peut percevoir les variations qualitatives des relations de contradiction entre les normes, notamment entre les contradictions simples et complexes ou entre les contradictions antagoniques ou non-antagoniques. C'est la raison pour laquelle il nuance son propos par le recours à une typologie pratique. Néanmoins, considérer les conflits de faible intensité, ou les contradictions non-antagoniques susceptibles d'être régulées par le biais du raisonnement légaliste, comme des faux conflits, conduit à méconnaître la spécificité du raisonnement judiciaire, proprement dialectique et réflexif, et de la fonction politique du jugement afférent à la résolution de tout type de conflits normatifs.

²¹⁷⁶ Cour EDH, *Evans c. R.U.*, §.73.

Section 2 : La multiplicité des méthodes de conciliation des droits fondamentaux comme source d'insécurité juridique

841. Les conflits de droits fondamentaux interviennent généralement lors de l'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁷⁷. La résolution des contradictions normatives s'opère *via* l'utilisation de méthodes d'interprétation spécifiques. On peut considérer que ces méthodes sont sous-jacentes dans la formulation de certaines dispositions, en particulier celles relatives aux droits susceptibles de « *restrictions nécessaires* ». Toutefois, la construction de ces méthodes est une œuvre essentiellement prétorienne qui reste, à ce jour, inachevée. Il ne s'agit pas de méthodes spécifiquement dévouées, chacune, à la résolution d'un certain type de conflits de droits fondamentaux. Au contraire, la Cour semble construire une grille d'analyse constituée par la combinaison de plusieurs méthodes afin de parvenir, pour chaque cas d'espèce, à une solution. La liste de ces méthodes n'est pas arrêtée et, bien que certaines tendances se dégagent de la pratique des juges européens, les méthodes de résolutions sont susceptibles d'évoluer et d'intégrer rapidement de nouveaux outils d'interprétation. Cependant, la diversité de ces méthodes et la combinaison de celles-ci par le juge sont des facteurs entropiques importants qui participent au risque d'accroître la part d'imprévisibilité du droit et d'insécurité juridique pour les justiciables.

842. Cependant, il faut d'emblée remarquer que le choix de présenter formellement et séparément ces différentes méthodes permet de déterminer leurs spécificités respectives, mais ne rend pas compte du fait que ces diverses méthodes sont toujours combinées dans le raisonnement du juge, et ce même lorsque l'une d'entre elles demeurerait implicite. Les trois méthodes principales que sont la balance des intérêts, l'examen de la proportionnalité des moyens et l'attribution d'une marge nationale d'appréciation participent toutes à la définition, dans le cas d'espèce, du concept de « *restrictions nécessaires* ». Chaque méthode correspond à un registre argumentatif particulier et permet d'opérer de manière concomitante et dialectique la construction du dispositif de la décision et sa justification. Or, c'est précisément le caractère dialectique de cette combinaison qui à la fois permet le caractère réflexif du jugement, mais qui engendre aussi une forme de causalité circulaire entre justification et application du droit à l'origine de l'insécurité juridique. En effet, l'approche de la conflictualité entre les normes du système des droits fondamentaux par le juge européen s'inscrit dans le cadre d'une volonté plus générale d'assurer leur l'effectivité. Effectivité et conflictualité apparaissent, dans cette perspective, comme

²¹⁷⁷ BREMS (E.), « Introduction », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.3

consubstantielles. Ce lien conduit à réviser certains principes épistémologiques afin d'apprécier la nature dialectique des processus évolutifs agissant au sein des systèmes juridiques.

§1. Les diverses méthodes de résolution des conflits de droits fondamentaux

843. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme se réservent le droit de créer leurs propres méthodes d'interprétation²¹⁷⁸. En effet, comme le remarque Béatrice Moutel, « *la Cour européenne des droits de l'homme est investie d'un pouvoir d'interprétation par l'article 32 de la Convention, sans qu'aucune précision ne soit apportée sur les méthodes à employer* »²¹⁷⁹. Confrontés à l'émergence de contradictions normatives et de conflits de droits fondamentaux, les juges européens développent les méthodes d'interprétation susceptibles d'assurer la régulation et la mise en cohérence des dispositions de la Convention. Les trois principales sont la balance des intérêts, le test de nécessité/proportionnalité et la marge nationale d'appréciation. D'autres méthodes et outils interprétatifs sont susceptibles de compléter ou nuancer cette construction.

A. La balance des intérêts

844. La méthode consistant, à l'occasion d'un conflit de normes ou de droits fondamentaux, à mettre en balance les intérêts en présence est utilisée tant dans les ordres juridiques nationaux que dans le système juridique communautaire ou le système européen de protection des droits de l'homme. La méthode apparaît dans l'ordre juridique des États-Unis d'Amérique de façon explicite à partir des années 1950²¹⁸⁰. Les Cours

²¹⁷⁸ OST (F.), « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1989, p.405, spé, p.445 et s

²¹⁷⁹ MOUTEL (B.), *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*, op. cit., p.8

²¹⁸⁰ Dès la reconnaissance de la compétence de la Cour Suprême et des cours fédérales vis-à-vis du contrôle de constitutionnalité des lois, l'idée d'une mise en balance des pouvoirs entre les institutions fédérales et celles des États fédérés était présente de manière implicite. Kemal Gözler précise notamment : « *In United-States, on the other hand, judicial review is supposed to be fact-driven meaning that courts are not supposed to decide on the constitutionality of a law in the abstract but only as it applies to particular facts linked to an actual controversy among real adversaries. Two important consequences follow from the American approach : first, constitutional review cannot be triggered in the absence of a concrete controversy ; and second, the factual setting of the relevant controversy tends to anchor constitutional review within a framework that is more conducive to adjudication than to legislation* », In GÖZLER (K.), *Judicial review of constitutional amendments : a comparative study*, Ekin Press, Bursa (Turquie), 2008, (126p.), p.24 ; Néanmoins, l'apparition explicite de la méthode de la balance des intérêts apparaît dans le contentieux des droits constitutionnels, notamment celui relatif à la liberté d'expression : Voy.. KOMMERS (D.P.), FINN

constitutionnelles de nombreux pays utilisent également cette méthode²¹⁸¹ ou une méthode similaire²¹⁸². La Cour européenne des droits de l'homme a régulièrement recours à cette méthode depuis ses jurisprudences de 1968 et 1976²¹⁸³. La Cour de justice de l'Union européenne, après avoir reconnu la valeur des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, a également généralisé le recours à la balance des intérêts dans le contentieux relatif aux conflits entre un droit et une liberté fondamentale²¹⁸⁴.

845. Certains auteurs distinguent la méthode de la balance des intérêts de l'utilisation de la proportionnalité. Ceux-ci considèrent que la proportionnalité est réservée à l'hypothèse dans laquelle « *l'État invoque la clause limitative prévue aux articles 8, 9, 10 et 11§2* »²¹⁸⁵. Au contraire, l'utilisation de la balance des intérêts correspondrait aux situations de « *vrais conflits entre droits* »²¹⁸⁶ dans lesquelles « *la mesure de l'État trouve sa justification dans le devoir de donner exécution à une autre disposition qui a le même rang que l'article avec lequel elle entre en conflit* »²¹⁸⁷. Selon la juge Françoise Tulkens, dans le cas de l'utilisation de la proportionnalité on ne serait « *plus en présence d'une*

(J.E.) et JACOBSON (J.), *American constitutional law : essays, cases, and comparative notes*, 2e Éd., Rowman and Littlefield, 2004, (1095p.), pp.26 et s. ; pp.36 et s. ; ROSENFELD (M.), « Constitutional adjudication in Europe and the United States : paradoxes », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, n°2, p.237, voy. ég. p.633-668 ; ROSENFELD (M.), « Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the US Supreme Court », *International Journal of Constitutional Law*, n°4, 2006, pp.618-653 ; La question de la méthode de la balance redevient, depuis les événements du 11 septembre 2001, un thème central de la doctrine constitutionnaliste aux États-Unis. Ces questions se focalisent notamment sur la balance entre la sécurité nationale et les droits de l'homme et les libertés fondamentales. voy. not. AHARON (B.), *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, (332p.) : pp.291 et s. ; McFADDEN (P.), « The balancing Test », *Boston College Law Review*, vol. 29 n° 3, 1988, p.615

²¹⁸¹ Pour une approche en droit comparé : NOLTE (G.), *European and US constitutionalism*, Ed. du Conseil de l'Europe, Bruxelles, 2005 (254p.) pp.159 et s. ; DIXON (R.) et GINSBURG (T.), *Comparative constitutional law*, Edward Elgar Publishing, 2011, (668p.), pp.440-456 ; KOSAR (D.), « Conflicts Between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic », in BREMS, *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.358 et s. ; BONBLED (N.), « Conflicts of Fundamental Rights Before the Constitutional Court of Belgium : The Case of Freedom of Expression », in *Id.*, pp.317-343

²¹⁸² La Cour constitutionnelle allemande a notamment développé la méthode de la Concordance Pratique sur la base des travaux de Conrad Hesse, Cf. MARAUHN (T.) et RUPPEL (N.), « Balancing Conflicting rights : Konrad Hesse »s Notion of « Praktische Konkordanz » and the German Federal Constitutional Court », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.273-296

²¹⁸³ CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (fond), du 23 juillet 1968, Série A, n° 6, §10 ; CEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, série A, n° 24, §48-49

²¹⁸⁴ DEAL (E.), *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires : La Cour de justice face à la Communauté de droit*, Thèse soutenue le 11 novembre 2006, à Aix en Provence, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, pp. 154-170 ; TICHADOU (E.), « La jurisprudence récente de la CJCE dans les affaires concernant les consommateurs », *ERA-Forum* 2009, vol.10 n° 1, pp.71-86 (Springer, Heidelberg, Allemagne, 2007)

²¹⁸⁵ TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », op. cit.

²¹⁸⁶ *Id.*

²¹⁸⁷ *Id.*

liberté et de ses exceptions, mais d'une dialectique interprétative qui doit tendre à la conciliation des intérêts »²¹⁸⁸. Cependant, deux éléments semblent contredire cette approche et amènent à considérer que la distinction entre balance des intérêts et proportionnalité est « fragile et peu claire »²¹⁸⁹. En premier lieu, les instruments normatifs relatifs à la protection des droits de l'homme comprennent généralement une disposition finale faisant état de la possibilité pour l'État de restreindre, pour des raisons impérieuses, les droits consacrés²¹⁹⁰. Si la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas dotée d'une telle disposition, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne codifie la jurisprudence de la CJUE et consacre le principe de proportionnalité comme méthode générale de résolution des conflits de droits : « dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²¹⁹¹. En second lieu, l'idée selon laquelle la différence entre proportionnalité et balance des intérêts résiderait « dans le fait que, s'agissant d'un [vrai] conflit entre droits, l'examen de la légalité et de la légitimité de la restriction pourrait être évité puisque celle-ci se trouve autorisée et justifiée par la Convention »²¹⁹² n'a pas été retenue par la Cour qui, dans les arrêts *Bowman c. Royaume-Uni*²¹⁹³ et *H.K. c. Finlande*²¹⁹⁴, a procédé à l'examen classique de la légalité, de la

²¹⁸⁸ *Id.*

²¹⁸⁹ *Id.*

²¹⁹⁰ Article 26 de la Convention Européenne de Biomédecine, Article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 27 de Déclaration de Universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme

²¹⁹¹ Article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

²¹⁹² TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », *op. cit.*

²¹⁹³ Cour EDH, *Affaire Bowman c. Royaume-Uni*, du 19 février 1998, n° 141/1996/760/961, Dans cette affaire, la requérante estimait qu'une disposition de la loi électorale britannique limitant les dépenses relatives à la diffusion d'informations sur les candidats l'a empêché de diffuser des informations relatives à la position des divers candidats sur l'avortement. La Cour, examina en détails la légitimité de la mesure (§36-39), mais ne fit pas explicitement référence à la méthode de la balance des intérêts. Elle préféra les termes « d'équilibre entre les droits » (§42). Le raisonnement est essentiellement identique (§42-44) : « Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique (...) Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple, comme la Cour l'a relevé dans le passé, la liberté d'expression est l'une des « conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (...) Néanmoins, dans certaines circonstances, ces droits peuvent entrer en conflit, ce qui peut inciter à juger nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Cour reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les États contractants disposent d'une marge d'appréciation ».

²¹⁹⁴ Cour EDH, *Affaire H.K. c. Finlande*, du 26 septembre 2006, requête n° 36065/97 : Dans cette affaire, le requérant, soupçonné d'agression sexuelle sur la personne de sa fille mineure, s'était vu retiré la garde de celle-ci par les autorités publiques. Celle-ci fût placée dans un service de soin public. Cette mesure, prise dans l'intérêt de l'enfant et afin de protéger ces droits, interférait avec les droits du requérant découlant de l'article 8§2 de la Convention. La Cour examina la légitimité de la mesure (§113-118)

légitimité et de la nécessité alors même qu'elle avait explicitement reconnu être en présence d'un véritable conflit de droits²¹⁹⁵. À notre sens, les difficultés relatives à la distinction entre proportionnalité et balance des intérêts résultent du fait que ces méthodes sont largement combinées par les juges. Mise en balance et proportionnalité apparaissent plutôt comme des méthodes imbriquées l'une dans l'autre²¹⁹⁶, reflétant deux versants d'une même évaluation, l'un axé sur les fins et l'autre sur les moyens. Ce phénomène de combinaison est flagrant dans la jurisprudence de la CEDH relative aux conflits de droits et aux « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* ». Il l'est également dans la jurisprudence de la CJUE relative à l'articulation des libertés économiques fondamentales et la protection des principes fondamentaux du droit communautaire²¹⁹⁷.

846. Les difficultés associées à la balance comme pesée résultent de deux éléments. La première réside dans « *le choix de cette norme commune [servant à identifier le poids de chacun des divers intérêts], et plus précisément dans la prétention à la neutralité qu'elle est forcée d'émettre, alors même que les divers intérêts dont elle prétend fournir les critères d'évaluation peuvent traduire des préoccupations très diverses, relevant de sphères différentes, et ainsi ne pouvoir être comparés entre eux qu'au prix d'une réduction de ce qui précisément, justifie leur prise en compte* »²¹⁹⁸. En second lieu, la métaphore même de la balance rend compte d'une conception « *qui prend ces intérêts comme pourvus d'un poids intrinsèque et rendant possible la comparaison de ces intérêts les uns aux autres* »²¹⁹⁹. La balance des intérêts conçue comme « *une opération de pesée* » conduit à considérer « *le dispositif de la décision de justice comme venant sonner la fin d'un jeu à somme nulle, où ce qui est cédé aux uns devrait être retiré aux autres* »²²⁰⁰. Telle est

²¹⁹⁵ Cour EDH, *Bowman c. R.U.*, op. cit., §43

²¹⁹⁶ Telle est notamment la position de Robert Alexy, ALEXY (R.), « Balancing, Constitutional Review and Representation », *International Journal of Constitutional Law* vol.3 n° 4, 2005, pp.572-573 : « *In German constitutional law balancing is one aspect of what is required by a more comprehensive principle, namely, the principle of proportionality (...) The principle of proportionality in its narrow sense, concerns optimization relative to the legal possibilities. The Legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consist in nothing other than optimization relative to competing principles* ».

²¹⁹⁷ Les rapports entre les libertés économiques fondamentales et les principes fondamentaux du droit communautaire ont d'abord pris la forme d'une « *coexistence pacifique* » et d'un enrichissement croisé. Toutefois, des jurisprudences récentes prennent actes, au gré des circonstances des espèces, des possibles contradictions et des nécessaires conciliations entre ces deux objectifs. cf. CJCE, 12 juin 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger*, §78-84 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega* (renvoi préjudiciel), affaire C-36/02, §36-39 ; voy. ég. RIOCHET (D.), « La conciliation des principes et des droits : l'objet de la conciliation », *Cahier de IDEDH* vol.10, 2004-2005, p356-390. L'auteur remarque que la Cour adopte une démarche différente selon l'origine nationale ou communautaire du droit fondamental que l'État invoque pour justifier une dérogation à une liberté économique fondamentale. En effet, « *si dans l'arrêt Schmidberger, elle a pu mettre sur le même plan juridique les libertés fondamentales et les droits fondamentaux afin de les concilier, dans l'affaire Omega, la conciliation tend plutôt à répondre à la question si l'invocation du droit fondamental national peut valablement déclencher l'exception prévue par le traité* ». Cf. *Id.*, p.382

²¹⁹⁸ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.14

²¹⁹⁹ *Id.*, pp.14 et s.

²²⁰⁰ *Id.*

notamment la conception décrite par Lorenzo Zucca dans sa description des dilemmes constitutionnels²²⁰¹. Certains auteurs défendent une conception alternative de la balance des intérêts, inspirée de l'éthique procédurale de Rawls et Habermas. La doctrine décrit cette évolution de la balance des intérêts comme le « *tournant procédural* »²²⁰².

847. Toutefois, la mise en balance des intérêts implique, notamment dans le contexte d'un contentieux trilatéral qui voit s'opposer un individu et un acteur étatique, de pallier l'asymétrie de pouvoir entre les parties et les intérêts qu'elles représentent. À ce titre, Kiteri Garcia estime que l'utilisation de la balance des intérêts par la CEDH dans le contentieux relatif aux conflits de droits fondamentaux conduit systématiquement à une « *assimilation de l'intérêt individuel à l'intérêt général* » ou à une généralisation de l'intérêt individuel du requérant²²⁰³. Cette description nous apparaît incomplète et nous souscrivons plutôt à l'analyse d'Olivier de Schutter selon laquelle le juge opère une objectivation du contentieux, c'est-à-dire un déplacement du centre de gravité de l'objet du litige, afin d'égaliser les intérêts en présence, notamment en raison du fait que l'un de ces intérêts est porté non pas par une personne privée, mais par l'État²²⁰⁴. L'objectivation du contentieux découle également du fait que la balance des intérêts questionne le rapport de légitimité entre les intérêts en présence, ceux qu'entend protéger la mesure étatique et ceux portés par le titulaire du droit subjectif. Ce questionnement axiologique participe également à la politisation du contentieux du conflit de droits fondamentaux et conduit le juge à s'aventurer dans la régulation du système de valeur situé à l'arrière-plan du système

²²⁰¹ ZUCCA (L.), « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.28-31.

²²⁰² TULKENS (F.) et DE SCHUTTER (O.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.203-207

²²⁰³ GARCIA (K.), *Le droit civil européen*, Larcier, 2008, Bruxelles, (680p.), pp.571 et s. L'auteur fait référence aux conflits interindividuels devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'auteur considère notamment que « *la Cour EDH utilise ce procédé lorsqu'elle met en balance deux intérêts particuliers. Il fut pour la première fois utilisé en droit du travail dans l'arrêt Fuentes Bobo c. l'Espagne avant d'être transposé en droit civil. Lorsque la Cour statue sur un litige interindividuel, elle doit déterminer l'intérêt personnel qui prévaut sur l'autre. Il a été précédemment constaté qu'en ce cas, la Cour fait systématiquement une référence à l'intérêt général. Lorsqu'elle utilise le processus de généralisation, la Cour ne fait plus seulement mention de l'intérêt public, mais assimile l'un des intérêts particuliers à l'intérêt général. Dès lors la protection de cet intérêt particulier érigé en intérêt général s'en trouve renforcée* ». p.571. Toutefois, nous ne partageons pas totalement les conclusions de cet auteur. En effet, nous avons constaté que le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme n'accueille pas les litiges interindividuels et que l'effet horizontal de droits garantis par la Convention donne lieu à un contentieux trilatéral où le requérant individuel est opposé à l'État et non à une autre personne privée. De plus, nous considérons que le processus de généralisation de l'intérêt individuel décrit par cet auteur consiste en fait en une objectivation du litige permettant de remédier à l'asymétrie de pouvoir entre les Parties.

²²⁰⁴ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.15-16. « *La même ambiguïté liée au choix du niveau de généralité auquel sont définis les intérêts dont la mise en balance est effectuée, afin de garantir l'objectivité de celle-ci. (...) Dans une telle conception de l'opération de la pesée des intérêts, la façon dont le litige se trouve défini, c'est-à-dire le cadre à travers lequel la question litigieuse est abordée, préjuge de la réponse qui y sera apportée* ».

juridique. En tout état de cause, la méthode de la balance des intérêts n'est pas la panacée du contentieux des droits fondamentaux. Certains ont pu considérer qu'elle constituait plus un « *slogan* »²²⁰⁵ qu'une méthode, et qu'elle amène à soulever plus de questions qu'elle n'en résout²²⁰⁶. Comme le remarquent Françoise Tulkens et Olivier de Schutter : « *Its infirmity is that it provides no convincing alternative to the other, more formalistic methods for which it claims to be a substitute, and that, at worse, it may degrade into a mechanistic process, such as in cost-benefit analysis* »²²⁰⁷.

B. L'examen de la proportionnalité des moyens de mise en oeuvre de la restriction

848. La méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux dite du test de nécessité est le plus souvent utilisée dans les situations impliquant un droit à protection relative, consacré par les articles 8 à 11 de la Convention. L'utilisation de cette méthode est largement suggérée par la formulation même de ces dispositions conventionnelles qui prévoient dans un premier alinéa la consécration d'un droit ou d'une liberté qui est immédiatement limitée, dans un second paragraphe, par la reconnaissance que des restrictions et des ingérences peuvent être justifiées sous certaines conditions²²⁰⁸. Par exemple, le second alinéa de l'article 8 de la convention dispose qu'

« il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et liberté d'autrui ».

849. Toutefois, comme le démontre la jurisprudence des juges de Strasbourg, l'emploi du test de nécessité ne se limite pas aux conflits impliquant les droits reconnus aux articles 8 à 11 de la Convention. En effet, le juge européen a étendu cette méthode à la

²²⁰⁵ TULKENS (F.) et DE SCHUTTER (O.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in s.d. BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.191

²²⁰⁶ Id, p.197

²²⁰⁷ Id. pp.197-198

²²⁰⁸ Françoise Tulkens et Olivier de Schutter remarquent que : « *the most classical solution to the question of conflicting rights is suggested by the very structure of a number of provision of the European Convention on Human Rights, which state the right or freedom first, and then add that restrictions to the right or the freedom may be justified if they are provided for by law, seek to fulfil a legitimate objective, and are « necessary, in a democratic society », for the realization of the said objective (article 8 à 11 de la Convention et article 2 du 4ème Protocol)* ». In Id., p.188

résolution de conflit impliquant d'autres droits et libertés que ceux dont la formulation conventionnelle suivait une structure bipolaire. La Cour a progressivement développé ce que certains auteurs considèrent comme une théorie générale des restrictions aux garanties de la Convention européenne des droits de l'homme²²⁰⁹. La Cour a ainsi étendu l'utilisation du test de nécessité aux articles 6²²¹⁰ et 5-1²²¹¹ de la Convention.

850. Le test de la nécessité suppose que lorsqu'une limitation est apportée à un droit, celle-ci doit remplir trois conditions pour être autorisée. Afin d'être autorisée au regard de la Convention, une mesure étatique portant restriction à un droit devra être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique pour la réalisation de cet objectif légitime²²¹². Néanmoins, chacun de ces critères n'est pas abordé avec la même rigueur. Françoise Tulkens précise par exemple que la Cour européenne des droits de l'homme « *s'attache très rarement à examiner de manière approfondie la condition de la légitimité de l'ingérence, c'est-à-dire du but légitime poursuivi (...) La plupart du temps, les arrêts se limitent à une clause de style et ne développent aucun argumentaire sur cette base et, a fortiori n'en tirent aucune conclusion* »²²¹³. À ce titre, la juge européenne « *constate (...) que la combinaison des trois conditions, surtout celles de la légitimité et de la nécessité, ouvre immédiatement la voie à l'irrésistible ascension du principe/critère de proportionnalité* »²²¹⁴. Olivier de Schutter constate le même phénomène et considère que « *là où elle fait appel à la proportionnalité, la jurisprudence de nos cours fait appel à deux critères* »²²¹⁵. Le premier qui met l'accent sur l'analyse des moyens utilisés consiste « *lorsqu'atteinte est portée à tel droit fondamental (...) [à] vérifier si les moyens utilisés afin de réaliser l'objectif public légitime ou afin d'exercer le droit subjectif qui entre en conflit avec le premier droit, sont strictement nécessaires à la réalisation dudit objectif ou à l'exercice dudit droit, qui entre en conflit avec le droit dont la violation est alléguée* »²²¹⁶. Le second aspect de la proportionnalité consiste alors à ce que « *l'importance de l'objectif poursuivi par l'autorité publique qui a exercé sa*

²²⁰⁹ *Id.*

²²¹⁰ Cour EDH, *Golder v. The United Kingdom*, du 21 février 1975, §28-36

²²¹¹ Cour EDH, *Witold Litwa v. Poland*, du 4 avril 2000, §78

²²¹² Les trois conditions peuvent être également formulées comme suit : une restriction pourra être justifiée « *if it is the least restrictive possible, if there are no other means available through which the same objective could be achieved, with a lesser cost to the right or freedom which is infringed upon* » cf. TULKENS (F.) et DE SCHUTTER (O.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in s.d. BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 189

²²¹³ TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », op. cit. Françoise Tulkens s'interroge sur cette situation et considère que de « *de nombreuses situations de conflits pourraient (...) être réglées ainsi en amont avant d'engager un débat plus difficile sur les sables mouvants de la nécessité* ».

²²¹⁴ *Id.*

²²¹⁵ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.6

²²¹⁶ *Id.*

*compétence ou par le particulier qui a exercé son droit [soit] mise en balance avec l'importance de l'atteinte portée au droit dont la violation est alléguée : c'est ici non uniquement sur le choix des moyens que porte l'évaluation, mais encore sur l'équilibre entre deux intérêts en jeu »*²²¹⁷. Néanmoins, il constate également qu'« il arrive que ce second critère demeure tu [et que] seule la première branche de la proportionnalité soit invoquée explicitement »²²¹⁸. Ce mutisme est un phénomène que l'on retrouve dans la jurisprudence de la CJCE comme dans celle de l'ORD relative aux exceptions prévues par l'article XX b) du GATT²²¹⁹.

851. La branche de la proportionnalité qui analyse le caractère axiologique du conflit de droits fondamentaux conduit à mettre en balance des normes substantielles ou des aspects substantiels relatifs au contenu et à l'essence des droits fondamentaux. Cette première branche examine le rapport entre les valeurs qui sont au fondement de chacun des droits en conflit²²²⁰. Cette branche correspond, à la mise en balance des intérêts conçue comme pesée et non comme construction. Tandis que la seconde branche, qui analyse le rapport instrumental conduit le juge à s'interroger sur les normes procédurales ou sur les modalités d'exercice des droits fondamentaux. Cette seconde branche se concentre sur analyse des faits et du contexte ayant donné naissance au litige. Plus précisément, elle conduit le juge à s'interroger sur le rapport entre le respect des modalités procédurales d'exercice du droit fondamental du requérant et les effets concrets de l'application des normes procédurales contenues dans la mesure étatique ou les modalités concrètes selon lesquelles l'autre droit fondamental est exercé par la partie adverse. Cependant, lorsque dans certains cas l'analyse de la branche axiologique demeure tacite, cette absence implique des conséquences pour la résolution du conflit. Elle conduit, en outre, à réduire l'objectivité de l'utilisation de la méthode proportionnelle. Au contraire, nous ferons l'hypothèse que ces deux branches supposent d'être combinées dans une démarche dialectique. Enfin, on pourra constater que si la méthode proportionnelle constitue une évolution importante par rapport aux méthodes classiques de résolution des conflits de normes, elle demeure critiquable dans la mesure où elle implique une appréciation biaisée du conflit de droits.

²²¹⁷ *Id.*

²²¹⁸ *Id.*

²²¹⁹ *Infra* Chapitre 8 ; cf. HELLIO (H.), *L'organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l'environnement : recherche sur la technique de l'exception*, Thèse sous la direction de Charles Leben, soutenue l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2005, 800p.

²²²⁰ Selon que le conflit apparaîtra comme un conflit de type intradroit ou interdroits, l'examen axiologique concernera plusieurs aspects d'une même valeur ou le rapport entre plusieurs valeurs fondamentales.

C. La marge nationale d'appréciation

852. Issue du droit administratif continental, la doctrine de la marge nationale d'appréciation est fondée sur l'article 15 de la Convention²²²¹ qui octroie aux États la possibilité de déroger aux dispositions de la Convention en cas d'état d'urgence. Cette théorie de la marge nationale d'appréciation a, depuis, été utilisée dans un grand nombre de domaines. Son utilisation a généralement pour fonction de permettre la conciliation entre la souveraineté des Hautes Parties contractantes et la nécessité de se conformer à leurs engagements²²²². Celle-ci n'est pas mentionnée explicitement par la Convention et résulte d'une construction jurisprudentielle. Elle consiste à permettre une certaine flexibilité dans l'application des normes conventionnelles par les États membres²²²³. Son utilisation est susceptible de varier par degré²²²⁴. Comme le remarque une partie de la doctrine, « *if the margin of appreciation is wide, then there is an initial presumption in favour of the defendant state ; when narrow, a close scrutiny will be made.* »²²²⁵ La marge nationale d'appréciation apparaît comme la conséquence logique du principe de subsidiarité qui reconnaît les États et les ordres juridiques nationaux comme les premiers protecteurs des droits fondamentaux²²²⁶.

²²²¹ GROSS (O.) et AOALIN (F.N.), « From Discretion to Scrutiny : Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol.23, n°3, 2001, p.626 ; Pour une présentation du développement historique de la notion : cf. BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004-2005, pp.118 et s. (pp.113-150)

²²²² ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int 'L. and Pol.* n°2, 2006, pp.18-29 ; Sir Humphrey Waldock considère à ce titre la méthode de la marge nationale d'appréciation comme une nécessité pour réconcilier les objectifs de la convention et les responsabilités concrètes des États dans certaines circonstances spécifiques. Cf. WALDOCK (H.), « The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Journal* n°1, 1980, pp.1-9

²²²³ O'DONNELL (Th. A.), « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly* n°4, 1982, pp.474-508, spé.p.475 ; voy. ég. VAN DIJK (P.) et VAN HOOFF (G.J.H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3e Éd., Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998, p.93 Ces auteurs considèrent notamment que ces phénomènes de variation du degré de contrôle par les juges relèvent du fonctionnement des systèmes juridiques « *In fact, variation in the degree of supervision are a common phenomenon also in the case-law of domestic courts when reviewing government action and it is highly probable that, even in the absence of a margin of appreciation doctrine, there would be variation in the level of scrutiny exercise by the Strasbourg Court* », p.92

²²²⁴ VAN DIJK (P.) et VAN HOOFF (G.J.H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ème Ed., Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998, p.93

²²²⁵ ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int 'L. and Pol.* n°2, 2006, p.21 ; voy. ég. Note, « Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights », *STAN. L. Rev.* vol.33, 1981, pp.1133

²²²⁶ ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p.22

853. Dans l'arrêt *Chassagnou contre France*²²²⁷, la Cour a consacré le recours à la marge d'appréciation des États dans la conciliation des droits fondamentaux. La Cour considère notamment que cette constante conciliation constitue le fondement même d'une société démocratique :

*« Si ces “droits et libertés” figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une “société démocratique”. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un “besoin social impérieux” susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention »*²²²⁸.

La Cour a par la suite confirmé cette jurisprudence en attribuant une large marge d'appréciation aux États en matière de résolution des conflits de droits fondamentaux²²²⁹.

854. Certains standards semblent se dessiner quand à la détermination large ou étroite de la marge nationale d'appréciation²²³⁰. Parmi les éléments qui permettent de justifier l'octroi d'une large marge d'appréciation aux autorités nationales, la Cour fait référence à plusieurs éléments : le fait que les autorités nationales sont les mieux placées pour opérer la conciliation des droits, ou le caractère délicat du contexte qui nécessite un arbitrage politique ou moral²²³¹ ou lorsque le juge impose des obligations positives à

²²²⁷ Cour EDH, *Chassagnou et autres c. France*, arrêt du 29 avril 1999, requêtes n° 25088/94, 28 331/95, 28 446/95

²²²⁸ *Id.*, §113

²²²⁹ Cour EDH, *Odièvre c. France*, *op. cit.* (droit de l'enfant à connaître de ses origines (art 8) c. droit de la mère à rester anonyme (art 8)) ; Cour EDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, *op. cit.* (droit de manifester sa religion (art 9) c. droit de rester libre de toute pression religieuse (art 9)) ; Cour EDH, *Gorzelik c. Pologne* du 20 décembre 2001 (droit de souscrire à une association c. droit de ne pas subir une discrimination dans la procédure électorale) ; Cour EDH, *Evans c. R.U.*, du 7 mars 2006 Grande Chambre EDH, 10 avril 2007 *Evans c. R.U.* (droit de devenir mère par le recours à une insémination artificielle (art 8) c. droit de ne pas devenir père (art 8)) ; Cour EDH, *Dickson c. R.U.*, arrêt du 4 décembre 2007, requête n° 44362/04 (droit de démarrer une famille par recours à l'insémination artificielle alors que le requérant est incarcéré c. droit de l'enfant d'être conçu et élevé dans des bonnes conditions).

²²³⁰ O'DONNELL (Th. A.), « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p.479-483

²²³¹ Pieter Van Dijk et Godefridus Van Hoof considèrent que la marge d'appréciation nationale est élargie dans le contexte des politiques sociales, économiques ou environnementales. Ces aspects sont

l'État²²³². En ce qui concerne les biodroits ou les modalités d'exercice des droits fondamentaux relatives à l'utilisation des biotechnologies, la Cour prend en compte le contexte sociologique et politique de l'État concerné par la requête puis recherche s'il existe un consensus entre les États membres à propos de la régulation de ce type de pratiques. Lorsque tel n'est pas le cas la Cour reconnaît une marge discrétionnaire étendue comme en témoigne l'arrêt *Vo c. France* :

« Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention qui est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles. Les raisons qui poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat, et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie »²²³³.

La Cour précise à ce titre qu'elle suit les recommandations proposées par le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne²²³⁴.

855. Certains auteurs estiment que la technique de la marge nationale d'appréciation constitue un obstacle à la réalisation de la protection effective des droits fondamentaux²²³⁵. En effet, on peut s'interroger : *« Where should the line be drawn between unity and*

particulièrement visibles dans le contentieux relatif à l'article 1 du 1er Protocole de la Convention, in VAN DIJK (P.) et VAN HOOFF (G.J.H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3e Éd., Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998 (850p.), pp.19 et s.

²²³² *Id.* voy. ég. VON LUTTICHAU (A.M.), « What is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is this Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights? », *Bracton Law Journal* vol26, 1994, p.103

²²³³ Cour EDH, arrêt *Vo c. France*, du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00 §82

²²³⁴ Le Groupe Européen d'Éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne considère notamment que : *« Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain (...). Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales, mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres »*. Avis n° 12 du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, du 23 novembre 1998, « Aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5e Programme-cadre de recherche », §2.4, p.10

²²³⁵ ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int »l L. and Pol.* n°2, 2006, pp.21 et s. ; VON LUTTICHAU (A.M.), « What is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is this Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights? », *Bracton Law Journal* vol26, 1994, pp.99-107

diversity notwithstanding the resulting risk of human rights cultural relativism associated to the latter »²²³⁶ ? Mais, de plus, l'utilisation de la marge nationale d'appréciation correspond, selon certains auteurs, à la manifestation d'une tendance au minimalisme judiciaire de la part des juges européens²²³⁷. La marge nationale d'appréciation a pu être considérée comme une « *abdication by the Court of its duty of adjudication in difficult or sensitive issues or as a judicial diluting technique of the strict conditions laid down in the European Convention of Human Rights* »²²³⁸. À ce titre, la technique de la marge nationale d'appréciation peut être décrite comme « *the formal standard for the determination of deference to state discretion* »²²³⁹ dans l'établissement et l'application des lois locales. Une partie de la doctrine considère le recours à la marge nationale d'appréciation comme une technique d'autolimitation de son pouvoir par la Cour²²⁴⁰. Pourtant, elle apparaît également comme un outil nécessaire²²⁴¹. L'auteur avance notamment trois raisons au soutien de son argument : « *First, all judicial bodies exercise discretion, whatever they choose to call it ; second, the guarantees of the Convention are characterized by vague language ; and third, the enforcement organs of the Convention are affected by the fact that displeased states could scuttle the Convention by withdrawing from it* »²²⁴². Enfin, la marge nationale d'appréciation est une méthode qui s'inscrit dans le triptyque dessiné par le raisonnement des juges européens en matière de conflits de droits fondamentaux. Son étendue dépend du

²²³⁶ DE LA RASILLA DEL MORAL (I.), « The Inscreasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine », *German Law Journal* vol. 7 n°6, 2006, pp.611

²²³⁷ IEVEN (A.), « Privacy Rights in Conflict : In Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Right »s Balancing of Private Life Against Other Rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.54-60.

²²³⁸ DE LA RASILLA DEL MORAL (I.), « The Inscreasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine », *German Law Journal* vol. 7 n°6, 2006, pp.612 ; voy. ég. MAHONEY (P.), « Marvellous, Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », *Human Rightst Law Journal*, vol.19, 1998, 4,a,§1 ; GREER (S.), « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *Dossiers sur les droits de l'homme* n° 17, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000 ; ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int »l L. and Pol.* n° 2, 2006, pp.21 et s

²²³⁹ YUROW (H.C.), « The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence », *Connecticut Journal of International Law*, vol.3, 1987-1988, p.118 ; voy ég. WADA (E.), « A Pretty Picture : the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide », *Loy. L.A. Int'l and Comp. L. Rev.* n° 27, 2005, p.279

²²⁴⁰ « *The margin of appreciation is a self-imposed mechanism of judicial restraint* », WADA (E.), « A Pretty Picture : the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide », *Loy. L.A. Int'l and Comp. L. Rev.* n°27, 2005, p.278 ; voy. ég. Anne Marie Von Luttichau estime notamment que : « *An International Court must, primarily due to its remoteness from the factual events in the Member States, excecise self-restraint when considering a situation which has previously been approved by the local authorities. The national judge is in more immediate contact with his society and thus in a better position to evaluate the domestic situation* », in Von LUTTICHAU (A.M.)« What is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is this Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights? », *Bracton Law Journal*, vol.26, p.101 (pp.99-107)

²²⁴¹ O'DONNELL (Th. A.), « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », op. cit., p.479-483

²²⁴² *Id.*

résultat de sa combinaison avec la balance des intérêts et le recours au principe/critère de proportionnalité.

D. Autres méthodes

856. D'autres méthodes peuvent être employées par les juges afin de résoudre les conflits de droits fondamentaux qui surgissent devant eux à l'occasion d'un litige. Le recours à un principe interprétatif paradigmatique en matière de droits fondamentaux peut être une option. L'approche du conflit de droits par la doctrine du noyau et de la périphérie des droits en est une autre. Enfin, la méthode de hiérarchisation des droits doit être écartée dans la mesure où la Cour, elle-même, la refuse.

1. L'utilisation d'un principe interprétatif « matriciel »

857. Une partie de la doctrine propose de recourir à un principe unique, qui, parce qu'il est situé au fondement de l'ensemble des droits, pourrait être utilisé afin de constituer un principe primordial dans l'interprétation des droits et dans la détermination de leur contenu des règles procédurales relatives à leurs conditions d'exercice. Certains utilisent le terme de principe « *matriciel* »²²⁴³ ou paradigmatique de l'interprétation des droits de l'homme et des droits fondamentaux. Un certain nombre d'auteurs voient dans le principe de dignité humaine le fondement ultime des droits²²⁴⁴. Certains considèrent même que la mission du Droit, sa fonction anthropologique, consiste à garantir la dignité humaine²²⁴⁵. À ce titre, le principe de dignité se voit reconnaître un rôle matriciel dans l'interprétation du système des droits fondamentaux ou dans la formulation de méthodes d'interprétation du système des droits fondamentaux²²⁴⁶. Le concept de dignité humaine n'est pas

²²⁴³ MATHIEU (B.), *Le génome humain et les droits fondamentaux*, op. cit., p.27

²²⁴⁴ Id. ; ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, 127p ; DORAY (B.), *La dignité ; les debouts de l'utopie*, La Dispute, Paris, 2006, 395 p ; DESGORGES (R.), « Agir contre soi », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, n° 1, 1^{er} janvier 2003, pp.37-46 ; LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA (B.), « Le principe du respect de la dignité de la personne humaine » in *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine : actes du Séminaire Uni-Dem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc - Roussillon et la Faculté de droit — Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-25

²²⁴⁵ Bernard Edelman considère qu'« on perçoit mieux, peut être, comment la technoscience, le marché et les droits subjectifs ont partie liée ; comment une hypostasie du sujet est à la fois la cause et la conséquence du système technicien. Et on perçoit mieux comment le droit, en retour, pourrait défendre l'humanité de l'homme : ni au service des droits subjectifs, ni au service d'un impérialisme technicoéconomique, il importe qu'il conserve sa propre normativité ». EDELMAN (B.), « Critique de l'humanisme juridique », in *L'homme, la nature et le droit*, Ch. Bourgeois, 1988, pp.287-307, spé. p.306

²²⁴⁶ MCCRUDDEN (C.), « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol.19 n°4, 2008, pp.655-724 : « The meaning of dignity is therefore context-specific,

spécifiquement protégé par la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, la jurisprudence lui a longtemps octroyé une protection « *indirecte* »²²⁴⁷ par le biais des articles 2, 3 et 4 de la Convention. Depuis l'arrêt *Kudla c. Pologne*²²⁴⁸, la Cour a reconnu une protection « *autonome* »²²⁴⁹ au principe de dignité humaine et déduit de celui-ci des obligations non plus seulement négatives, mais également positives, principalement dans le contentieux relatif aux conditions de détention des personnes privées de liberté. Toutefois, si le concept de dignité semblait trouver une fonction centrale dans la DUDH, la Déclaration de Philadelphie et le nouvel ordre juridique international créé après la Seconde Guerre mondiale, cette fonction primordiale a été largement contrebalancée depuis, par la multiplication des droits subjectifs et le développement corrélatif du concept d'autonomie²²⁵⁰. Une partie de la doctrine, influencée par les travaux des bioéthiciens P. Singer et T. H. Engelhardt, considère au contraire que le principe d'autonomie de la personne est capable d'occuper une telle place dans l'ordonnement juridique²²⁵¹. Une telle conception est exprimée par la Déclaration Inter-Américaine des droits de l'homme ou dans la Déclaration d'indépendance et la charte des droits de l'ordre juridique américain²²⁵². Ruth Macklin se place dans une telle perspective lorsqu'elle exprime l'idée selon laquelle le principe de dignité est un concept inutile et redondant par rapport à la protection de l'intégrité et de l'autonomie de la personne²²⁵³. La consécration du principe de respect de la dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a donné lieu à des hésitations similaires²²⁵⁴. Par ailleurs, l'utilisation du concept

varying significantly from jurisdiction to jurisdiction and (often) over time within particular jurisdictions. Indeed, instead of providing a basis for principled decision-making, dignity seems open to significant judicial manipulation, increasing rather than decreasing judicial discretion. That is one of its significant attractions to both judges and litigators alike. Dignity provides a convenient language for the adoption of substantive interpretations of human rights guarantees which appear to be intentionally, not just coincidentally, highly contingent on local circumstances. Despite that, however, I argue that the concept of « human dignity » plays an important role in the development of human rights adjudication, not in providing an agreed content to human rights but in contributing to particular methods of human rights interpretation and adjudication ».

²²⁴⁷ AKSOY (E. E.), « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », pp.1-17 ; disponible en ligne sur le site de IPPF (International Penal and Penitentiary Foundation) : [http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/06_Stavern_Contributio n%20Aksoy.pdf](http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/06_Stavern_Contributio%20Aksoy.pdf)

²²⁴⁸ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, du 26 octobre 2000, Requête n°. 30 210/96 ; cf. *Id.*

²²⁴⁹ AKSOY (E. E.), « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », *op. cit.*, pp.1-17

²²⁵⁰ SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris, 2010, pp.23-25 ; Cf. *Supra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²²⁵¹ *Supra* Chapitre 1.

²²⁵² MARECHAL (R.), « Risques et bioéthique : La protection de la personne humaine contre les risques biotechnologiques », *L'Observateur des Nations Unies*, 2007-1, vol.22, pp.144-145 (131-153)

²²⁵³ MACKLIN (R.), « Dignity is a Useless Concept », *British Medical Journal*, 2003, vol. CCCXXVII, pp.1419 et s ; Roberto Andorno critique cette argumentation et insiste sur la nécessité et la spécificité du concept de dignité humaine : ANDORNO (R.), « La dignité humaine est-elle un concept superflu en bioéthique ? », *RGDM*, n° 16, 2005, pp.97 et s. ; ANDORNO (R.), *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, pp.37 et s.

²²⁵⁴ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; CEDH, *Ronald Ribitsch c. Autriche*, *op. cit.*

de dignité se révèle difficile, comme en témoignent les jurisprudences nationales et européennes²²⁵⁵. Le juge pratique alors ce concept avec prudence et parcimonie, évitant de s'y référer lorsqu'une disposition conventionnelle ou légale suffit à trancher le litige²²⁵⁶.

858. Enfin, Alison Stuart estime que le principe de non-distinction pourrait être utilisé comme paradigme interprétatif²²⁵⁷. L'auteur regrette que « *judicial bodies, rather than treating the non distinction norm as integral to, and part of, each human right, have separated the duty not to discriminate, in the fulfilment of each human right, from the*

²²⁵⁵ **Concernant la jurisprudence française**, la Cour de cassation semble plus réticente à employer le concept de dignité que le Conseil d'État. La Cour de cassation ne s'y réfère que rarement et préfère utiliser d'autres principes, tels que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ou le principe de respect dû au cadavre, plutôt que d'employer ce concept fragile dont l'utilisation est délicate. cf. Cass. Civ. 1ère, 20 février 2001 ; Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 2000, *Préfet Erignac* ; Cass. Civ. 1ère, arrêt n° 369, 370 et 371 du 6 avril 2011 ; Cour de Cass. Civ. 1ère, arrêt n° 128, 129 et 130, du 6 février 2008 ; voy. ég. HIRSCH (E.), « Aux limites de la dignité humaine — À propos des arrêts de la Cour de cassation du 6 février », publication disponible sur le site de espace-éthique.org : http://www.espace-ethique.org/fr/popup_result.php?k_doc_lan_pk=285 ; Le concept de dignité est souvent invoqué devant la section contentieuse du Conseil d'État français, toutefois les juges administratifs l'emploient avec prudence : CE, *Ministère des Affaires sociales c Syndicat CGT de la société GRIFFINE-MARECHAL*, du 11 juillet 1990, rec p.215 ; CE, *Commune de Morsang-sur-Orge*, 27 octobre 1995 ; CE, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise — Commune de Fresnières — communauté de communes du pays des sources*, du 19 septembre 2008 : dans cette affaire il est intéressant de constater la manière dont le juge justifie l'atteinte à la dignité dont pourraient faire l'objet les cadavres de soldats de la Seconde Guerre mondiale situés sur un terrain faisant l'objet d'un projet immobilier. En effet, ces atteintes sont anticipées et justifiées par l'élaboration et l'adoption par plusieurs institutions représentants les intérêts en cause, d'une procédure spéciale en cas de découverte de restes humains. **Concernant la jurisprudence de la Cour EDH** : CEDH, *Mouisel c. France*, 21 mai 2003 ; dans cette affaire, les références à la dignité humaine sont légion, tandis que dans d'autres décisions, les références au principe de dignité sont discrètes, voire absentes. cf. CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, op. cit. ; CEDH, *Hilal c. Royaume-Uni*, 6 mars 2001, Rec. 2001-II ; CEDH, *Ronald Ribitsch c. Autriche*, op. cit. ; CEDH, *Kudla c. Pologne*, op. cit. ; CEDH, *S.H. et Autres c. Autriche*, req. n° 57813/00, du 3 novembre 2011, §113 et s. ; CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04, du 12 février 2008 §82 et 96 ; CEDH, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95, du 6 avril 2000, §120 ; CEDH, *Vo c. France*, op. cit. ; CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, op. cit. ; **Concernant la jurisprudence de la CJCE** : CJCE, *P. c. S. et Cornwall County Council*, Aff. C-13/94, du 30 avril 1996 ; CJCE, *B. Connolly c. Commission des CE*, du 6 mars 2001, aff. C-274/99 P ; CJCE, *Pays-Bas c. Conseil de l'Union européenne et Parlement européen*, du 9 octobre 2001, Aff. C-377/98 ; CJCE, *The Queen et Secretary of State for the Home Department, ex parte J. Barkoci et M. Malik*, aff. C-255/99 ; CJCE, *Omega Spielhallen -und Automatenaufstellungs-GmbH/maire de la Ville de Bonn*, du 14 octobre 2004, C-36/02 ; CJCE, renvoi préjudiciel, *Olivier Brüstle c. Greenpeace eV*, du 18 octobre 2011, Aff. C-34/10

²²⁵⁶ Dans l'affaire *Siliadin c. Franc*, la Cour a notamment choisi de se référer à l'article 4 relatif à l'esclavage plutôt que sur le concept de dignité alors même que la requérante et les circonstances de l'espèce l'y invitaient. ; CEDH, *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01 du 24 juillet 2005 ; De manière similaire, dans une affaire récente relative à la gestation pour autrui et au refus d'exécuter des jugements étrangers qui heurtent la conception française de l'ordre public international, la Cour de cassation française a préféré se référer au principe d'indisponibilité de l'état des personnes plutôt que de se placer sur le terrain du concept de dignité humaine qui en est pourtant le fondement. Cour de Cass., 1re Civ., arrêt n° 369, 370 et 371 du 6 avril 2011

²²⁵⁷ Pour cet auteur : « *It is contended that the non-distinction was designed to shape the content of each human right internally so as to guarantee that human rights were ensured without distinction* ». STUART (A.), « Back to Basics : Without Distinction – A Defining Principle? », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.102, pp.120-125 .

development of the scope of that human right »²²⁵⁸. L'auteur considère qu'un conflit de normes résulte de cette pratique dans la mesure où elle conduit la cour à mettre en balance les normes considérées²²⁵⁹. Pourtant, l'auteur affirme qu'il s'agit d'une conception erronée dans la mesure où « *the norm [on non-distinction] cannot therefore be used in an external balancing process (...) [because] It is a part, and foundation, of each human right* »²²⁶⁰. Alison Stuart va plus loin en proposant de remplacer la méthode de la balance des intérêts par le recours systématique à la norme de non-distinction : « *The balancing approach is politically more palatable than the use of the non-distinction norm as an aid for interpretation as it allows for subjectivity, cultural weighting and deference to religious, traditional or cultural values* »²²⁶¹.

859. En tout état de cause, on peut remarquer que l'incapacité de la doctrine de s'entendre sur un principe paradigmatique, unique et commun, démontre d'elle-même l'inexistence d'un tel principe. En effet, cette absence correspond parfaitement à l'interdépendance des principes éthiques qui se situent au fondement des droits et explique l'indivisibilité qui les caractérise habituellement en tant que système juridique. Néanmoins, cette diversité de conception axiologique démontre également la multitude des principes et intérêts impliqués dans la résolution des contradictions normatives et la nécessité, notamment en matière de conflit de droits fondamentaux, de construire des interprétations et des argumentations complexes et hétérogènes du point de vue de leur substance. Par ailleurs, l'appréciation de chaque principe et l'agencement qui résulte de leurs interprétations combinées varieront au gré des situations d'espèces. En effet, la prise en compte de chaque principe est susceptible de varier par degré en fonction de l'approche méthodologique retenue pour résoudre le litige concret. Une telle plasticité structurelle est le propre des systèmes dynamiques non linéaires.

²²⁵⁸ L'auteur précise : « *In effect, they have developed each human right independently of the duty to ensure them without distinction and treated the non-distinction norm as a substantive human right to be balanced alongside any other human right* ». In *Id.*, pp101-102

²²⁵⁹ L'auteur estime que : « *the practical effect of this judicial approach has been to import limitations into the fundamental norm of non-distinction in order to enable a balancing of that norm against another allegedly competing human right or legitimate aim* ». in *Id.*, p.102

²²⁶⁰ L'auteur précise encore : « *It is quite clear, therefore, that the non-distinction norm has no textual limitation and was not designed to be overridden by societal, cultural or religious claims, even if those claims are framed as falling within the remit of a human right* ». in *Id.*, p.108

²²⁶¹ *Id.*, p.122 ; Dans ce sens, voy. ég. HOWLAND (C.W.), « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Womens : An analysis under the United Nations Charter », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.35, 1997, pp.325-326 (pp.271-377)

2. Le concept de noyau des droits fondamentaux

860. L'approche du contenu des droits qui se fonde sur la distinction entre noyau et périphérie des droits témoigne de ce phénomène. En effet, le concept de noyau d'un droit fait référence à l'essence même de ce droit. Deux approches peuvent être retenues afin de déterminer un tel noyau : il pourra s'agir d'une approche subjective selon laquelle la gravité de l'atteinte portée au droit subjectif sera appréciée du point de vue d'une personne particulière ou d'une approche objective selon laquelle l'essence du droit consistera dans la capacité du plus grand nombre à continuer de l'exercer malgré les restrictions apportées dans un contexte spécifique.²²⁶²

861. La quête d'un noyau fondamental des droits est parfois confondue avec la distinction entre les droits pour lesquels la Convention prévoit explicitement la possibilité de les restreindre et les droits qui sont formulés en des termes absolus. Toutefois, une analyse de la pratique de l'article 3 de la Convention permet d'écarter cette conception²²⁶³. En effet, si le texte de l'article 3²²⁶⁴ est rédigé en des termes qui semblent accorder une protection absolue au droit de ne pas subir de torture ou de traitements inhumains²²⁶⁵, la Cour a conclu, dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* : « *Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (...) The assessment of this minimum is, in nature of things, relative ; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effect and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc* »²²⁶⁶. Ainsi, comme le remarque Gehrard Van der Schyff, « *It would be wrong to deduce from this that article 3 guarantees an absolute core (...) Although the right is textually absolute and a one-stage interpretation is followed by not allowing any formal limits to its protective scope, its protective scope is nonetheless relative. Although the scope itself may not be limited, its extent is open to variation according to the circumstances* »²²⁶⁷.

²²⁶² VAN DER SCHYFF (G.), « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.132

²²⁶³ *Id.*, pp.131-147

²²⁶⁴ L'article 3 de la Convention dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains et dégradants* ».

²²⁶⁵ La Cour a elle-même reconnu dans un certain nombre d'affaires que : « *Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment* », voy. Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, Reports 1996-VI, §62 ; Cour EDH, 21 décembre 2000, *Egmez c. Chypres*, §77

²²⁶⁶ Cour EDH, *Irlande v. United Kingdom*, 18 janvier 1978, série A, n° 25, §162 ; Cour EDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Reports and Judgments and Decisions, 1999-V, §101

²²⁶⁷ L'auteur considère ainsi que : « *Protection under the right is thus a question of proportionality, even if it is not explicitly the case. If one were then to speak of cores in this regard it becomes quite conceivable that the core guaranteed by article 3 can come into conflict with other rights or their cores. However, the importance of the values protected by article 3 will nearly always outweigh competing interest. One could then speak of a particular « strong relative core », but this makes very little sense. It does not contribute*

862. Toutefois, les critiques mettent également en lumière le fait que cette méthode pourrait conserver une certaine utilité, en particulier dans le cadre des conflits strictement horizontaux entre les droits et qui ne sont pas soumis à la contrainte de la trilatéralité du contentieux. En effet, dans le cadre du conflit entre deux droits subjectifs portés par des parties privées, l'approche du conflit *via* la doctrine du noyau et de la périphérie des droits peut apparaître comme un affinement ou une complétion de la théorie classique de l'abus de droit. De plus, la Cour ne semble pas insensible à cette approche, notamment dans le contexte des droits auxquels des restrictions sont explicitement consacrées (articles 8 à 11 de la Convention), aussi appelés « *two-stage of interpretation rights* »²²⁶⁸. En effet, dans plusieurs affaires, la Cour examine si la restriction porte atteinte à la « *substance* » ou à « *l'essence* » des droits considérés²²⁶⁹. À ce titre, la Cour semble retenir une approche subjective de cette notion de substance²²⁷⁰. Enfin, Gehrard Van der Schyff analyse cette référence à l'essence des droits comme une application normale du test de nécessité qui peut apparaître comme une manifestation de la balance axiologique des intérêts²²⁷¹.

3. La hiérarchisation des droits : une méthode écartée par la Cour

863. L'établissement ou la reconnaissance d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux est une méthode assurant la plus grande prévisibilité²²⁷². Certains auteurs considèrent en effet qu'une hiérarchie implicite apparaît dans le texte de la Convention qui distingue entre les droits dont la protection est absolue et ceux qui sont susceptibles de

anything meaningful to understanding such rights, attention should instead be focused on conducting responsible proportionality exercises in securing the necessary protection ». in VAN DER SCHYFF (G.), « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.139

²²⁶⁸ *Id.*

²²⁶⁹ Cour EDH, *Affaire Prince Hans-Adam II von Liechtenstein c. Allemagne* 12 juillet 2001, §44 « *the limitation applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of rights is impaired* ». ; Cour EDH, *Affaire Quinn c. Irlande*, du 21 décembre 2000, §48, 51, 55-56, 58 ; Cour EDH, *Affaire Heaney and McGuinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, §48, 51, 54-55, 58 ; Cour EDH, *Affaire Broniowski c. Pologne*, du 22 juin 2004, §186

²²⁷⁰ Cour EDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, §186 : « *By imposing successive limitations on the exercise of the applicant's right to credit, and by applying the practices that made it unenforceable and unusable in practice, [the State] rendered that right illusory and destroyed its very essence* ».

²²⁷¹ VAN DER SCHYFF (G.), « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.131-147

²²⁷² DUCOULOMBIER (P.), « Conflicts between fundamental rights and the European court of human rights : an overview », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.234-239 ; DUCOULOMBIER (P.), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse soutenue en 2008 à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, s.d. BENOIT-ROHMER (M.), 640p, publiée chez Bruylant, Bruxelles, 2011

connaître des restrictions ou des exceptions²²⁷³. Ceux-ci pourraient par exemple considérer que l'article 2 de la Convention, reconnu comme un droit à protection absolu, devrait logiquement se voir reconnaître un poids plus important dans la balance des intérêts que l'article 10 qui consacre un droit à protection relative. Pourtant, la Cour semble écarter ce raisonnement. En effet, dans l'affaire *Sürek et Özdemir c. La Turquie*²²⁷⁴, la Cour examinait la légalité d'amendes et de l'emprisonnement de personnes ayant, par l'intermédiaire de leur revue, diffusé les propos et déclarations communes d'une organisation terroriste kurde. Le Gouvernement alléguait que les mesures prises étaient proportionnées aux buts poursuivis, à savoir la protection de l'article 2 de la Convention. La Cour a néanmoins estimé « *que la condamnation des requérants se révèle disproportionnée aux buts poursuivis et donc non nécessaire dans une société démocratique* »²²⁷⁵, écartant par là même toute idée de hiérarchie.

864. Néanmoins, la Cour, via l'examen de la proportionnalité et la mise en balance des intérêts, opère une sélection parmi les intérêts juridiquement protégés par la convention qui permet, au fil de la jurisprudence, d'observer « *une gradation* »²²⁷⁶. Sébastien Van Drooghenbroeck constate cette gradation à trois niveaux : le premier niveau, mis en lumière dans l'affaire relative au régime linguistique belge, consiste en une forme de « *préférence abstraite* » accordée par la Cour aux droits protégés par la convention par rapport à l'intérêt général²²⁷⁷ ; le second niveau concerne les considérations de sécurité nationale qui « *jouissent, au sein de l'ensemble des buts légitimes énumérés aux paragraphes 2 des articles 8 à 11, d'une attention toute particulière de la part du juge européen* »²²⁷⁸ ; enfin, le troisième niveau révèle une gradation de l'importance relative accordée aux différentes « *prérogatives issues d'un même droit ou d'une même liberté conventionnelle* »²²⁷⁹.

²²⁷³ Voy. not. les développements de Gerhard Van Der Schyff sur les « *one stage* » et « *two stage rights* ». cf. « Cutting to the core of conflicting rights : the question of inalienable cores in comparative perspective », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.137-140

²²⁷⁴ Cour EDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, requête n° 23927/94 et 24 277/94

²²⁷⁵ Id. §64

²²⁷⁶ Cette gradation observée de la protection juridique que la Convention accorde aux intérêts « *contribue à configurer le poids que revêtent lesdits intérêts dans la balance* ». cf. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.241

²²⁷⁷ « *La Convention implique (...) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux de l'Homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* ». cf. CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, Série A., n° 6, §5

²²⁷⁸ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.245

²²⁷⁹ Ainsi, l'auteur remarque par exemple : « *au sein des droits garantis par l'article 10, le discours proprement politique d'un élu du peuple reçoit un poids très important. De manière plus globale, l'expression portant sur une question d'intérêt général est l'objet d'une considération plus appuyée que celle qui ne présente pas cette qualité. Le discours à caractère proprement commercial apparaît quand à lui moins*

§2. La combinaison dialectique des méthodes de résolution des conflits de droits : une source d'incertitudes et d'insécurité juridique

865. La Cour européenne des droits de l'homme ne statue pas *in abstracto*, mais *in concreto*, elle connaît du fait comme du droit, et assure une fonction régulatrice vis-à-vis de l'interprétation de la Convention²²⁸⁰. Les décisions de la Cour participent au développement des normes contenues par la Convention et font corps avec elle²²⁸¹. Confrontés au phénomène de la conflictualité des droits et à l'émergence de contradictions normatives, les juges qui assurent la protection des droits fondamentaux tentent de construire une grille d'analyse commune et des méthodes permettant leur résolution. À partir d'une analyse du contentieux des droits fondamentaux, notamment en matière de bioéthique, il apparaît que la Cour européenne des droits de l'homme, comme les Cours constitutionnelles, recourt à une combinaison de différentes approches méthodologiques qui conduisent souvent à accroître leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Toutefois, de ce « *melting pot* » méthodologique résulte une imprédictibilité nouvelle du fonctionnement du système des droits fondamentaux. L'insécurité juridique résulte ainsi de la politisation du rôle des juridictions et de l'accroissement du pouvoir judiciaire que les conflits de droits fondamentaux induisent. Ainsi, l'insécurité juridique découle à la fois d'un défaut de cohérence du système des droits fondamentaux que la conflictualité met en lumière et à la fois du type de méthodes employées par les juges pour y remédier. Certains auteurs proposent de prendre en considération cette insécurité juridique et d'en tirer les conséquences en termes procéduraux afin de permettre à l'ensemble des intérêts concernés par la résolution du litige d'y prendre part ou d'y être représenté.

A. La combinaison de diverses méthodes au sein d'une même approche des conflits de droits fondamentaux

866. Les méthodes employées pour résoudre les conflits de droits ne sont pas exclusives, ni indépendantes les unes des autres. Au contraire, comme le remarque

valorisé. De telles gradations pondérales s'observent également dans la jurisprudence relative à l'article 8. Ainsi, la confidentialité des rapports médecins/patients ou avocats/clients semble particulièrement valorisée. De même, une attention soutenue est portée, au sein de la masse de prérogatives générées par le droit au respect de la vie privée, aux aspects "les plus intimes" de celle-ci que constituent les préférences sexuelles ou le droit à l'intégrité physique », in *Id.*

²²⁸⁰ DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n°8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet>

²²⁸¹ *Id.*

Françoise Tulkens, leur utilisation, souvent, se superpose²²⁸². En effet, l'analyse des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de bioéthique met en lumière le fait que la Cour combine régulièrement, dans le contentieux des conflits de droit, la mise en balance des intérêts, l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction et la marge nationale d'appréciation.

867. Dans l'affaire *Pretty* comme dans l'affaire *Evans*, la Cour recourt à la contextualisation de son raisonnement. Dans l'affaire *Pretty*, la Cour opère l'examen de la proportionnalité instrumentale au regard de l'article 8 de la Convention et utilise la notion de marge nationale d'appréciation, restreinte dans les circonstances de l'espèce, mais ne fait nulle part mention de la balance des intérêts en jeu²²⁸³. Dans l'affaire *Evans*, la Cour recourt à la notion d'équilibre des intérêts lorsqu'elle examine le moyen tiré de l'article 8 de la Convention, fait référence à la proportionnalité des moyens mis en œuvre par la mesure étatique lorsqu'elle examine le moyen tiré du conflit entre les articles 8 et 14 de la Convention, et s'en remet de manière extensive à la marge nationale d'appréciation compte tenu de l'absence de consensus entre les Hautes Parties contractantes. À ce titre, la Cour explicite la manière dont elle combine la balance ou l'équilibre des intérêts avec la marge nationale d'appréciation. La Cour précise en effet que « *la question centrale qui se pose au regard de l'article 8 n'est pas celle de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour un autre système, éventuellement de nature à assurer un meilleur équilibre entre les intérêts concurrents, mais de déterminer si le Parlement a excédé la marge d'appréciation qui lui est reconnue au titre de cette disposition en établissant un équilibre selon les modalités qu'il a choisies* »²²⁸⁴. Cette formulation met parfaitement en lumière l'ambiguïté de la position dans laquelle la Cour se place. Celle-ci refuse d'apprécier qualitativement ou politiquement le choix concret opéré par l'État, en d'autres termes une forme de contrôle de légalité, mais au contraire se contente de vérifier si l'État avait ou non l'opportunité d'effectuer un choix en la matière, quel que soit celui retenu. Ainsi, la Cour refuse d'apprécier qualitativement l'exercice du pouvoir politique, mais vérifie si l'exercice de ce pouvoir en l'espèce n'excède pas quantitativement ce qui est attribué à l'État par la marge nationale d'appréciation. La Cour adopte une posture où elle montre le type de contrôle que le développement de ces pouvoirs pourrait l'amener à effectuer, mais refuse, pour l'instant, de se poser en tant que censeur des choix politiques étatiques. Cette position est d'autant plus ambiguë que c'est la Cour elle-même qui semble vouloir s'y situer, par la

²²⁸² TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », *op. cit.*

²²⁸³ Cour EDH, *Pretty c. R.U.*, *op. cit.*, §72-78

²²⁸⁴ Cour EDH, *Evans c. R.U.*, arrêt du 7 mars 2006, §.68, arrêt confirmé par la Grande Chambre le 10 avril 2007

contextualisation accrue de son raisonnement et par les méthodes qu'elle emploie, notamment la balance des intérêts et l'examen de la proportionnalité de la mesure. Le concept de marge nationale d'appréciation apparaît alors à la Cour comme un formidable outil pour s'assurer la coopération des États sur le long terme tout en se ménageant une perspective politique d'évolution de ses pouvoirs. À ce titre, un certain nombre de critiques s'élèvent contre cette combinaison aléatoire des méthodes qui conduit à confondre en un seul mouvement jugement de légalité et jugement d'opportunité²²⁸⁵.

1. Les critiques portées contre les différentes méthodes et leur combinaison

868. Les critiques portées à l'encontre de la méthodologie retenue par les juges européens pour résoudre les conflits de droits fondamentaux peuvent être distinguées selon qu'elles visent le contenu même d'une certaine méthode ou le résultat de leur combinaison explicite ou implicite par le juge. L'ensemble de ces critiques concerne, cependant, l'insécurité juridique et l'imprévisibilité engendrées par cette évolution du système européen de protection des droits fondamentaux²²⁸⁶. À ce titre, une partie de la doctrine considère qu'une restructuration procédurale de l'organisation du procès constitue si ce

²²⁸⁵ Olivier De Schutter met en valeur le paradoxe auquel donne lieu la contextualisation des raisonnements judiciaires et des jugements d'application des normes juridiques. « *L'interdiction faite au juge chargé de l'application de la règle d'en moduler les exigences en fonction des particularités du contexte dans lequel la règle est amenée à s'appliquer, d'ailleurs, aboutirait à une contradiction du champ d'applicabilité de la règle, et ce que celle-ci aurait gagné par l'affirmation de son caractère absolu, immédiatement elle le perdrait en extension. À présent la forme d'interrogation est différente. Elle porte plutôt sur le décisionnisme qu'impliquerait le recours au critère de proportionnalité, et sur la dissolution de la frontière qui devrait normalement séparer, en même temps que les pouvoirs, le jugement de légalité et le jugement d'opportunité. Il n'est plus (...) prétendu que les droits fondamentaux, ou certains d'entre eux, devraient bénéficier d'une protection "absolue" ; il est affirmé en revanche qu'à défaut d'être absolue, du moins la protection qui leur est due devrait être objective, et ne pas reposer sur des critères qui paraissent à ce point vagues que devrait s'y engouffrer nécessairement le subjectivisme du juge* ». cf. DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.11

²²⁸⁶ Olivier de Schutter explicite cette incertitude et l'insécurité juridique qui peut en découler : « *La deuxième interrogation qu'a amenée le recours à la pesée des intérêts en présence dans la matière des droits fondamentaux se présente comme un prolongement de la forme que prend aujourd'hui la première interrogation [relative à la dissolution de la frontière entre jugement de légalité et jugement d'opportunité]. Ressuscitée récemment par l'échange entre A. Scalia et K. Sullivan, elle porte sur l'incertitude dans laquelle se trouve les titulaires des droits fondamentaux garantis dans un système qui par avance reconnaît que certaines restrictions peuvent y être licitement apportées, et cependant demeure silencieux sur les conditions précises auxquelles ces restrictions peuvent être admises. Le décisionnisme dans lequel il est reproché au juge de tomber, dès lors qu'avec le recours à la balance des intérêts en présence il va pousser loin la contextualisation de sa décision, cette seconde interrogation en dénonce les conséquences sur la situation de la personne dont les droits fondamentaux sont en jeu : cette situation en effet, apparaît d'autant plus incertaine qu'est important le poids du contexte dans lequel l'application a lieu, sur les modalités de cette application* ». In DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.12 ; voy. ég. SCALIA (A.), « The Rule of Law as a Law of Rules », *U. Chi. L. Rev.* n°56, 1989, pp.1175 et s. ; SULLIVAN (K.), « The Supreme Court, 1991 Term – Foreword : The Justices of Rules and Standards », *Harv. L. Rev.* n° 106, 1992, pp.22 et s.

n'est un remède du moins un palliatif souhaitable, voire nécessaire, contre l'insécurité juridique.

869. En amont des critiques portées aux méthodes de résolutions des conflits, il faut remarquer que deux éléments participent à l'accroissement de l'instabilité du système des droits fondamentaux. En effet, le recours à la théorie des obligations positives de l'État en matière de droits subjectifs comme la contextualisation accrue du raisonnement judiciaire peuvent conduire à rendre moins prévisible, voire à déstabiliser, le fonctionnement du système des droits fondamentaux. Ces obligations positives maximisent les relations d'interprétation et les contacts entre les droits fondamentaux. À ce titre, elles favorisent l'entropie du système et rendent possible la construction d'un équilibre dynamique entre les droits.

870. En premier lieu, l'utilisation de la notion d'obligation positive qui accompagne la démarche consistant à rechercher l'effectivité des droits subjectifs induit une forme d'insécurité juridique pour l'État comme pour les particuliers dans la mesure où « *la liste des obligations n'est jamais close : le droit subjectif n'étant plus restreint par les conditions auxquelles son respect peut être réclamé en justice, la demande qu'il permet de fonder est, comme le besoin lui-même qu'il est destiné à satisfaire, proprement impossible à saturer* »²²⁸⁷. En effet, il est alors proprement impossible pour l'État de prévoir l'ensemble des obligations auxquelles il est soumis par la Convention dans la mesure où il n'est pas possible de prévoir l'ensemble des modalités d'exercice auxquelles un droit subjectif peut donner lieu ni les violations d'autres droits subjectifs que ces modalités d'exercices seront susceptibles d'engendrer. En second lieu, la contextualisation du raisonnement judiciaire peut emporter un certain nombre de conséquences vis-à-vis de la sécurité juridique et de la prédictibilité du fonctionnement du système des droits fondamentaux. Le mouvement de déformalisation du droit se traduit dans le raisonnement judiciaire par un recours accru à la contextualisation²²⁸⁸. En matière de conflits de droits, le

²²⁸⁷ Olivier de Schutter précise : « *Et encore les limites liées à l'imprévisibilité de l'ensemble des applications possibles d'une norme ne sont-elles pas les seules qui entrent ici en jeu. S'y ajoute une indéterminabilité principielle de la signification que doit recevoir tel droit subjectif, dans le contexte où son respect est revendiqué. Car l'indétermination des droits subjectifs est à la mesure de l'extension qu'ils ont prise. Aussi bien, non seulement la justification visant à fonder la validité d'une norme est-elle toujours frappée de précarité, indexée comme elle doit l'être aux circonstances où elle a pu être fournie – mais l'application elle-même suppose une justification assimilable à celle requise de l'auteur d'une nouvelle norme, tant le contexte dans lequel l'application est requise définit si le droit invoqué peut l'être dans tel cas, ou non* ». In DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p. 29 ; L'auteur cite Joseph Raz, RAZ (J.), *The morality of Freedom*, Oxford University Press, 1988, pp.163-192. On peut remarquer que cet auteur met en relation le développement des droits subjectifs et des obligations positives avec le développement du concept d'autonomie de la personne dans les instruments de protection des droits fondamentaux.

²²⁸⁸ Sebastien Van Drooghenbroeck considère que « *l'opinion en faveur du contrôle concret, focalisé sur la seule application des normes nationales, est en elle-même, un premier vecteur d'insécurité juridique* ». VAN

juge puise les éléments de justification de sa décision dans la spécificité de la situation d'espèce et fait référence à un certain nombre d'éléments factuels pour légitimer la balance des intérêts qu'il opère. D'un point de vue épistémologique, la maximisation du nombre de facteurs susceptibles d'influencer l'issue du raisonnement judiciaire implique un accroissement de la marge d'incertitude tant de la part des acteurs que du point de vue d'un observateur extérieur. En effet comme le note Sébastien Van Drooghenbroeck :

« Un certain effet précédentiel, garant de la cohérence et de la prévisibilité, pourrait être maintenu si la situation du requérant, cadre de référence de la balance des intérêts, se voyait caractérisée par un nombre de déterminants limité. À cette condition en effet demeurerait possible une forme de comparaison entre espèces successives. Le potentiel précédentiel des décisions concrètes diminue par contre à mesure que le juge approfondit la contextualisation de la situation individuelle qui lui est soumise en multipliant les traits de celle-ci qu'il déclare pertinents pour la configuration et la pondération des intérêts en présence »²²⁸⁹.

871. Ainsi, l'hypercontextualisation du raisonnement judiciaire a pu être considérée comme une approche « tueuse de précédents »²²⁹⁰. Le potentiel précédentiel des décisions de la Cour « est même, logiquement, réduit à zéro lorsque la décision est réputée rendue “all things considered”, “eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause”, et voit par conséquent sa validité indexée à l'irréductible singularité des espèces »²²⁹¹. Une telle situation, que l'on retrouve notamment dans le contentieux relatif à la compatibilité de l'article 8 et des mesures d'expulsion d'étrangers délinquants, a conduit le juge Martens à considérer que « l'adjudication de cette question » relevait d'une « véritable loterie »²²⁹². Retenant le même type d'analyse, le juge Martinez a résumé ce phénomène d'insécurité par la formule : « *Minima mutatio facti mutat totum jus* »²²⁹³. Ici apparaît le revers du

DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.297 et s.

²²⁸⁹ *Id.*

²²⁹⁰ *Id.*

²²⁹¹ *Id.*

²²⁹² *Opinion dissidente* jointe par M. le Juge Martens à la Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, *op. cit.*, p.613, pt. 4. Quoique de manière plus édulcorée en la forme, le juge Martens avait déjà émis une critique identique du raisonnement de la Cour dès ses premières applications. Ainsi affirmait-il dans l'opinion concordante qu'il joignit à l'arrêt *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992 (*op. cit.* p.37) que la jurisprudence de la Cour était par trop « casuistique » et mériterait « l'instillation d'une dose de sécurité juridique qui, spécialement dans ce domaine, paraît hautement souhaitable ». Voy. ég. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p.298

²²⁹³ *Opinion dissidente* de M. Martinez, partagée par M. Campinos, jointe au rapport rendu le 10 novembre 1987 dans l'affaire *Tre Traktörer AB c. Suède*, req. n° 10873/84, Série A, n° 159, p.36

recours à la contextualisation de la décision. Comme le précise Olivier de Schutter : « le revers de cette tendance à contraindre la règle à épouser les formes de la réalité qu'elle régit, est dans une certaine perte de normativité de la règle : le prix de cette mise en contexte de la règle, c'est qu'elle ne parvient plus à remplir une des fonctions essentielles qu'on attend d'elle – de stabiliser les attentes, et ainsi de fournir un cadre fixe aux interactions de ses destinataires »²²⁹⁴. Il faut enfin remarquer que le recours à la contextualisation est parfois sollicité par le requérant. En effet, dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, la requérante qui reconnaissait que l'État bénéficie d'une marge d'appréciation en matière de procréation médicalement assistée a soutenu : « que le problème central qui se pose en l'espèce n'est pas celui de déterminer in abstracto l'étendue de la marge d'appréciation applicable à un régime juridique donné, mais celui de savoir si, au regard des circonstances concrètes de l'affaire, le refus de l'État de la laisser se faire implanter les embryons conçus à partir de ses ovules et du sperme de J. est nécessaire et proportionné »²²⁹⁵. Le recours à la contextualisation qu'induit l'utilisation du principe/critère de proportionnalité pour trancher le conflit suscite également des stratégies nouvelles de la part des parties.

a. Les critiques contre la mise en balance des intérêts

872. La méthode de la balance des intérêts est largement critiquée tant vis-à-vis de son contenu que de sa transparence. En effet, comme le remarque Olivier de Schutter et Françoise Tulkens l'idée même d'une mise en balance des intérêts présuppose l'existence d'une échelle commune vis-à-vis de laquelle évaluer l'importance relative de chaque droit²²⁹⁶. Pourtant il apparaît clairement qu'une telle échelle n'est pas disponible. Ainsi, ces auteurs souscrivent à la formule du juge Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, qui considère qu'opérer une balance entre les droits fondamentaux et les intérêts qu'ils protègent consiste à juger « *whether a particular line is longer than a particular rock is heavy* »²²⁹⁷. En d'autres termes, la balance des droits est impossible

²²⁹⁴ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.13

²²⁹⁵ Cour EDH, *Evans c. R.U.*, op. cit., §50

²²⁹⁶ DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.191 : « *Seducing ad it may seem, « balancing » may be closer to a slogan than to a methodology. It consists of weighing the rights in conflict against one another and affording priority to the right which is considered to be of greater « value », (...) The very image of having 'weight » one right against another presupposes that there would exist some common scale according to which their respective importance could be measured, which we know is not available in fact* ».

²²⁹⁷ U.S. Supreme Court, *Bendix Autolit Cort. V. Midwesco Enterprises, Inc., et al.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) op. diss., SCALIA (A.)

compte tenu de l'incommensurabilité de ceux-ci les uns par rapport aux autres²²⁹⁸. Jurgen Habermas a largement contribué au développement des critiques contre la méthode de la mise en balance des droits par les juges²²⁹⁹. En effet, il considère notamment que « *since there is no rational standard by which judges can reconcile competing policy objectives, judicial decisions based on balancing are irrational. (...) These policy arguments are, therefore, merely weighed "either arbitrarily or unreflectively according to customary standards and hierarchies"* »²³⁰⁰.

873. L'utilisation de la balance des intérêts masque difficilement ce qui constitue en fait une position décisionniste de la part du juge. Olivier de Schutter et Françoise Tulkens estiment notamment que :

« *The "balancing" metaphor to describe the act of judging may be profoundly misleading, hardly masking what is, in fact, a decisionist position, one leaving a considerable degree of freedom to the judge in the balancing process, and making the outcome of this process, in final instance, dependent on his or her intuition: "All too commonly in judicial opinions, lip service is being paid to balancing, a cursory mention of opposing interests is made, and, presto, the balance is arrived at through some unrevealed legerdemain"* »²³⁰¹ »²³⁰².

874. L'utilisation de la balance des intérêts comporte également deux types de risques ou de dérives. La première découle de la tentation pour le juge d'opérer cette mise en balance de manière objective ou de ne pas avoir conscience de son caractère subjectif et décisionniste. Une telle tentation peut amener le juge à confondre « *the balancing of fundamental rights with the cost-benefit analysis in use in evaluation of public policies* »²³⁰³. Ce risque est peut-être d'autant plus marqué vis-à-vis du contentieux de la biomédecine dans la mesure où le principe-bénéfice/risque apparaît comme un principe classique de l'éthique biomédicale qui est susceptible d'être utilisé pour arbitrer les conflits

²²⁹⁸ Telle est notamment la position défendue par Lorenzo Zucca, ZUCCA (L.), « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.28-31 ;

²²⁹⁹ HABERMAS (J.), *Droit et Démocratie : entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997, pp.244 et s.

²³⁰⁰ GREER (S.), « Balancing » and the European Court of Human Rights : A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *The Cambridge Law Journal*, vol.63, n°2, juillet 2004, pp.412-434, spé. p.414

²³⁰¹ COFFIN (F.M.), « Judicial Balancing : The Protean Scale of Justice », *New York University Law Review* n°63, 1988, pp. 16, 22 cité par DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.191-192

²³⁰² DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », op. cit., pp.191-192

²³⁰³ *Id.* p.192

de valeurs. Olivier de Schutter et Françoise Tulkens considèrent que cette situation « *may lead to undervalue the "worth" of rights which are not susceptible of economic measurement* »²³⁰⁴, comme cela peut être le cas pour le principe de dignité. Cette méthode peut également engendrer la situation dans laquelle « *the right-holder, due to their vulnerable position, may be ready to waive against a relatively modest compensation* »²³⁰⁵, usant ainsi de son autonomie personnelle. A l'inverse, les droits « *to which economic value can be attached, or which are invoked by actors who can demonstrate the "worth" the rights present to them or the collectivity, will be overvalue* »²³⁰⁶. La seconde dérive possible découle de l'asymétrie de pouvoir et de positions des parties représentant des intérêts concurrents devant la Cour. Ce second problème est d'ailleurs commun à l'examen de la proportionnalité et la mise en balance des intérêts et consiste dans le fait que la structure du contentieux et la nature même des parties²³⁰⁷ en présence induisent une prise en compte différenciée des intérêts et droits en causes²³⁰⁸.

b. Les critiques contre l'examen de la proportionnalité de la restriction

875. La critique principale qui vise l'examen de la proportionnalité de la mesure étatique, qu'elle intervienne dans le cadre d'un droit dont la formulation prévoit des restrictions ou dans le celui d'un « *one stage right* »²³⁰⁹, met en lumière l'appréciation biaisée du conflit de droit. En effet, comme le note Françoise Tulkens, le test de nécessité « *par définition (...) tend à faire pencher en faveur du droit du requérant dans la mesure où toute restriction dans son droit devait être justifiée par la nécessité de protéger le droit des autres : ceci conduit implicitement à établir une présomption favorable aux droits du*

²³⁰⁴ *Id.* p.193

²³⁰⁵ *Id.*

²³⁰⁶ *Ibid* ; Un exemple peut être tiré de la jurisprudence relative aux nuisances nocturnes engendrées par la proximité d'un Aéroport. Cour EDH, *Hatton and Others c. Royaume-Uni*, grande chambre 8 juillet 2003, §97

²³⁰⁷ Olivier de Schutter et Françoise Tulkens considèrent que : « *another danger is that, where the respective right-holder are not symmetrically situated, the weight recognized to each of the rights in conflict will depend on their respective position, and therefore, on the way the conflict is framed before the judge* », in DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.194

²³⁰⁸ Ces auteurs estiment en outre que : « *The danger of course, clearly implicated by the « balancing » metaphor, is especially real where the conflict between two fundamental rights occurs – as is always the case before the European Court of Human Rights – in a procedural setting in which one the rights in conflict is endorsed by an entity such as the state, who is presumed to embody a broad collective interest whose weight, in comparison to that of the individual right-holder, will necessarily appear considerable, at least until we realize that this individual might well be representative, in his claims, of far wider societal interests, which the state may have paid insufficient consideration to* ». In *Id.* p.196

²³⁰⁹ VAN DER SCHYFF (G.), « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.131-147

requérant »²³¹⁰. Ce phénomène tient selon Olivier de Schutter à la structure de l'examen de la proportionnalité qui tend à considérer le droit du requérant comme la règle principale tandis que la restriction ou l'ingérence est considérée comme une exception²³¹¹. À l'image de la prise en compte des arguments portant sur les droits collectifs dans les systèmes juridiques qui ne reconnaissent pas d'intérêt à agir sur ce fondement, « *le fait de savoir si le grief du requérant violerait un autre droit fondamental est un élément qui est produit comme argument par le défendeur* »²³¹².

876. Les modalités d'exercice du test de nécessité déterminent les conditions de la réception et de la perception du conflit de droits par le juge²³¹³. En effet, le droit du requérant apparaît primordial dans la détermination de la cause juridique du litige : « *bien sûr, à travers l'échange d'arguments, l'autre droit peut entrer en considération dans le raisonnement du juge, mais en fait ce n'est pas ce droit-là qui est au coeur de la question à laquelle il doit répondre* »²³¹⁴. Afin d'éviter ce risque, Françoise Tulkens et Olivier de Schutter considèrent que lorsque le juge à l'opportunité de choisir entre le test de nécessité et une approche fondée sur la balance entre les droits, c'est-à-dire lorsque l'intérêt invoqué par l'État en justification de sa mesure consiste dans la protection des droits d'autrui, l'approche par la méthode de la mise en balance devrait être préférée²³¹⁵. Nous verrons toutefois que cette préférence se fonde sur un souci de transparence dans la mesure où le recours à la proportionnalité instrumentale suppose nécessairement que soit opéré, *a priori*

²³¹⁰ Françoise Tulkens précise que : « *En d'autres termes, le droit qui est invoqué par le requérant reçoit davantage d'attention parce que la question qui doit être résolue par le juge est celle de savoir si son droit est ou n'est pas violé. La seconde observation est liée à la première* ». In TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », *op. cit.*

²³¹¹ Olivier de Schutter et Françoise Tulkens s'entendent pour reconnaître que « *far from ensuring that both rights be effectively balanced against one another, it results in one right being recognized a priority over another, simply because it has been invoked by the applicant before the Court, when the competing right is invoked by the government in defence of the measure which is alleged to constitute a violation of the Convention* ». In DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), *Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, *op. cit.*, p.197

²³¹² TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », *op. cit.*

²³¹³ Françoise Tulkens estime que : « *En fait, il faut constater que lorsqu'ils arrivent devant le juge, ces conflits de droits sont présentés au départ de la perspective d'un droit fondamental, l'autre droit étant en fait impliqué indirectement* ». *Id.*. Olivier de Schutter et Françoise Tulkens affinent ensemble cette analyse : « *In other terms, the framing of the conflict between rights through the necessity test leads to prioritize one right above the other, which results in obfuscating the reality of the conflict it self. This, we believe, is the real difficulty* », in DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « *Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution* », *op. cit.*, p.195

²³¹⁴ *Id.*

²³¹⁵ Olivier de Schutter et Françoise Tulkens précisent : « *Where a choice is to be made between the application of the necessity test and an approach focused on « balancing » two rights against one another – that is, when the interest invoked by the state is the protection of the rights of others – the latter approach would be preferable, in order to avoid the risk that the claim of the individual right-holder, which the state seeks to restrict, will be automatically preferred* ». in *Id.*

et de manière parfois implicite, un choix idéologique sur le rapport entre les droits et avec les valeurs et intérêts qu'ils protègent.

c. Les critiques contre la marge nationale d'appréciation

877. La Cour a tenté de préciser les conditions d'utilisation de la marge nationale d'appréciation notamment au regard des articles 8 à 11 de la Convention :

« L'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10§2, implique un "besoin social impérieux". Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une "restriction" se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 ».

Ainsi, la Cour précise qu'elle :

« n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doit se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était : "proportionnée au but légitime poursuivi" et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent "pertinents et suffisants" (arrêt Sunday Times c. R.U [n° 2] du 26 novembre 1991, Série A n° 217, p.29, §50). Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l'article 10, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents »²³¹⁶.

878. Toutefois, certains auteurs reconnaissent que *« the language used by the Court to describe the doctrine [de la marge nationale d'appréciation] is unclear and leads to unpredictable results »*²³¹⁷. L'une des raisons conduisant à cette forme d'instabilité consiste

²³¹⁶ Cour EDH, *Affaire Gerger c. Turquie*, du 8 juillet 1999, requête n° 24919/94, §46

²³¹⁷ BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, pp.113-151 et

en l'emploi d'un grand nombre de concepts indéterminés dans la formulation de la doctrine de la marge nationale d'appréciation. En effet, « *the adjectives like "certain" "relevant and sufficient", "proportionate", and "acceptable", are never adequately defined. In fact, their meaning varies greatly from case to case. The Court knows this. It has acknowledged that "the scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background"* »²³¹⁸. En effet, comme le remarque une partie de la doctrine, la Cour ne peut oblitérer le jugement de valeur qui se situe en amont de son appréciation :

« *The interplay between the margin of appreciation factors [existence d'un consensus européen et rapport entre le droit et la restriction] makes it difficult to predict how the Court will decide the margin question in any given case, especially where the variables point in different directions. In such cases, the decision on how much latitude is to be granted to national authorities depends on the weight the Court attaches to the various factors concerned (which, incidentally, may in themselves be open to different appreciations) and this choice ultimately rest on a value judgment on the part of the Court and its individual judges* »²³¹⁹.

En outre, la doctrine estime que la Cour applique de tels facteurs de manière imprécise, « *unpredictable and often arbitrary* »²³²⁰.

879. En définitive, le recours à la marge nationale d'appréciation apparaît comme une menace au concept même de légalité dans le cadre de la Convention. Comme la note Richard Fallon la légalité ou « *Rule of Law* » remplit trois fonctions au sein des systèmes juridiques et sociaux : « *First the Rule of Law should protect against anarchy and the Hobbesian war of all against all. Second the Rule of Law should allow people to plan their affairs with reasonable confidence that they can know in advance the legal consequences*

s. (spé, p.126) ; voy. ég. DE LA RASILLA DEL MORAL (I.), « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine », *German Law Journal* vol. 7 n°6, 2006, pp.612 ; voy. ég. MAHONEY (P.), « Marvellous, Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », *Human Right Law Journal*, vol.19, 1998, 4,a,§1 ; GREER (S.), « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », Dossiers sur les droits de l'homme n° 17, Édition du Conseil de l'Europe, 2000 ; ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int'l L. and Pol.* n° 2, 2006, pp.21 et s.

²³¹⁸ BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, pp.113-151 et s. (spé, p.126).

²³¹⁹ VAN DIJK (P.) et VAN HOOFF (G.J.H.), *Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ème Ed., Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998, p.91 (850p.)

²³²⁰ BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, p.145-146

of various actions. Third, the Rule of Law should guarantee against at least some types of official arbitrariness »²³²¹. Au contraire, l'utilisation de la marge d'appréciation qui est susceptible de varier non seulement en fonction des différents types d'exceptions ou de restrictions prévus par les articles 8 à 11 mais également en fonction d'éléments contextuels au sein de chacun des types de restrictions²³²², conduits au résultat inverse²³²³. À ce titre, la marge d'appréciation peut être perçue comme « *a substitute for coherent legal analysis of the issues at stake* »²³²⁴. Le juge De Meyer propose même à la Cour d'en bannir l'utilisation :

« *I believe that it is high time for the Court to banish [the margin of appreciation] from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies (...) the empty phrases concerning the State's margin of appreciation – repeated in the Court's judgments for too long already – are unnecessary circumlocutions, serving only to indicate abstrusely that the States may do anything the Court does not consider incompatible with human rights. Such terminology, as wrong in principle as it is pointless in practice, should be abandoned without delay* »²³²⁵.

880. On peut enfin remarquer que le concept de marge d'appréciation tend également à se développer au sein des ordres juridiques internes à des fins similaires, c'est-à-dire l'encadrement d'un pouvoir. En effet, comme nous avons pu le constater à propos du contentieux strictement horizontal relatif au refus de soin pour des raisons religieuses, les

²³²¹ FALLON (R. jr.), « The « Rule of Law » as a Concept of Constitutional Discourse », *Columbia Law Review*, vol.97 n°1, 1997, pp.1-2

²³²² BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, p.129, Voy. ég. MCHARG (A.), « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Mod. L. Rev.* vol.62, 1999, pp.671 et 687

²³²³ L'auteur remarque avec ironie que la Cour : « *identified three hallmarks of proper decision-making (all basic to the rule of law) : legal certainty, foreseeability and equality. Yet its arbitrary « consensus » standard violate each. There is no legal certainty because no one really knows what the standard is. Lack of foreseeability flows directly from this. Neither the applicant nor a member State can know whether their actions comply with the Convention without knowing just what a « consensus » is or when it is reached. They do not know whether they must monitor legal and cultural changes in Europe alone or worldwide. Even equality is compromised by this standard. The Court treats the standards very differently from case to case. A clear social and legal trend in the treatment of transsexuals narrows the margin of appreciation. A similar trend regarding legal advertising does not. In failing to provide certainty, predictability, and equality, the margin of appreciation, relying on this deeply flawed consensus standard, violates the rule of law* ». In BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, p.146

²³²⁴ MAHONEY (P.), « Marvellous, Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », *Human Right Law Journal*, vol.19, 1998, 4,a,§1

²³²⁵ *Opinion dissidente du Juge Meyer in EDH Z c. Finlande*, 1997-I, 323, 357-358

juges sont enclins à octroyer aux personnels de santé une marge d'appréciation vis-à-vis du type de comportement que la loi réclame de leur part. Ainsi, le concept de marge d'appréciation pourrait s'étendre à d'autres pouvoirs que le pouvoir étatique et être utilisé par les juges internes pour résoudre les conflits de droits qui sont strictement horizontaux et opposent deux personnes privées. Si tel devait être le cas, ce phénomène conduirait à une imprévisibilité de la protection nationale des droits fondamentaux et pourrait engendrer des conflits entre normes constitutionnelles.

2. Les critiques portant sur la combinaison des diverses méthodes

881. Un certain nombre de critiques se concentrent enfin sur les modalités de la combinaison des diverses méthodes de résolution. En effet, si cette combinaison, en tant que telle, apparaît comme une nécessité ; les formes que celle-ci peut prendre sont susceptibles de varier. La combinaison entre l'examen de la proportionnalité de la mesure étatique et la balance des intérêts est toujours opérée, bien que la balance des intérêts puisse n'intervenir que de manière implicite ou très succincte. Certains auteurs considèrent ces deux termes comme synonymes²³²⁶. Ces deux méthodes ne vont jamais l'une sans l'autre comme le démontre Olivier de Schutter :

« La première branche ne peut être considérée comme se suffisant à elle-même, car même l'examen de proportionnalité qui se voudrait purement instrumental suppose, qu'on y procède explicitement ou qu'on refuse de l'apercevoir, une mise en balance des intérêts en jeu. Cette position prend appui sur le constat que, même lorsque les objectifs ou intérêts pouvant justifier des restrictions apportées aux droits fondamentaux sont identifiés par avance, le contenu précis que prétend leur donner l'auteur de la mesure querellée ne saurait dépendre de lui seulement, mais doit faire l'objet d'un contrôle de la part du juge »²³²⁷.

882. Ceci n'a rien d'étonnant dans la mesure où nous avons pu établir que le droit de la bioéthique comme, plus généralement, le système des droits fondamentaux constituaient

²³²⁶ DUCOULOMBIER (P.), « Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights : An Overview », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.228. L'auteur précise que « a restriction is called proportionate when a fair balance between interest has been struck ». Voy. ég. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p.113 ; MUZNY (P.), *La Technique de la Proportionnalité et le Juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Essai sur un Instrument Nécessaire dans une Société Démocratique*, Tome II, PUAM, Aix en Provence, p.99-100

²³²⁷ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.7

des traits d'union entre faits et valeurs. Catherine Pelluchon et les philosophes critiques à l'égard des courants utilitaristes et relativistes ont, par ailleurs, parfaitement démontré la nécessaire combinaison du jugement de fait et du jugement de valeur dans la détermination d'une décision éthique, même lorsqu'une telle combinaison est niée par l'auteur de la décision ou du raisonnement²³²⁸. La résolution d'un conflit de droits fondamentaux implique alors nécessairement un raisonnement dialectique puisqu'il suppose la combinaison d'approches contradictoires : la première, instrumentale et « *attentive aux moyens utilisés, mais agnostique à l'importance des fins poursuivies* », la seconde, axiologique et attentive aux objectifs poursuivis et « *à l'importance du droit auquel une restriction est apportée* »²³²⁹.

883. D'un point de vue philosophique et pour faire le lien avec la première partie de ce travail, on peut s'interroger sur le fait de savoir si la distinction entre balance axiologique et proportionnalité instrumentale, qui met en lumière une fracture épistémologique dans la manière d'appréhender les contradictions normatives internes du système des droits fondamentaux, découle ou non de la structure axiologique dialectique de ce système qui dénote une représentation ontologique dualiste de l'être humain. Cette distinction entre l'être et l'agir trouve sa traduction dans les sciences juridiques par la distinction traditionnelle entre l'entreprise de justification et le processus d'application des normes juridiques. À notre sens, la superposition progressive des jugements d'opportunité et de légalité découle précisément de la remise en cause profonde de cette conception dualiste de l'Homme par les découvertes scientifiques contemporaines, notamment en biologie²³³⁰. La mise à mal de ce dualisme ontologique conduit à reconsidérer la scission épistémologique entre ontologie et *praxis*, entre la théorie de l'être et la théorie de l'action. L'effacement de la frontière entre l'être et l'agir au profit d'une mise en relation dialectique entraîne des difficultés particulières pour le juge. Françoise Tulkens et Olivier de Schutter remarquent à ce titre que :

« A third difficulty, however, seems more problematic to overcome (...) this difficulty is in the obligation for the judge to circulate, uncomfortably, between purely "ad hoc balancing", seeking to define, in the specific

²³²⁸ PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée*, op. cit., pp.88-90 ; Sur l'impossibilité de produire ou d'appliquer le droit en l'absence d'un jugement moral préalable : voy. ég. l'analyse du débat entre Douglas et Lincoln sur la question de l'esclavage par Michael Sandel, SANDEL (M.), *Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, chapitre 28 pp.225-230 (spé. 228) et chapitre 30 pp.255-257 ; ANGLE (P.M.), *Created Equal ? The Complete Lincoln-Douglas Debate of 1858*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, cité par SANDEL in *Public Philosophy*, op. cit., p.227

²³²⁹ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.8

²³³⁰ Les avancées dans le domaine des neurosciences remettent en cause la spécificité de la chose pensante au regard du corps biologique. Tandis que la découverte de l'ADN a mis à jour l'univocité de la structure moléculaire du phénomène « Vie ».

circumstances of each case, which of the two rights in conflict should be recognized more weight in the balance, on the one hand ; and "definitional balancing" on the other hand, according to which the judge provides certain reasons for choosing one right over the other and, therefore, imports into his or her reasoning considerations not limited to the specific case at hand, but including anticipated future cases where same conflict might recur »²³³¹.

884. Enfin, l'argument selon lequel l'examen de la simple proportionnalité instrumentale serait suffisant pour résoudre un conflit de droits fondamentaux relève du paradoxe. Olivier de Schutter décrit parfaitement cette situation :

« L'insuffisance d'une conception de la proportionnalité qui se prétend purement instrumentale (...) est plus manifeste encore lorsque la restriction querellée vise, de façon médiate (hypothèse de la mesure adoptée par l'autorité publique pour la protection des droits et libertés d'autrui) ou immédiate (hypothèse de la contestation qui oppose deux particuliers ayant chacun des droits à faire valoir, alors que ces droits entrent en conflit), à permettre l'exercice par un autre d'un droit reconnu : prétendre en pareille hypothèse que le juge devant qui le conflit est porté n'aurait pas à se prononcer sur l'identité des intérêts en opposition et sur leur poids respectif, revient alors à présupposer que les droits qui s'opposent à ceux du demandeur en justice sont pourvus d'un contenu identifiable d'avance, c'est-à-dire d'une liste finie de leurs modalités d'exercice possibles »²³³².

Une telle conception qui nie implicitement l'évolution du contexte réel²³³³ dans lequel les sujets de droit se situent est d'autant plus paradoxale à l'égard d'un système juridique qui consacre non seulement l'existence d'obligations négatives, mais encore celle d'obligations positives.

²³³¹ DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p.196

²³³² *Id.*

²³³³ En effet, les modalités d'exercice d'un droit sont largement dépendantes d'éléments totalement extrajuridiques comme l'évolution de la technologie et des pratiques sociales

B. Approche délibérative de la balance des intérêts et représentation des intérêts : le tournant procédural vers une démocratie judiciaire

886. La notion de procéduralisation²³³⁴ ou d'alternative procédurale²³³⁵ fait référence à une certaine « *approche* »²³³⁶ des conflits de droits fondamentaux plutôt qu'à une méthode de résolution spécifique. Jurgen Habermas ancre cette approche à partir d'une critique politique de la doctrine de Dworkin : « *les requêtes idéales qui incombent à la théorie du droit doivent s'ancrer dans l'idéal politique d'une "société ouverte d'interprètes de la Constitution" plutôt que dans l'idéal de personnalité d'un juge qui se distingue par sa vertu et son accès privilégié à la vérité* »²³³⁷. L'objectif de cette approche est de remédier à la part d'insécurité qui résulte de l'implication de la subjectivité du juge dans la détermination de la relation entre les droits fondamentaux en concurrence. Habermas précise à ce titre que « *l'approche monologique* », celle qui consiste à valoriser le rôle décisionnel du juge²³³⁸, « *est d'autant moins soutenable si l'on estime (...) qu'il est indispensable de disposer de paradigmes juridiques qui permettent de réduire la complexité* »²³³⁹. En effet, la précompréhension paradigmatique du droit en général ne peut limiter l'indétermination du processus de décision étayé par la théorie et garantir à un niveau suffisant la sécurité juridique que si elle est intersubjectivement partagée par tous les sociétaires juridiques et qu'elle exprime une compréhension de soi qui concourt à constituer l'identité de la communauté politique »²³⁴⁰.

887. Cette approche procède en fait en deux étapes qui tendent à favoriser une démarche délibérative²³⁴¹ de la résolution des conflits de droits fondamentaux par

²³³⁴ DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.196 et s.

²³³⁵ TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », op. cit, pp.25 et s.

²³³⁶ Id.

²³³⁷ HABERMAS (J.), *Droit et Démocratie : Entre faits et normes*, Gallimard, Paris 1997, p.245-246

²³³⁸ Habermas appuie sa critique de Dworkin sur celle de F. Michelman qui considère : « *Ce qui fait défaut, c'est le dialogue. Hercule (...) est un solitaire. Il est beaucoup trop héroïque. Ses constructions narratives sont des monologues. Il ne converse avec personne (...) ne va au-devant d'aucune altérité. Aucun interlocuteur ne viole l'inévitable insularité de son expérience et de son horizon (...) Dworkin a produit une apothéose en matière de jugement judiciaire sans faire attention à ce qui semble être la caractéristique institutionnelle la plus universelle et la plus frappante d'une juridiction d'appel, sa pluralité* ». In MICHELMAN (F.I.), « Political Truth and the Rule of Law », *Tel Aviv University Studies in Law Review*, vol.8, 1998, p.283

²³³⁹ Le paradigme de la rationalité du législateur a longtemps rempli cette fonction de réduction de la complexité en écartant la conflictualité des normes par une présomption. cf. *Infra* Titre 3, chapitre 2, section 2

²³⁴⁰ HABERMAS (J.), *Droit et Démocratie : entre Faits et Normes*, op. cit., p.246. On retrouve le lien entre une conception normative de l'homme et l'économie générale des rapports de pouvoir qu'elle produit.

²³⁴¹ Habermas précise qu'une « *conception procéduraliste du droit (...) mise sur une concurrence réglée par la discussion entre divers paradigmes. Le juge, pris comme individu, doit en principe concevoir son*

l'amélioration de la représentation des personnes intéressées et leur participation à la construction du dispositif décisionnel. Ainsi, Olivier de Schutter et Françoise Tulkens insistent sur une nécessité : " *to draw all the procedural consequences from this mode of decision making under uncertainty: organizing a confrontation of all relevant viewpoints, opening up the judicial forum to comparative law, is all the more important where the judge is asked to decide in the absence of well-established legal standards, such as in situation of conflict of rights* »²³⁴². Enfin, cette alternative vise à faire face aux problématiques liées à la pluralité des objets du litige notamment en termes de représentation des intérêts en jeu. Elle tend à reconnaître un rôle de représentation aux groupements d'intérêts collectifs. On peut s'interroger sur le fait de savoir si par cette quête d'un « *juste rapport à l'incertitude* »²³⁴³ la Cour s'inscrit dans la construction d'une éthique d'un véritable pouvoir judiciaire et non d'une simple autorité.

1. La procéduralisation : une approche délibérative de la résolution des conflits de droits fondamentaux

888. Dans un premier temps, cette approche consiste, pour la Cour, à vérifier si l'État a « *exploré toutes les voies permettant de surmonter le conflit avant de plaider qu'il est placé face à ce dilemme* »²³⁴⁴. À cette fin, l'examen comparatif des techniques employées dans d'autres ordres juridiques pour concilier les droits en conflit dans un certain contexte peut être utile pour « *identifier les solutions qui pourraient minimiser les conflits* »²³⁴⁵. La partie requérante devant la Cour européenne pourra, en outre, s'appuyer sur des exemples tirés d'autres ordres juridiques pour étayer son argumentaire²³⁴⁶. Bien que la Cour puisse utiliser certains des éléments tirés de cet examen comparatif, elle n'y est cependant pas tenue. Cette discussion entre les parties et le juge concerne les moyens disponibles pour concilier les droits fondamentaux.

889. Dans un second temps, cette approche consiste à favoriser une conception délibérative de la régulation des conflits entre droits fondamentaux, en particulier de la

interprétation constructive comme une entreprise commune, accomplie par communication publique des citoyens », in *Id.*

²³⁴² DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.197-198

²³⁴³ MALHERBE (J.F.), *L'incertitude en éthique, perspective clinique*, Montréal, Édition Fides, 1996, p.11-13 (58p.)

²³⁴⁴ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.1095 et s. L'auteur précise que la Cour pourra aussi « éventuellement (...) reconnaître sa responsabilité [celle de l'État] dans la création du contexte qui crée le conflit ».

²³⁴⁵ *Id.* Voy. not. Cour EDH, arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, §131 ; Cour EDH, arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, du 23 avril 1987, §56-57

²³⁴⁶ Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume Uni*, op. cit.

balance des intérêts. En effet, une telle conception de la balance des intérêts repose sur le constat selon lequel les intérêts en jeu au sein du litige sont susceptibles de se transformer par leur confrontation²³⁴⁷. Cette dernière est alors conçue comme une procédure au sein de laquelle les participants, par l'endossement de rôles spécifiques sous le contrôle du juge, sont susceptibles « d'apprendre » et de modifier la conception de leurs intérêts et du conflit qui les oppose²³⁴⁸. Cette transformation ne s'opère pas seulement « *par l'épreuve de la discussion qui se tient devant le juge "mais également" lorsque le représentant de tel intérêt individuel se mue en porte-parole d'un intérêt collectif, qui ne se laisse pas réduire à une somme d'intérêts identiques au sien propre* »²³⁴⁹. Cette transformation s'opère en référence aux deux premiers objets du litige, le droit subjectif du requérant et l'obligation que fait peser le droit objectif sur le défenseur. En outre, elle induit des problèmes de représentativité des intérêts en jeu²³⁵⁰. Cette conception délibérative de la balance des intérêts permet également de prendre acte « *de ce que les personnes qui assurent la représentation de ces intérêts peuvent être amenées à la découverte qu'il est dans leur intérêt commun d'œuvrer à la révision du cadre à l'intérieur duquel se tient leur discussion, celui qu'imposent les normes juridiques en vigueur* »²³⁵¹. La transformation du cadre juridique au sein duquel intervient le conflit correspond alors au troisième objet du litige : la formulation d'un précédent judiciaire²³⁵². Ouvrir les voies procédurales assurant

²³⁴⁷ Olivier de Schutter précise à ce propos que « *l'obstacle perspective que rencontre la méthode de pondération des intérêts réside dans la circonstance que les différentes parties au litige, spécialement lorsqu'elles diffèrent entre elles par la taille (...) entretiennent des représentations différentes de l'enjeu du litige. Elles effectuent un "cadrage" différent de ce qui constitue cet enjeu. Elles se situent différemment, par rapport aux différents objets que le litige comprend. Or, réfléchir de façon explicite cette différence de perspectives constitue déjà une façon de surmonter le conflit de "cadre" qui en est la traduction. L'introduction d'une telle réflexivité oblige l'acteur de moindre taille à justifier sa position en tenant compte de la situation de l'ensemble des acteurs de même taille qui, par rapport à l'adversaire, se trouvent dans un rapport de droit identique ; inversement elle oblige l'acteur de grande taille à s'interroger sur ce qui, dans la situation individuelle qui est celle de son adversaire, peut constituer le caractère problématique du traitement auquel il est soumis. Le litige qui oppose des adversaires qui entretiennent des représentations différentes de ce qui constitue son enjeu véritable, ainsi, se présente comme un conflit de perspectives, qui contraint ces parties soit à identifier en commun l'objet de leur contestation, soit à prendre acte de ce que la séparation des objets peut avoir d'irréductible* ». DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.1097 et s.

²³⁴⁸ Il s'agit d'une conception Luhmanienne de la procédure et de sa fonction en tant que système social. cf. *Supra* Titre 3, Chapitre 6, Section 2.

²³⁴⁹ SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.23-24

²³⁵⁰ *Id.* L'auteur estime que : « *La question de la représentativité surgit dès lors que tel demandeur, même si l'objet de sa demande est formulé explicitement par rapport à son droit subjectif propre, exige simultanément le respect, par son adversaire, des obligations que lui impose le droit objectif, alors que ces obligations sont dues également envers d'autres personnes, situées de façon semblable par rapport à l'adversaire. Le demandeur en justice devient, par son action, le porte-parole de la masse de ces personnes* ».

²³⁵¹ *Id.*

²³⁵² L'auteur précise : « *l'autre voie est en effet d'opérer une transformation du contexte qui contribue à créer le conflit, et spécialement d'assurer que le litige dans le cadre duquel les intérêts s'opposent fournisse l'occasion de la formulation d'une nouvelle norme juridique, qui évitera la répétition du conflit à l'avenir, ou bien du moins réduira les risques qu'il surgisse à nouveau* ». *Id.*, p.17

une mise en œuvre délibérative de la balance des intérêts et une représentation effective de l'ensemble des intérêts concernés par la formulation d'un précédent à propos d'un conflit de droits fondamentaux apparaît également comme une réponse à l'incommensurabilité des droits. Olivier de Schutter considère notamment que « *l'incommensurabilité tient moins (...) à l'impossibilité de stipuler une norme qu'à l'impossibilité de trouver une norme à partir de la simple opération de pesée des intérêts* »²³⁵³. Dès lors, « *substituer une entreprise de construction de la norme à une entreprise de découverte ou de mise à jour – c'est-à-dire inciter le débat judiciaire à se réappropriier explicitement le troisième des objets qu'il comprend –, signifie qu'à la recherche illusoire de ce qui constitue un critère commun d'évaluation d'intérêts relevant de mondes différents, l'on va préférer la définition du régime qui en assure la coexistence* »²³⁵⁴.

2. La représentation des intérêts devant le juge européen des droits de l'homme : La fonction des groupements d'intérêts collectifs

890. La représentation de l'ensemble des intérêts en jeu ne peut se réduire aux seules parties au litige. Les groupements d'intérêts collectifs, groupements d'individus ou organisations non-gouvernementales, peuvent assurer la représentation d'intérêts plus vastes que ceux des parties. Olivier de Schutter considère à ce titre que « *l'action du demandeur en justice individuel ne fait pas nécessairement émerger l'intérêt collectif du groupe dont, par l'introduction de son action, il devient le représentant* ». Dès lors, celui-ci s'interroge : « *peut-être faut-il admettre que le groupement, dont la représentativité est à certains égards mieux attestée, puisse introduire l'action comme l'individu pourrait le faire lui-même* »²³⁵⁵. L'article 34 de la Convention dispose que « *la Cour peut être saisie d'une requête par (...) toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la convention ou ses Protocoles* ». Toutefois, si les groupements d'intérêts collectifs se voient reconnaître un intérêt à agir sur le fondement des droits fondamentaux, celui-ci est limité par les conditions de recevabilité. En effet, l'article 35 de la Convention dispose que « *la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle (...) lorsqu'elle estime que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige*

²³⁵³ *Id.*, p.1098

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.23-25 ; L'auteur estime que « *l'intervention du groupement au procès, ou la présentation par le groupement d'observation d'amicus curiae s'inscrivent dans cette même exigence de représentation* ».

un examen au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ». Par exemple, une association n'est pas recevable à introduire une requête alléguant la violation d'un droit fondamental si celle-ci « *ne subit pas directement les effets de la législation attaquée* »²³⁵⁶, c'est-à-dire si elle n'est pas directement victime de cette violation. Ainsi une association ne peut introduire une requête en raison de la violation subie par ses membres que dans des hypothèses exceptionnelles.

891. La Commission, puis la Cour, ont semblé retenir deux conditions alternatives permettant d'évaluer la recevabilité de telles requêtes : « *la représentativité par l'association de ses membres* » et « *la subsidiarité de la requête de l'association par rapport à celle de ses membres* »²³⁵⁷. La représentativité de l'association « *suppose que les intérêts de ses membres sont les siens propres, qu'ils convergent dans la recherche de la garantie du droit revendiquée* »²³⁵⁸. La condition de subsidiarité de la requête de l'association se rapporte à l'hypothèse où les membres de l'association « *sont dans l'impossibilité d'agir ou d'agir efficacement* »²³⁵⁹, compte tenu notamment du coût de la procédure devant la Cour par rapport à l'importance de l'intérêt individuel concerné. En dehors de ces hypothèses spécifiques, les groupements d'intérêts collectifs sont susceptibles d'intervenir devant la Cour selon d'autres modalités.

892. On peut distinguer trois alternatives à la requête d'intérêt collectif en fonction du degré d'autonomie dont l'association dispose, par rapport à la requête individuelle et en fonction de la formalisation plus ou moins importante dont elles font l'objet²³⁶⁰. En premier lieu, les groupements d'intérêt collectif peuvent soutenir ou encourager certaines requêtes individuelles tant financièrement que par la mise à dispositions de leurs conseillers. Cette modalité est favorisée lorsque le groupement a un intérêt à la formulation d'un précédent judiciaire, soit à propos de questions juridiques nouvelles soit dans le but de démontrer le bien-fondé de certaines argumentations. Dans cette hypothèse, « *le rôle de l'association ou de son conseil ne se distingue pas alors de celui de tout autre représentant*

²³⁵⁶ Com. EDH, *Affaire D. Norris et National Gay Federation c. Irlande*, requête n° 10581/83, RPDB (1990). D.R., 44, p. 132. Dans cette affaire, la requête introduite par une association de défense des droits des homosexuels alléguant d'une violation du droit au respect de la vie privée et familiale fût déclarée irrecevable compte tenu du fait que l'association ne pouvait être considérée elle-même comme victime d'une mesure étatique criminalisant certaines activités homosexuelles.

²³⁵⁷ DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL* n° 7, 1996, pp.374 et s.

²³⁵⁸ *Id.* L'auteur précise que « *tel sera le cas lorsque le droit dont la violation est dénoncée est collectif par nature, de manière telle qu'il ne peut être exercé utilement par ses membres qu'au sein de l'association, laquelle peut, dès lors, se substituer à eux pour en réclamer le bénéfice* ».

²³⁵⁹ *Id.*, p.375

²³⁶⁰ *Id.*, p.376

du requérant individuel qu'elle a choisi de soutenir »²³⁶¹. En second lieu, le groupement d'intérêt collectif pourra fournir à la partie requérante, à l'État défendeur ou à la Cour, des informations « *peu disponibles ou difficiles à vérifier afin (...) de convaincre la Commission et la Cour de la réalité de certaines situations pertinentes dans le cadre de la requête* »²³⁶². Lorsqu'il fournit une telle expertise, le groupement d'intérêt ou l'association ne visera pas la formulation d'un précédent, mais tendra simplement à faire valoir la qualité de son expertise et la crédibilité des informations qu'elle produit. Dans ce contexte, l'intérêt de l'association est de participer aux mesures d'instruction et fournir à la Cour, aux parties ou aux personnes autorisées à présenter des observations, les « *éléments de preuve qu'elle estime aptes à éclairer sur les faits de la cause* »²³⁶³. Enfin, la dernière alternative est la procédure de tierce intervention, prévue par l'article 36-2 de la Convention qui dispose que « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences* »²³⁶⁴. Par exemple, dans l'affaire *Pretty contre Royaume-Uni*²³⁶⁵, deux associations prirent part à l'audience : la Voluntary Euthanasia Society et la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles.

893. Olivier de Schutter rappelle que l'autorisation d'intervenir à l'audience est « *une faveur* », et non « *un droit de la partie qui la sollicite* », « *accordée seulement aux personnes dont l'apport est considéré comme pouvant être utile à une bonne résolution de l'affaire* »²³⁶⁶. Le groupement d'intérêt, intervenant dans ce cadre, dispose d'une certaine autonomie par rapport à la requête individuelle et n'est pas lié par l'autorité de la chose jugée que revêt l'arrêt de la Cour²³⁶⁷. Le rôle des groupements d'intérêt dans le procès se révèle « *ambigüe* ». En effet, ceux-ci « *apparaissent tantôt comme ayant un intérêt à la solution du litige (condition à laquelle se trouve généralement associée la recevabilité de*

²³⁶¹ *Id.*, p.376

²³⁶² *Id.*, p.377

²³⁶³ L'article A1 de l'Annexe 1 du Règlement de la Cour relatif aux mesures d'instruction permet à la celle-ci, aux parties et à toutes les personnes autorisées à présenter des informations, de recourir à l'expertise d'organisations non gouvernementales sur le fondement de l'article 39§2 dudit Règlement. L'article dispose : « *la chambre peut, soit à la demande d'une partie, soit d'office, adopter toute mesure d'instruction qu'elle estime apte à l'éclairer sur les faits de la cause. Elle peut notamment prier les parties de produire des preuves écrites et décider d'entendre en qualité de témoin ou d'expert, ou à un autre titre, toute personne dont les dépositions, dires, ou déclarations lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche* ».

²³⁶⁴ L'article 44-2 a) du Règlement de la Cour précise en outre que l'intervention à l'audience d'une tierce personne privée intéressée n'est autorisée par le président de la Cour que « *dans des circonstances exceptionnelles* ».

²³⁶⁵ Cour EDH, *Pretty c. R.U.*, *op. cit.*, §25 à 31.

²³⁶⁶ DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p.378

²³⁶⁷ *Id.* ; voy. ég., *Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme et Rapport explicatif*, Doc. H(94)5, 1994, Conseil de l'Europe, Strasbourg, §§90-91 du Rapport explicatif.

leur intervention), tantôt comme n'ayant d'autre intérêt que celui, paradoxalement désintéressé, de contribuer au développement harmonieux de la jurisprudence et à la qualité de la décision de justice »²³⁶⁸. L'ensemble de ces considérations et les diverses fonctions attribuées aux groupements d'intérêt collectif suscitent dans la doctrine des interrogations relatives « à la nécessité de réviser la structure du procès au départ d'une compréhension réaliste de ce qui s'y joue »²³⁶⁹. À ce titre, l'introduction d'une procédure d'action collective ou d'un recours d'intérêt collectif est susceptible de permettre une représentation adéquate des intérêts en présence lorsqu'un conflit de droits fondamentaux survient devant la cour²³⁷⁰. Elle permettrait également, pour le requérant individuel, de ne pas voir le traitement de sa situation dépendre de considérations et d'affrontements politiques qui dépassent très largement ses intérêts propres. L'introduction d'une procédure d'action collective permettrait en effet « tantôt (...) la substitution processuelle du groupement aux personnes dont les droits ou intérêts sont en cause, tantôt encore d'autoriser l'exercice par le groupement d'une action qui tend au respect du droit objectif, l'action d'intérêt collectif se présentant alors comme une forme d'action publique déléguée »²³⁷¹.

894. L'action collective est largement reconnue dans de nombreux systèmes juridiques, en particulier aux États-Unis d'Amérique, en Australie, au Royaume-Uni, au Portugal et en Suède. La majorité de la doctrine adopte la définition suivante :

« A class action is a legal procedure which enables the claims (or part of the claims) of a number of persons against the same defendant to be

²³⁶⁸ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.24 et s.

²³⁶⁹ Id. Olivier de Schutter considère que : « Le second problème qui réunit pluralité des objets du litige et représentation se pose si l'on rompt avec l'idée que leurs intérêts étant prédéfinis, les personnes concernées par les effets de la décision de justice verraient leur point de vue adéquatement représenté dès lors qu'il en a été débattu, même en leur absence ; si au contraire l'on estime que les intérêts de ces personnes ne peuvent que se trouver progressivement définis au cours de la discussion à laquelle elles sont associées, l'on est amené à réfléchir la possibilité d'organiser la représentation des parties au procès afin de tenir compte de la pluralité des objets que comprend le litige ». ; Voy ég. DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », op. cit., p.197 et s. ; MAES (E.), « Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights », op. cit., pp.69-98

²³⁷⁰ Olivier de Schutter considère à ce titre que « l'institution de l'action collective présente en effet l'avantage de permettre de contrôler le caractère adéquat de la représentation qui a lieu en pareille hypothèse. Mais deux problèmes subsistent. Le premier (...) est celui de l'écart entre l'intérêt individuel — celui notamment du demandeur en justice — et l'intérêt collectif — celui des personnes qu'en raison de la pluralité des objets que le litige comprend, son action va affecter — , et de la difficulté qui en résulte de vérifier la fidélité de la représentation. L'action d'intérêt collectif constitue une façon de répondre. Le groupement titulaire de cette forme d'action en justice, a en effet normalement une représentativité à laquelle l'individu seul ne peut prétendre : l'objectivation du contentieux des droits doit dès lors logiquement conduire à favoriser l'accueil de cette forme d'action — même si on le verra, cette appréciation très générale ne saurait dispenser d'un examen contextualisé de la façon dont la question se pose chaque fois qu'une telle action est introduite ». In DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.23

²³⁷¹ Id.

*determined in the one suit. In a class action, one or more persons (representative plaintiff) may sue on his or her own behalf or on behalf of a number of other persons (the class) who have a claim to a remedy for the same or a similar alleged wrong to that alleged by the representative plaintiff, and who have claims that share questions of law or fact in common with those of the representative plaintiff (common issues). Only the representative plaintiff is a party to the action. The class members are not usually identified as individual parties but are merely described. The class members are bound by the outcome of the litigation on the common issues, whether favourable or adverse to the class, although they do not, for the most part, take any active part in that litigation »*²³⁷².

895. Dans le cadre de cette procédure, le requérant porteur de l'action collective a pu être décrit comme un « *private attorney general* »²³⁷³, soit comme une personne privée qui se voit déléguer une forme d'action publique. Néanmoins, la Cour Suprême Australienne a parfaitement démontré que le terme de *Class Action* regroupe sous un même vocable plusieurs mécanismes procéduraux. La Cour, dans l'arrêt *Carnie v. Esanda Finance Corporation* a en effet considéré que :

*« The term "class action" is used in various senses. Sometimes it is employed as a generic term to comprehend any procedure which allows the claims of many individuals against the same defendant to be brought or conducted by a single representative. At other times, when the "same interest" stipulation was thought to preclude the application of the representative action procedure to actions for damages on the ground that each individual's entitlement to damages would have to be independently assessed, the term 'class action' was employed to refer to an extension of the representative action to cover such actions »*²³⁷⁴.

896. L'introduction de l'action collective dans le système européen de protection des droits fondamentaux serait, de nature à favoriser une conception délibérative de la résolution des conflits de droits fondamentaux et une représentation adéquate des intérêts. Ce type de procédure permettrait notamment de répondre au problème central provoqué

²³⁷² MULHERON (R.P.), *The Class Action in Common Law Legal Systems : a comparative perspective*, Hart Publishing, 2004 (535p.), p.3 ; Voy é.g. CASHMAN (P.), *Class Action Law and Practice*, Federation Press, 2007, p.1 (737p.)

²³⁷³ HENSLER (D.R.), *Class Action Dilemmas : Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Publishing, Arlington, 2000, p.71 (625p.)

²³⁷⁴ Arrêt cité par Peter Clashman in CLASHMAN (P.), *Class Action Law and Practice*, op. cit., p.3

par la balance des intérêts, à savoir « *l'écart entre l'intérêt individuel – celui notamment du demandeur individuel en justice – et l'intérêt collectif – celui des personnes qu'en raison de la pluralité des objets que comprend le litige, son action va affecter – et de la difficulté qui en résulte de vérifier la fidélité de la représentation.* »²³⁷⁵

897. La représentation qu'assurent les groupements permet à la Cour de considérer « les perspectives différentes que l'on peut porter sur le litige en fonction de celui de ses objets du point de vue duquel on se place » et qui « confèrent leur pertinence – ou au contraire leur absence de pertinence – à tels faits, qui excèdent en tout cas les faits propres à la situation des parties »²³⁷⁶. Une telle représentation a pu être qualifiée « d'heuristique » ou « d'épistémologique »²³⁷⁷. Mais les groupements d'intérêts collectifs assurent également une représentation « politique »²³⁷⁸ au sens où ceux-ci prennent la parole « pour le compte de ceux dont le litige va affecter les intérêts »²³⁷⁹. Les débats judiciaires semblent alors s'étendre au-delà de l'intérêt des seules parties aux litiges et prendre l'allure d'un débat public proprement politique relatif aux conflits de valeurs sous-jacents aux conflits de droits et à la construction du droit applicable²³⁸⁰. C'est en ce sens que l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si cette transformation et cette politisation de la fonction des organes juridictionnels européens tendent vers la constitution d'une démocratie judiciaire²³⁸¹. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur un certain déplacement du centre de gravité du fonctionnement des sociétés démocratiques induit par l'émergence de

²³⁷⁵ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.23. L'auteur considère notamment que « *le groupement titulaire de cette forme d'action en justice, a en effet normalement une représentativité à laquelle l'individu ne peut prétendre : l'objectivation du contentieux des droits doit dès lors logiquement conduire à favoriser l'accueil de cette forme d'action – même si on le verra, cette appréciation très générale ne saurait dispenser d'un examen contextualisé de la façon dont la question se pose chaque fois qu'une telle action est introduite* ».

²³⁷⁶ Id.

²³⁷⁷ Id.

²³⁷⁸ Id.

²³⁷⁹ Id., p.25

²³⁸⁰ Marc Chevrier considère que : « *Dans ce contexte, on peut dire que le juge, sans venir concurrencer les élus dans le champ du gouvernement représentatif, agit comme un représentant de l'État qui répond aux demandes d'adéquation entre l'action de l'État et la protection des identités sociales véhiculées par les droits. Ainsi le juge, sans établir de lien de représentation entre lui et la population, est celui qui traduit dans l'ordre politique et constitutionnel les diverses exigences de représentativité que divers groupes de la société formulent dans le langage du droit* ». CHEVRIER (M.), « La démocratie représentative et la juridicisation du politique », Communication prononcée le 14 mai 2002 au colloque « La démocratie représentative en état de crise », de la Société québécoise de science politique lors du 70e congrès de l'ACFAS à Québec ; Voy. ég. PEDERZOLI (P.) et GUARNIERI (C.), « L'Italie, exemple de démocratie judiciaire ? », *Revue Internationale des Sciences Sociales* n° 152, 1997, pp.279-297

²³⁸¹ Id. L'auteur s'interroge : « *La montée en puissance du juge, comme arbitre obligé des controverses sociales et comme législateur suppléant, nous oblige à poser cette question : les tribunaux sont-ils devenus de nouveaux forums d'expression politique où se déploie la délibération démocratique et s'effectue un lien de représentation entre un agent de l'État – le juge – et les citoyens ?* »

conflits de droits fondamentaux et par la manière dont ils sont résolus²³⁸². En effet, le parlement et l'exécutif, qui ne peuvent prévoir l'ensemble des modalités d'exercice des droits ni les conflits pouvant en découler, laissent en suspens certains conflits de valeurs²³⁸³. Ces contradictions dans le règne des fins ressurgissent devant les juges sous la forme de litiges impliquant des conflits de droits fondamentaux et vis-à-vis desquels les juges doivent trouver des solutions. Pour traiter ces contradictions et ces questions politiques²³⁸⁴ sous-jacentes, les juges usent de méthodes qui traduisent un accroissement de leur pouvoir d'interprétation²³⁸⁵. Ces facteurs, qui laissent craindre le risque d'un « gouvernement des juges »²³⁸⁶ ou une substitution du législateur²³⁸⁷ par le juge, traduisent un rééquilibrage des relations et des rapports de puissance entre les trois pouvoirs

²³⁸² Pour une approche déconstructiviste des rapports entre Droit et Politique : Cf. ROSENFELD (M.), « Deconstruction and Legal Interpretation : Conflict, Indeterminacy and Temptations of the New Legal Formalism », *Cardozo L. Rev.*, vol. 11, 1989-1990, pp.1211-1270

²³⁸³ Nisla Rojas-Hutinel remarque à ce titre une résurgence de la suprématie de la règle constitutionnelle au regard des relations entre les ordres juridiques internes et internationaux. cf. ROJAS-HUTINEL (N.), « L'articulation des ordres juridiques en matière de protection des droits fondamentaux et la résurgence de la suprématie de la constitution », contribution au VIII^e Congrès de l'AFDC, Atelier n° 2 Droit constitutionnel et droit externe, p.3, contribution disponible en ligne sur le site : www.droitconstitutionnel.org

²³⁸⁴ La doctrine évoque des phénomènes de « *judiciarisation* » et de « *juridicisation du politique* » ; KALUSZYNSKI (M.), « La judiciarisation de la société et du politique », intervention au Colloque RIAD de l'Association internationale de l'Assurance de Protection Juridique, Paris, 21-22 septembre 2006 ; KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques : Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.) s.d., *La fonction politique de la justice*, 2007, Paris, pp.9-23 ; COMMAILLE (J.) et DUMOULIN (L.) et ROBERT (C.) s.d., *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000 ; ROUSSEL (V.), « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 2003-2004, n°29, pp.12-18

²³⁸⁵ Aujourd'hui comme à la fin de l'Ancien régime, la judiciarisation des questions politiques traduit à la fois une demande de pouvoir de la part des juges et une demande de justice de la part du public. cf., ROYER J.-P. (1979), *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*. PUF, Paris. cité par KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques : Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.) s.d., *La fonction politique de la justice*, 2007, Paris, p.11 ; Voy ég. COMMAILLE (J.), « Justice et politique », *Droit et société*, n° 44-45, 2000, pp.9-12

²³⁸⁶ BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, 373p ; TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Id.* pp.20-62 ; PECH (L.), « Le remède au gouvernement des juges : le judiciaire self-restraint ? », in *Id.*, pp.63-113 ; KLEIN (C.), « L'apport du juge à l'émergence d'une Constitution : l'exemple israélien », in *Id.* pp.173-185, spé. p.185 ; SCOFFONI (G.), « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain », in *Id.* pp.187-210 ; FAVOREU (L.), BADINTER (R.), STARCK (C.), PUISOCHET (J.P.) et COSTA (J.P.), « Le gouvernement des juges vu par les juges », in *Id.*, pp.287-324 ; TIMSIT (G.), FRANÇOIS (B.), ROUSSEAU (D.), PIZZORUSSO (A.) et De BECHILLON (D.), « L'émergence d'un concept », *Id.* pp.325-369 ; BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », *Mélange Braibant*, 1996, p.23

²³⁸⁷ Kelsen envisage le dépassement politique de la fonction juridictionnelle des cours constitutionnelles. Ces dernières, lorsqu'elles interprètent la Constitution, opèrent plutôt comme un second législateur que comme une juridiction : « *Sans doute la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle annule une loi, légifère-t-elle. Mais, d'une part, il ne s'agit que d'une législation négative et, d'autre part, sa marge d'appréciation est faible. Surtout, et c'est là l'argument principal, lorsque la Cour légifère ainsi, elle n'exerce pas la fonction juridictionnelle, mais la fonction législative. C'est pourquoi elle n'est pas un juge qui gouverne, mais un deuxième législateur* », Cf. KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, pp.224-225

républicains²³⁸⁸. Ces trois pouvoirs demeurent institutionnellement séparés, néanmoins les relations qu'ils entretiennent se modifient²³⁸⁹.

898. Les juges se saisissent de l'opportunité de réguler les relations entre les normes substantielles, d'origine constitutionnelle ou internationale, qui fondent et garantissent les droits en question. Ils développent ainsi leur pouvoir en effectuant un renversement du rapport entre les règles procédurales qui déterminent le cadre de leur compétence et les règles substantielles qui consacrent les droits, dont le juge à la garde²³⁹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme atteste de ce déplacement du centre de gravité de la démocratie dans l'arrêt Chassagnou contre France. En effet, la Cour estime que :

« Si ces “droits et libertés” figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante

²³⁸⁸ Bernard Chantebout, dont les propos sont ici rapportés par Michel Troper et Otto Pfersmann sont éloquents à ce titre : « *L'interprétation de la Constitution, et surtout des dispositions de celle-ci relative aux libertés, ne peut être qu'une fonction politique. Aussi le juge participe-t-il à l'exercice du pouvoir (...). La décision est politique par essence : quand il s'agit de déterminer les principes fondamentaux qui régissent la société, de surmonter les contradictions qu'ils recèlent et de définir avec exactitude leur portée, sans doute les textes constitutionnels servent-ils de point d'appui au raisonnement, mais c'est la conscience du juge, c'est-à-dire la représentation qu'il se fait de l'organisation sociale idéale, qui détermine leur interprétation. Cela pose le problème de la compatibilité du contrôle de constitutionnalité avec la démocratie* ». cf., TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges » ?, in *Id.* pp.20-62

²³⁸⁹ Dans la perspective du système juridique des États-Unis d'Amérique : ROSENFELD (M.), « Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law : Reflection on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers », *Cardozo Law Review*, vol.15,1993-1994, pp.137-174 ; du même auteur, voy. pour une comparaison du « *constitutional review* » dans les systèmes juridiques des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne ROSENFELD (M.), « Comparing constitutional review by the European Court of Justice and U.S. Supreme Court », *Int'l. J. Const. L.*, 2006, vol.4, pp.618-650

²³⁹⁰ Olivier de Schutter y voit la conséquence d'un des usages de la méthode de la balance des intérêts : « *Le rôle de la balance des intérêts considérée sous l'angle de ce troisième usage, — on verra que la notion de proportionnalité n'en est pas absente — va consister à gérer la coexistence entre deux modèles d'adjudication des droits fondamentaux, complémentaires l'un de l'autre : le premier régime admet de subordonner l'étendue des droits garantis et la définition de leur contenu aux conditions dans lesquelles leurs titulaires peuvent en exiger le respect ; le second régime rompt avec cette subordination, et réclame plutôt du juge qu'afin d'assurer l'application effective des droits qui sont confiés à sa garde, il modifie les termes de sa compétence, et transforme s'il faut les conditions dans lesquelles il l'exerce. C'est parce que le régime de l'effectivité entraîne le juge dans une redéfinition de sa fonction qui est proprement sans limites que ce régime ne peut se passer tout à fait de l'héritage de ce qui le précède. Le recours à la pesée des intérêts constitue la façon de gérer cet héritage. Elle restitue une norme à un modèle d'adjudication des droits qui prétendait vouloir s'en passer. Là où l'instabilité menaçait, elle fournit un point fixe à la spirale qui, de l'exigence d'effectivité des droits conduit à transformer la fonction du juge, alors que cette transformation à son tour fait produire aux droits en cause des virtualités dont on ne pouvait les soupçonner détenteurs* ». cf. DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.25-26 ; FORTIER (V.), *Le juge Gardien des Valeurs?*, CNRS éditions, Paris, 2007, pp.71-136 (217p.)

recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique" »²³⁹¹.

899. La Cour qui opère le contrôle à la fois concret et abstrait de la manière dont les pouvoirs exécutifs et législatifs des États membres recherchent l'équilibre entre les droits fondamentaux et entre les valeurs qu'ils protègent, apparaît comme le premier garant et défenseur du fondement démocratique de la société. Le juge européen apparaît alors comme le seul détenteur d'une forme de vérité substantielle quant à la forme démocratique de la société. Néanmoins, le juge se trouve ainsi pris entre deux « *judicial attitudes* » parfois difficilement compatibles : « *one of which the judge seeks to identify the solution most adequate for the case at hand and equity of which the parties will recognize – this is the judge as arbitrator – another in which the judge is to clarify the requirements of the law, thus contributing for the future to legal certainty and to developing principles for the solution of future like cases ; the judge as law giver, or at least, as expositor of the law* »²³⁹². De plus, l'imprédictibilité et l'insécurité juridique qui apparaissent comme les conséquences des méthodes de résolutions employées par les juges européens dénotent le caractère non-linéaire de l'évolution du système européen de protection des droits fondamentaux.

§3. Le système juridique de la protection des droits fondamentaux en Europe : un système dynamique non-linéaire

900. L'ensemble des développements qui précèdent tente de décrire une certaine évolution du système juridique des droits fondamentaux, notamment en Europe. Toutefois, cette entreprise qui s'attache à comprendre le développement dynamique de ce système soulève des problèmes épistémologiques particuliers et complexes. L'analyse que nous avons menée nous conduit à conclure que le système européen de protection des droits fondamentaux pourrait être envisagé comme un système dynamique non linéaire.

²³⁹¹ Cour EDH, *Affaire Chassagnou c. France*, arrêt de la Grande Chambre du 29 avril 1999, *op. cit.*, §.113 ; Voy. ég. À propos de s restrictions nécessaires prévues par l'article 11 et l'incompatibilité de la charia avec la Démocratie : Cour EDH, *affaire Refah Partisi et autres c. Turquie*, arrêt du 13 février 2003, requête n° 41340/98, 41 342/98, 41 343/98 et 41 344/98, §.116-135 ; Cour EDH, *Affaire Leyla Sahin*, arrêt du 10 novembre 2005, *op. cit.*, §.108 et s.

²³⁹² DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p.196 ; Voy. ég. MCFADDEN (P.), « The Balancing Test », *Boston College Law Review* n° 29, 1988, p.585 et 642-651

A. La reconfiguration des relations entre les droits fondamentaux : une évolution source d'insécurité juridique

901. L'analyse menée sur les fondements du droit international de la bioéthique nous a permis de mettre en lumière la structure axiologique contradictoire propre au système juridique des droits de l'homme et à la conception normative de l'homme que ce système promeut. Compte tenu de cette structure, la multiplication des instruments normatifs relatifs à la protection des droits fondamentaux, leur développement tant quantitatif – puisque ceux-ci se diffusent à l'ensemble des activités et rapports sociaux – que qualitatif – eu égard à la diversification des modalités d'exercice concrètes des droits découlant du contexte technologique et politique – sont des facteurs de nature à induire l'accroissement et la diversification des relations s'instaurant entre ces droits. En d'autres termes, la maximisation et l'hétérogénéisation des éléments du système de protection des droits fondamentaux suscitent pour ses destinataires des prérogatives juridiques qui, selon les circonstances et en fonction des effets qu'elles produisent, peuvent s'avérer contradictoires.

902. L'émergence de ces contradictions normatives au sein du système des droits fondamentaux correspond à une reconfiguration des relations entre les droits. D'abord garantis dans les relations entre l'État et les personnes privées, les droits cohabitaient dans une certaine indifférence réciproque. Néanmoins, la reconnaissance de leur effet horizontal et la consécration des obligations positives à la charge des États ont façonné le cadre de leurs confrontations. Compte tenu des conditions du contrôle juridictionnel dont ils font l'objet, les conflits entre les droits fondamentaux s'envisagent d'abord du point de vue de leur effectivité. Dans cette perspective, le juge européen des droits de l'homme s'oriente, au gré des contingences liées au traitement du contentieux, vers la recherche d'un équilibre concret entre les droits fondamentaux. À ce titre, la fonction interprétative du juge européen permet la régulation des relations entre les normes de la Convention et entre les droits garantis. Les juges européens interprètent de manière extensive leur propre compétence afin de construire une voie méthodologique susceptible de résoudre ces dilemmes.

903. Cette construction met à jour le développement de la logique dialectique au sein du raisonnement judiciaire. En effet, l'approche retenue par la Cour, lorsque celle-ci est confrontée à une contradiction normative, repose sur la combinaison de méthodes complémentaires, mais elles-mêmes contradictoires : la mise en balance axiologique des intérêts et l'examen de la proportionnalité des moyens mis œuvre pour protéger ces intérêts. La balance des intérêts détermine un rapport de conflit de légitimité entre les

objectifs poursuivis par chacun des droits en conflit ou par un droit et la mesure étatique le restreignant ; tandis que la proportionnalité évalue le rapport instrumental entre les modalités d'exercice des droits en conflit ou entre les modalités d'exercice d'un droit et les moyens mis en œuvre dans l'application de la mesure étatique restreignant ce droit au bénéfice des droits d'autrui. Cette combinaison s'opère en outre selon une approche qui se concentre sur les effets concrets de l'application des normes juridiques en cause et le contexte dans lequel intervient le litige. À ce titre, le résultat auquel parvient le juge en application de ces deux méthodes est tempéré par la reconnaissance d'une marge d'appréciation au profit du destinataire de la norme de la part duquel le juge réclame une action. Cette volonté d'adapter la norme juridique aux situations qu'elle régit conduit à une contextualisation du raisonnement judiciaire qui maximise les critères employés par le juge pour produire et justifier sa décision. Toutefois, la multiplication des critères d'évaluation tend à réduire la capacité de prévoir la solution qu'il entend apporter. L'interprétation conforme de la Convention est difficile à établir *a priori* compte tenu de l'ensemble des éléments et facteurs à considérer et il devient difficile, pour les justiciables, de prévoir les conséquences juridiques des comportements qu'ils adoptent.

904. Ainsi la pratique interprétative des juges européens des droits de l'homme induit une relative insécurité juridique et une certaine imprévisibilité du comportement du système juridique de protection des droits fondamentaux. Il ne s'agit cependant pas de considérer que ce dernier, ou que les systèmes constitutionnels nationaux, sont devenus, sous l'action du juge, totalement chaotiques. Il s'agit plutôt de prendre la mesure de l'incertitude relative qui résulte de la combinaison dialectique des méthodes de résolution des conflits de droits et que le contentieux relatif aux questions bioéthique illustre parfaitement. En d'autres termes, l'emploi de ces méthodes ne rend pas totalement imprévisible la solution susceptible d'être retenue, mais accroît le nombre des alternatives décisionnelles juridiquement valides. Dès lors, pour un même litige concernant un conflit de droits, une multiplicité de solutions valides sera disponible : le système juridique pourra être considéré comme multistationnaire. Cette multistationnarité découle du pouvoir discrétionnaire que recouvre l'intervention du juge en matière de conflit de droits fondamentaux²³⁹³. En effet, le recours contextualisé au test de nécessité/proportionnalité et la balance des intérêts implique une forme de « *décisionnisme* » de la part du juge qui

²³⁹³ DUCOULOMBIER (P.), « Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights : An Overview », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op.cit., p238 et s. (217-248). L'auteur considère : « *Proportionality is hardly above criticism. The method is said to lead to legal uncertainty. Thence, case law loses on one hand what it gains on the other one : adaptability to circumstances as a pledge of justice ; unpredictability and even, for the Court »s harshest opponent, arbitrariness. Futhermore it could be asserted that balancing rights entails use of hierarchy, because the adjudicator has to weight rights, and thus rank them on a scale of value* ».

repose sur la « dissolution de la frontière qui devrait normalement séparer, en même temps que les pouvoirs, le jugement de légalité et le jugement d'opportunité »²³⁹⁴. En particulier, nous avons pu constater que le contentieux des conflits de droits comprend des litiges constitués d'une pluralité d'objets entre lesquels le juge évolue pour trouver une justification à sa décision. Olivier de Schutter souligne notamment « *qu'en fonction du contexte dans lequel telle action se situe, le centre de gravité du litige peut se déplacer, de son premier objet (le droit subjectif) à son second (l'obligation imposée en vertu du droit objectif), et enfin au troisième objet (le précédent judiciaire)* »²³⁹⁵. Or c'est précisément cette entreprise de justification qui emporte de lourdes conséquences puisque lorsque le juge « se situe dans tel genre de justification (...) il est conduit à une motivation et un dispositif différent de ceux auxquels, s'il avait fait un choix différent, il aurait pu aboutir »²³⁹⁶.

905. De plus, le recours à la technique de la marge d'appréciation, tant vis-à-vis des conflits strictement horizontaux — hypothèse devant le juge français du médecin confronté à un refus de soins pour des raisons religieuses — que des conflits découlant sur un contentieux trilatéral — hypothèse où l'État se voit reconnaître une marge d'appréciation dans la conciliation des droits fondamentaux — diminue la prévisibilité de la solution retenue et augmente la part d'appréciation discrétionnaire lors de l'intervention du juge. Cette diminution de la prévisibilité intervient dans la mesure où c'est le destinataire — le médecin/l'État — des normes juridiques contradictoires qui se voit reconnaître l'autorité pour opérer lui-même le choix de l'obligation de comportement prioritaire ou le choix de l'équilibre entre deux obligations contradictoires. En d'autres termes, c'est le destinataire de la norme qui se voit reconnaître la responsabilité de trancher le conflit de valeurs sous-jacent au conflit d'obligations. Il est alors difficile d'envisager une application uniforme du droit sur un territoire donné puisqu'elle dépendra de l'appréciation subjective de chaque médecin ou de chaque État²³⁹⁷. Le système juridique pourra alors être décrit comme « *multistationnaire* » dans la mesure où, pour une même situation juridique, il y aura au moins deux solutions légales possibles.

²³⁹⁴ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.10-11. L'auteur poursuit : « Il n'est plus guère prétendu que les droits fondamentaux, ou certains d'entre eux, devraient bénéficier d'une protection "absolue" ; il est affirmé en revanche qu'à défaut d'être absolue, du moins la protection qui leur est due devrait être objective, et ne pas reposer sur des critères qui paraissent à ce point vagues que devrait s'y engouffrer nécessairement le subjectivisme du juge ».

²³⁹⁵ *Id.* p.18

²³⁹⁶ *Id.*

²³⁹⁷ MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion des témoins de Jehovah », *RTDH*, n° 9, 2003, pp.99-104

906. Sécurité juridique et prévisibilité du fonctionnement d'un système juridique supposent que deux conditions soient cumulativement remplies. La sécurité juridique peut être analysée, selon une approche systémique, comme le fait que toutes les propositions du système considéré soient démontrables, en d'autres termes que l'ensemble de ses normes soit opératoire. La théorie des systèmes utilise le terme de complétude pour décrire cette propriété systémique. En outre, la prévisibilité du fonctionnement du système et la sécurité juridique au sein de celui-ci supposent l'absence de contradictions entre ces éléments, c'est-à-dire que l'application d'une norme ou d'un droit ne porte pas atteinte à l'application d'une ou plusieurs autres. À cet égard, la théorie des systèmes utilise le terme de cohérence systémique. Ainsi l'émergence d'une relative insécurité juridique et d'une relative imprévisibilité du fonctionnement des systèmes de protection des droits fondamentaux met en lumière une évolution qualitative décrite par le théorème de Gödel comme « *la tragédie des trois C* »²³⁹⁸ : « *quand un système dépasse un certain seuil de complexité, par sa structure dynamique et interactive, il ne peut être à la fois complet (au sens de prévisible) et cohérent (au sens de non contradictoire)* »²³⁹⁹. Ainsi, confronté à un conflit de droits fondamentaux le juge ne pourra que constater l'impossibilité de remplir cumulativement ces deux conditions. Le dilemme auquel le juge fait alors face peut se résumer à un choix : soit, il reconnaît qu'un droit est prioritaire sur l'autre afin d'éliminer la contradiction et retrouver ainsi la cohérence au prix de la non-application de l'une des propositions du système ; soit, il reconnaît l'applicabilité simultanée des deux droits, assurant ainsi la complétude du système, au prix du maintien de la contradiction entre leur substance respective et de l'incohérence systémique.

907. Toutefois, il ne s'agit pas de décrire l'insécurité juridique comme un dysfonctionnement ou une pathologie du système de protection des droits fondamentaux. Si la doctrine, et parfois la Cour, décrivent celle-ci en des termes péjoratifs, nous considérons au contraire que l'insécurité juridique et l'instabilité des systèmes de normes positives participent non seulement de l'évolution des systèmes juridiques, mais participent également du développement de la relation existant entre le concept de Droit et celui de Justice. En effet, comme le rappelle F. Ewald :

*« La théorie peut créer l'illusion du droit comme science déductive ; elle ne saurait masquer l'arbitraire constitutif de ses constructions »*²⁴⁰⁰. *Qu'une*

²³⁹⁸ CORNU (J.M.), « Une régulation complète et cohérente dans un monde complexe, la tragédie des 3 C », in MASSIT-FOLLEA (F.) s.d., *Gouvernance de l'internet, Vox internet*, rapport 2005, PSH 2006, p.119

²³⁹⁹ DELMAS-MARTY (M.), « Préface, la tragédie des trois C », in DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PEDROT (P.), *Droit et complexité, op. cit.*, p.8

²⁴⁰⁰ SABETE (W.), « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », in DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PEDROT (P.), *Droit et complexité, op. cit.*, pp.217 et s., spé. p.222 et s.

solution apparaisse déductible dans un cadre théorique n'empêche pas que le praticien soit aussi conduit à s'interroger sur la justice de la solution, c'est-à-dire sa "justesse" compte tenu des intérêts en présence, des circonstances, de ses effets sur la rationalité politique. La pratique juridique requiert donc un autre mode de réflexion qui lui assure une certaine intelligence politique d'elle-même »²⁴⁰¹.

908. Telle est, à notre sens, l'approche nouvelle que la Cour européenne des droits de l'homme construit à mesure que le contentieux des conflits de droits fondamentaux se développe sous son contrôle. Cette approche peut-être qualifiée d'éthique, eu égard aux transformations de la fonction judiciaire qu'elle implique de manière réflexive. En effet, chaque méthode tend en fait à clarifier une incertitude vis-à-vis de la validité des normes en présence. La mise en balance des intérêts se réfère à la validité axiologique du système de protection des droits fondamentaux. Le test de nécessité/proportionnalité vise à vérifier la validité procédurale des moyens spécifiques employés dans la poursuite de l'objectif établi par une norme substantielle. Enfin, la marge d'appréciation suppose l'adaptation de la norme au contexte dans lequel elle est appliquée et correspond à l'effectivité de celle-ci et à la validité empirique du système de protection des droits fondamentaux. Néanmoins, le prix de cette réflexivité du raisonnement judiciaire consiste en une certaine imprévisibilité de la solution. Ainsi, *« si tel litige a bien un certain centre de gravité, celui-ci ne peut être identifié qu'une fois atteint un équilibre réflexif entre l'identification préalable de la question litigieuse et la réponse qu'elle reçoit »*²⁴⁰². Dans un tel système, les interprétations et stratégies proposées par les parties devant le juge européen apparaissent comme plus ou moins probables. Chaque stratégie interprétative recélant un potentiel normatif qui est susceptible d'être révélé par la formulation d'un précédent par le juge²⁴⁰³.

²⁴⁰¹ EWALD (F.), *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986, p. 38 et s. ; voy. ég. COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Paris, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 12

²⁴⁰² DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.19-20 Lauteur poursuit : *« saisi d'une action qui invoque la violation de tel droit subjectif contesté, le juge peut estimer devoir affirmer l'existence du droit en cause, à travers le détour de l'affirmation d'une obligation corrélative ; incité ou non en cela par les parties, il peut également se sentir tenu de transformer le droit applicable au litige dont il est saisi, c'est-à-dire, afin de faire droit à la spécificité de la situation portée devant lui que la règle normalement applicable n'avait pas envisagée, modifier cette règle, ou bien la parer d'une exception »*.

²⁴⁰³ CARBONNIER (J.), *Flexible Droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1988, pp.20-21 ; CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », Rec. Dalloz, vol.3, Chronique XXVIII, pp.119-122

B. Les problèmes épistémologiques engendrés par cette évolution du système des droits fondamentaux

909. Néanmoins, l'émergence de ces contradictions et la réflexivité des méthodes mises en œuvre pour y faire face, comme l'imprédictibilité qui en résulte, soulèvent des problèmes épistémologiques d'une particulière complexité²⁴⁰⁴. La complexité des systèmes juridiques et la polysystème simultanée au sein d'un même ordre juridique ne sont pas des phénomènes historiquement nouveaux²⁴⁰⁵. Ceux-ci semblent toutefois redoubler d'intensité dans des sociétés occidentales aux prises avec un processus de mondialisation économique, juridique et politique et une forme d'accélération du temps social²⁴⁰⁶ et juridique²⁴⁰⁷. On peut considérer que ces phénomènes traduisent une crise dans le droit²⁴⁰⁸, une crise des objets juridiques²⁴⁰⁹ dont la construction et le développement apparaissent comme erratiques, désordonnés, problématiques. C'est l'hypothèse d'une complexité comprise comme un problème seulement ontologique. Nous préférons y voir une crise de la pensée juridique, c'est-à-dire une crise des représentations que la doctrine propose pour expliquer le fonctionnement des systèmes juridiques en vue d'assurer une certaine prévisibilité. Selon cette seconde perspective, la crise des représentations découlerait de l'incapacité des concepts, des outils et des méthodes de la théorie juridique contemporaine à décrire, expliquer et prévoir le développement de phénomènes complexes dans le droit. En d'autres termes, il s'agirait d'une crise épistémologique, ou, plus précisément, d'une crise de paradigme.

²⁴⁰⁴ Voy. not. DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement : Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse réalisée sous la direction de André Jean Arnaud, Université Paris X, Nanterre, soutenue le 28 septembre 2000, 458p., disponible en format numérique sur le site de la MSH Paris : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/diebolt/thesesd.pdf> ; DURRIEU (C.) et DIEBOLT (S.), « Logiques non standards et droit », article disponible sur le site du Réseau Européen Droit et Société : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/logique1.html>

²⁴⁰⁵ La complexité du droit est souvent considérée comme nouvelle. Pourtant, la polysystème simultanée était déjà présente au Moyen-Age, notamment à travers la coexistence du droit canon et d'une multitude de systèmes du droit seigneurial, ou encore dans les sociétés fortement empreintes de pluralisme, où plusieurs types de régulations juridiques coexistent dans un même système et voient leurs champs d'application se recouper. Dans la perspective d'Éric Millard, le droit serait passé d'une « complexité maîtrisée » à une « complexité autre ». MILLARD (E.), « Éléments pour une approche analytique de la complexité », in DOAT (M.) et LEGOFF (J.), et PEDROT (P.) s.d., *Droit et complexité*, op.cit., p. 142 (pp.141-153).

²⁴⁰⁶ ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, trad. Didier Renault, La Découverte, Paris, 2010, 474p.

²⁴⁰⁷ GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, 931p.

²⁴⁰⁸ VIANDIER (A.), « La crise de la technique législative », *Droits, Crises dans le droit*, vol.4, 1986, p.75 et s.

²⁴⁰⁹ CHEVALLIER (J.), « Lois expérimentales, le cas français », in MORAND (C.-A.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p.40-50

910. À ce titre, de nombreuses critiques se font jour à l'encontre d'une épistémologie trop strictement positiviste. Par exemple, Boaventura de Sousa-Santos condamne une « certaine complicité épistémologique, ainsi qu'une circulation de sens, entre la science et le droit moderne, par suite de la soumission de la rationalité morale pratique du droit et de l'éthique à la rationalité cognitive instrumentale de la science »²⁴¹⁰. Pour cet auteur, la connaissance juridique est devenue scientifique pour maximiser le caractère opérationnel du droit en tant qu'instrument non scientifique de contrôle social et de facilitation sociale. Il assimile dès lors le positivisme juridique à la forme la plus élaborée d'un « scientisme juridique »²⁴¹¹. Dans un sens similaire, Bernard Edelman condamne « la connaissance [exclusivement] technicienne »²⁴¹², dont la neutralité assure l'efficacité et la reproductibilité, mais où les processus évolutifs ne sont perçus que comme une succession d'états stables d'un système. Ainsi, une telle pensée se fonde sur une conception *linéaire* du réel qui autorise la prédictibilité des phénomènes. Or, cette approche disjonctive, statique, et linéaire, certes adaptée, utile et performante pour certains types d'observations, semble néanmoins non suffisante pour appréhender l'hétérogénéité, le mouvement ou l'instabilité constitutive des phénomènes dynamiques complexes au sein des systèmes juridiques contemporains²⁴¹³.

911. Au contraire, il nous semble que l'accroissement de la complexité²⁴¹⁴, qui se traduit notamment par l'émergence des conflits de droits fondamentaux et la construction des méthodes de résolutions mises en œuvre pour y faire face, invite à prendre acte de la nécessité de dépasser certains principes épistémologiques de la logique formelle et de l'épistémologie positiviste²⁴¹⁵. Les principes de neutralité, de non-contradiction et de tiers

²⁴¹⁰ SOUSA SANTOS (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique : Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, Paris, 2004, p.116, pp.115-139

²⁴¹¹ *Id.*

²⁴¹² EDELMAN (B.), *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, p. 11.

²⁴¹³ MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, pp.10-50 ; DE ROSNAY (J.), *Le macroscopie, vers une vision globale*, Seuil, 1975, not. p. 91 et s

²⁴¹⁴ LE MOIGNE (J.L.), « Systémique et complexité. Étude d'épistémologie systémique », *Revue internationale de systémique*, vol. 4, n° 2, 1990, p. 107 à 117 ; LE MOIGNE (J. L.), « Conception de la complexité et complexité de la conception », *Revue internationale de systémique*, vol.4 n° 2, 1990, pp.295-318 ; SIMON (H.-A.), « Sur la complexité des systèmes complexes », *in ibid*, p. 125 à 145 ; LE MOIGNE (J.L.), « Les épistémologies constructivistes en procès », *in* GAMEL (J.C.), *Entre systémique et complexité, chemin faisant...*, *Mélange en l'hommage à Jean-Louis Le Moigne*, 1999, PUF, Paris, pp.277 et s. ; Dans le même ouvrage voy. ég. VON GLASERSFELD (E.), « Le Moigne »s Defense of Constructivism », *in Ibid*, pp.85 et s ; GRIZE (J.-B.), « Systémique, discours et schématisation », *in Id*, p. 91 et s. Sur les relations entre systémique et droit cf. OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, les voies du droit, 1988, not. p. 9 et s. ; DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement, éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse, ARNAUD (A.-J.) s.d., Université Paris X, Nanterre, 2000, not. p.21 et s.

²⁴¹⁵ Vis-à-vis des sciences de la nature, la leçon épistémologique capitale des deux bouleversements opérés par la théorie de la relativité et celle des quanta se résume ainsi : « Est désormais intenable le dualisme classique du sujet et de l'objet. Dans ce dualisme, le sujet connaissant était conçu comme étranger aux déterminations spatio-temporelles comme aux interactions matérielles de l'objet connu. Vision cartésienne

exclu ne mériteraient-ils pas d'être relativisés au vu des types de raisonnement employés par le juge ?²⁴¹⁶ La reconnaissance explicite de contradictions entre les droits et l'utilisation de méthodes s'appuyant sur des types de rationalités contradictoires ne suffisent-elles pas à justifier le recours à une logique dialectique²⁴¹⁷ en complément de la logique formelle²⁴¹⁸, en vue du traitement spéculatif et projectif des phénomènes dynamiques dans le système européen de protection des droits fondamentaux ? La dialectique apparaît à la fois comme une méthode et comme une logique²⁴¹⁹, différentes de ce que peuvent être la logique formelle et la méthode analytique, mais tout aussi utile dans la mesure où elle tend à produire des savoirs disposant d'une connaissance réflexive d'eux-mêmes²⁴²⁰. Les types de connaissances produites selon les deux paradigmes sont complémentaires et non pas exclusives. Peut-être est-ce là la voie d'une *nouvelle alliance* qu'appellent de leurs vœux un certain nombre de philosophes des sciences²⁴²¹. En outre, il

*d'un entendement d'étoffe divine. Sa circonférence est quelque part, pourrait-on dire, mais son centre serait partout ; certes présent au monde, mais hors matière : il connaît son objet, mais sans y toucher. Mais la relativité a détruit le premier dogme, nulle information ne pouvant cheminer plus vite que la lumière la connaissance est irrémédiablement topique dans l'espace-temps. La physique quantique a détruit le second : toute mesure dépendant du choix quant à ses modes technico matériels d'obtention, la connaissance est un déterminant inévitable de ce qu'elle cherche à déterminer ». ATLAN (H.) et SÈVE (L.), *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.159*

²⁴¹⁶ DURRIEU (C.) et DIEBOLT (S.), « Logiques non standards et droit », article disponible sur le site du Réseau Européen Droit et Société : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/logique1.html> Ces auteurs considèrent que : « Ces logiques(non standard) forment un ensemble hétérogène, mais certaines d'entre elles sont susceptibles d'apporter du droit une représentation autorisant la résolution de certains problèmes de manière plus satisfaisante que la logique standard basée sur les syllogismes classiques ou la représentation formelle ». ; voy. ég., DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement*, op. cit., pp.5-88

²⁴¹⁷ LEFEVBRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, Éditions sociales, Paris, 1982, 291p, spé. pp.15-45

²⁴¹⁸ Sur les limites de l'approche formelle et analytique : voy. LEFEVBRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, op.cit., pp.25-35 ; LE MOIGNE (J. L.), « Conception de la complexité et complexité de la conception », *Revue internationale de systémique*, vol.4 n° 2, 1990, pp.295-318 ; SIMON (H.-A.), « Sur la complexité des systèmes complexes », in *ibid*, p. 125 à 145 ; LE MOIGNE (J.L.), « Les épistémologies constructivistes en procès », in GAMEL (J.C.) s.d., *Entre systémique et complexité, chemin faisant..., Mélange en l'hommage à Jean-Louis Le Moigne*, 1999, PUF, Paris, pp.277 et s. ; Dans le même ouvrage voy. Ég. Von GLASERSFELD (E.), « Le Moigne's Defense of Constructivism », in *ibid*, pp.85 et s ; MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, pp.17-24

²⁴¹⁹ *Id.* ; voy. ég. ATLAN (H.) et SÈVE (L.), *Sciences et dialectiques de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, sur la conception hégélienne : pp. 45-53 ; sur la perspective marxienne : pp.55-65 ; sur la perspective de Engels : 66-80. Lucien Sève considère notamment à propos de la dialectique : « *La définir comme une logique serait d'autant plus incongrue que cela reviendrait à lui assigner une place traditionnelle dans le champ même qu'elle subvertit. Mais pour la même raison, il n'est pas mieux fondé d'y dénoncer une "pseudologique". C'est-à-dire de la rapporter, négativement cette fois, à la classification qu'elle disqualifie. Et pas davantage on ne peut, méconnaissant son contenu catégoriel, la réduire à une pure méthode. S'il fallait alors dire dans un mot son rapport sui generis au logique et par là son statut, peut-être pourrait-on la nommer de manière inusitée une méthodo-logique* ». spé., pp.140 et s. ; SÈVE (L.), « De quelle culture logico-philosophique la pensée du non-linéaire a-t-elle besoin ? », in SÈVE (L.) s.d., *Émergence, complexité et dialectique : sur les systèmes dynamiques non-linéaires*, Odile Jacob, Paris, 2005, (297p.), pp. 74-105

²⁴²⁰ *Id.*

²⁴²¹ Ilya Prigogine précise son entreprise : « *Ce que nous avons cherché à construire est une voie étroite entre ces deux conceptions [“le hasard pur est tout autant une négation de la réalité et de notre exigence de comprendre le monde que le déterminisme”] qui mènent aussi bien à l'aliénation, celle du monde régi par*

nous semble que les problématiques épistémologiques soulevées par l'étude de ces phénomènes juridiques pourraient correspondre au passage, en théorie des systèmes, de la première cybernétique à la seconde génération de théorie systémique. En effet, dans la première cybernétique, théorie fortement influencée par le paradigme positiviste et la logique formelle, l'observateur est considéré comme distinct d'une réalité qu'il décrit par des assertions vérifiables. À l'inverse, dans la seconde cybernétique, observateur et observé forment ensemble un seul et même phénomène dont les descriptions deviennent de fait des constructions, non plus vraies ou fausses, mais plus ou moins adéquates. En ce sens, la théorie des systèmes dynamiques non-linéaires, théorie qui s'appuie sur la logique dialectique, recèle un potentiel explicatif dont la logique formelle, logique linéaire par excellence, ne dispose pas²⁴²².

C. L'évolution du système européen de protection des droits fondamentaux vers l'Effectivité : une dynamique non-linéaire

912. L'évolution du système des droits fondamentaux est orientée vers la recherche de l'effectivité des droits. Toutefois, la complexité matérielle et interactive du système des droits fondamentaux met à jour la relation consubstantielle entre effectivité et conflictualité. En effet, rendre les droits effectifs suppose, *a contrario*, de déterminer leurs limites externes respectives : en l'occurrence celles constituées par l'effectivité d'autres droits ou celles des droits d'autrui.

913. L'utilisation du concept indéterminé de « *restriction nécessaire dans une société démocratique* » permet d'appréhender le droit dont la violation est alléguée comme une unité dialectique comprenant un principe et sa négation, c'est-à-dire l'exception ou la limite externe qui correspond à une non-application du principe à une ou plusieurs situations d'espèce. À l'inverse du principe, général et abstrait, qui correspond à la substance *in abstracto* du droit examiné, l'exception ou « *la restriction nécessaire* » est constituée d'une norme procédurale qui vise des situations spécifiques. Le pôle négatif de l'unité dialectique est, de plus, légitimé par la référence à un autre droit ou au droit

des lois qui ne laissent aucune place à la nouveauté, et celle d'un monde absurde, acausal, où rien ne peut être ni prévu ni décrit en termes généraux ». PRIGOGINE (), *La fin des certitudes*, Odile Jacob, Paris, 1996, pp.9-16, et 217-224 ; Voy. ég. STENGERS (I.) et PRIGOGINE (I.), *La nouvelle alliance : métamorphose de la science*, Gallimard, Paris, 1986, 439p.

²⁴²² SÈVE (L.), *Émergence, complexité et dialectique*, *op. cit.*, p.16. Ce courant théorique entend montrer qu'à partir du moment où « *des interactions non-linéaires existent dans un système dynamique, son comportement acquiert des propriétés nouvelles, parfois étranges, souvent non-prédictibles, et généralement contre-intuitives et dérangeantes pour un entendement habitué à la linéarité. C'est ce type de propriétés que la logique usuelle ne permet plus de penser, et qui soulève donc des problèmes logico-philosophiques que nous avons posé à la logique dialectique* ».

d'autrui. L'utilisation de ce concept permet à la fois la communication entre droits et l'interopérabilité des droits au sein d'un même contexte d'application. Le concept d'effectivité ou de *Wirklichkeit*, développé par Hegel, intègre dans sa définition même cet aspect dialectique et conflictuel entre substance et procédure, entre essence et phénomène. L'effectivité, écrit-il, « est un positif saturé de négativité »²⁴²³. Dans cette perspective, un droit effectif pourrait être considéré comme un élément normatif dont la substance est déterminée toujours négativement en fonction des limites externes qui apparaissent *in concreto*²⁴²⁴. La négation ici est double puisque la substance du droit se trouve définie à la fois par référence à sa non-application, mais aussi parce qu'elle se trouve ainsi définie par une norme dont la nature est procédurale et qui renvoie à l'ordre des moyens et non pas à l'ordre des fins.

914. L'examen de l'effectivité par Hegel n'apparaît pas dans la doctrine de l'être, mais dans celle de l'essence²⁴²⁵. À ce titre, l'effectivité se distingue de la réalité²⁴²⁶, en ce sens que l'effectivité est le propre du devenir. « *Le réel, donc, c'est l'être-là dans son insurmontable contingence et sa factualité, mais aussi dans l'évidence trompeuse de sa présence : il est là. L'effectivité, au contraire, est "l'essence qui est une avec son phénomène", "l'unité devenue immédiate de l'essence et de l'existence, ou de l'intérieur et de l'extérieur" »*²⁴²⁷. Comprise sous cette forme, l'effectivité d'un droit fondamental peut être décrite comme l'unité de la substance du droit et de ses manifestations concrètes d'existence, de ses modalités d'exercice. En d'autres termes, l'effectivité se réfère à l'idée d'unité entre l'être des droits fondamentaux et leurs raisons d'être, entre leur positivité formelle et leurs réalisations concrètes ou contextualisées. L'auteur précise encore qu'« avec l'effectivité l'essence se recourbe pour ainsi dire sur elle-même ou se rejoint après s'être exposée au risque de l'extériorité »²⁴²⁸. Cette entreprise réflexive passe nécessairement par la confrontation de la substance du droit, non seulement avec les contenus et les modalités d'exercice ou de protection des autres droits (ou des droits

²⁴²³ KERVEGAN (F.), *L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, Vrin, Paris, 2007, pp.19

²⁴²⁴ La négation ici est double puisque la substance du droit se trouve définie à la fois par référence à sa non-application, mais aussi parce qu'il se trouve ainsi défini par une norme dont la nature est procédurale et qui renvoie à l'ordre des moyens et non pas à l'ordre des fins,

²⁴²⁵ François Kervégan relève ainsi que « cette situation indique que l'effectif, à la différence du simple *Dasein* réel, est d'emblée lesté d'une profondeur qui tient à ce que s'enchevêtrent en lui l'inessentialité et l'essentialité, la contingence et la nécessité, l'irrationalité et la rationalité : il y a, dans l'effectivité, une distance de soi à soi, une mobilité, une réflexivité active qui contrastent avec la coïncidence immédiate avec soi ou avec sa détermination qui est le propre de l'être là, du réel en son immédiateté ». Plus loin l'auteur précise : « d'un point de vue hégélien, il est donc patent que la réalité est toute autre chose que l'effectivité ; elles correspondent, si l'on peut dire à des niveaux différents d'intelligence de ce qui est ». KERVEGAN (F.), *L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, op. cit., pp.20-21

²⁴²⁶ *Id.*, pp.22 et s.

²⁴²⁷ *Id.*, pp.24-26

²⁴²⁸ *Id.*, pp.23-24

d'autrui), mais aussi avec les règles procédurales qui déterminent les conditions du contrôle juridictionnel dont les droits font l'objet, lequel assure leur sanction effective. Olivier de Schutter, qui se place sur le terrain de la manifestation des conflits de droits à l'occasion du contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme, ne dit pas autre chose lorsqu'il considère qu'« *avec les effectivités, l'on prend en effet conscience de ce que le contenu des droits dépend de la définition des compétences des juridictions devant lesquelles ils sont invoqués et de leur façon de les exercer. Nous avons défini l'effectivité comme le refus de cette dépendance* »²⁴²⁹.

915. La perspective théorique au sein de laquelle s'inscrit cette conception de l'effectivité des droits tend à dépasser les limites des théories juridiques traditionnelles²⁴³⁰. En effet, ces dernières « *fort peu soucieuses des conséquences pratiques des jugements normatifs, c'est-à-dire aux conditions d'effectuation du jugement* »²⁴³¹, sont déficientes, non seulement « *sur le plan de la théorie de la norme qu'elles présupposent* », mais également pour « *remédier à l'inadéquation de certains modes de régulations des sociétés pluralistes et complexes (...) et elles échouent lorsqu'il s'agit de trouver des voies plus efficaces pour assurer le lien social* »²⁴³². L'ontologie dualiste sur laquelle repose le programme positiviste et les conséquences épistémologiques qui en découlent, implique « *une théorie du jugement et (...) une théorie de la norme qui oublie que l'effectuation d'un jugement s'inscrit toujours dans une forme de vie qui conditionne l'usage de la règle* »²⁴³³. Au contraire, la piste théorique ouverte par l'étude de l'effectivité et, plus largement, par celle des conséquences du jugement d'application d'une norme sur la société et la réalité concrète constitue « *une théorie du jugement qui ancre solidement la question de la norme sociale dans une théorie de l'action* »²⁴³⁴. À ce titre, la « *pragmatique contextuelle* » développée par la cour ou l'hypothèse dite de « *procéduralisation contextualisée* » développée par la doctrine vise à dépasser les limites des conceptions

²⁴²⁹ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droit fondamentaux*, op. cit., p.1102

²⁴³⁰ Jacques Lenoble et Philippe Coppens considèrent que « *l'évolution de nos pratiques suscite des interrogations auxquelles le positivisme ne peut pas toujours répondre. Sans s'appesantir sur les raisons proprement épistémologiques de cette situation, signalons à tout le moins que se traduit ici la limite du double présupposé sur base duquel s'est constituée cette autonomisation positiviste de la théorie du droit après Hegel : la distinction réductrice de l'être (les faits donnés par la raison théorique) et du devoir être (les valeurs construites par la raison pratique), et la distinction corrélative de la justification et de l'application des normes* ».

²⁴³¹ LENOBLE (J.) et COPPENS (Ph.), « Les enjeux d'une question : Théorie du Droit et de l'État, Théorie de la norme et Procéduralisation contextuelle », in LENOBLE (J.) et COPPENS (Ph.) s.d., *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, Travaux des XVI^e Journées d'Études Juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.2 (pp.1-23)

²⁴³² *Id.*

²⁴³³ *Id.*

²⁴³⁴ *Id.* Les auteurs poursuivent : « *En conséquence, nous entendons intégrer à notre analyse de la justification et de l'application des normes certaines exigences qui relèvent des conditions d'effectuation de l'action* ».

positivistes en permettant notamment que « *l'usage des règles s'informe des formes de vie tout en ne cessant de contribuer à leur formation* »²⁴³⁵. En ce sens, la Cour et une partie de la doctrine développent une approche éthique du droit, conçue d'un point de vue spinoziste.

916. François Kervégan précise, à propos de la philosophie de Hegel que « *dans l'effectivité au sens logique du terme, immédiateté et médiation, extériorité et intériorité, négativité et positivité sont coprésentes et s'expriment chacune dans le registre de l'autre* ». N'est-ce pas là décrire le processus dialectique auquel donne lieu la combinaison de la balance des intérêts et de l'examen de la proportionnalité des moyens ? Le contenu des droits et les modalités d'exercice de ceux-ci sont définis les uns par rapport aux autres et compte tenu de l'ordre procédural qui affecte la compétence des organes juridictionnels qui en assure la protection et la régulation. Pour reprendre une expression hégélienne, « *l'effectivité est le point d'aboutissement des dialectiques de l'essence* »²⁴³⁶, l'effectivité des droits apparaît comme le point d'aboutissement des dialectiques entre les normes substantielles et procédurales qui en déterminent chacune l'essence et la phénoménalité. Cette perspective théorique « *insiste surtout sur le concept de réflexivité du jugement, signifiant que les formes de vie sont simultanément condition et effet de l'usage des règles* ». Certains auteurs insistent plus particulièrement sur le fait qu'« *à la place de la séparation nette des entreprises de justification et d'application du droit, on a affaire ici, à une rétroaction de celle-ci sur celle-là* »²⁴³⁷. En effet, Olivier de Schutter met en lumière cette conception réflexive du jugement et ses conséquences sur les rapports entre règles substantielles et procédurales : « *l'effectivité (...) s'empare de ce qui était donné comme une complémentarité entre normes primaires et secondaires sous la forme d'un conflit de normes. Le conflit oppose les normes qui définissent l'étendue des compétences juridictionnelles (normes procédurales) au sein de l'ordre juridique d'où le juge tire ses pouvoirs, aux normes matérielles, notamment celles garantissant les droits fondamentaux, qu'il a la charge d'appliquer en leur reconnaissant tel contenu qu'il croit pouvoir y lire* »²⁴³⁸. On peut s'interroger sur ce procédé. En effet, le juge n'utilise-t-il pas le contentieux des conflits de droits fondamentaux pour accroître son propre pouvoir ? En l'occurrence, l'interprétation des normes substantielles dont il a la garde ne le conduit-elle pas à s'affranchir, au moins partiellement, de certaines contraintes procédurales qui pèsent

²⁴³⁵ Id. p.4

²⁴³⁶ KERVEGAN (F.), *Le rationnel et l'effectif : Hegel et l'esprit objectif*, op. cit., p.24

²⁴³⁷ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p.17

²⁴³⁸ Olivier de Schutter poursuit l'analyse : « *Incité à élargir ses compétences afin de faire droit à l'exigence d'effectivité des droits fondamentaux, le juge pourra puiser dans un certain usage de la proportionnalité le critère qui lui permettra de justifier ce renversement du rapport entre les règles matérielles dont il a la garde et les règles procédurales définissant ses pouvoirs* ». In Id.

sur sa fonction²⁴³⁹ ? N'est-ce pas là tout le sens des critiques portées contre le dépassement politique de la fonction juridictionnelle des cours constitutionnelles²⁴⁴⁰ ? Les conséquences de ce renversement sur le fonctionnement du système de protection des droits fondamentaux sont considérables. Si l'accroissement des compétences des juges vise à favoriser l'effectivité des droits, celle-ci traduit également une évolution difficilement prévisible du système, une instabilité, ou une entropie, dont on ne peut déterminer par avance si elle sera durable ou passagère. Cette relative imprévisibilité invite l'observateur à prendre acte du caractère non-linéaire de l'évolution du système des droits fondamentaux vers l'effectivité.

917. La non-linéarité se conçoit en premier lieu comme le contraire de la linéarité. Alors que les propriétés fondamentales des systèmes linéaires sont l'additivité (le tout est égal à la somme des parties) et la proportionnalité des causes et des effets, les systèmes non-linéaires renvoient à l'idée de non-additivité²⁴⁴¹ et à la non-proportionnalité des causes et des effets²⁴⁴². À ce titre, on peut faire deux remarques. La première consiste à reconnaître que le système des droits fondamentaux est loin de s'épuiser dans la formulation de ces normes eu égard au rôle de la fonction interprétative de la Cour. On peut ainsi remarquer que le système des droits fondamentaux est plus vaste que la somme des normes qu'il contient. Le système des droits fondamentaux dépasse la somme des droits subjectifs dans la mesure où il constitue le fondement des sociétés démocratiques. En second lieu, on peut considérer qu'une certaine non-proportionnalité des causes et des effets affecte son fonctionnement. En effet, il ne s'agit pas ici du test de nécessité qui analyse la proportionnalité des moyens mis en œuvre en application d'une mesure étatique, mais de constater qu'en l'absence d'une critériologie ou d'une règle de référence pour trancher un conflit de droits fondamentaux, une variation infime dans le contexte de l'espèce est susceptible d'engendrer des effets considérables sur le choix de la régulation juridique pour y répondre. Il nous semble que l'expression du juge Martinez « *Minima mutatio facti mutat totum jus* »²⁴⁴³ prend justement acte de la non-proportionnalité des

²⁴³⁹ Voy. sur les dangers de la méthode de l'*ad hoc balancing*, MCFADDEN (P.), « The Balancing Test », *Boston College Law Review* n°29, 1988, pp.636-651 ; VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp.251 et s ; dans le contexte du droit à la liberté d'expression : LEMMENS (K.), *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde !*, Larcier, 2004, 608p, pp.123 et s.

²⁴⁴⁰ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, pp.224-225. TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges » ?, in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.20-62

²⁴⁴¹ Le tout est plus que la somme des parties

²⁴⁴² La non-proportionnalité des causes et des effets implique une forme de causalité circulaire et non plus linéaire

²⁴⁴³ *Opinion dissidente* de M. Martinez, partagée par M. Campinos, jointe au rapport rendu le 10 novembre 1987 dans l'affaire *Tre Traktörer AB c. La Suède*, req. n° 10873/84, Série A, n° 159, p.36

causes et des effets en ce sens qu'une variation infime du contexte factuel de l'espèce influencera, de manière déterminante, le choix de la solution juridique retenue par le juge.

918. Ce que le paradigme du non-linéaire permet d'expliquer, c'est le fait que certaines propriétés globales apparaissent dans un système sans que les propriétés intrinsèques des parties constituantes aient changé. Seules ont changé les interactions entre ces parties. Cette émergence peut être considérée à ce titre comme un saut qualitatif de l'état du système, résultant d'un ajout d'éléments ou de la reconfiguration des relations entre ceux-ci. Au surplus d'un développement quantitatif des droits, ne peut-on pas considérer que la recherche de l'effectivité des droits et l'émergence de conflits de droits qui en découle libèrent, d'une certaine manière, l'énergie du potentiel interprétatif, des décisions des juges européens des droits de l'homme ?

919. Le juge, confronté à ce phénomène étend sa propre compétence. Mais, en outre, le potentiel précédentiel des décisions renvoie également à la question de la multistationnarité du système européen de protection des droits fondamentaux. En effet, lorsque le juge apporte une solution au litige présenté devant lui, celui-ci choisit entre plusieurs solutions valides en fonction de la balance des intérêts qu'il opère. Compte tenu de l'autorité de la chose interprétée qui est attachée à la décision du juge, celle-ci détermine également une solution pour les conflits de droits qui pourrait survenir à l'avenir à propos d'espèces identiques. Le concept de bifurcation, employé dans la théorie des systèmes dynamiques non-linéaires, décrit le fonctionnement dynamique d'un système qui s'oriente vers un ensemble de solutions plutôt que vers un autre.

920. Le précédent judiciaire constitue une bifurcation dans le fonctionnement du système de protection des droits fondamentaux qui met fin à l'état de multistationnarité caractérise l'historicité de son évolution²⁴⁴⁴. Une fois le précédent établi, le système est historiquement déterminé. Ce concept de bifurcation est au fondement des idées d'autoorganisation et de cohérence spatio-temporelle²⁴⁴⁵. L'autorité de la chose interprétée peut alors être décrite comme un « effet mémoire » du système de protection des droits fondamentaux. Ainsi, « l'effet mémoire » suppose que « si la probabilité²⁴⁴⁶ qu'a un

²⁴⁴⁴ SÈVE (L.), « De quelle culture logico-philosophique la pensée du non-linéaire a-t-elle besoin ? », in SÈVE (L.) s.d., *Émergence, complexité et dialectique : sur les systèmes dynamiques non-linéaires*, Odile Jacob, Paris, 2005, (297p.), pp. 49-79 ; voy. ég. FERRARESE (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, op.cit., pp.23-28

²⁴⁴⁵ GUESPIN-MICHEL (J.) et RIPOLL (C.), « Systèmes dynamiques non-linéaires : une approche de la complexité et de l'émergence, in SÈVE (L.) s.d., *Émergence, complexité et dialectique : sur les systèmes dynamiques non-linéaires*, Odile Jacob, Paris, 2005, pp.30-37

²⁴⁴⁶ Le choix opéré par la méthode de la balance des intérêts ne peut être déterminé *a priori*, mais pourrait être décrit en termes probabilistes. Pour une analyse de l'étude des logiques probabilistes dans l'étude du droit : cf. DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, pp.18-20 ; DELMAS-

système de “choisir” entre deux états au niveau d’une bifurcation peut être la même dans les deux cas, une fois l’état choisi il est stable, et le système est donc historiquement déterminé et non réversible en dehors d’un nouveau changement du paramètre de contrôle »²⁴⁴⁷. La construction prétorienne d’une série de précédents pourrait alors se présenter comme une source de reformatisation et d’un retour cyclique à la linéarité du système des droits fondamentaux²⁴⁴⁸. Néanmoins, cette reformatisation progressive s’opère de manière dialectique, le juge se trouvant pris au sein de la tension qui lie les deux objectifs qu’il poursuit : la solution du litige concret et le développement de la jurisprudence. En effet, Olivier de Schutter rappelle qu’« un dilemme classique oppose le développement progressif par la jurisprudence de critères aboutissant à une reformatisation de la balance des intérêts que requièrent les hypothèses de conflits et, d’autre part, la définition par le juge, dans chaque espèce portée devant lui, de la solution qu’elle exige “toutes choses bien considérées” »²⁴⁴⁹. En effet, ce dilemme peut être explicité sous une forme dialectique : « tandis que la première branche [la branche instrumentale de la proportionnalité] aboutit à une critériologie d’autant plus complexe que les catégories qu’elle comprend sont étanches les une aux autres, la seconde branche [la balance des intérêts] paraît inconciliable avec les exigences élémentaires de la sécurité juridique »²⁴⁵⁰. L’hypothèse de la procéduralisation contextualisée qui offre une place importante aux groupements collectifs dans la représentation des intérêts en jeu dans le procès tend à dépasser ce dilemme en y substituant « l’identité des normes progressivement dégagées par voie jurisprudentielle comme objet autonome du débat que nouent les parties devant le juge »²⁴⁵¹.

MARTY (M.) *Le flou du droit*, PUF, Paris, 2004, pp.16-28 ; p.386 et s OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, 2002, Bruxelles, pp.307-380

²⁴⁴⁷ GUESPIN-MICHEL (J.) et RIPOLL (C.), « Systèmes dynamiques non-linéaires, une approche de la complexité et de l’émergence », in SÈVE (L.) et s.d., *Complexité, émergence et dialectique*, op. cit., p.26 et s.

²⁴⁴⁸ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp.17-18

²⁴⁴⁹ *Id.*

²⁴⁵⁰ *Id.*

²⁴⁵¹ *Id.*

CONCLUSION CHAPITRE 7 :

921. Les méthodes de résolution des contradictions internes du droit de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de droits fondamentaux, sont mises en œuvre par les juges au cours d'une procédure judiciaire de règlement des différends. Plusieurs facteurs favorisent l'émergence, l'explicitation et la reconnaissance de ces conflits de droits devant les instances juridictionnelles. D'une part, le caractère contradictoire de la procédure judiciaire suppose que toutes les parties intéressées aient été informées de l'ensemble des éléments du litige et aient pu être entendues par le juge. Il permet l'explicitation de l'ensemble des arguments relatifs à la conflictualité des prérogatives juridiques des parties au différend. D'autre part, la consécration des obligations positives à la charge des États et de l'effet horizontal des droits fondamentaux constitue une privatisation du système européen de protection des droits de l'homme qui implique nécessairement l'accroissement des recours fondés sur la violation d'une liberté individuelle et, par ricochet, l'inflation des manifestations de conflits entre les droits fondamentaux. Pourtant, certaines contraintes procédurales affectent la réception par les juges européens des conflits de droits fondamentaux. En effet, le contentieux soumis à la Cour est qualifié de « *trilatéral* » dans la mesure où le conflit entre des droits individuels ne sera conçu que par le truchement de la relation entre un individu et un État. Dans cette perspective, il semble préférable de se référer au concept d'« *effet diagonal* » des droits fondamentaux. Ces contraintes procédurales affectent les modalités de réception et de traitement de la problématique des conflits de droits par les juges strasbourgeois. Dans ces conditions, le droit du requérant sera placé au centre des débats. Celui du défenseur privé ou les « *droits d'autrui* » seront examinés exclusivement en tant que justification d'une mesure étatique contre laquelle est dirigé le recours. Ils pourront, dès lors, être totalement occultés par l'État ou être invoqués à titre simplement accessoire.

922. Le rôle du juge est double concernant le système européen de protection des droits de l'homme. D'une part, le juge participe à l'enrichir et le rendre effectif, et, d'autre part, il œuvre à sa structuration et au maintien de sa cohérence interne. À cette fin, le juge dispose de divers outils pour faire face à la complexité croissante du système des droits fondamentaux. Il peut par exemple tisser des relations de dialogues, formelles ou informelles, avec les juges d'autres systèmes juridiques, avec les parties et avec les représentants de divers intérêts appartenant à la société civile qui s'associent aux arguments de l'une des parties. Ces dialogues portent notamment sur les divers objets et questions

juridiques que le litige soulève et que le juge éclaire notamment par référence aux éléments pertinents du contexte au sein duquel il intervient. Outre la violation du droit subjectif que le requérant vise à faire sanctionner, le respect du droit objectif auquel l'une des parties peut être contrainte par le juge, les parties peuvent également orienter leur argumentation vers le respect d'un droit collectif ou celui des droits individuels des autres personnes qui peuvent être affectés par le jugement. Garant de la fonction de la procédure judiciaire, le juge orchestre la communication des parties, sélectionne les intérêts qu'il prend en compte et participe à reconstruire le litige selon une modalité métaéptique et « *un plan de construction* » qui lui est propre. Ainsi, le juge module sa conception de la conflictualité des droits tantôt en limitant sa perception du litige à une opposition binaire entre intérêt public et intérêt individuel, tantôt en considérant que le litige oppose également des intérêts individuels concurrents. Il peut également restreindre ou étendre son raisonnement dans le temps lorsqu'il s'interroge sur l'identification des intérêts pertinents. Il peut en effet choisir d'envisager, lors de la mise en balance, non seulement les intérêts actuels, mais aussi les intérêts virtuels ; il peut également choisir de considérer leur importance d'un point de vue immédiat ou d'un point de vue futur. Enfin, le juge peut contrôler strictement *in specie* le respect des droits garantis, mais peut également étendre son intervention au contrôle de conventionnalité de la mesure nationale notamment dans le contentieux des conflits de droits, lorsque la reconnaissance d'une obligation positive à la charge de l'État requiert de sa part une modification générale de la législation.

923. Dans cette perspective, la fonction du juge s'inscrit dans un phénomène plus large de « *déformalisation* » du droit et des raisonnements judiciaires qui vise à favoriser l'adaptation de la norme juridique à la situation qu'elle régit plutôt que de s'inscrire dans le cadre d'un raisonnement formel ou légaliste. La jurisprudence de la Cour semble marquée par une pratique ambiguë vis-à-vis de ces axes de reconstruction des litiges. Il nous semble que ces marges mouvantes, que la Cour se réserve entre contextualisation et contrôle abstrait permettent au juge de situer son raisonnement sur des plans différents de généralité et à travers les multiples registres du discours mis à disposition par les arguments soulevés par les parties. À ce titre, le procédé selon lequel le juge reconstruit le litige s'apparente à la figure de la métaéptique qui consiste pour l'auteur d'une fiction, à transgresser la limite entre deux univers narratologiques, l'univers de la fiction qu'il raconte ou niveau diégétique et l'univers depuis lequel l'auteur écrit ou niveau métadiégétique. De même, la fonction interprétative et régulatrice de la Cour s'étend, au-delà du simple litige concret, pour intégrer des questions politiques et sociétales et interroger, de manière réflexive, la fonction juridictionnelle. Compte tenu de la pluralité des objets du litige et des différents niveaux de généralité au sein desquels le juge situe son raisonnement, plusieurs niveaux

d'effectivité peuvent être attribués aux jugements relatifs aux conflits de droits fondamentaux. L'autorité de chose jugée, l'autorité de chose interprétée et l'autorité du précédent, combinées ensemble, forment la pleine effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et constituent un outil de mise en cohérence. Par répétition et convergence, la succession des précédents est en outre susceptible de construire une typologie des conflits de droits qui présenterait un intérêt tant didactique que pratique.

925. Pour faire face à l'apparition d'un contentieux fondé sur les conflits de droits, les juges strasbourgeois élaborent une grille d'analyse constituée par la combinaison de plusieurs méthodes de résolution. Celles-ci sont notamment mobilisées afin de définir le concept de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* ». Les trois principales méthodes que sont la balance des intérêts, l'examen de la proportionnalité des moyens et l'attribution d'une marge nationale d'appréciation sont systématiquement combinées afin de parvenir à une solution. D'autres méthodes sont susceptibles d'être employées, telles que le recours à un principe interprétatif matriciel ou l'approche des droits par la doctrine du noyau et de la périphérie. Ces différentes méthodes de résolution correspondent, chacune, à un certain registre argumentatif et permettent d'opérer de manière concomitante et dialectique la construction du dispositif de la décision et sa justification. La balance des intérêts conduit à mettre en relations des normes substantielles ou à comparer les aspects substantiels de certains droits et correspond à une mise en rapport d'un point de vue axiologique. Cette première méthode examine le rapport entre les valeurs et les intérêts légitimes qui sont au fondement de chacun des droits en conflit. L'examen de la proportionnalité des moyens analyse un rapport purement instrumental et conduit à comparer les modalités d'exercice d'un droit fondamental et les effets concrets de l'application des normes procédurales contenues dans la mesure nationale attaquée. Conséquence du principe de subsidiarité, la marge d'appréciation répond pour les autorités nationales, à la difficulté de concilier les droits fondamentaux. Cette conciliation constitue l'essence de la démocratie et justifie qu'une telle tâche soit menée par les autorités les mieux situées et les plus légitimes. La variation de la marge nationale d'appréciation permet de concilier la préservation de la souveraineté des Hautes parties contractantes et le respect de leurs engagements conventionnels. Lorsqu'elle est saisie d'un contentieux relatif à un conflit de droits dans le contexte de la bioéthique et des biotechnologies, la Cour prend en compte le contexte sociologique et politique de l'État concerné par la requête, puis recherche s'il existe un consensus entre les États membres à propos de la régulation de ce type de pratiques.

926. Qu'elles soient considérées individuellement ou à travers leur combinaison dialectique, les méthodes de résolution des conflits de droits fondamentaux font l'objet de nombreuses critiques. Ces dernières se concentrent sur l'imprévisibilité des interprétations élaborées par la Cour et sur l'accroissement de l'insécurité juridique qui résulte de l'utilisation et la combinaison de la mise en balance des intérêts, de l'examen de la proportionnalité et du recours à la marge nationale d'appréciation. Ces méthodes prétoriennes font en effet l'objet d'une pratique ambiguë qui dénote le rôle joué par la subjectivité du juge et le caractère discrétionnaire de la reconstruction du litige qu'il opère. Le caractère dialectique de leur combinaison engendre au sein du raisonnement judiciaire une causalité circulaire entre justification et application du droit qui favorise la réflexivité du jugement, mais engendre également une forme d'insécurité juridique. Pour y remédier et permettre une meilleure prise en compte de la pluralité des objets du litige, la doctrine et, dans une certaine mesure les juges européens ont développé l'hypothèse d'une « *procéduralisation contextuelle* » de l'interprétation et des processus décisionnels au sein de la procédure judiciaire, en particulier grâce à l'opportunité que présentait la résolution des conflits de droits fondamentaux. L'objectif de cette approche, inspirée des thèses de Luhmann, consiste à contrebalancer l'intervention de la subjectivité du juge dans la prise de décision en développant une conception délibérative du jugement qui favorise l'intersubjectivité entre les parties. Elle vise ainsi à favoriser un débat portant sur l'ensemble des objets du litige et qui justifie que l'ensemble des intérêts susceptibles d'être affectés puisse être représenté. Cette hypothèse suppose ainsi un élargissement du cercle des parties impliquées dans la résolution du litige et une extension du champ d'application du principe du contradictoire à l'ensemble des intérêts concernés par la décision. En pratique, la Cour européenne des droits de l'homme a assoupli les conditions d'intervention des tiers intéressés et accueille favorablement les groupements d'intérêt intervenant au soutien d'une partie. Toutefois, le tournant procédural n'écarte pas le risque d'imprévisibilité. Au contraire, il intègre l'incertitude de la décision comme une composante essentielle du débat judiciaire et traite les contradictions selon une démarche dialectique et non exclusivement formelle. Ainsi, c'est l'élargissement du cercle des participants à la procédure judiciaire de résolution des conflits de droits fondamentaux qui, selon cette conception, renforce la légitimité et l'effectivité de la décision produite et non sa prévisibilité.

927. La volonté d'adapter la norme juridique aux situations qu'elle régit conduit le juge à maximiser les critères d'appréciation qu'il emploie et réduit proportionnellement la capacité de prévoir sa décision. L'emploi des méthodes de résolution des conflits de droits n'emporte pas un fonctionnement chaotique du système des droits fondamentaux, mais

implique une imprévisibilité relative des décisions de justice par l'accroissement des alternatives décisionnelles disponibles et juridiquement valides. Effectivité et conflictualité apparaissent comme consubstantielles et sont directement liées à la nature des processus évolutifs agissant au sein des systèmes juridiques. Il ne s'agit d'ailleurs pas de décrire cette relative instabilité comme un dysfonctionnement du système européen de protection des droits fondamentaux, mais plutôt de constater que la conflictualité et l'entropie au sein du système participent à son évolution et rendent possible la relation réflexive entre Droit et Justice. Dans un tel système, où la Cour vise des équilibres ponctuels et élabore un juste rapport à l'incertitude, les interprétations et stratégies proposées par les parties n'apparaissent plus comme correctes ou incorrectes, mais comme plus ou moins probables. Le constat de ces transformations invite l'observateur à prendre acte de l'importance de la dialectique dans le traitement juridictionnel des contradictions normatives et permet de concevoir le système européen de protection des droits de l'homme comme un système dynamique non-linéaire. Il conduit également à nuancer la pertinence de certains principes épistémologiques ayant guidé la théorie juridique contemporaine, en particulier les principes issus de la logique formelle, c'est-à-dire le principe de neutralité, celui de non-contradiction et celui du tiers exclu.

CHAPITRE 8 : LES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE RÉSOLUTION DES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

928. Le détour opéré par la notion d'effectivité des droits et l'analyse des conséquences concrètes qu'elle implique sur l'application des normes devraient permettre de mieux éclairer la problématique des conflits de normes en droit international public. En effet, les contradictions externes du droit international de la bioéthique constituent des conflits de normes juridiques internationales ou des conflits de régimes juridiques spécialisés qui ne peuvent être réduits aux seules incompatibilités irréconciliables entre normes ou ensembles de normes. Il ne s'agit pas de conflits logiques entre les énoncés normatifs, mais de conflits d'effectivité. Qu'il s'agisse des relations entre les normes issues du système normatif des droits de l'homme et celles issues du système juridique de l'OMC ou de celles relatives à la protection des investissements internationaux, ces relations ne sont quasiment jamais marquées du sceau de l'incompatibilité radicale.

929. La définition classique des conflits de normes s'appuie sur l'analyse des relations logiques entre les énoncés normatifs, mais ne prête pas attention aux conséquences concrètes de l'application d'une norme issue d'un système sur l'application concrète d'une autre norme issue d'un système juridique différent. Pour intégrer cette nuance, nous avons fait référence à deux notions. D'une part, celle de contradiction antagonique qui décrit un conflit normatif tel que défini par les conceptions classiques, et, d'autre part, celle de contradiction non-antagonique, qui souligne les hypothèses dans lesquelles les conditions d'application d'une norme et les effets qui lui sont attribués altèrent, limitent ou dévaluent, les conditions d'effectuation d'une autre norme et l'empêche de produire l'ensemble des effets qui sont attendus d'elle. Les conflits de normes ne se limitent pas aux situations dans lesquelles deux normes sont impossibles à satisfaire simultanément d'un point de vue logique, mais également aux situations où l'application d'une norme emporte des effets négatifs sur l'application d'une autre norme.

Les méthodes conventionnelles de résolution des contradictions normatives, consacrées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, se fondent sur une conception classique et réductrice des conflits normatifs. Pensées et élaborées dans le but de résoudre des conflits de normes absolument antagoniques, ces méthodes ne sont d'aucun secours aux divers juges et arbitres internationaux pour résoudre les contradictions

découlant non pas d'incompatibilités logiques, mais de conflits d'effectivités entre certaines normes. À l'inadaptation des méthodes de résolution répond la multiplication des instances juridictionnelles susceptibles de recevoir et de résoudre un conflit de normes juridiques internationales. Plusieurs organisations interétatiques jouissent d'une structure institutionnelle suffisamment développée pour opérer la résolution des conflits de normes. Outre la Cour Internationale de Justice, qui, première concernée, ne s'en trouve pas moins rarement saisie, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, les tribunaux arbitraux officiants sous l'égide du CIRDI, la CJUE ou les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme sont compétents pour résoudre certains conflits de normes juridiques internationales.

930. Toutefois, les systèmes juridiques spécialisés desquels relèvent les normes dont les effets sont susceptibles de se contredire ne sont pas identiquement situés par rapport à ces conflits. Leur perception du conflit et leur pouvoir d'action à propos de celui-ci dépendent du degré d'autonomie et de puissance dont ces systèmes disposent vis-à-vis de leurs États membres. En effet, certains systèmes juridiques spécialisés disposent d'organes de règlement des différends dotés d'un pouvoir d'interprétation et d'une capacité à rendre leurs jugements effectifs. De tels systèmes, que nous avons qualifiés de Self-Enforced Regime (SER) ou Régimes auto-exécutoires bénéficient d'un privilège par rapport à ceux qui ne disposent pas de structures institutionnelles puissantes. Les SER sont ainsi susceptibles d'agir sur les conflits de normes par le biais de leur organe de règlement des différends. Ces organes juridictionnels sont responsables de l'interprétation et de l'application des normes de leur système de référence. À ce titre, ils sont situés idéalement pour connaître des éventuels conflits de normes que pourrait faire surgir devant eux un État, voire une personne privée, à l'occasion d'un litige. L'organe juridictionnel d'un SER dispose de plusieurs prérogatives vis-à-vis du conflit de normes : il pourra, d'une part, le recevoir et en façonner la perception en fonction des méthodes d'interprétation qu'il emploiera, le déclarer réel ou faux, le consacrer ou en nier l'existence. D'autre part, il pourra le résoudre d'une manière ou d'une autre en fonction des normes qu'il déclarera pertinentes pour soutenir son interprétation, ou au contraire qu'il écartera, des méthodes d'interprétation qu'il emploiera, de l'ordre procédural qui fixe sa compétence et la manière dont il s'en accommode ou, éventuellement, s'en émancipe. À l'inverse, les systèmes qui ne sont pas dotés d'organes capables d'interpréter et d'appliquer leur droit ne disposeront pas de telles prérogatives dans la construction des rapports entre les normes du droit international contemporain.

931. Néanmoins, par delà les diverses manières dont se saisissent de la problématique des conflits de normes les organes juridictionnels des SER, leurs pratiques

de la résolution paraissent converger vers l'utilisation d'une méthode qui semble commune. Qu'il s'agisse du tribunal du CIRDI, de l'ORD, de la CEDH ou de la CJCE, ces instances juridictionnelles recourent au même vocable de « *proportionnalité* » pour qualifier leur méthode de résolution des conflits de normes juridiques qui consiste en une « *pragmatique contextuelle* »²⁴⁵² reposant sur une « *méthodo-logique* » dialectique. Le développement de cette méthode commune est perçu par certains auteurs comme la marque d'un processus de constitutionnalisation du droit international. Pourtant, par delà l'identité du vocabulaire employé, l'étude des pratiques des différents organes juridictionnels des SER vis-à-vis de la proportionnalité rend compte d'un certain nombre de différences et de variations dans l'utilisation de la proportionnalité. L'une des différences principales réside dans le caractère silencieux ou explicite de la combinaison de la proportionnalité instrumentale avec la mise en balance axiologique des intérêts.

932. L'importation de la méthode de la proportionnalité, issue du contentieux des conflits de droits fondamentaux, dans la pratique des différents SER laisse entrevoir le rôle d'interface que le système juridique des droits fondamentaux est susceptible de remplir entre les différents systèmes spécialisés du droit international. En effet, tant par la qualité axiologique de son contenu que par sa fonction intégrative, le système des droits de l'homme est au cœur de ces processus de constitutionnalisation du droit international dans le cadre d'un système institutionnel absolument décentralisé. Toutefois, si l'apparition d'une méthode commune peut faciliter la communication interinstitutionnelle entre les différents systèmes juridiques du droit international, les variations dont l'emploi de cette méthode peut faire l'objet risquent de conduire, au fil du développement des diverses jurisprudences des organes juridictionnels des SER, à l'apparition de critériologies contradictoires entre les différentes instances de résolution des litiges. Une telle perspective laisse entrevoir, non pas une prévention des conflits de systèmes, mais leur transformation ou leur explicitation sous la forme de conflits de juridictions et d'interprétations.

²⁴⁵² LENOBLE (J.) et COPPENS (P.), *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, Bruylant, Bruxelles, 438p. ; voy. not dans cet ouvrage : COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), « Les enjeux d'une question : Théorie du droit et de l'État, Théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », pp.1-24 ; MICHELMAN (F.), « Le juge et la décision politique. Approche procédurale ou substantielle du politique », pp.49-81 ; LENOBLE (J.), « Procéduralisation contextuelle du droit », pp.97-124 ; MAESSCHALK (M.), « Provenance et fondements de la pragmatique contextuelle », pp.125-154

Section 1 : Des méthodes d'interprétation classiques et des règles de conflits de normes inadaptées pour une multiplicité de juridictions

933. Les méthodes de résolution des conflits de normes utilisées par les instances internationales de règlement des litiges internationaux découlent de la coutume et de la jurisprudence. Une partie de ces méthodes ont donné lieu à une codification sous l'égide de la CDI. Les conclusions des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sur le droit des traités ont permis de rassembler, dans un même instrument normatif, les principales règles de conflits de normes. Inspirées du droit romain et des principes d'interprétation en vigueur dans les ordres juridiques internes, ces méthodes sont destinées à fournir aux instances qui appliquent les normes du droit international des solutions techniques et non équivoques en cas de contradictions entre les dispositions de deux traités. Les diverses instances de règlement des différends entre États, ou entre un État et une personne de droit privé, sont susceptibles de recourir à ces règles de conflits. Toutefois, ces méthodes s'appuient sur une conception linéaire de l'évolution du droit international public et visent à résoudre les contradictions antagoniques entre les normes juridiques internationales. Fondées sur des critères objectifs, ces méthodes ne sont pas adaptées à la résolution des contradictions non-antagoniques du droit international. Ainsi, elles sont inadaptées pour résoudre les contradictions internes et externes du droit international de la bioéthique. Elles se révèlent, en outre, impuissantes vis-à-vis de la résolution des conflits de systèmes.

934. Par ailleurs, la résolution des conflits de normes internationales peut être effectuée par une pluralité d'instances qui sont compétentes pour régler les différends internationaux. Ces conflits surviennent en effet tant devant les instances de règlement des différends interétatiques, que devant les instances compétentes pour régler les différends entre un État et une personne privée. Il ne sera pas ici question de dresser la liste exhaustive des instances susceptibles d'intervenir dans la résolution des conflits de normes internationales. Nous constaterons simplement que certaines instances disposent d'une compétence générale vis-à-vis de la résolution des conflits de normes internationales, tandis que d'autres disposent d'une compétence spéciale en ce domaine. La Cour Internationale de Justice, qui dispose d'une compétence générale, est, paradoxalement, rarement saisie de litiges où la question juridique soulevée par les parties repose sur un conflit de normes. Inversement, les organes de règlement des différends de certains régimes spécialisés du droit international public disposent d'une compétence spéciale et attirent la quasi-totalité du contentieux relatif à cette question. Ces instances dotées d'une compétence spéciale en matière de résolution des conflits de normes n'utilisent pas

uniquement les méthodes classiques de résolution des conflits. Les compétences de ces instances de règlement des différends sont, de plus, susceptibles de se chevaucher. Le choix, par les parties à un litige, du forum au sein duquel interviendra le règlement de leur différend se révèle déterminant au regard du traitement du conflit de normes qu'il peut receler. Toutefois, cette multiplicité des instances de résolutions laisse planer le doute au regard de la cohérence de l'ordre juridique international que ces dernières façonnent en commun.

§1. L'inadaptation des règles de conflits classiques issues de la Convention de Vienne sur le droit des traités

935. Les règles de conflit de normes sont conçues pour servir de normes de référence à l'interprète pour médiatiser un conflit entre deux normes irréconciliables. Ces règles sont principalement issues du droit coutumier et de la jurisprudence. Cependant, la CDI a codifié un certain nombre d'entre elles. Christopher Borgen remarque que « *the Vienna Convention on the Law of Treaties is the "treaty on treaties", "setting forth canons of treaty interpretation, general rules governing how treaties operate, and means of avoiding or resolving potential disputes"* »²⁴⁵³. Ces règles de conflit et ces principes d'interprétation sont élaborés en des termes généraux et abstraits et se fondent sur des critères objectifs qui rendent impossible, à eux seuls, toute forme de pragmatique contextuelle. Ces règles sont conçues suivant une conception linéaire de l'évolution du droit international et sont inadaptées pour résoudre tant les contradictions non-antagoniques que les conflits de systèmes juridiques spécialisés du droit international.

A. Des méthodes générales et abstraites

936. La principale méthode de résolution des conflits de normes internationales réside dans la formulation de règles de conflits. Ces règles sont rédigées en des termes généraux et abstraits. Elles visent les conflits entre n'importe quel traité international. Ces règles sont d'origine coutumière et certaines d'entre elles ont été codifiées. D'autres ont pu être appliquées par la Cour de justice internationale ou directement par les États. Certaines jurisprudences de cours nationales témoignent également de leur utilisation par les États²⁴⁵⁴.

²⁴⁵³ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, p.576

²⁴⁵⁴ En France, voy. not. la chronique de la jurisprudence in *AFDI*, vol.XX, 1974, p.979 ; voy. ég. TGI, *Office des mineurs de Ravensburg c. Eyler*, 13 février 1969, *AFDI* vol.XVI, 1970, p.891 ; Pour une analyse exhaustive des jurisprudences nationales mettant en oeuvre des règles coutumières ou conventionnelles de

1. Les règles coutumières et conventionnelles de résolution des conflits de normes

937. Seyed-Ali Sadat Akhavi propose une classification, en cinq catégories, des méthodes conventionnelles de résolution des conflits de normes en fonction des effets qui résultent de leur application :

"A refers to an earlier treaty and B to a subsequent one : 1. B terminates A (article 59) 2. B invalidates A (Article 64) ; A invalidates B (Article 53), 3. B amends A (article 40), 4. B modifies A (article 41), 5. B prevails over A or A prevails over B (article 30). In the first two cases, one treaty affects the "existence" of the other one. In other words, after the application of the relevant rules of the Vienna Convention, only one treaty remains in force ; the other ceases to exist. In the three remaining cases, the operation of the rules of the Vienna Convention does not affect the existence of any of the treaties involved ; both remain in force »²⁴⁵⁵.

Les règles de conflits de normes sont également susceptibles d'être classées en fonction, non pas de leurs effets, mais de la nature et de la structure du conflit qu'elles entendent résoudre. Ainsi, certaines règles de conflit visent à résoudre les conflits verticaux entre des normes de qualités différentes, tandis que d'autres règles de conflit visent à résoudre les conflits horizontaux entre des normes de même qualité et issues de sources formelles ayant des valeurs identiques.

a. Les règles de résolutions des conflits verticaux de normes

938. La convention de Vienne distingue l'hypothèse d'un conflit entre un traité et une norme de *jus cogens* de celle d'un conflit entre deux traités ne contenant pas de norme de *jus cogens*. L'article 53 de la Convention concerne la première hypothèse que l'on peut qualifier de conflit vertical de normes. En effet, cet article prévoit qu'« *est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général* »²⁴⁵⁶. La norme impérative n'est pas dotée d'une priorité d'application, mais entraîne la nullité intégrale du traité qui entre en contradiction avec elle. Toutefois, la seconde phrase de l'article 53, qui définit les termes « *normes*

résolution des conflits de normes : SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., pp.99-107

²⁴⁵⁵ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.47

²⁴⁵⁶ Article 53 de la *Convention de Vienne* de 1969 relatif au droit des traités.

impératives du droit international général », semble également admettre l'hypothèse d'un conflit entre deux normes de *jus cogens* : « *Aux fins de la présente convention, une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère* »²⁴⁵⁷. La formulation de l'article 53 admet que deux normes de *jus cogens* peuvent entrer en conflit et que la norme postérieure modifie la précédente. Toutefois, cette formulation laisse en suspens plusieurs questions. Une norme de *jus cogens* peut-elle être entièrement abrogée par une autre norme de même qualité ? La norme antérieure conserve-t-elle une existence latente ou cesse-t-elle d'exister ? Si la norme antérieure continue d'exister, comment admettre qu'elle demeure insusceptible de dérogation dès lors que la norme postérieure en constitue une ? Mais de plus, quelle procédure doit être employée pour consacrer une nouvelle norme impérative portant modification d'une norme impérative antérieure ? Si la norme impérative postérieure est insérée dans un traité international, comment ne pas réputer celui-ci nul au moment de sa conclusion, dès lors que portant modification d'une norme impérative, celui-ci se trouvera nécessairement dans un rapport d'incompatibilité avec cette dernière ?

939. L'article 64 de la Convention, relatif à la « *survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général* » n'apporte aucune clarification vis-à-vis de ces questions. Cet article est rédigé comme suit : « *Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin* »²⁴⁵⁸. Cet article consacre l'effet rétroactif de la norme de *jus cogens* sur l'ensemble des traités conclus avant sa survenance. La nullité attachée à la violation de la norme impérative par un engagement international, même antérieur, affecte l'ensemble de l'ordre juridique international.

b. Les règles de résolution des conflits horizontaux de normes

940. Les conflits horizontaux sont des conflits qui opposent des normes de même qualité et issues de sources formellement identiques. Les conflits entre deux traités internationaux ne comportant pas de norme de *jus cogens* correspondent à cette hypothèse. Les conflits entre deux normes de *jus cogens* se situeraient également dans cette hypothèse, toutefois il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'exemple empirique attestant l'existence de tels conflits de normes. À supposer que les droits fondamentaux se voient reconnaître le

²⁴⁵⁷ *Id.*

²⁴⁵⁸ Article 64 de la *Convention de Vienne* de 1969 relatif au droit des traités.

caractère de normes de *jus cogens* par une instance internationale, les conflits de droits fondamentaux consisteraient en des conflits de normes impératives du droit international. Nous verrons que si cette hypothèse n'est pas encore démontrable en l'état actuel du droit international public, elle n'est cependant pas à exclure, compte tenu du rôle d'interface entre régimes juridiques spécialisés que le système des droits fondamentaux est susceptible de jouer à l'avenir. Dès lors, c'est l'ensemble de la signification du concept de norme impérative qu'il faudrait réviser selon une approche dialectique.

Les règles consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités

941. Les articles 59, 41, 40 et 30 de la Convention de Vienne consacrent plusieurs règles de conflit entre traités qui diffèrent en fonction des chevauchements ou recoupements que peuvent présenter les champs d'application *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* des traités en conflit. Par exemple, la Convention de Vienne ne fait aucune mention des conflits de traités ne portant pas sur la même matière dans la mesure où les rédacteurs de la Convention étaient animés d'une conception formaliste des conflits de normes excluant de telles hypothèses de conflits d'effectivités. L'article 59 est relatif à l'extinction ou la suspension implicite des traités, l'article 40 concerne l'amendement des traités tandis que l'article 41 concerne la modification des traités. Enfin, l'article 30 règle les conflits d'application entre traités successifs portant sur la même matière.

942. L'intention des parties revêt une grande importance dans les règles de résolution des conflits de traités. L'article 59 prévoit qu'

« Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et a) s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon la volonté des parties la matière doit être régie par ce traité ou b) si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps »²⁴⁵⁹.

Le second alinéa de l'article 59 dispose que les parties ont la faculté de suspendre un traité si elles concluent un traité ultérieur à cette fin, « ou s'il est par ailleurs établi que

²⁴⁵⁹ Article 59 de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités

telle était l'intention des parties »²⁴⁶⁰. Cet article concerne les situations « *where the parties to a later treaty have not expressly provided for the termination of an earlier treaty, but the later is implicitly terminated on the grounds mentioned in sub-paragraph a) or b)* »²⁴⁶¹. L'intention des parties est également l'élément qui permet de différencier l'amendement de la modification d'un traité. L'alinéa 4 de l'article 40 précise que « *toute proposition tendant à amender un traité multilatéral dans les relations entre toutes les parties doit être notifiée à tous les États contractants* »²⁴⁶². Ainsi, une telle formulation laisse supposer qu'un amendement affecte un traité dans toutes les relations entre toutes les parties. Toutefois, une partie peut refuser de conclure l'accord amendant un traité. L'article 40 « *does not contain any special rule for determining the relationship between the original treaty and the amending agreement* »²⁴⁶³, le 3e alinéa de l'article 40 renvoie à l'article 30 pour déterminer la relation qui lie le traité et l'amendement eu égard à un État parti au traité ayant refusé de conclure l'accord d'amendement. L'article 41 concerne les accords entre certaines parties à un traité ou Accord *inter se partes*, en vue de modifier les relations entre ces seules parties et non à l'égard de l'ensemble des États ayant contracté au traité. Cet article prévoit que « *deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations seulement* » à condition que cette modification soit « *prévue* » ou « *pas interdite* » par le traité que ces seules parties souhaitent modifier.

943. L'article 30 de la Convention de Vienne est intitulé « *Application de traités successifs portant sur la même matière* » et comprend cinq alinéas. Le premier alinéa de l'article 30 reconnaît la « *prééminence* »²⁴⁶⁴ de la Charte des Nations Unies puisqu'il précise ne pouvoir régler les conflits de traités portant sur la même matière que « *sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies* ». En effet, l'article 103 vise à établir une certaine hiérarchie entre les obligations internationales auxquelles les États sont soumis en vertu de la Charte et celles qu'ils tirent d'autres traités. Toutefois, l'incompatibilité entre les obligations prévues par un traité et celles prévues par la Charte n'emporte pas l'annulation du traité. Comme le remarque la doctrine, « *the Charter does not invalidate incompatible treaties ; it only prevails over them.*

²⁴⁶⁰ *Id.*

²⁴⁶¹ L'auteur précise : « *sub-paragraph a) provides that a later treaty may implicitly terminate an earlier one if such an intention can be inferred from the treaty itself or from the circumstances accompanying its conclusion and application, such as the preparatory work of the treaty, declarations of the contracting parties, position taken by them when applying the treaty and so on. Sub-paragraph b) addresses the situation where no such intention is expressed but the subsequent treaty is so incompatible with the first treaty that the parties must be considered to have intended to abrogate it* ». SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit. p.48

²⁴⁶² Article 40 de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités

²⁴⁶³ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit. p.48

²⁴⁶⁴ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit. p.60

Incompatible treaties become inoperable or unenforceable, but not void »²⁴⁶⁵. En l'absence d'une application de la Charte, l'article 30 règle les conflits de traités portant sur la même matière. Pourtant, toute référence au terme de « conflit » a disparu²⁴⁶⁶ de l'article 30. On peut cependant considérer que « le terme se retrouve par ricochet dans la référence [opérée par l'article 30] à l'article 103 de la Charte »²⁴⁶⁷. Le champ d'application de l'article 30 est plus vaste que la problématique des conflits de traités. En effet, la doctrine reconnaît que s'il a été « conçu à l'origine pour régler seulement les cas de conflits entre traités, cet article a été par la suite modifié et rédigé dans un sens plus large pour englober aussi les rapports entre traités qui ne se trouvent pas nécessairement en situation de contradiction »²⁴⁶⁸. L'article 30 dispose ainsi que :

« 2. lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent. 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. 4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle énoncée au paragraphe 3 ; b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. 5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité »²⁴⁶⁹.

²⁴⁶⁵ *Id.* p.61 ; voy. ég. Second Report on the Law of Treaties, Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Yearbook of International Law Commission* 1963, vol.II, p.55, §10 ; FLORY (T.), « Article 103 », in COT (J.P.) et PELLET (A.) s.d., *La Charte des Nations-Unies*, 2de éd., Paris, Economica, 1991, p.1384.

²⁴⁶⁶ Suite aux interventions, au cours des discussions avec le Rapporteur, de R. Ago, de H. Briggs et G. Amado lors de la 742e séance (§63 et s.), le Rapporteur spécial a accepté d'écarter le terme « conflit » pour éviter la confusion avec le droit international privé. 743e séance, (§71-75), *Yearbook of International Law Commission*, 1964, vol.I, p.132

²⁴⁶⁷ ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles contradictoires », *RCADI* n° 6, vol.206, p.79

²⁴⁶⁸ *Id.*

²⁴⁶⁹ Article 30 de la *Convention de Vienne* de 1969 relative au droit des traités

944. Hormis le premier paragraphe, la portée de cet article concerne cinq types de situations. Les situations où l'un des traités en conflit dispose d'une clause de résolution, les conflits de traités avec identité des parties (AB:AB), les conflits résultant d'une situation d'« *increasing* » (AB:ABC) ou de « *decreasing membership* » (ABC : AB), enfin les conflits avec identité partielle des parties (AB:AC et ABCD:ABEF)²⁴⁷⁰. Le second alinéa accorde une priorité d'application à la clause de résolution contenue dans l'un des traités. Les alinéas 3 et 4 distinguent les situations où toutes les parties au traité postérieur sont parties au traité précédent et les situations où les parties aux deux traités sont partiellement différentes. Richard Kearney et Robert Dalton soulignent que l'article 30 :

« Provides: a) if a treaty says it is subject to another treaty, the other treaty governs on any issue of compatibility ; b) as between parties to one treaty who become parties to a second, the second governs on any point where it is incompatible with the first ; c) if some of the parties to the first treaty are not parties to the second treaty, and vice versa, the first governs between a party to both and a party only to the first ; the second governs between a party to both and a party only to the second »²⁴⁷¹.

Ainsi, lorsqu'il y a identité des parties aux deux traités, c'est la règle *lex posteriori derogate priori* qui s'applique. À l'inverse, lorsque l'identité des parties aux deux traités n'est que partielle, la règle de conflit découle de l'effet relatif des traités à l'égard des tiers, *pacta tertiis non nocent*, prévue par l'article 34 de la Convention²⁴⁷².

Les règles coutumières de résolution des conflits de normes

945. Certaines règles de conflits n'apparaissent pas expressément dans la Convention de Vienne. Christopher Borgen considère que : « *the normative framework of Article 30 applies only in certain defined instances. Beyond Article 30, disputes are also resolved through reference to general principles of treaty interpretation adapted from related areas such as the law of contracts, statutory interpretation, and state practice in regard to treaties* »²⁴⁷³. Ces dernières relèvent de la coutume internationale²⁴⁷⁴. Le rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, avait été amené, au cours des débats relatifs à la formulation de l'article 30, à reconnaître l'ambiguïté des termes « *portant sur la même*

²⁴⁷⁰ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit. p.62

²⁴⁷¹ KEARNEY (R.) et DALTON (R.), « The Treaty on Treaties », *AJIL*, 1970, n° 64, pp.495 et s., spé. p.517

²⁴⁷² SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.64

²⁴⁷³ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », op. cit., p.577

²⁴⁷⁴ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., pp.70 et s.

matière » et la nécessité de traiter certaines situations de conflits entre traités successifs portant sur la même matière sous l'égide de règles de conflits qui n'étaient pas répertoriées dans la Convention. Le représentant du Royaume-Uni avait soulevé une hypothèse de conflit entre traités pouvant entrer dans le champ d'application de l'article 30, mais dont la résolution par application de cet article aurait abouti à une solution incohérente²⁴⁷⁵. Seyed Ali Sadat Akhavi résume cette hypothèse:

"According to him [le représentant du Royaume-Uni], if a convention on such a specific topic as third party liability in the field of nuclear energy contained provisions on the recognition in other States parties of judgments rendered by the courts of one State party, it could not be regarded as relating to the same subject-matter as later general treaty on recognition and enforcement of judgements. In his view, such cases must be resolved by resorting to such maxims as generalia specialibus non derogant »²⁴⁷⁶.

946. Le rapporteur spécial confirma cette analyse et a reconnu la nécessité de résoudre cette situation de conflit par l'application de la règle *generalia specialibus non derogant*²⁴⁷⁷. Cette règle de conflit signifie que lorsqu'une situation juridique entre à la fois dans le champ d'application d'une règle spéciale et d'une règle générale, la règle spéciale doit être appliquée de manière prioritaire pour régler la situation concernée. Toutefois, cette règle ne traite qu'indirectement des conflits de normes dans la mesure où elle englobe toutes les situations où des règles sont simultanément compétentes sans pour autant que celles-ci soient incompatibles.

La Pratique des États en matière de conflits de normes

947. La pratique des États vis-à-vis des traités conflictuels comme certaines décisions des cours nationales utilisent d'autres méthodes de résolution des conflits. Certaines cours et instances nationales ont, d'elles-mêmes, appliqué les règles de conflits

²⁴⁷⁵ United Nations, United Nations Conference on the Law of Treaties, second session, Vienne, 9 avril – 22 mai 1969, Official Records, p.222, §41

²⁴⁷⁶ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflict Between Treaties*, op. cit., pp.71 et s.

²⁴⁷⁷ Sir Humphrey Waldock estime en effet que : « *On the second point raised by the United Kingdom delegation concerning the words « relating to the same subject matter », [I agree] that those words should not be held to cover cases where a general treaty impinges indirectly on the content of a particular provision of an earlier treaty ; in such cases, the question involve[s] such principles as generalia specialibus non derogant* ». United Nations, United Nations Conference on the Law of Treaties, second session, Vienne, 9 avril – 22 mai 1969, Official Records, p.253, §41. Le représentant du Royaume-Uni a donné un exemple de cette situation. voy. *ibid.*, p.222

*lex posterior derogat legi priori*²⁴⁷⁸ et *generalia specialibus non derogant*²⁴⁷⁹. Le Bureau juridique du département canadien des affaires étrangères considère, par exemple, que « *the general legal principle that the specific takes precedence over the general could result, in certain circumstances, in some provisions of a more specific prior treaty being upheld over a general subsequent treaty* »²⁴⁸⁰. Néanmoins, la pratique des instances nationales laisse entrevoir une plus vaste diversité de règles de conflits de normes et leur application n'apparaît pas comme automatique. Dans le même document, le Bureau juridique du département des affaires étrangères précise en effet : « *It is a question of interpretation in each case whether that principle is relevant* »²⁴⁸¹.

948. D'autres instances nationales appliquent, à propos des droits fondamentaux notamment, la théorie d'une hiérarchie des normes du droit international public pour résoudre certains conflits de normes. La Cour Fédérale Suisse a, par deux reprises, utilisé la notion de *jus cogens* et la méthode de la hiérarchie des normes pour trancher un conflit de traité. Dans l'affaire *X c. office fédéral de la police*, la Cour a considéré que l'interdiction et la punition de la torture et des traitements inhumains et dégradants consacrées par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme revêtent les caractères de normes impératives du droit international et impliquent que le principe

²⁴⁷⁸ En France : Cour d'Appel de Paris du 8 mai 1973 à propos des relations entre la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et les Conventions bilatérales ; en Suisse : un Avis de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères du 25 mai 1987 affirme que le traité d'amitié entre la Suisse et le Royaume-Uni de 1855 ne s'applique que tant que ses dispositions sont compatibles avec celles du GATT de 1947 dans la mesure où celui-ci constitue la *lex posterior*. Voy. *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLIV, 1988, pp.205-206 ; Canada : le Bureau juridique du Département canadien des Affaires étrangères a considéré qu'entre le GATT et des traités successifs bilatéraux « *under the general rule of international treaty law, (...) the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty* ». Legal Bureau, Letter dated 25 février 1971, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. X, 1972, p.305

²⁴⁷⁹ France : TGI, 13 février 1969, *Office des mineurs de Ravensburg c. Eyler, AFDI*, Vol. XVI, 1970, p.831. Le tribunal de grande instance a, dans cette affaire, résolu un conflit d'application, entre la Convention de La Haye sur la Loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants du 24 octobre 1956 et le traité bilatéral entre la France et l'Allemagne du 20 juin 1956, en faveur du traité bilatéral antérieur, car celui-ci constituait la *lex specialis* en la matière entre les parties ; Suisse : La Cour Fédérale Suisse considère, dans l'affaire *Louis Ditzler S.A. c. Westbank S.A.*, que la Convention de La Haye de 1954 sur les Procédures judiciaires s'appliquait au détriment du traité bilatéral entre l'Allemagne et la Suisse relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions arbitrales de 1929 en raison du caractère spécial du premier par rapport au second. Voy. ég. Cour d'Appel du Canton de Bâle-Ville, jugement du 18 septembre 1968, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXVI, 1969-1970, p.89. Voy ég. Federal Insurance Court, *M c. Caisse cantonale genevoise de compensation et Commission cantonale de recours en matière d'AVS*, Genève, jugement du 19 décembre 1994, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol.6, 1996, p.629

²⁴⁸⁰ Bureau juridique du Département canadien des Affaires étrangères, mémorandum du 29 juin 1990, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXIX, 1991, p.456

²⁴⁸¹ *Ibid.*, voy. ég. Mémorandum du 3 décembre 1992, dans ce mémorandum le Bureau juridique a considéré à l'inverse que « *as a general rule, a later treaty prevailed over an earlier treaty on the same subject-matter* », in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXX, 1992, p.358-359. Cf. SADAT AKHAI (S.A.), *Methods of Resolving Conflict Between Treaties*, op. cit., p.102

d'extradition soit refusé s'il expose la personne à de tels risques dans le pays vers lequel un État souhaite l'extrader²⁴⁸². Dans une affaire similaire, la Cour a estimé à propos de l'article 3 que « *les principes en cause font partie des règles internationales impératives (jus cogens) ; ils priment donc les traités qui leur sont éventuellement contraires* ». ²⁴⁸³ Sur une question similaire, la Cour Suprême d'Amsterdam a affirmé que « *even though the requesting State is not a party to the European Convention, the Convention lays down standards which from the point of view of Netherlands take precedence over the conditions on which extraditions treaties compel extradition, if there is any conflict between them* » ²⁴⁸⁴.

949. D'autres méthodes encore sont mobilisées par les instances nationales en fonction des circonstances. Une cour nationale peut par exemple choisir de donner la priorité à un traité « *principal* » par rapport à un traité ultérieur qui vise les moyens de son application²⁴⁸⁵. Dans d'autres cas, l'État pourra choisir de dénoncer un traité dans le but d'éviter qu'un conflit ne survienne²⁴⁸⁶. Dans certains domaines spécifiques, tels que les conflits entre des instruments normatifs relatifs aux droits de l'homme, certains États accordent une priorité d'application à la disposition la plus favorable pour résoudre de tels conflits²⁴⁸⁷. Certaines instances nationales considèrent que certaines règles de conflit, tel que *lex posterior derogat legi priori*, peuvent être contournées en recherchant l'intention réelle des parties²⁴⁸⁸. Cette méthode apparaît comme « *a rule of interpretation under which one may consider the travaux préparatoires to a treaty as relevant in determining what its relation to other treaties should be* » ²⁴⁸⁹. Outre leur diversité, l'application de ces règles emporte des effets variés.

²⁴⁸² Cour fédérale Suisse, *X c. Office fédéral de police*, jugement du 14 juillet 1983, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XL, 1984, p.151

²⁴⁸³ Cour fédérale Suisse, jugement du 10 juillet 1991, *Revue suisse de droit international et européen*, vol.2, 1992, p.553

²⁴⁸⁴ Supreme Court, *S.L.G. v. Public Prosecutor*, jugement du 1 juillet 1985, *Netherland Yearbook of International Law*, vol. XVII, 1986, p.281, cité par SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.103

²⁴⁸⁵ SADAT-AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.103-104 ; *Revue Belge de droit international*, vol. X, 1974-2, pp.683-684

²⁴⁸⁶ *Ibid.*, pour des exemples voy. ég. *Netherland Yearbook of International Law*, vol. XII, 1981, pp.213-214

²⁴⁸⁷ SADAT -AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.105 et pp.163 et s. ; voy. ég. *Netherland Yearbook of International Law*, vol. VIII, 1977, p.180

²⁴⁸⁸ SADAT -AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.105

²⁴⁸⁹ Bureau juridique du Département Canadien des Affaires étrangères, Mémoire du 3 décembre 1992, in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXX, 1992, p.358

2. Une gamme d'effets divers attribués à la résolution des conflits de normes par les méthodes classiques

950. Les méthodes conventionnelles et coutumières de résolution des conflits de normes peuvent emporter diverses conséquences. Des effets divers sont attachés aux diverses méthodes de résolution des conflits de normes. Joost Pauwelyn propose une classification : « *We classify the different types of solutions to a conflict of norms according to their outcome: i) one of the two norms disappears ; ii) one of the two norms is "illegal" ; iii) one of the two norms prevails (but is not illegal) ; iv) both norms are complete equals (and state responsibility may provide the solution). The first two solutions are solution for inherent normative conflict ; the last two, for conflict in the applicable law* »²⁴⁹⁰. Certaines règles de conflits affectent l'existence même d'un des traités vis-à-vis desquels elles s'appliquent, d'autres n'affectent que leur application ou les conditions de celle-ci.

951. La Convention de Vienne distingue également les effets attachés à l'application de ses règles de conflit. L'article 59 de la Convention différencie l'extinction de la suspension d'application d'un traité. La doctrine précise que :

« *The operation of Article 59 [alinéa 1] affects the existence of the earlier treaty in the sense that it comes to an end. It follows that if, in turn, the latter treaty comes to an end, the earlier treaty will not revive. This situation is in direct contrast with cases where the later treaty merely takes "priority" over the earlier one. In such cases, the incompatible provisions of the earlier treaty retain a latent existence. They are suspended and do not produce their effects so long as the later treaty exists. If for any reason, the subsequent treaty terminates, the affected provision of the earlier treaty regain their full force* »²⁴⁹¹.

Le premier alinéa de l'article 59 est ainsi limité aux cas d'abrogation totale d'un traité par un autre. L'extinction d'un traité a pour effet, selon l'article 70 de la Convention, de libérer les États qui y étaient parties de leurs obligations. Toutefois, s'il ne fait pas référence aux situations susceptibles de donner lieu à une abrogation partielle, il semble qu'une telle hypothèse doive cependant être admise²⁴⁹². Le second alinéa de l'article 59 concerne la suspension de l'application d'un traité. La suspension d'un traité se distingue de la priorité d'application accordée à un traité par rapport à un autre. En effet, la suspension de

²⁴⁹⁰ PAUWELYN (J.), *Norms Conflict in Public International Law*, op. cit., p.277

²⁴⁹¹ SADAT -AKHAVI (S.A.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.48-49

²⁴⁹² *Id.*

l'application d'un traité ou d'une de ses dispositions s'étend à l'ensemble de leur champ d'application, tandis que la priorité d'application ne concerne qu'une situation d'application où un conflit survient entre les deux traités. En outre, la priorité d'application telle qu'elle est consacrée dans l'article 30 de la Convention, n'emporte pas pour effet, vis-à-vis des États parties aux deux traités, la possibilité de se soustraire à l'application du traité qui n'est pas prioritairement applicable.

952. Les règles de conflit relatives aux normes impératives du droit international emportent la nullité du traité en conflit avec de telles normes. La nullité se distingue de la suspension et de l'abrogation. En effet, la nullité pour cause de conflit avec une norme impérative du droit international emporte des effets particuliers. L'article 71 de la Convention précise qu'en cas de nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international, les parties « *sont tenues d'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative (...) et de rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative* »²⁴⁹³. De plus, en cas de survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international, la nullité « *ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il n'ait pris fin ; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international* »²⁴⁹⁴.

953. Bien que les règles relatives à la responsabilité internationale des États ne comportent pas de règle de conflit de normes, la solution d'un conflit de traités peut, par le truchement de ces règles, produire un effet vis-à-vis de la responsabilité des États parties au traité éteint, nul ou n'ayant pas de priorité d'application. Joost Pauwelyn considère à ce titre:

"In inherent normative conflicts and conflicts in the applicable law, rules on state responsibility may lead to one of the two norms, or other state conduct, respectively, being "illegal", that is, it may constitute wrongful conduct under the other norm. In addition, but limited to inherent normative conflict, the law on treaties and international institutional law may also result

²⁴⁹³ Article 71 alinéa 1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

²⁴⁹⁴ Article 71 alinéa 2 *Ibid.*

*in the "invalidity" of one of the norms because of conflict with the other norm »*²⁴⁹⁵.

Cet auteur souligne que les règles relatives à la responsabilité internationale des États permettent de distinguer l'illégalité du comportement étatique qui consiste à appliquer l'un des deux traités en conflit et l'invalidation d'un des deux traités²⁴⁹⁶. Certains systèmes juridiques spécialisés du droit international disposent également de sanctions destinées à rendre effectives les normes de leur propre système. Ainsi, lorsque le comportement étatique adopté en application des normes d'un traité, dont l'une peut être en conflit avec les normes d'un système juridique spécialisé visant l'effectivité, ce comportement pourra faire l'objet d'une sanction pour violation de la norme du système le plus efficace. Ainsi, les conflits de normes, compte tenu de la pluralité des systèmes juridiques du droit international dotés d'un pouvoir de sanction, sont susceptibles d'entraîner une responsabilité étatique à géométrie variable. Toutefois, en fonction de la capacité du système auquel la norme violée appartient le risque juridique en termes de responsabilité sera différent. Un système qui maîtrise un mode de sanction coercitif ou quasi coercitif, comme les sanctions économiques, représentera un risque concret plus important qu'un système qui n'est pas doté de ce type de pouvoir. Si d'un point de vue purement théorique, la nature de la responsabilité engagée demeure une responsabilité juridique de l'État, d'un point de vue pratique ou concret, la sanction encourue emportera des effets d'intensité variable en fonction du système considéré.

B. Des méthodes fondées sur des critères objectifs et destinées à résoudre les antagonismes radicaux

954. Hormis l'extinction, la suspension d'application, la priorité d'application, la nullité ou l'illégalité, d'autres effets sont susceptibles d'affecter non pas l'existence ou l'application d'une des deux normes, mais son essence, sa signification et les fonctions qui lui sont attribuées par voie d'interprétation. Les règles de conflit classiques ne permettent

²⁴⁹⁵ PAUWELYN (J.), *Norms Conflict in Public International Law*, op. cit., p.277

²⁴⁹⁶ Id. L'auteur précise : « « *illegality* » must hence be distinguished from « *invalidity* », first of all, on the basis of the rules leading to it (law on state responsibility versus the law on treaties or international organisations). (...) Secondly, « *invalidity* » as a sanction is explained on the ground of lack of competence, contracting power or other anomalies related to the consent given to be bound by the norm in question, such as error, fraud, corruption or coercion. « *Illegality* », in contrast, is a somewhat lesser sanction in that, looked at in isolation, the norm was validly created. However, it is or becomes « *illegal* » because it constitutes conduct that is defined as wrongful under another norm. In that sense, *invalidity* is normally a sanction that applies *ab initio* or *ex tunc* (except for supervening *invalidity*, as a result of, for example, supervening *jus cogens*). « *Illegality* » on the other hand, can be cured or rectified without changing the norm affected by it. It can for example, be cured by altering the norm with which it is in conflict ».

pas d'opérer une conciliation des normes conflictuelles par voie d'interprétation. Au contraire, ces règles de conflits sont fondées sur une conception formaliste de la résolution des conflits de normes. En effet, celles-ci visent, par l'emploi de critères objectifs d'appréciation, à résoudre les antagonismes radicaux entre les normes du droit international.

1. Des critères de résolution objectifs

955. Les règles de conflits contenues dans la Convention de Vienne ou d'origine coutumière induisent une conception formaliste de la résolution des conflits de normes sur la base de critères objectifs. Deux principaux critères guident alternativement la résolution des conflits proposée par ces règles. Le temps et l'espace constituent les deux critères objectifs qui permettent à l'instance responsable de la résolution d'un conflit de déterminer l'intention des parties et la portée de leurs engagements.

956. Le critère temps participe à la fois à la détermination de l'intention des parties aux différents traités et à la solution du conflit proprement dit. Christopher Borgen estime que : « *Certain rules of interpretation focus on which treaty is earlier or later in time. Lex prior, for example, would specially enforce the first – or earlier – treaty. This rule is focused on cases where there is divergent membership between the two treaties. By contrast, lex posterior derogate legi priori considers the evolving intent of the parties and favors the most recent treaty by the same parties* »²⁴⁹⁷. L'utilisation de ce critère permet d'appliquer mécaniquement la règle de conflit sans qu'aucune place ne soit accordée à la subjectivité de l'interprète. En effet, celui-ci pourra puiser la solution en fonction du chevauchement des champs d'application *ratione personae* et *ratione temporis*. Le contenu des normes ou leurs conditions d'application ne seront pas pris en compte. La résolution du conflit sous l'égide de ce critère demeure une résolution formelle du conflit de norme.

957. Le critère spatial est le second critère d'appréciation utilisé par les règles de conflit de la Convention de Vienne et d'origine coutumière. En effet, « *the interpretative rule lex specialis focuses on the scope and precision of the treaties, giving effect to the more narrowly gauged treaty (...) Lex specialis can also be formulated to focus on the breadth on narrowness of specific clause* »²⁴⁹⁸. Ainsi, cette règle de conflit peut s'appliquer entre deux clauses conflictuelles de deux traités différents. Dans cette hypothèse, Christopher Borgen précise que trois solutions sont possibles : « *1) the lex specialis is applied such that the specific clause cancels out the general clause, 2) the specific clause*

²⁴⁹⁷ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op. cit.*, p.587

²⁴⁹⁸ *Id.*

is deemed supplementary to the general clause, 3) the general clause is considered as overriding the specific clause »²⁴⁹⁹. Cependant, certains auteurs considèrent que la règle *generalia specialibus non derogant* peut donner lieu à une autre interprétation : « *one rule of international law may be more general than another, either because it has a broader subject mater, or because it binds a larger number of states* »²⁵⁰⁰. La *lex specialis* peut ainsi « *se présenter dans deux formes différentes en droit international* »²⁵⁰¹. À ce titre, l'espace normatif couvert par les normes s'apparente ainsi tant à un espace conceptuel, les champs d'application *ratione materiae* des normes en causes, qu'à un espace réel, celui que recouvre le champ d'application *ratione personae*. Ces deux formes ne revêtent pas le même degré d'objectivité. Si l'espace normatif englobant les États parties aux différentes normes en conflit est parfaitement objectif, en ce sens qu'il peut être déterminé de la même manière par deux interprètes différents ; au contraire, l'espace normatif conceptuel laisse une marge, restreinte, pour l'application subjective du critère de spécialité. En effet, le degré de spécialité d'une norme par rapport à une autre peut, dans certaines circonstances, être apprécié au regard du contexte dans lequel intervient le conflit de norme.

2. Des méthodes conçues pour résoudre les contradictions antagoniques

958. Les règles classiques de résolution des conflits sont rédigées dans le but de proposer des solutions aux conflits définis de manière stricte. Les méthodes d'interprétation qu'elles promeuvent supposent une appréhension formaliste des conflits de normes qui ne tient compte ni du rapport axiologique entre les normes, ni des effets que suscite leur application respective. Outre qu'elles ne sont d'aucun secours pour résoudre les conflits potentiels et les contradictions non-antagoniques qui constituent l'essentiel des situations de conflits, ces méthodes emportent elles-mêmes des effets qui semblent inadaptés pour résoudre des contradictions entre les normes dont le développement ne suppose pas nécessairement la disparition d'un des deux termes contradictoires.

959. Ainsi, Charles Rousseau concevait déjà que « *le problème de la contrariété doit être résolu en dehors de tout appel aux seuls principes juridiques* »²⁵⁰², dans la mesure où, les principes d'interprétation et règles de conflit classiques entraînent « *dans tous les cas une solution brutale, presque mécanique, qui ramène à l'abrogation ou à l'exclusion*

²⁴⁹⁹ *Id.*, p.588

²⁵⁰⁰ AKERHURST (M.), cité par ROUCOUNAS(E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, *op. cit.*, p.80

²⁵⁰¹ ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, *op. cit.*, p.80

²⁵⁰² ROUSSEAU (Ch.), *Droit international Public*, t.1, Paris, 1970, pp.151 et s.

absolue de l'une ou des deux règles en présence »²⁵⁰³. Le caractère formaliste de la résolution fondée sur des critères objectifs permet, certes, de garantir la sécurité des relations juridiques entre les États et la prévisibilité du comportement du système juridique international. À ce titre, l'article 31 §3 c) de la Convention de Vienne permet de recourir au contexte afin d'interpréter une norme de droit international. Toutefois, si ces méthodes de résolution des conflits de normes « *convien[ent] au droit interne ou (...) au droit international privé et qui [sont] destiné[es] à assurer la sécurité dans les relations juridiques, [elles] ne peuv[ent] convenir au droit international largement consensuel où, en cas de conflit, il faudra rechercher une coordination des volontés et apaiser les antagonismes entre les parties intéressées* »²⁵⁰⁴.

960. Dans cette perspective, la combinaison de la balance des intérêts, de l'examen de la proportionnalité instrumentale des moyens employés dans l'application de chacune des normes en conflit, et de la marge nationale d'appréciation, sont susceptibles de permettre une telle coordination des volontés. En effet, par la pragmatique contextuelle qu'elle rend possible et la participation accrue des parties dans la formulation de la règle de référence arbitrant leur relation, les méthodes émergentes de résolution des conflits de droits fondamentaux pourraient parfaitement être transposées à la problématique des conflits de normes en droit international public. La coordination des volontés est précisément l'objectif des théories, qui se trouve au fondement de l'hypothèse de procéduralisation contextualisée du droit, notamment celle de l'agir communicationnel²⁵⁰⁵.

961. Néanmoins, cette perspective théorique présente des risques dénoncés, notamment par Christopher Borgen. Celui-ci précise :

« I do not claim that there are no principled methods of resolving treaty conflicts ; rather, we have many that are rarely used. I do not claim that there are no useful methods for resolving conflicts between treaties ; instead, the methods currently employed have been somewhat effective but have little or nothing to do with legal principle and much to do with power and politics. Thus, the goals of many states involved in treaty-making - decreasing the

²⁵⁰³ *Id.*, p.157-158 ; Cet auteur précise également que « *la conception purement volontariste et contractuelle de la communauté internationale, qui comporte l'indépendance réciproque, l'égale validité et la relativité des règles. (...) cette positivité, poussée à l'extrême, aurait constitué un obstacle insurmontable à la solution des problèmes d'incompatibilité à l'aide de la seule technique juridique* ». ; Voy. ég. Analyse de la pensée de Rousseau par Emmanuel Roucounas, ROUCOUNAS (E.), in « Engagements parallèles et contradictoires », in *RCADI*, n° 6, vol.206, 1991, pp9-288, spé, p.54

²⁵⁰⁴ ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », in *RCADI*, n° 6, vol.206, 1991, pp9-288, spé, p.54

²⁵⁰⁵ MAES (E.), « Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.73-90

*politicization of international relations and increasing rule-based decision making and conflict resolution - are actually undercut by their own efforts because treaty congestion leads to political bargaining, not principled action »*²⁵⁰⁶.

Les méthodes de résolution prévues par la Convention de Vienne ne sont, aux yeux de cet auteur, « *neither an accurate description of current state practice, nor are they adequate prescription for how states should act* »²⁵⁰⁷. Néanmoins, il ne conçoit aucune autre règle disponible pour résoudre les conflits de traité : « *nevertheless, although the VCLT is significantly flawed in regard to resolution of conflicting treaties, there exists no better rule or set of rules as to how to resolve such conflicts* »²⁵⁰⁸. L'inadaptation des règles disponibles discrédite le caractère formaliste de la résolution des conflits de normes et accrédite, au contraire, les hypothèses des tenants de la déformalisation et de la procéduralisation du Droit. En effet, de nombreuses critiques s'attachent à décrire l'inadéquation des méthodes de résolution de la Convention de Vienne²⁵⁰⁹. Celles-ci concernent tantôt les critères de la résolution et tantôt les effets attribués aux solutions des conflits de normes.

962. En ce qui concerne les critères employés pour résoudre les conflits de normes, les critiques concernent leur caractère objectif aboutissant à une résolution abstraite des conflits de normes juridiques internationales. En effet, en se focalisant alternativement sur les aspects temporels ou spatiaux des conflits de normes, les critères employés pour les résoudre ne permettent pas d'apprécier le rapport axiologique entre les normes en conflits, ni les conséquences effectives que pourrait emporter l'application d'une norme par rapport à l'autre. Le critère de spécialité se concentre sur le degré de précision des normes en conflit pour en déduire la priorité d'application. Cependant, le critère de spécialité ne traite pas des conflits résultant des conséquences de l'application de la norme spéciale sur la norme générale. Ce critère ne permet pas, en tant que tel, de déterminer si l'application d'une règle spéciale emporte des conséquences qui portent atteinte à la règle générale, d'une manière telle que celle-ci se trouve vidée de son contenu. Au contraire, cette règle de

²⁵⁰⁶ BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *op cit.*, p.576

²⁵⁰⁷ *Id.* p.578

²⁵⁰⁸ *Id.*

²⁵⁰⁹ *Id.*, p.601 et s. l'auteur précise par exemple, que « *VCLT is not applicable to the thornier issues of what happens when treaties have different foci but overlapping issue area. (...) For example, if State A, B, C and D have a human rights treaty among themselves and then subsequently negotiate a trade agreement with implication concerning human rights, it is questionable whether one should simply conclude that the earlier human rights treaty applies only to the extent that its norms are consistent with the trade accord* ». p.603-604 ; voy. ég. VIERDAG (E.M.), « The Time of Conclusion of a Multilateral Treaty », *British YearBook of International Law*, 1988, n°59, pp.75 et s., spé. p.95-97 cité par Borgen ; AUST (A.), *Modern Treaty Law and Practice*, 2000, p.183, cité par Borgen.

conflit est conçue pour résoudre les contradictions antagoniques entre les normes du droit international public, c'est-à-dire les situations où la contradiction résulte de l'analyse logique du rapport formel entre les énoncés normatifs et dans lesquelles il est impossible d'appliquer simultanément les deux normes en conflit.

963. De même, le critère temporel semble inadapté, compte tenu de la pratique des États et des organisations internationales. Emmanuelle Roucounas précise à ce titre que « *l'activité quotidienne des organisations internationales est fondée sur un faisceau d'engagements adoptés à des moments différents, mais pour lesquels les dates de leur adoption n'ont pas d'effet sur leur valeur opérationnelle. On met en œuvre un, puis un autre instrument ou tous ensemble, ou quelques-uns seulement et à des moments différents dans un complexe fonctionnel qui (...) n'est pas lié à des considérations d'ordre temporel* »²⁵¹⁰. En outre, les articles 30 et 40 de la Convention de Vienne ne permettent pas de résoudre les conflits d'obligations pouvant découler de leur application. En effet, lorsqu'un traité modifie les normes d'un traité antérieur seulement entre certaines parties, les articles 30 et 40 n'apportent aucune solution. Les rédacteurs de la Convention ont considéré que de telles situations devaient être traitées sous l'angle des règles relatives à la responsabilité internationale des États. Enfin, le critère temporel et le critère spatial ne concernent que la résolution des contradictions antagoniques dans la mesure où leur application suppose d'opérer un choix entre les deux normes en conflits et n'appliquer qu'une seule d'entre elles. De telles méthodes apparaissent impuissantes pour apporter une solution aux contradictions non-antagoniques et aux conflits potentiels que constituent les rapports de certaines normes du droit international des droits de l'homme entre elles²⁵¹¹ et entre ces dernières et certaines normes du droit du commerce international.

964. Le caractère objectif des critères d'appréciation des conflits de normes ne laisse aucune place à la subjectivité du juge. L'utilisation de telles méthodes de résolution révèle une appréciation légaliste et formelle de la résolution des conflits de normes juridiques internationales qui ne tient compte ni de la pluralité des objets qu'un litige portant sur un conflit de normes peut comporter, ni du contexte dans lequel survient celui-ci. Les effets attribués à la résolution des conflits par le biais de ces méthodes trahissent une conception

²⁵¹⁰ ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, vol.6, n°206, p.38 ; l'auteur précise que : « *La successivité devient effectivement un problème par elle-même en cas de traités multilatéraux en concurrence, lorsque les parties ne sont pas les mêmes aux différents moments d'application ou lorsqu'il s'agit du fonctionnement interne des organisations internationales. Le critère temporel est alors sensiblement affaibli par la force des choses. En outre, l'utilité de l'article 30 ne semble pas évidente et la préférence qu'il manifeste pour le traité postérieur est indifférente dans le cas de deux traités conclus simultanément, ou à des dates très proches l'une de l'autre* ». p.80

²⁵¹¹ *Id.*, Emmanuel Roucounas précise également que « *l'article 30 s'avère largement insuffisant pour régler les conflits entre ces instruments, quel que soit leur degré de généralité* ». cf. partie 5 du cours de Roucounas

similaire. Ainsi, la résolution des conflits de normes sous l'égide des règles de la convention de Vienne suppose d'écarter, de manière provisoire ou définitive, l'une des deux normes en conflit. En d'autres termes, la résolution des contradictions suppose la suppression d'un des termes de la contradiction. Au contraire, les méthodes de résolution construites par la CEDH tendent à développer une résolution dialectique des conflits de droits qui suppose la conservation de chacun des deux termes tout autant que leur dépassement²⁵¹².

965. L'article 31§3 de la Convention de Vienne, relatif aux « *règles générales d'interprétation des traités* », fait référence expressément à la prise en compte du contexte. Il ne s'agit pourtant pas d'une invitation à la pragmatique contextuelle. En effet, le « *contexte* » dont il est ici question n'est pas le contexte dans lequel survient le litige et que le dialogue des parties intéressées et du juge serait susceptible de faire évoluer par la formulation d'une règle de conflit ou d'un précédent judiciaire. Au contraire, la référence au contexte renvoie au contexte historique au cours duquel les traités à interpréter ont été adoptés afin d'établir l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Il ne s'agira donc pas du contexte actuel au sein duquel le litige survient, mais d'un contexte passé, figé, et dont l'interprète aura pour tâche de déterminer une vérité historique, appréciée comme un élément de fait statique et immuable. Au contraire, l'idée d'une pragmatique contextuelle s'intéresse au contexte présent dans lequel les parties fondent leurs relations actuelles. L'objectif de la pragmatique contextuelle est précisément de permettre aux parties de faire évoluer ensemble ce contexte en participant à la formulation d'une norme commune permettant de résoudre leur litige. Une telle conception de l'interprétation ancre la théorie des normes dans une théorie de l'action²⁵¹³, à l'inverse de la conception soutenue par la convention de Vienne qui borne sa théorie de l'interprétation à une théorie de la connaissance.

²⁵¹² Terme antinomique qui signifie à la fois « *maintenir et faire cesser, mettre un terme* » qui après avoir été longuement traduit par *dépassement* ou de manière trop unilatérale par *abolition*, est d'ordinaire traduit par le néologisme « *sursomption* », (supprimer-conserver-élever), cf. SÈVE (L.) et ATLAN (H.) s.d., *Sciences et dialectique de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, p.43 ; voy. ég. LAURENT-PAUL (L.), « La théorie hégélienne du savoir », *Philosophiques*, vol.7, n° 1, avril 1980, pp.55-76 cet auteur rappelle que : « *Le néologisme "sursomption" a été suggéré par Y. Gauthier. « Nous proposons, écrit-il, la traduction 'sursumer' et 'sursomption' pour 'aufheben' et 'Aufhebung'. La dérivation étymologique s'appuie sur le modèle 'assumer — assumption'. La sémantique du mot correspond à l'antonyme de 'subsomption' que l'on trouve chez Kant. La sursomption définit donc une opération contraire à celle de la subsomption, qui consiste à poser la partie dans ou sous la totalité ; la sursomption, l'«Aufhebung», désigne le procès de la totalisation de la partie* ». Voir là-dessus la Logique d'Iéna : GAUTHIER (Y.), « Logique hégélienne et formalisation », in *Dialogue, Revue canadienne de philosophie*, septembre 1967, p. 152, note 5

²⁵¹³ LENOBLE (J.) et MAESSCHALCK (M.), *Toward a theory of governance : the action of norms*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 3-10, 73-81, 99-101, 206 (362p.)

966. À l'inverse de la combinaison dialectique de méthodes contradictoires qui régit la résolution des conflits de droits fondamentaux, les règles de conflits de la Convention de Vienne et d'origine coutumière ne permettent pas de créer un processus délibératif entre les parties, le juge et l'ensemble des représentants des intérêts en jeu dans l'établissement d'une norme jurisprudentielle nouvelle. Cette résolution constructiviste des conflits de normes, permettant l'évolution du système des droits fondamentaux vers l'effectivité par une dialectique interprétative, est rendue impossible par le caractère strictement formaliste des règles classiques de conflit comme par l'objectivité des critères d'appréciation qu'elles contiennent et des effets qui leur sont attachés.

967. La Commission du droit international s'interroge sur le rapport entre temporalité et traité et sur les dispositions de la Convention de Vienne relatives à cette problématique. Encore liminaires, les travaux de la commission sont orientés par la volonté de préserver les dispositions de la Convention de Vienne en l'état. La Commission considère en effet que :

« Si des doutes sont émis quant à la possibilité de dégager des principes généraux sur la question au-delà de ce qui figure déjà dans la Convention de Vienne de 1969, on a fait valoir que les travaux consacrés au sujet ne devraient viser qu'à renforcer et à compléter – mais en aucun cas à modifier – le régime juridique instauré par la Convention. On a également fait observer que la Commission ne devait pas chercher à développer le droit en dehors du champ d'application de la Convention de Vienne, mais devait faire preuve de prudence et se borner à apporter des précisions et des orientations aux États et aux organisations internationales »²⁵¹⁴.

968. Pourtant, on retrouve dans les développements de la Commission les termes du débat qui oppose les défenseurs d'une conception formaliste du droit international et ceux qui, conscients du caractère évolutif et contextuel de l'application des traités, proposent de dépasser une telle conception. Le rapport de la Commission précise que :

« Plusieurs délégations ont souligné le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités, pour permettre une interprétation dynamique qui tienne compte de l'évolution des circonstances et de l'apparition de nouveaux faits. On a également évoqué le fait que les juridictions internationales privilégiaient de plus en plus la méthode

²⁵¹⁴ CDI, Rapport de la CDI sur les travaux de sa 62e session 2010, Résumé thématique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa 62e session, Genève, 26 avril – 3 juin et 4 juillet – 12 août 2011, A/CN.4/638, p.23-24, §101

téléologique et objective d'interprétation des traités. Toutefois, certaines délégations ont souligné la nécessité de trouver un juste équilibre entre souplesse et stabilité dans les relations conventionnelles. On a notamment fait observer que la Commission devrait ménager un équilibre entre la règle pacta sunt servanda et la nécessité d'interpréter et d'appliquer les dispositions des traités dans leur contexte. On a également relevé qu'il était risqué de laisser la pratique l'emporter sur le texte d'un traité, et on a estimé que la modification d'un traité par la pratique ne devrait intervenir que dans des circonstances exceptionnelles. En outre, on a fait valoir que la prise en compte de la pratique ultérieure dans l'interprétation des traités pouvait soulever des problèmes d'application des traités dans l'ordre interne »²⁵¹⁵.

969. La Convention de Vienne de 1969 et les travaux de la CDI induisent une disjonction entre les règles relatives à l'interprétation des traités ou à la réception des conflits de normes et les règles relatives à la responsabilité internationale des États qui sanctionnent la violation des traités. Une telle distinction consiste à séparer, au sein du raisonnement judiciaire, l'entreprise de l'interprétation ou de la justification de la norme applicable et l'entreprise d'application ou de sanction du droit positif. Pourtant, le développement récent des règles relatives à la responsabilité internationale des États et la multiplicité des instances juridictionnelles spécialisées dans l'application et la sanction de corpus normatifs spécifiques semblent dessiner une responsabilité des États variant au gré du choix du forum de règlement des différends. Les risques juridiques afférents à cette responsabilité variable dépendront du régime de sanction dont dispose l'organe juridictionnel saisi du différend. En outre, les travaux récents sur la responsabilité des organisations internationales découlant de la violation d'une obligation internationale ou a raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale, laissent supposer que le

²⁵¹⁵ *Id.* §106 ; voy. ég. CDI, Rapport de la Commission du droit international, 62e session, 3 mai – 4 juin et 5 juillet – 6 août 2010, A/65/10, pp.26-28 et 343-353, spé. §351-352 La commission précise dans ce rapport de 2010 l'avancé de ces travaux : « 351. Les aspects abordés au cours des discussions du groupe d'étude ont porté notamment sur le point de savoir : si différents organes judiciaires ou quasi judiciaires ont une conception différente des accords et pratiques ultérieurs, ou ont tendance à leur attribuer un poids différent, dans l'interprétation des traités ; si la pertinence et la portée des accords et pratiques ultérieurs peuvent varier en fonction de facteurs relatifs au traité concerné, comme son âge, son objet ou son caractère rétrospectif ou prospectif. En général cependant, on a estimé qu'il n'»était pas possible de tirer des conclusions définitives sur ces questions à ce stade. (...)»352 Il était conclu dans l'additif que les alinéas a et b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités portant sur « tout accord ultérieur » et « toute pratique ultérieurement suivie » étaient les vestiges d'un projet plus ambitieux de la Commission à savoir traiter également du droit intertemporel et de la modification des traités. Ce projet plus ambitieux n'a pas pu être réalisé pour différentes raisons, notamment la difficulté de formuler de manière appropriée une règle générale sur le droit intertemporel et la réticence des États, lors de la Conférence de Vienne, à accepter une règle expresse sur la modification informelle des traités par la pratique ultérieure. Il ne semble toutefois pas que de nettes divergences de fond aient conduit à l'abandon du plan initial, plus ambitieux ».

développement de contradictions intersystémiques est susceptible d'avoir des conséquences considérables non seulement sur la responsabilité internationale des États, mais également sur celle des organisations internationales²⁵¹⁶.

§2. De multiples instances juridictionnelles compétentes pour la résolution des conflits de normes

970. En 1917, un observateur de l'affaire Costa Rica c. Nicaragua²⁵¹⁷ devant la Cour de Justice d'Amérique Centrale (CACJ) estimait que : « the very idea of international law seems to imply that the external activity of the state is limited by law, but ordinary courts of justice, because of their limited jurisdiction, cannot often consider cases involving such activity. There is, however, one type of case in which they may do so, that in which a conflict arises between the immediate will of the state as expressed in a treaty and international law »²⁵¹⁸. L'apparition de la problématique des conflits de normes et les opportunités qu'elle véhicule vis-à-vis du contrôle de l'activité internationale des États ne sont pas récentes. Pourtant, le contentieux relatif à cette question ne semble véritablement se développer que sous l'égide de certaines organisations internationales spécialisées ou régionales. La Cour internationale de justice, privée de contentieux relatif à ces questions ou refusant d'y jouer un rôle à sa mesure, n'a pas saisi l'opportunité que lui offrait cette problématique pour développer sa propre fonction. En 1917, la question doctrinale soulevée par l'affaire Nicaragua c. Costa Rica consistait à savoir : « How far has general practice recognized that the capacity of a state to conclude treaties is limited by customary international law and treaties which it has previously concluded with third states? »²⁵¹⁹ L'auteur du commentaire précisait que « the question can be answered by considering the

²⁵¹⁶ CDI, 61e Session, Rapport de la Commission du droit international, 4 mai – 5 juin et 6 juillet – 7 août 2009, A/64/10, ONU, New York, 2010, pp.14-182

²⁵¹⁷ CACJ, *Costa-Rica c. Nicaragua*, 1916, *AJIL* n° 11, 1917, pp.181 et s. Dans cette affaire le Costa-Rica alléguait que la conclusion par le Nicaragua du Traité Bryan-Chamorro de 1916, qui prévoyait la construction d'un canal interocéanique et un transfert des droits de propriété sur la rivière San Juan en faveur des États-Unis d'Amérique, constituait une violation du Traité Canas-Jerez qui liait le Nicaragua au Costa-Rica et établissait le régime de la rivière San Juan et qui prévoyait que le Nicaragua devait obtenir l'accord du Costa-Rica avant de se lancer dans la construction d'un tel canal si celui-ci était susceptible de causer un dommage aux droits naturels dont le Costa-Rica dispose sur cette rivière. La Cour a cependant reconnu que le Traité Bryan-Chamorro constituait une violation du Traité Canas-Jerez, mais conclut, vis-à-vis du statut et de la validité du Traité Bryan – Chamorro, que « *this Court can make no declaration whatsoever* ». voy. *AJIL* n° 11, p.229 voy. ég. CACJ, *El Salvador c. Nicaragua*, 1917, *AJIL* n° 11, 1917, pp.674 et s. Dans cette affaire, le Salvador alléguait que le même Traité Bryan-Chamorro constituait une violation du Traité d'Amitié entre les États d'Amérique Centrale. La Cour adopta une conclusion similaire. cf. BINDER (G.), « The Dialectic of Duplicity : Treaty Conflict and Political Contradiction », *Buffalo Law Review*, vol.34, 1985, pp.329-549,

²⁵¹⁸ WRIGHT (Q.), « Conflict between international law and treaties », *AJIL*, n°11, 1917, p.566 et 567

²⁵¹⁹ *Id.*, p.567

relative legal weight given to treaties and international law. If a treaty provision in conflict with a rule of international law or an earlier treaty is held to be inoperative by a national or international court, an actual limitation has been imposed upon the power of the state to contract. Sovereignty has been compelled to bow before the law »²⁵²⁰.

971. À l'époque où cette affaire est intervenue, la structure institutionnelle encadrant les relations interétatiques n'était pas développée au même degré de complexité qu'elle l'est aujourd'hui. Presque cent ans plus tard, la même question, pourtant, demeure. Néanmoins, aujourd'hui, une vaste multitude d'organisations internationales forment la structure institutionnelle du système juridique international et sont dotées de pouvoirs différents pour appliquer et rendre effectif leur système conventionnel. Dès lors, plusieurs questions se posent : l'instance de règlement des différends saisie d'un litige où l'une des parties invoque un conflit de normes juridiques internationales, est-elle compétente pour apprécier cette question ? Cette instance est-elle capable d'imposer, par une forme de contrainte, ses décisions aux États souverains ? Ces effets se limitent-ils aux seules parties au différend ou concernent-ils également les autres États membres de l'organisation à laquelle appartient le juge du for ? Sont-ils susceptibles d'affecter l'effectivité des normes d'un autre système juridique et la compétence de ses institutions, notamment l'organe juridictionnel dont il peut disposer ? Le règlement de ces litiges ne constitue-t-il pas, en définitive, l'enjeu d'un rapport de pouvoir entre les diverses juridictions internationales qui, toutes, oeuvrent à garantir l'effectivité et l'autonomie de leur système de référence ?

972. Nous avons pu établir, dans la première partie de ce travail, que les instances de règlement des différends de certains systèmes juridiques spécialisés disposent des moyens de contraindre ou de sanctionner l'État qui ne se plierait pas à sa décision. Concernant la première question, une analyse des compétences et de l'activité contentieuse respectives des diverses instances de règlement des différends internationaux nous permettra de constater que la seule cour ayant une compétence générale sur ces questions, c'est-à-dire la Cour internationale de justice, est paradoxalement privée de contentieux relatifs aux conflits de normes. Les États ne semblent pas enclins à traiter cette problématique sous l'égide de la Cour internationale et préfèrent s'en remettre à l'office d'organes de règlement des différends issus de systèmes juridiques spécialisés. Qu'il s'agisse d'un choix résultant d'une forme de forum shopping ou que cette situation résulte de la structure institutionnelle de la société interétatique, il convient simplement de remarquer que cette situation découle de la volonté politique des États, en particulier ceux les plus puissants.

²⁵²⁰ *Id.*, p.567-568

A. La CIJ : Une instance de résolution des conflits à compétence générale privée de contentieux relatifs aux conflits de normes

973. La Cour dispose d'une compétence générale d'interprétation du système juridique international. Une telle compétence englobe la problématique des conflits de normes internationales. Toutefois, le contentieux des conflits de normes ne s'est pas développé devant la Cour, qui n'a pu construire de jurisprudence précise vis-à-vis de cette problématique. Par ailleurs, la simple autorité de chose jugée attachée à ses arrêts n'a pas permis à la Cour de remplir un rôle déterminant dans la mise en cohérence du système juridique international.

1. La compétence générale de la Cour

974. Le statut de la Cour internationale de justice fixe le cadre de sa compétence. L'article 36 du statut, relatif à la compétence matérielle de la Cour, étend celle-ci « *à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus par la Charte des Nations unies ou dans les traités et conventions en vigueur* ». Le second alinéa de l'article 36 du Statut précise que :

« Les États parties au présent statut pourront (...) déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit (...), à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international ; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international »²⁵²¹.

975. La Cour a pour fonction de régler les différends entre États et d'interpréter les traités internationaux et le droit international. L'article 36 §2 b reconnaît une compétence générale à la Cour vis-à-vis de « *tout point de droit international* »²⁵²². Cette formulation vague permet d'englober la problématique des contradictions normatives. Toutefois dans cette formulation, rien n'indique de compétence spécifique en matière de conflit de normes, celle attribuée à la Cour pour appréhender cette problématique découle, de manière implicite, de sa fonction interprétative. De plus, le statut reconnaît la compétence de la Cour pour établir « *la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'un*

²⁵²¹ Article 36 du Statut de la CIJ

²⁵²² *Id.*

engagement international »²⁵²³. Celle-ci peut donc engager la responsabilité internationale des États et sanctionner les actes étatiques contrevenants à leurs engagements internationaux et qui constituent des faits internationalement illicites générateurs de la responsabilité internationale. Ainsi, la Cour est compétente pour sanctionner la violation d'une obligation internationale qui découle du respect ou de l'application d'une obligation contraire résultant d'une seconde norme juridique internationale. Dans tous les cas, si un doute subsistait encore sur la question de savoir si la Cour est compétente pour résoudre les conflits de normes le quatrième alinéa de l'article 36 dispose de manière générale qu'« *en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* »²⁵²⁴.

976. Cependant, ces deux fonctions, d'interprétation du droit et de sanction des comportements étatiques illicites, se combinent sous l'influence d'un raisonnement formaliste²⁵²⁵. Ce raisonnement consiste à justifier formellement le choix de la norme applicable pour régir les relations entre les parties avant d'en tirer les conséquences au regard de la responsabilité internationale des États. Ce mode de raisonnement conduit à une séparation stricte de l'entreprise de justification du choix de la norme applicable et de l'entreprise d'application de celle-ci par le juge. Dans cette perspective formaliste, la survenance d'un conflit de normes ne conduira pas le juge à tenter de concilier les deux normes contradictoires ni à puiser, dans le contexte de l'espèce ou dans une appréciation conséquentialiste de l'application des normes, les éléments de justification de sa décision. Au contraire, la fonction interprétative de la Cour la conduira à déterminer une priorité formelle d'application en faveur d'une des deux normes seulement. Dès lors, le comportement étatique qui consiste à appliquer la norme qui n'est pas considérée comme

²⁵²³ *Id.*

²⁵²⁴ *Id.*

²⁵²⁵ Olivier Corten analyse les jurisprudences de la Cour et précise : « *Il n'est guère besoin de développer une analyse pointue de la jurisprudence de la Cour internationale de justice pour affirmer que, de manière générale, la méthode et le type de discours qu'elle utilise apparaît infiniment moins variée que ce que l'on peut observer dans la doctrine. On peut, au-delà de l'unité que présuppose ce dernier terme, distinguer de multiples tendances, courants et écoles, dont certains pourraient être qualifiés de formaliste et d'autres de non formalistes voire d'anti-formalistes. La motivation produite par la Cour apparaît, par contraste, beaucoup moins diversifiée et, à première vue, manifestement peu émancipée des canons du positivisme juridique. Non que des juges partisans d'une certaine déformalisation du droit n'aient jamais pénétré dans l'enceinte du palais de la paix, comme en témoignent, à plusieurs décennies de distance, les cas des juges Alvarez et Cançado Trindade. Mais, précisément, une comparaison des opinions individuelles ou dissidentes de ceux-ci avec les arrêts ou avis effectivement rendus par la Cour donne la mesure de la prégnance du formalisme dans la motivation des décisions rendues par le principal organe judiciaire des Nations Unies. Et il nous semble, sur ce point, difficile de dénoter une évolution ou un changement notable des raisonnements produits par la Cour, en opposant par exemple une jurisprudence ancienne qui serait formaliste à une autre, plus récente, qui le serait moins* ». CORTEN (O.), « La thèse de la déformalisation du droit international et ses limites: L'exemple de la jurisprudence de la cour internationale de justice », *Observateur des Nations Unies*, 2011-1, vol.30, p.81 ; voy. eg. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Rec. 1996, p.237, §18 ; CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif du 22 juillet 2010, p.12, §27

prioritaire constituera, mécaniquement, un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

2. L'absence de contentieux relatif aux contradictions non-antagoniques du droit international

977. La doctrine remarque que le contentieux des conflits de traités devant la Cour est, exception faite de certains litiges relatifs au contentieux territorial, rare, voir inexistant²⁵²⁶. On repère en effet quatre affaires dans lesquelles la Cour a eu l'occasion d'affronter directement cette problématique. Néanmoins, ces affaires sont intervenues sous l'office de la Cour permanente de justice, aucune affaire n'est intervenue depuis la création de la Cour internationale de justice. Parmi ces quatre affaires, deux concernent "*the validity of inter se modification agreements*" tandis que les deux autres concernent "*the problem of the relationship between concurrent instrument conferring jurisdiction to the Court*"²⁵²⁷.

978. Dans l'affaire *Oscar Chin*²⁵²⁸, la Cour permanente de justice a déterminé la relation existant entre la Convention de Saint-Germain de 1919 et l'Acte général de Berlin de 1885. Ce dernier établissait un régime international pour le bassin du Congo et contenait une clause prévoyant que la modification de l'accord ne pouvait intervenir qu'avec l'accord de l'ensemble des parties. La Convention de Saint-Germain, conclue entre certaines parties seulement de l'Acte général de Berlin, emportait l'abrogation de certaines dispositions de celui-ci et consacrait un nouveau régime pour le bassin du Congo. La Cour a conclu : « *In the present case the Convention of Saint Germain of 1919 ; which both Parties have relied on as the immediate source of their respective contractual rights and obligations, must be regarded by the Court as the Act which it is asked to apply ; the validity of this Act has not so far, to the knowledge of the Court, been challenged by any government* »²⁵²⁹. En d'autres termes, et comme le note la doctrine : « *the position adopted by the Permanent court in upholding the applicability of the Convention of Saint Germain discloses its rejection of the view that an inter se agreement is invalid if it infringes the rights of third States under a prior treaty. (...) Such an agreement remains valid even if the*

²⁵²⁶ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., pp.191 et s. ; BORGES (C.), « Resolving Treaty Conflicts », op. cit., pp.576 et s. ; PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, op. cit., pp.400 et s.

²⁵²⁷ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Confilcts Between Treaties*, op. cit., p.191

²⁵²⁸ CPJI, affaire *Oscar Chinn*, Royaume-Uni c. Belgique, jugement du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n° 63, p.65

²⁵²⁹ *Ibid.* p.80

prior treaty includes an express provision prohibiting future inter se modifications »²⁵³⁰. Deux opinions dissidentes ont déploré la solution retenue par la Cour. Les juges Van Eysinga et Schücking considéraient notamment que l'Acte général de Berlin constituait, non pas un *jus dispositivum*, mais déterminait plutôt un statut ou « *a constitution* » pour le bassin du Congo²⁵³¹. Dès lors, l'accord de modification *inter se*, établi en violation du traité précédent, aurait dû être écarté²⁵³².

979. Dans l'affaire de la Commission européenne du Danube²⁵³³, la Cour permanente de justice a, par un avis consultatif, adopté le même raisonnement. Dans cette affaire, le traité de Versailles avait établi un régime international pour le Danube définissant les compétences et pouvoirs de la Commission européenne créée afin de gérer le fleuve²⁵³⁴. Postérieurement, certaines parties ont conclu une autre convention modifiant les compétences et pouvoirs de ladite commission. Analysant la capacité des Parties à signer une telle convention, la Cour a estimé que « *as all Governments concerned in the present dispute have signed and ratified both Treaty of Versailles and the Definitive Statute, they cannot, as between themselves, contend that some of its provisions are void as being outside the mandate given by the Danube Conference under Article 349 of the Treaty of Versailles* »²⁵³⁵.

980. Dans l'affaire des *concessions de Mavrommatis en Palestine*, la Cour s'est prononcée sur le conflit entre les dispositions relatives à la compétence de la Cour de deux traités différents. Le Mandat pour la Palestine de 1922 prévoyait que tout différend entre le mandataire et un autre membre de la Société des Nations, relatif à l'interprétation et l'application du Mandat et ne pouvant être réglé par voie de négociation, devait être soumis à la Cour permanente de justice internationale. Au contraire, le Protocole XII du Traité de paix de Lausanne du 24 juillet 1923 relatif aux concessions, dont celle de M. Mavrommatis, ne contenait aucune disposition attribuant compétence à la Cour permanente pour connaître des différends relatifs à son interprétation et son application²⁵³⁶. Pourtant, la Cour a choisi d'appliquer le protocole XII du traité de Lausanne dans la mesure où il constituait un traité spécial et postérieur :

²⁵³⁰ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.193 ; voy. eg *Troisième Rapport sur le Droit des Traités* de Sir Humphrey Waldock, *Yearbook of International Law Commission*, 1964, vol.II, p.41 §25

²⁵³¹ *Opinion dissidente* du juge Jonkheer van Eysinga, in CPJI, affaire *Oscar chin*, jugement du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n° 63, p.131

²⁵³² *Opinion dissidente* du juge M. Schücking, in CPJI, affaire *Oscar chin*, jugement du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n° 63, p.148

²⁵³³ CPJI, *Avis consultatif* du 8 décembre 1927, CPJI Série B, n° 14, p.4

²⁵³⁴ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.193

²⁵³⁵ CPJI, *Avis consultatif* du 8 décembre 1927, CPJI, Série B, n° 14, p.23

²⁵³⁶ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.194

« Il est certain que le Protocole XII constitue un acte international distinct et indépendant du Mandat pour la Palestine. Il mentionne tout spécialement et explicitement des concessions telles que celles de M. Mavrommatis, tandis que l'article II du Mandat ne les vise qu'implicitement. Enfin, ce Protocole est postérieur au Mandat. Il existe donc toutes les conditions requises pour que ses clauses puissent primer celles du Mandat. Bien que les termes du Mandat revêtent un caractère particulier comme ayant été définis par le Conseil de la Société des Nations, aucune des Parties n'a soutenu qu'un Membre de la Société des Nations ne pourrait renoncer à des droits qu'il tient du Mandat »²⁵³⁷.

981. Enfin, dans l'affaire de la Compagnie électrique de Sofia et de Bulgarie²⁵³⁸ la Cour « was brought to examine the relationship between the Declaration of Belgium of 10 March 1926 and of Bulgaria of 12 August 1921 recognizing compulsory jurisdiction of the Court, on the one hand, and the Treaty of Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement of 23 June 1931, on the other hand »²⁵³⁹. La Cour statua sur l'applicabilité concurrente de chacun des traités :

« La Cour partage la manière de voir des Parties. À son avis, la multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction obligatoire atteste chez les contractants la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou de les laisser se neutraliser mutuellement. En concluant le Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, la Belgique et la Bulgarie ont eu en vue d'adopter un système très développé d'obligations réciproques ayant pour objet la solution pacifique des différends qui viendraient à s'élever entre elles. Mais on ne serait guère justifié à penser que, par cela même, elles auraient voulu porter atteinte aux obligations qu'elles avaient contractées précédemment dans un but analogue ; et ceci, notamment, pour le cas où ces obligations seraient plus étendues que celles découlant du traité. Il s'ensuit que si, dans un cas donné, un différend ne pouvait pas être soumis en vertu des déclarations par lesquelles la Belgique et la Bulgarie ont accepté comme obligatoire la juridiction de la Cour, conformément à l'article 36 de son Statut, on ne saurait

²⁵³⁷ CPJI Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, jugement du 30 août 1924 (Grèce c. R.U.), CPJI, Série A, n° 2, p.6

²⁵³⁸ CPJI, Affaire de la Compagnie électrique de Sofia et de Bulgarie (Belgique c. Bulgarie), jugement du 4 avril 1939 (exceptions préliminaires), CPJI, Série A/B, n° 77, pp.64 et s.

²⁵³⁹ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.195

*se prévaloir du traité pour empêcher que lesdites déclarations produisent leurs effets et que le différend soit ainsi soumis à la Cour »*²⁵⁴⁰.

982. Ainsi, la Cour reconnaît que les instruments relatifs à sa compétence ont un effet cumulatif²⁵⁴¹. Comme le remarque Seyed Ali Sadat-Akhavi, "*in the cas of multiplicity of such instruments, the Court can base its jurisdiction on any of them regardless of the fact that such jurisdiction may have been denied under other instruments*"²⁵⁴². En d'autres termes, la Cour considère que le rejet de sa compétence par un instrument n'emporte aucun effet sur la consécration de sa compétence par un autre instrument²⁵⁴³ ; « *each instrument has an independant applicability and there is no canceling-out effect between them* »²⁵⁴⁴. Aucun contentieux n'est apparu, jusqu'alors, devant la Cour internationale de justice. Pour pallier cette absence et préciser les relations entre traités en cas de conflits, la CDI sollicite des informations des États vis-à-vis de leur pratique et de leur appréhension de la problématique générale des « *traités dans le temps* »²⁵⁴⁵.

B. Les organes juridictionnels des SER : Acteurs principaux de la résolution effective des conflits de normes

983. Les États ne semblent pas enclins, pour diverses raisons, à présenter devant la Cour internationale de justice leurs différends relatifs aux conflits de normes. Au contraire, le contentieux des conflits de normes se développe devant les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés du droit international. Néanmoins, la réception de la problématique des conflits de normes intervient de manière différenciée en fonction de leur compétence respective. En effet, les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés du droit international ne disposent pas d'une compétence générale à cet égard. Au contraire, leurs compétences sont spécialement déterminées par leurs propres statuts et

²⁵⁴⁰ CPJI, Affaire de la *Compagnie électrique de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), jugement du 4 avril 1939 (exceptions préliminaires), CPJI, Série A/B, n° 77, p.76

²⁵⁴¹ SADAT-AKHAVI (S.), *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, op. cit., p.196

²⁵⁴² *Id.*

²⁵⁴³ *Id.*

²⁵⁴⁴ *Id.*

²⁵⁴⁵ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 63e session du 3 mai au 4 juin et du 5 juillet au 6 août 2010, Doc. N° 10 (A/65/10), §354 : « À sa réunion du 28 juillet 2010, le groupe d'étude a également examiné la possibilité d'inclure une demande d'informations aux gouvernements dans le chapitre III du rapport de la Commission sur la présente session, et de charger le secrétariat de porter cette demande à l'intention des gouvernements. De l'avis général au sein du groupe d'étude, les renseignements fournis par les pratiques ultérieurs qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire d'un organe international. C'est pourquoi le groupe d'étude a recommandé à la Commission que le chapitre III de son rapport comporte une section consacrée à une demande d'informations sur le sujet "Les traités dans le temps" et que cette demande soit portée à l'attention des États par le secrétariat ».

n'englobent la problématique des conflits de normes que de manière incidente. La fonction et la compétence de ces organes juridictionnels consiste à l'interpréter et l'appliquer les normes de leur système de référence. Dans cette perspective, la prise en compte des normes extérieures participe à façonner l'interprétation des normes du système de référence de l'organe juridictionnel devant lequel le conflit de normes est évoqué.

1. La compétence des SER : appliquer les normes de leur système de référence

984. La compétence des organes juridictionnels des SER est définie par leurs statuts. Emmanuel Roucounas estime à ce titre que la fonction et la charge attribuées à ces organes juridictionnels sont d'appliquer les normes de leur propre système de référence²⁵⁴⁶. À ce titre, la situation initiale des relations intersystèmes consiste en une nette indifférence des systèmes les uns par rapport aux autres. L'article 3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends devant l'ORD prévoit notamment que « *le système de règlement des différends de l'OMC (...) a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». Tel était également la compétence des organes juridictionnels de la Communauté européenne initialement établie par le traité de Rome²⁵⁴⁷. L'extension de cette compétence au respect des droits fondamentaux n'allait pas de soi²⁵⁴⁸ et constitue une situation exceptionnelle au regard de la pratique des autres systèmes juridiques internationaux.

985. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des communautés européennes n'est d'ailleurs pas anodine à ce titre. La doctrine constate

²⁵⁴⁶ ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, vol.6, n°206, pp.85 et s

²⁵⁴⁷ L'article 220 du Traité de Rome prévoit : « *La Cour de justice et le tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité* ». Cet article a été repris en des termes identiques par l'article 19 du Traité sur l'UE.

²⁵⁴⁸ Pour Denys Simon : « *Les rapports entre les deux ensembles conventionnels, d'une part, et entre les deux mécanismes de contrôle juridictionnel, d'autre part, [n'ont] pas été envisagés lors de la signature des traités communautaires. Il semblait au contraire évident que les questions d'intégration économiques relevaient du droit communautaire et de la compétence de la Cour de Luxembourg, tandis que les problèmes liés à la protection des droits fondamentaux entraient dans le champ de la Convention européenne des droits de l'homme et dans la compétence des organes de Strasbourg. Cette séparation congénitale des deux domaines d'intervention, et par voie de conséquence des deux sphères de compétence juridictionnelle, explique sans doute dans une large mesure les équivoques qui ont affecté, d'une part, la reconnaissance par la Cour de Luxembourg du statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire, et, d'autre part, la reconnaissance par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme du statut de la Communauté européenne dans l'ordre juridique de la Convention* ». ; SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plu » ? », *Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp.31-49, spé. p.36

cependant qu'au cours de l'année 2006-2007, seuls 6 %²⁵⁴⁹ des arrêts de la Cour de Luxembourg font référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Au total, sur cette période, vingt-et-un arrêts de la Cour de justice des communautés européennes se réfèrent expressément aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, ce constat « doit (...) être replacé dans le contexte général du contentieux soumis à [la] Cour [de justice des communautés européennes], qui relève de domaines souvent purement techniques, et a priori éloignés des préoccupations liées aux droits fondamentaux »²⁵⁵⁰. De plus, Malenovsky insiste, « au-delà des chiffres (...), sur l'importance que revêt la prise en compte de ces droits fondamentaux dans l'élaboration du droit communautaire, qu'il soit institutionnel, matériel ou procédural »²⁵⁵¹.

986. Nous verrons que le choix d'intégrer les droits fondamentaux au droit communautaire se justifie par des raisons politiques et stratégiques et participe d'une volonté de construire un ordre constitutionnel européen²⁵⁵². En effet, la consécration et l'optimisation²⁵⁵³ jurisprudentielle des droits fondamentaux s'accompagnent d'une évolution de la conception normative de l'homme dans le système juridique communautaire ; cette dernière évoluant depuis une conception restrictive qui réduit l'individu à sa fonction « d'agent économique »²⁵⁵⁴ vers une autre, extensive, qui le considère en tant que « citoyen », « sujet politique » et « moral »²⁵⁵⁵. Le nouvel article 6 du Traité sur l'Union européenne parachève le mouvement de promotion des droits

²⁵⁴⁹ MALENOVSKY (J.), « Les répercussions de certains arrêts récents de la CEDH sur la jurisprudence communautaire », Discours du 9 novembre 2007 lors de la Visite d'une délégation de la Cour de justice des communautés européennes auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0F6C969C-05F7-4A35-A0BA-C4CCCE0DBC09/0/CJCE_discours_Malenovsky.pdf

²⁵⁵⁰ *Id.*

²⁵⁵¹ *Id.*

²⁵⁵² *Infra.*, Section 2, §2, B, iii) les processus de constitutionnalisation des SER.

²⁵⁵³ Gérard Cohen-Jonathan considère notamment qu'un « un système de protection des droits fondamentaux ne vaut pas seulement par le contenu des droits protégés, mais par l'existence de recours directs, accessibles et effectifs ». COHEN-JONATHAN (G.), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp.3-31, spé. p.8 ; DEAL (E.), *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires — La Cour de justice face à la Communauté de droit*, Thèse, Aix-en-Provence, 2006, pp. 379-440 ; Pour une approche en droit de la santé : BÜCHEL (I.), *Les rapports entre santé et libertés économiques fondamentales dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse, Aix-en-Provence, 2009, pp.8-28

²⁵⁵⁴ HETSCH (P.), « Émergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE », *RTDE*, 1982, pp.514 (511-555) ; DEAL (E.), *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires — La Cour de justice face à la Communauté de droit*, Thèse, Aix-en-Provence, 2006, spé. p.352, pp.271-377 ; WACSHMANN (P.), « Les droits de l'homme », *RTDE* 1997, pp.883-902, spé. 9.898 ; REDOR (M.J.), « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF* n°1/2002, pp.91-102, spé., p.96 et s

²⁵⁵⁵ REICH (N.), « A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law », *ELJ*, 1997, pp.131-1664 spé. p.132

fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire entamé par la Cour de justice²⁵⁵⁶ et progressivement codifié par les traités de Maastricht, Nice et Lisbonne²⁵⁵⁷. Cet article qui dispose de l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁵⁸, offre un fondement à l'intégration des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire en tant que principes généraux²⁵⁵⁹. En outre, par la reconnaissance de la valeur normative de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'article 6 consacre un catalogue autonome de droits fondamentaux, concurrent de celui établi par la convention européenne des droits de l'homme²⁵⁶⁰. Cet article suscite cependant de nombreuses

²⁵⁵⁶ La CJCE a d'abord considéré, par des références indirectes, que la Convention européenne des droits de l'homme pouvait constituer une source matérielle du droit communautaire. cf. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.*, p.491 : Dans cet arrêt la Cour mentionne explicitement comme source de ces droits fondamentaux « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » et reconnaît que ceux-ci peuvent « fournir des indications dans le cadre du droit communautaire » ; CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 ; Par la suite, la Cour de Luxembourg s'est directement référé et a appliqué elle-même les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme : CJCE, 21 septembre 1989, « *Hoechst* », 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 ; . CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, C-185/95 P, *Rec.*, I, p. 8417 .

²⁵⁵⁷ Pour une analyse systématique des apports respectifs des deux révisions du traité de Rome en matière de droits fondamentaux, voy. RIDEAU (J.), « Le Rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, t. 265, pp. 29 s. ; CONSTANTINESCO (V.), « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, pp. 33 s. ; LABAYLE (H.), *Droits fondamentaux et Droit européen*, AJDA, 1998, n° spécial, « Les droits fondamentaux », pp. 75 s. ; SIMON (D.), « La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne de Maastricht à Amsterdam, aliquid novi ? quid juris ? », *Law in a Greater Europe, Studies in Honour of H. Klebes*, La Haye, Kluwer, 2000, pp. 227 s. ; SUDRE (F.), « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, p.100 ; SUDRE (F.), « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », *Droit international et Droit communautaire : perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 169 s. ; WACHSMANN (P.), « Les droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 1997, p. 884 ; Pour une analyse des apports du traité de Lisbonne : cf. Communication commune des Présidents de la CEDH, Jean Paul Costa, et de la CJUE, Vassilios Skouri du 27 janvier 2011, Communiqué de Presse du Greffier de la Cour n°075

²⁵⁵⁸ Article 6§2 ; Une partie de la doctrine militait depuis de nombreuses années pour une telle adhésion. COHEN-JONATHAN (G.), « La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne », in *Mélange Fernand Dehousse*, Vol.1, Nathan, Paris, 1979, pp.157-168 ; COHEN-JONATHAN (G.), « L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 17 mars 1995, pp.49-53 ; BENOIT-ROHMER (F.), « L'adhésion de l'union à la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, vol.12, 15 sept. 2000, pp.57-61 ; D'autres auteurs estimaient au contraire que la Convention constituait un instrument obsolète et que l'Union, en se dotant d'une charte des droits fondamentaux plus moderne, pourrait atteindre un standard de protection plus élevé. cf. JACQUE (J.P.), « La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne », *RUDH* sept. 2000, n°spécial « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », août 2000, n° 264, p.25 ; DE SCHUTTER (O.), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation » ; Étude publiée sur le site de parlement européen, 10 avril 2010, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100427ATT73610/20100427ATT73610FR.pdf>

²⁵⁵⁹ Article 6§3 du Traité sur l'Union Européenne : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

²⁵⁶⁰ LE BOT (O.), « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *RTDH* vol.55, 2003, pp.790 et s.

interrogations²⁵⁶¹. En effet, la double stratégie²⁵⁶², d'adhésion à la CEDH et d'élaboration d'un catalogue autonome de droits fondamentaux, présente le risque d'affecter la sécurité juridique pour les justiciables et les États membres²⁵⁶³. Elle risque, en particulier, de favoriser l'émergence de *conflits entre les catalogues*²⁵⁶⁴ et de conflits entre les interprétations et *les sentences*²⁵⁶⁵ rendues par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes.

987. L'ORD n'a pas étendu de la sorte sa propre compétence. Il n'entre pas dans son champ de compétence d'assurer le respect et l'application des normes extérieures au système de l'OMC²⁵⁶⁶. Ainsi, l'ORD n'est pas compétent pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux, mais pour assurer l'effectivité des normes du droit de l'OMC. De ce point de vue, l'ORD n'a pas, *a priori*, de compétence pour résoudre les conflits de normes internationales. Si le Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit, par référence aux règles coutumières d'interprétation du droit international, que l'ORD interprète et applique les dispositions des accords commerciaux en tenant compte des autres normes internationales pertinentes ; celui-ci ne prévoit pas qu'il soit à sa charge d'appliquer ces autres normes pertinentes. L'ORD n'a pas vocation à confronter les

²⁵⁶¹ La consécration des droits fondamentaux au rang de principes généraux est considéré nuire à la clarté des droits fondamentaux et à la prévisibilité de leur application. LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 20 juillet -20 août 1998, n°spécial « Les droits fondamentaux », p.82 ; LE BOT (O.), « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *RTDH* vol.55, 2003, pp.781-810 ; pour les questions institutionnelles relatives à l'adhésion de l'UE à la CEDH : DE SCHUTTER (O.), « Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », Note à l'attention de la Commission institutionnelle du Parlement européen en vue de l'audition du 18 mars 2010, pp.1-15

²⁵⁶² Le professeur Verges précise : « *La problématique des droits fondamentaux dans la Communauté a été établie dès le milieu des années soixante-dix et elle n'a pas été substantiellement modifiée depuis. Trois voies s'offraient à la Communauté : la voie normative, la voie jurisprudentielle, où l'adhésion à des instruments internationaux adéquats* ». VERGES (J.), « Droits fondamentaux de la personne et principe généraux du droit communautaire », in *L'Europe des Droits — Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p.515

²⁵⁶³ Robert Badinter considère à ce titre que « *la sécurité juridique des individus n'est pas assurée, puisqu'ils ne peuvent s'assurer du contenu précis d'un droit fondamental et, de surcroît, parce que devant leur juge national, chargé à la fois de l'application du droit communautaire et du droit de la Convention européenne, deux solutions divergentes peuvent être retenues* ». Une telle appréciation confirme la multistatennarité des systèmes juridiques en matière de droits fondamentaux. BADINTER (R.), « Unité ou pluralisme, à propos de la garantie des droits de l'homme en Europe », *Revue québécoise de droit international*, 2000, n° 13, p.30 ; en ce sens voy. ég. FAVOREU (L.), Intervention lors de la discussion sur la « garantie des droits : les droits de procédure et les mécanismes de protection », *Regards sur l'actualité*, n°spécial « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », août 2000, n° 264, p.93

²⁵⁶⁴ LE BOT (O.), « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *op. cit.*, p.796

²⁵⁶⁵ *Id.*, p.796

²⁵⁶⁶ ZAGEL (G. M.), « Human Rights Accountability of the WTO », *Human Rights and International Legal Discourse* n°1, 2007, pp.335-382, spé. 345 : « *The WTO does not reject the existence of human rights, or the applicability to its activities, but simply denies that human rights are relevant in WTO context, or that its function is to protect human rights* ».

normes de son système de référence à des normes extérieures pour déterminer le droit applicable au différend qui lui est soumis. La résolution des conflits de normes par les organes de règlement des différends des SER relève d'une compétence accidentelle ou incidente. En d'autres termes, bien que ces organes n'aient pas vocation à appliquer les normes des systèmes extérieurs, en particulier celui des droits de l'homme, leurs décisions sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'effectivité des droits de l'homme²⁵⁶⁷.

2. Une compétence incidente en matière de résolution des conflits de normes

988. La résolution des conflits de normes par les organes juridictionnels des SER relève d'une compétence accidentelle. Les organes juridictionnels des SER n'ont pas vocation à appliquer les normes de systèmes extérieurs et ne sont pas compétents à cet égard. Si ces organes accueillent des normes extérieures, c'est uniquement afin d'interpréter les normes de leur système de référence²⁵⁶⁸. L'ORD, par exemple, ne fait référence aux normes extérieures que dans la stricte mesure où celles-ci sont utiles pour clarifier les dispositions du droit de l'OMC, en particulier les exceptions prévues à l'article XX²⁵⁶⁹. L'article XX apparaît comme un relai ou une interface entre le système de l'OMC

²⁵⁶⁷ Les rapports successifs de Mr OLOKA-ONYANPO et Md DEEPIKA UDAGAMA auprès du Conseil économique et social des Nations Unies démontrent parfaitement cet impact des règles commerciales internationales sur la jouissance et l'effectivité des droits fondamentaux. UN ECOSOC, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights : Globalization and its impact on the Full Employment of Human Rights*. Preliminary Report, in accordance with Sub-Commission resolution 1999/8 and Commission on Human Rights decision 2000/102 (E/CN.4/Sub.2/2001/10) ; Final Report Submitted in accordance with Sub-Commission decision 2002/105 (E/CN.4/Sub.2/2003/14) ; Voy ég. Pour une étude de l'impact des normes commerciales sur l'effectivité des droits de l'homme : GARCIA (F.J.), « The Global Market and Human Rights : Trading Away the Human Rights Principle », *Brooklin Journal of International Law*, vol. XXV, n°1, 1999, pp.52-100, cet auteur considère notamment que : « *The regulatory framework which international economic law provides for globalization operates according to a view of human nature, human values and moral decision making fundamentally at odds with the view of human nature (...) values and moral decision making which underlines human rights law. The human rights movement could thus find in market globalization the ultimate victory of a regulatory system that, by nature and operation, cannot properly take into account what human rights movement holds most dear : that underlying positive human rights laws are moral entitlements that ground moral, political, and legal claims of special force, claims which must be morally and legally prior to society and the state. (...) It is this inalienability and priority of human right, which this article refers as « human right principle » justifying international human rights law (...) which is at risk of being « traded away », if you will, when human rights laws and the claims and values they presupposes, come into conflict with trade law and trade values (...) in the WTO dispute settlement mechanism* ».

²⁵⁶⁸ Rappelons à cet égard que l'utilisation de la règle *lex specialis*, dans ses deux dérivations, a jusqu'alors permis à l'ORD de ne pas avoir à reconnaître formellement l'existence d'un conflit normatif entre les droits de l'homme et de droit de l'OMC. cf. *Supra.*, Partie 1, Chapitre 4 section 2

²⁵⁶⁹ PANDAY (A.), « The Role of International Human Rights Law in WTO Dispute Settlement », *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, n°16, 2009, pp.245-274

et son environnement normatif en particulier le système des droits de l'homme²⁵⁷⁰. L'utilisation du concept indéterminé de « *restriction nécessaire* »²⁵⁷¹ au commerce pour la sauvegarde d'intérêts extraéconomiques offre une marge d'interprétation aux panels et à l'organe d'appel qui rend possible une certaine perméabilité de la frontière entre le système de l'OMC et les autres systèmes du droit international. En d'autres termes, l'ORD interprète la portée de l'article XX à la lumière de ce qu'il croit lire dans les normes issues de systèmes extérieurs. Par ce biais, l'ORD détermine *a contrario* l'étendue du champ d'application du droit de l'OMC par rapport aux autres systèmes du droit international, c'est-à-dire par rapport à son environnement normatif en tant que limite extérieure²⁵⁷².

989. La résolution des conflits de normes par l'ORD procède par absorption²⁵⁷³. En effet, l'ORD intègre les normes extérieures à son système comme des éléments contribuant à l'interprétation de son propre système. Toutefois, la réception et l'interprétation de ces éléments extérieurs interviennent sous l'égide du paradigme interprétatif du for, c'est-à-dire l'objectif de libéralisation des échanges. Cette absorption implique donc une dénaturation ou une relecture du sens des normes extérieures qu'il accueille à l'aune de son paradigme interprétatif spécifique²⁵⁷⁴. Cette manipulation du sens lors de l'absorption de la norme extérieure consiste en une métonymie, c'est-à-dire la substitution de l'effet à la cause. La réception des normes extérieures au système de l'OMC transforme une norme extérieure substantielle, par exemple le respect de la dignité humaine d'où découle le droit à la santé, en une exception au commerce international, c'est-à-dire une modalité de protection de la

²⁵⁷⁰ *Id.* ; Pour une analyse identique du rôle de l'article XX dans les relations du GATT avec les accords environnementaux : cf. BREE (A.), « Article XX GATT – QUO VADIS ? The Environmental Exception After the Shrimp/Turtle Appellate Body Report », *Dickinson Journal of International Law*, vol.17 n°1n 1998-1999, pp.99-135

²⁵⁷¹ Notons que ce même concept a permis à la Cour européenne des droits de l'homme de reconnaître l'existence de conflit entre les droits fondamentaux.

²⁵⁷² Niklas Luhmann considère notamment que ce qui constitue la spécificité d'un système, ce n'est pas tant la somme de ses parties, mais plutôt ce qui le différencie de son environnement. La relation système-environnement supplante la relation tout-partie dans la conception des systèmes par cet auteur. Il se s'agit pourtant pas d'un caractère ontologique, au contraire, sa conception intersubjective de la réalité l'amène à considérer les relations de communication comme le fondement de la différence entre ce qui appartient au système et ce qui lui est extérieur. En effet, Luhmann précise qu'il « y a (...) deux innovations pouvant être mises à profit par une sociologie du droit qui se veut fondée d'un point de vue théorique : 1) la théorie de la différenciation des systèmes qui, sous l'impulsion de la théorie générale des systèmes, conçoit la différenciation comme l'établissement de relations entre le système et son environnement ; et 2) l'hypothèse qu'une telle différenciation externe n'est possible que par l'établissement d'une clôture autoréférentielle des systèmes qui se différencient, parce que ceux-ci n'ont aucune autre possibilité de distinguer leurs propres opérations de celles de leur environnement ». In LUHMANN (N.), « Le droit comme système social », *Droit et Société* n°11/12/1984, p.56 (pp.53-67) ; Voy. not. LUHMANN (N.), « Sinn als Grundbegriff der Soziologie », in *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, p.30 cité par GARCIA AMADO (J.A.), « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société* n°11-12/1989, pp.15-52 ;

²⁵⁷³ *Supra.*; Chapitre 4 section 2

²⁵⁷⁴ *Supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 4, section 2, §2 C) i) l'absorption une figure aliénante de l'accumulation normative

santé publique. L'utilisation du concept indéterminé de « *restriction nécessaire* » permet à l'ORD, à l'instar du raisonnement employé par la Cour européenne des droits de l'homme, de reproduire une unité dialectique des contraires au sein même du système de l'OMC et ainsi d'intérioriser, en la transformant, la tension qui existe entre le principe de libéralisation du commerce international et les valeurs extraéconomiques promues par les droits de l'homme. En ce sens, l'ORD transforme une norme substantielle extérieure en une norme procédurale intérieure. La résolution des conflits entre les normes de l'OMC avec les systèmes extérieurs se présente alors sous la forme d'un conflit de normes internes au système de l'OMC. Plus précisément, cette résolution se présente sous la forme du rapport entre la norme substantielle de libéralisation des échanges et la norme procédurale qui fixe les limites de son application, l'article XX du GATT. Néanmoins, par ricochet, il substitue à une norme qui, dans son système de référence combine intérêt légitime et intérêt à agir, une autre norme qui, dans le système de l'OMC, ne consacre plus qu'un intérêt légitime n'ouvrant pas de droit à l'action et pouvant être invoqué uniquement sous la forme d'un moyen de défense et selon une perspective instrumentale ou procédurale, pour justifier la violation des dispositions substantielles du droit de l'OMC.

Section 2 : La proportionnalité, une méthode commune de résolution des conflits de normes

990. L'utilisation du critère de proportionnalité se banalise dans le traitement des contradictions normatives non-antagoniques par les organes juridictionnels des SER et, bien que dans des formes encore embryonnaires, le recours à une pragmatique contextuelle est de plus en plus assumé par ces juridictions. En particulier, ces méthodes sont employées lorsque les normes d'un système juridique spécialisé du droit international emportent des conséquences sur l'effectivité des droits fondamentaux. Un grand nombre de systèmes juridiques internationaux dotés d'un organe juridictionnel recourent au concept de « *restriction nécessaire* » et au critère de proportionnalité pour faire face aux conflits de normes et de valeurs qui peuvent surgir dans leur relation avec leur environnement normatif.

991. De manière générale, les juges du système des droits de l'homme recourent quasi systématiquement à cette méthode pour résoudre les conflits de droits. Les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, tels que la Convention interaméricaine des

droits de l'homme²⁵⁷⁵ ou la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁷⁶, ont développé une certaine conception et une utilisation particulières de la proportionnalité. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples²⁵⁷⁷, par *emprunts*²⁵⁷⁸ successifs, développe également les notions d'obligations positives et de restrictions nécessaires sans toutefois recourir à un contrôle aussi minutieux de la proportionnalité que ces homologues européen et américain²⁵⁷⁹.

992. Cependant, les SER à vocation économique et commerciale utilisent également le concept de « *restriction nécessaire* »²⁵⁸⁰ et le critère de proportionnalité²⁵⁸¹. Ceux-ci les utilisent comme des boucles de rétroaction autoréférentielles qui assurent l'actualisation et l'évolution de leur système de référence au regard de l'évolution rapide des contextes d'application. L'ORD comme la CJCE et, dans une moindre mesure, les tribunaux qui

²⁵⁷⁵ À propos de l'utilisation de la proportionnalité par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : Dans le contexte de l'expropriation : Cf. BONNEAU (K.), « Le droit à réparation des victimes de violation des droits de l'homme : Le rôle pionnier de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », contribution disponible sur le site : www.droit-fondamentaux.org ; voy ; ég. BONNEAU (K.), *Le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme en droit international, le cas du Chili*, thèse soutenue à l'Université Paris VII, 2003, 1084p. ; En matière de détention : ROTA (M.), « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *CRDF*, n° 7, 2009, pp.189-198, spé. p.196 et s.

²⁵⁷⁶ *Supra*. Chapitre 7, Section 2

²⁵⁷⁷ OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62, 2005, pp.499-538

²⁵⁷⁸ OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62, 2005, pp.499-538 ; L'auteur fournit de nombreux exemples : Dans l'affaire 255/98 *Huri-laws c. Nicaragua* du 6 novembre 2000, la Cour adopte directement l'interprétation et le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme : « §41. *L'interdiction de la torture, des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants, est absolue. Cependant, comme cela a été observé par la Cour européenne des droits de l'homme dans le procès Irlande c/Grande-Bretagne lorsqu'elle devait statuer sur des dispositions similaires de la Convention européenne des droits de l'homme* »... *le traitement interdit au terme de l'article 3 de la Convention est celui qui atteint un niveau minimal de sévérité et... l'évaluation de ce niveau minimal est, dans la nature des choses, relative... Il dépend de toutes les conditions qui entourent le cas, tel que la durée du traitement, ses effets physiques et mentaux et, dans certains cas du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime, etc.* » (Jugement du 18 janvier 1987, série A n° 25 para. 162 ; voir aussi décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans *José Antonio URRUTIKOETXEA c/France*, décision du 5 décembre 1996, page 157). *Le traitement infligé à la victime dans ce cas constitue une violation des dispositions de l'article 5 de la Charte et des instruments internationaux des droits de l'homme pertinents susmentionnés* ». cf. Rapport d'activité de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples n° 14, pp.55-56 ; voy. ég. Affaire *Legal Resources Foundation c. Zambie*, où la Commission africaine affirme que « *la Commission a pour mission d'examiner la compatibilité des lois et pratiques nationales avec la Charte africaine. En harmonie avec les décisions entrant dans les compétences européennes et interaméricaine, la compétence de la Commission ne va pas jusqu'à la formulation d'un avis sur la légalité ou la constitutionnalité ou autre, des lois nationales* ». §68. cf. Rapport d'activité de la Commission n° 14, p.89

²⁵⁷⁹ OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62, 2005, pp.499-538

²⁵⁸⁰ Article XX b) et g) du GATT de 1994

²⁵⁸¹ L'utilisation du critère de proportionnalité apparaît, aujourd'hui, de manière systématique dans la jurisprudence de l'ORD en matière de restrictions au commerce international visant à protéger une valeur ou un intérêt extérieur au système de l'OMC. Voy. *Supra*., Chapitre 4, section 2.

œuvrent sous les auspices du CIRDI ont élaboré une utilisation particulière de ces technologies juridiques et de ces méthodes d'interprétation. Cette élaboration coïncide, pour chacun de ces systèmes, avec la prise en compte, plus ou moins directe, des principes ou des valeurs du système juridique des droits de l'homme. Toutefois, l'emploi du critère de proportionnalité est sujet à des variations en fonction du système considéré. La proportionnalité apparaît comme une méthode d'interprétation et de mise en cohérence des normes et des systèmes juridiques du droit international. Il permet en outre de confronter, quoique de manière souvent indirecte, des normes substantielles et procédurales appartenant à des ensembles différents. Le raisonnement dialectique qu'implique cette méthode permet de confronter une norme ou un système avec sa limite externe, son environnement normatif. La filiation de cette méthode au système des droits de l'homme et au contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, semble confirmer l'hypothèse selon laquelle le système des droits de l'homme peut jouer un rôle de « *charnière entre ordres et systèmes juridiques* »²⁵⁸² ou d'interface²⁵⁸³ entre les systèmes juridiques spécialisés du droit international.

993. L'utilisation d'une même méthode et la construction d'un vocabulaire commun sont de nature à faciliter la communication interinstitutionnelle et intersystème. Les droits de l'homme prendraient alors la forme de standards d'interprétation dans le contrôle des politiques publiques et dans l'application des normes juridiques internationales²⁵⁸⁴. Néanmoins, on dénote dans la pratique des juges de ces différents systèmes des variations dans l'utilisation de la méthode de la proportionnalité. Si on assiste au sein de ces systèmes à une réélaboration du formalisme inhérent au raisonnement juridique par le recours à une pragmatique contextualisée, il est également possible de constater que ces constructions jurisprudentielles divergent vis-à-vis de leurs solutions. Bien que le raisonnement et le vocabulaire employés soient similaires, les prémisses sont différentes, voire contradictoires, et n'apparaissent pas toujours explicitement. Le silence ou l'explicitation du recours à la balance des intérêts sont des phénomènes exemplaires à cet égard. Ces variations donnent lieu à la formulation de critères complémentaires permettant de soutenir l'examen de la proportionnalité et de justifier la redistribution d'une marge nationale d'appréciation plus ou moins étendue. Toutefois, le risque de voir se développer plusieurs critériologies aboutissant à des interprétations contradictoires auprès des différentes juridictions est particulièrement marqué, notamment entre l'ORD, la CJCE et la CEDH.

²⁵⁸² DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op. cit.*, pp.15-35

²⁵⁸³ Nous préférons le terme d'interface qui implique une conception évolutive et non-linéaire des relations entre les normes et les systèmes juridiques. Au contraire, le vocable de charnière traduit à notre sens une conception mécanique des relations normatives.

²⁵⁸⁴ *Id.*, pp.25-35

§1. La méthode de la proportionnalité devant les organes juridictionnels des SER : Variations autour d'une méthode commune

994. Les organes juridictionnels des SER sont le siège d'une réélaboration du formalisme juridique. Confrontés aux limites externes de leurs systèmes de référence, ces organes sont contraints, pour des raisons tenant à la fois à leur quête de légitimité et d'effectivité, mais aussi à un souci de cohérence du système juridique international, à prendre en compte les valeurs et les normes extérieures qui sont parfois contradictoires. Les méthodes classiques de résolution des conflits de normes visent à déterminer la norme applicable par la médiation d'une règle tierce. Ces règles de conflit déterminent la norme applicable en fonction de critères objectifs visant à réduire la marge d'interprétation du juge²⁵⁸⁵. Elles ne conduisent pas à la conciliation des normes en cause, mais à l'application intégrale de l'une et à la non-application de l'autre. De ce point de vue, la déformalisation apparaît comme un moyen de favoriser l'internormativité. Le recours à une pragmatique contextuelle et l'utilisation du critère de proportionnalité participent des stratégies de légitimation croisée des systèmes juridiques spécialisés du droit international. Le développement progressif du rôle des *amici curiae* et l'établissement d'alliances institutionnelles par le recours à l'expertise auprès des différents organes juridictionnels des SER s'inscrivent également dans le cadre de cette réélaboration du formalisme des raisonnements judiciaires. Toutefois, la multiplicité des forums et l'influence de l'ordre de contraintes au sein duquel chaque juge évolue conduisent à des utilisations variables d'une méthode pourtant identique.

A. La pragmatique contextuelle et la proportionnalité devant les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés

995. Les problématiques liées à l'apparition de conflits de valeurs et d'intérêts aux frontières des systèmes juridiques spécialisés du droit international sont récentes, mais se posent avec de plus en plus d'acuité. Face à ces phénomènes d'internormativité et de contradiction, les organes juridictionnels de ces systèmes, confrontés à la limite externe de leur compétence, développent, quoique de manières différentes, une méthode fondée sur une approche pragmatique et contextuelle. Le recours, par les différents juges internationaux, à l'examen de la proportionnalité des comportements étatiques vis-à-vis de la protection d'intérêts concurrents de ceux promus par leurs systèmes de référence,

²⁵⁸⁵ *Supra.*, Ce chapitre, Section 1, §1

apparaît progressivement comme une méthode commune de résolution des conflits de normes. En effet, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de Justice de l'Union européenne, de l'Organe d'appel de l'ORD ou des tribunaux arbitraux du CIRDI, toutes ces juridictions s'inscrivent activement dans le développement de cette « *pragmatique contextuelle* ». Certains auteurs avancent l'idée selon laquelle, les utilisations de cette méthode de conciliation des intérêts concurrents, convergent vers un processus de constitutionnalisation²⁵⁸⁶ et/ou de défragmentation²⁵⁸⁷ du droit international. Nous constaterons néanmoins que l'on assiste plutôt à l'émergence d'une pluralité de processus de constitutionnalisation des différents SER que ne s'opère un agencement des relations entre les différents systèmes spécialisés au sein d'un ordre constitutionnel international unique et unitaire. Il semble en effet que cette dispersion spatiale dans l'ordre juridique international puisse s'accroître compte tenu du fait des systèmes juridiques spécialisés agissent et évoluent selon des rythmes différents.

1. La pragmatique contextuelle comme œuvre de légitimation

996. Nous avons pu constater, dans le chapitre précédent, que la méthode visant à examiner la proportionnalité du comportement étatique dans l'utilisation de sa marge d'appréciation offre une large place à l'incertitude et permet l'intervention de la subjectivité du juge. Pour pallier ce phénomène, les juges recourent à une contextualisation accrue de leur raisonnement et favorisent l'intervention de tiers dans le déroulement des débats judiciaires. Ces mécanismes participent à la légitimation de la décision rendue. Les juges des systèmes juridiques spécialisés du droit international utilisent ces mêmes mécanismes pour légitimer leur action. Le recours à l'intervention des tiers ou des *amici curiae* dans le contentieux international vise la représentation d'intérêts extérieurs à ceux de l'État ou des parties au contentieux²⁵⁸⁸. La représentation de ces intérêts et leur

²⁵⁸⁶ STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Régimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, pp.621-645.

²⁵⁸⁷ VAN AAKEN (A.), « Defragmentation of Public International Law Through Interpretation : A Methodological Proposal », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, n°16, pp.483-512

²⁵⁸⁸ Olivier de Schutter considère de plus qu'« à la différence de l'individu physique, c'est justement l'originalité de l'association comme personne morale de pouvoir définir, au-delà de l'intérêt qui lui est attribué comme étant le sien — même s'il n'est pas uniquement patrimonial —, un intérêt qu'elle s'approprie, et qu'on qualifiera d'idéologique. (...) L'association par l'objet social qu'elle choisit de poursuivre, peut faire sienne une parcelle de l'intérêt général ou bien, plus correctement, un intérêt collectif qui ne s'assimile ni à un intérêt privé, ni à l'intérêt public. Même cette distinction ne suffit pas, car cet intérêt collectif — que l'association choisit de représenter alors qu'il n'est pas le sien propre — produit des conséquences très différentes suivant qu'il est "privatif", c'est-à-dire que le bénéfice de sa réalisation profite uniquement aux membres de l'association (c'est le cas des organisations ayant vocation de défendre les intérêts corporatistes de leurs membres), ou bien qu'il est au contraire "public", c'est-à-dire que le bénéfice de sa réalisation constitue un bien collectif dont personne ne peut être exclu, de façon telle que les membres de l'association ne reçoivent pas d'avantages particuliers du fait de leur appartenance (c'est le cas des groupes de défense de

participation aux débats devant le juge international ont pour objectif de favoriser l'acceptation, par ces derniers, de la solution finalement adoptée et de l'autorité du système considéré. La pragmatique contextuelle, tant dans ces mécanismes de représentation que dans ces méthodes d'interprétation, est aujourd'hui largement admise et étudiée dans le cadre du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme²⁵⁸⁹. Toutefois, cette approche et ces mécanismes se *diffusent*²⁵⁹⁰ également devant les organes juridictionnels des SER, en particulier devant l'organe d'appel de l'ORD et devant les tribunaux arbitraux du CIRDI²⁵⁹¹.

997. **Devant l'ORD**, les différends relatifs aux exceptions de l'article XX du GATT, ou aux droits autonomes de l'accord SPS, comportent plusieurs objets juridiques. Le droit dont l'État plaignant exige le respect et qu'il tire des obligations réciproques consenties par les membres de l'OMC et la conformité du comportement de l'État défendeur aux normes des accords de l'OMC constituent les deux premiers objets du litige. À l'inverse de ce que l'on observe dans le contentieux de la CEDH, l'une des parties n'a pas la possibilité de se porter comme porte-parole d'une pluralité de membres placés dans des situations de droits identiques. Au contraire, chaque membre dont les droits sont susceptibles d'être affectés par la décision de l'ORD peut se joindre lui-même au contentieux. En outre, les intérêts des personnes physiques dont les droits fondamentaux, tels que le droit à la santé ou à un environnement sain, pourraient être affectés par la décision de l'ORD ne sont pas représentés directement et ne composent pas un objet spécifique du différend. Enfin, la

l'environnement ou des droits de l'homme) ». cf. DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL*, vol.7, 1996, p.400 (pp.372-410) ; STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n°2, pp.257-303 ; STERN (B.), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2002, n° 2, pp.329 et s. ; STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, 2007, n° 1, pp.3 et s. ; GRISEL (F.) et VINUALES (J.E.), « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 2007, n°22, pp.380-432

²⁵⁸⁹ DE SCHUTTER (O.) et TULKENS (F.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, pp.169-216 ; IEVEN (A.), « Privacy Rights in Conflict : In search of the theoretical frameworks behind the European Court of human right »s balancing of private life against other rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp.52-67 ; VAN

DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des Facultés de Saint Louis, Bruxelles, 2001, 785p.

²⁵⁹⁰ STONE SWEET (A.) et MATHEWS (J.), « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 47, 2008, pp.73-165 ; STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, 2009, pp.621-645

²⁵⁹¹ CRAWFORD (J.), LAUTERPRACHT (E.) et LEE (K.), *ISCID Reports*, Cambridge University Press, vol.10, 2007, p.177 (650p) ; KRIEBAUM (U.), « Regulatory Takings : Balancing the Interest of the Investor and the State », *The Journal of World Investment and Trade*, oct. 2007, vol.8, n°5, pp.717-747, spé. pp.727 et s. ; HAN XIULI, « On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Abitration and Proposals to Government of the People »s Republic of China », *James Cook University Law Review*, n°13, 2006, pp.240 et s.

formulation d'une décision qui favorise la libéralisation des échanges commerciaux et qui soit acceptable par les parties, constitue le troisième objet litige.

998. Par exemple, dans l'affaire OGM, les communautés n'ont pas eu l'opportunité de se placer en tant que porte-parole des autres membres de l'OMC qui étaient parties au protocole de Carthagène. Au contraire, certains membres de l'OMC parties au protocole de Carthagène, le Canada et l'Argentine, se sont joints à la demande de consultation portée par les États-Unis d'Amérique, puis ont demandé conjointement au directeur général l'établissement d'un groupe spécial. En l'espèce, les intérêts des membres de l'OMC parties au protocole de Carthagène étaient eux-mêmes divergents et contradictoires dans la mesure où le Canada et l'Argentine sont des exportateurs importants d'organismes génétiquement modifiés, tandis que les communautés européennes ont toujours fortement limité leur production. Cette situation peut apparaître comme l'un des facteurs ayant conduit le juge de l'OMC à interpréter de manière particulièrement restrictive l'article 31 de la Convention de Vienne dans le rapport OGM²⁵⁹². En effet dans cette affaire, dans laquelle plusieurs mesures européennes étaient contestées sur le fondement de l'accord SPS, le groupe spécial a retenu une interprétation restrictive de l'article 31 de la Convention de Vienne qui conduit à nier l'effectivité du protocole de Carthagène dans les relations entre les membres de l'OMC qui y sont parties. Le panel a notamment considéré que :

*« Si une règle de droit international n'est pas applicable à l'un des quatre Membres de l'OMC qui sont parties au présent différend, la règle n'est pas applicable dans les relations entre tous les Membres de l'OMC. En conséquence, sur la base de notre interprétation de l'article 31 3) c), nous ne considérons pas que pour interpréter les Accords de l'OMC pertinents il nous faut tenir compte d'autres règles de droit international qui ne sont pas applicables à l'une des parties au présent différend »*²⁵⁹³.

999. Si l'argument du panel selon lequel « on ne voit pas pourquoi un État souverain approuverait une règle impérative d'interprétation des traités qui pourrait avoir comme conséquence que l'interprétation d'un traité auquel cet État est partie est affecté par d'autres règles de droit international que ledit État a décidé de ne pas accepter »²⁵⁹⁴, est valable vis-à-vis des États-Unis d'Amérique ; on ne voit pas pourquoi, à l'inverse, un État

²⁵⁹² OMC, Communauté européenne — Mesures concernant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, *op. cit.*, §7.66-7.72

²⁵⁹³ OMC, Communauté européenne — Mesures concernant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, *op. cit.*, §7.71

²⁵⁹⁴ *Id.*

qui est partie et qui a accepté le protocole de Carthagène pourrait échapper à ses obligations dans le cadre de ces relations commerciales, au surplus vis-à-vis d'un autre membre de l'OMC partie au protocole de Carthagène. Une solution aurait pu consister à disjoindre les plaintes respectives de chaque Membre et à analyser séparément les relations juridiques qui lient les communautés européennes et les États-Unis, et les relations qui lient les communautés à l'Argentine et au Canada.

1000. L'intervention des tiers dans le contentieux présenté devant les organes juridictionnels des organisations internationales est également le témoin du développement de cette pragmatique contextuelle. La sollicitation ou l'accueil de l'avis de tiers dans les contentieux relatifs à l'application du droit de l'OMC est une évolution importante de l'organisation des débats judiciaires dans le contentieux interétatique et international²⁵⁹⁵. Brigitte Stern considère à ce titre que la consécration de l'intervention des tiers en tant qu'*amici curiae* devant l'ORD a eu une influence considérable sur la pratique similaire des autres organes juridictionnels à l'échelle internationale²⁵⁹⁶ et régionale²⁵⁹⁷. L'article 13§1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends dans le cadre de l'OMC consacre le « droit » pour « chaque groupe spécial (...) de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques ». L'article 11§2 de l'accord SPS, et l'article 14§2 et 3 de l'accord OTC réitèrent cette consécration. Néanmoins, l'interprétation retenue par les premiers panels confrontés à l'article 13§1 est « littérale et restrictive » dans la mesure où ces panels ont tiré « du pouvoir de demander des renseignements l'interdiction d'accepter tout renseignement non

²⁵⁹⁵ Nous distinguons contentieux interétatique et international dans le sens où les litiges présentés devant des juridictions internationales telles que les tribunaux du CIRDI, la CEDH ou la CJCE, ne sont pas nécessairement interétatiques bien qu'ils soient internationaux.

²⁵⁹⁶ STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n° 2 (pp.257-303) p.297. Pour Brigitte Stern, le développement de cette procédure d'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC fait « tache d'huile » sur d'autres organes juridictionnels d'organisations internationales.

²⁵⁹⁷ Pour une vue d'ensemble de la place des *amici curiae* devant différentes juridictions internationales et régionales : MARCEAU (G.) et STILWELL (M.), « Practical suggestion for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies », *J.I.E.L.*, 2001, pp.164-175 (155-187) ; DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL*, vol.7, 1996, p.400 (pp.372-410) ; DE SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », in RUIZ-FABRI(H.) et SOREL (J.M.) s.d., *Le tiers à l'instance*, Paris, Pedonne, 2005, pp.1-17, contribution disponible sur le site : <http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/InterventionCJCE.pdf> ; STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n°2, pp.257-303 ; STERN (B.), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2002, n° 2, pp.329 et s. ; STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, 2007, n° 1, pp.3 et s. ; GRISEL (F.) et VINUALES (J.E.), « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 2007, n°22, pp.380-432 ; COTE (CE), « Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC », *Les Cahiers du droit*, vol.50, n° 1, 2009, pp.207-244

demandé et excluent l'existence de toute demande passive »²⁵⁹⁸. L'organe d'appel a cependant estimé, dans l'affaire États-Unis — *Crevettes I* que le groupe spécial avait « *commis une erreur dans son interprétation juridique selon laquelle accepter des renseignements non demandés émanant de sources non-gouvernementales est incompatible avec les dispositions du mémorandum d'accord* »²⁵⁹⁹. L'organe d'appel a également précisé qu'en vertu des articles 17§9 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et 16§1 des Procédures de travail pour l'examen en appel, il est « *habilité en droit, en vertu du Mémorandum d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'amicus curiae s'il juge qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel* »²⁶⁰⁰. Aujourd'hui, l'organe d'appel, comme les groupes spéciaux, n'hésite pas à accueillir l'expertise et l'opinion d'autres organisations internationales, gouvernementales ou non-gouvernementales, même lorsque celles-ci interviennent de manière spontanée dans le contentieux de l'OMC²⁶⁰¹. Le plus souvent, l'ORD sollicite ou accueille l'expertise d'autres organisations internationales lorsque celle-ci est susceptible de « *l'aider à déterminer le sens de certains termes et concepts* »²⁶⁰². Toutefois, l'organe d'appel précise « *qu'un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter tout renseignement qui lui a été communiqué, qu'il l'ait ou non demandé, ou d'en disposer d'une autre façon appropriée* »²⁶⁰³. En l'espèce l'organe d'appel, après avoir « *accepté les renseignements communiqués par les amici curiae en les versant au dossier* » n'a toutefois « *pas jugé nécessaire de tenir compte des mémoires d'amici curiae* »²⁶⁰⁴.

1001. **Devant le CIRDI**, l'accueil favorable des mémoires d'*amici curiae* a été perçu comme une irruption de la société civile dans le contentieux international relatif aux investissements²⁶⁰⁵. Des ordonnances rendues récemment par des tribunaux arbitraux dans

²⁵⁹⁸ KEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Larcier, Bruxelles, 2008, (371p.), p.308

²⁵⁹⁹ OMC, États-Unis – *Crevettes I*, *op. cit.*, WT/DS58/AB/R §110

²⁶⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, §42

²⁶⁰¹ Sur la question de la place et du rôle de l'intervention d'*amicus curiae* devant l'organisation mondiale du commerce : cf. MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Droit de l'Organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, pp.400-433, voy. « L'*amicus curiae* devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC »

²⁶⁰² OMC, Communauté européenne – *Mesures concernant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, *op. cit.*, §. 7.19

²⁶⁰³ *Id.*, §.7.11

²⁶⁰⁴ *Id.*

²⁶⁰⁵ STERN (B.), « The Amicus Curiae in International Disputes – Civil Society » s Voice in the Settlement of International Economic Disputes », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2009, vol.22, n°2,

plusieurs contentieux se prononcent favorablement sur la faculté d'intervention d'*amici curiae* au cours d'une procédure arbitrale²⁶⁰⁶. Florian Grisell et George E. Vinuales considèrent que ces ordonnances, qui assurent également « *la modification des Règlements arbitraux du CIRDI (...) représentent (...) les étapes d'une trajectoire relativement bien définie en matière d'admission d'amici curiae* »²⁶⁰⁷.

1002. L'ouverture de ce forum aux représentants d'intérêts extérieurs à ceux des parties intervient consécutivement à la consécration de la méthode du test de proportionnalité dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux du CIRDI relative au contentieux de l'expropriation indirecte²⁶⁰⁸. En effet, en 2000, un tribunal arbitral officiant sous l'égide du CIRDI a examiné la proportionnalité de deux mesures étatiques, l'une refusant le renouvellement d'une concession d'exploitation sur le fondement de la protection de l'environnement et l'autre consacrant la création d'une zone de protection écologique interdisant l'exploitation pour l'avenir, au regard d'un traité bilatéral relatif aux investissements. Le tribunal a notamment considéré que :

« *After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality* »²⁶⁰⁹.

pp.280-348 ; STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage* 2007, n° 1, p.3-43

²⁶⁰⁶ Voir *Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae* et *Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission*, in *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19, respectivement du 19 mai 2005 et du 12 février 2007 ; *Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae*, in *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/17, 17 mars 2006 ; *Procedural Order N°5*, in *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (Claimant) v. United Republic of Tanzania (Respondent)*, ICSID Case No ARB/05/22, 2 février 2007.

²⁶⁰⁷ GRISELL (F.) et VINUALES (G.E.), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007-2, p.384

²⁶⁰⁸ Les tribunaux arbitraux du CIRDI utilisent la méthode du test de proportionnalité depuis l'affaire *Tecmed c. États Unis du Mexique* en 2003, ICSID, *Tecmed c. États-Unis du Mexique*, Affaire n°Arb/(AF)/00/2 ; Voy. HAN XIULI, « On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People »s Republic of China », *James Cook University Law Review*, n°13, 2006, p.240-243

²⁶⁰⁹ CIRDI, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, Affaire n°ARB(AF) 02/2, 29 mai 2003, §122 ; voy. CRAWFORD (J.), LAUTERPRACHT (E.) et LEE (K.), *ISCID Reports*, Cambridge University Press, vol.10, 2007, p.177 (650p) ; KRIEBAUM (U.), « Regulatory Takings : Balancing the Interest of the

1003 Comme le remarque Han Xiuli, le tribunal

« demanded a reasonable relationship between the burden imposed on the foreign investor and the interest that the expropriating measure wanted to achieve »²⁶¹⁰. Le tribunal a notamment considéré « the reasons for the non-renewal, and whether such reasons could render the measure proportional to the deprivation of rights sustained by the investor and the negative economic impacts on the claimant arising from such deprivation. The Tribunal held that the economic and commercial operations after the non-renewal of the permit were fully and irrevocably destroyed, and that these means were disproportionate to the ends »²⁶¹¹.

1004. Ainsi, il est encore possible de remarquer que la quête de légitimité passe également par un souci de représentation des acteurs et de leurs intérêts qui apparaît clairement comme un enjeu politique. Le souci de cohérence du système juridique international est bien présent dans la jurisprudence des organes des SER. Toutefois, ce souci est contrebalancé par la politisation non seulement des débats juridiques auprès de ces juridictions, mais également des rapports entre les institutions de l'ordre juridique international. Par ailleurs, la Cour internationale de justice, qui est sans doute l'organe juridictionnel le mieux situé pour garantir la cohérence du système juridique international, ne connaît pas de contentieux relatif aux contradictions non-antagoniques entre les normes juridiques et les systèmes spécialisés du droit international.

1005. En effet, le contentieux des conflits de normes devant la CIJ est rare, ancien et ne concerne que des situations de contradictions strictement antagoniques entre deux normes²⁶¹². La Cour ne pratique, en outre, aucune pragmatique contextuelle et *« est traditionnellement peu encline à admettre la possibilité pour des organisations non-gouvernementales ou des individus à agir en tant qu'amici curiae au cours de l'instance »²⁶¹³*. Le statut de la Cour prévoit que dans sa fonction contentieuse, celle-ci *« pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui*

Investor and the State », *The Journal of World Investment and Trade*, oct. 2007, vol.8, n°5, pp.717-747, spé. pp.727 et s.

²⁶¹⁰ HAN XIULI, « On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People's Republic of China », *James Cook University Law Review*, n°13, 2006, p.240

²⁶¹¹ *Id.*

²⁶¹² *Supra.*, ce Chapitre, Section 1, §2, A.

²⁶¹³ GRISELL (F.) et VINUALES (G.E.), « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007-2, pp.. 389 et s.

lui seraient présentés par ces organisations de leur propre initiative »²⁶¹⁴. La Cour a néanmoins accepté, quoique de manière « informelle » et exceptionnelle au regard de sa pratique, les mémoires écrits d'ONG dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie)²⁶¹⁵, « notamment au regard des conséquences environnementales de ce projet sur les populations concernées »²⁶¹⁶.

1006. Mathias Forteau qui plaide pour un « pluralisme désordonné »²⁶¹⁷ constate, en outre, qu'« aucun dialogue des juges ne s'est véritablement noué »²⁶¹⁸ entre les Cours régionales et la Cour internationale de Justice. L'auteur considère également qu'« aucune mise en ordre des systèmes juridiques ne s'est véritablement opérée »²⁶¹⁹ et qu'« aucun rapprochement significatif des registres normatifs ne s'est produit »²⁶²⁰ entre les différents systèmes envisagés. Cependant, si d'un point de vue formel on peut constater, dans la jurisprudence de la CIJ, l'absence de références croisées à la jurisprudence des Cours régionales de protection des droits de l'homme, les influences substantielles apparaissent de manière évidente²⁶²¹, notamment dans le contentieux relatif au droit individuel à la protection consulaire²⁶²². Ces auteurs précisent à ce titre : « si la référence à la norme régionale et à l'interprétation de celle-ci par la CIADH est formellement absente des

²⁶¹⁴ Article 34§2 du *Statut de la CIJ*. L'article 64§4 du *Règlement de la CIJ* définit le terme « organisation internationale » comme une « organisation internationale d'États », ce qui a pour conséquence d'exclure les ONG de cette procédure d'intervention. L'admission d'*amici curiae* est plus étendue dans le cadre de la fonction consultative de la Cour. En effet, l'article 66§2 du *Statut de la CIJ* et l'article 105§1 du *Règlement de la CIJ* ont été interprétés dans un sens permettant l'admission des renseignements fournis par les organisations internationales non gouvernementales. Voy SHELTON (D.), « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », *AJIL*, vol.88, 1994, pp. 625 (611-642)

²⁶¹⁵ Affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros* du 25 septembre 1977 (Hongrie/Slovaquie), CIJ, Recueil 1997, pp. 5-241

²⁶¹⁶ GRISELL (F.) et VINUALES (G.E.), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007-2, p.390

²⁶¹⁷ FORTEAU (M.), « La Cour internationale de justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., pp.39-64

²⁶¹⁸ *Id.*, pp.40-45

²⁶¹⁹ *Id.*, pp.45-49

²⁶²⁰ *Id.*, pp.49-62

²⁶²¹ En effet, Édouard Dubout et Sébastien Touzé estiment que « la “saga” contentieuse entamée devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme mettant en lumière le droit individuel à l'information consulaire s'est en effet prolongée substantiellement devant les juges de La Haye qui, excluant avec raison certaines audaces interaméricaines, n'en ont pas moins admis successivement la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires (définissant à cette occasion les effets juridiques contraignants de ces dernières) dans un cadre mettant en jeu la vie d'individus et de reconnaître l'existence à leur profit d'un “droit individuel” à la protection consulaire qui, présent depuis 1963 dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, se voit donc désormais traduit à travers une obligation juridique à charge des États parties envers des personnes physiques ou morales ». In *Id.*

²⁶²² Philippe Weckel emploie le terme de « filiation » pour décrire le lien existant entre le contentieux devant la CIADH et celui devant la CIJ. WECKEL (Ph.), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2004, p.731

arrêts *LaGrand*²⁶²³ et *Avena*²⁶²⁴, il est incontestable, au regard des principes dégagés dans ces affaires, que la Cour n'a pu objectivement les ignorer en s'alignant aussi parfaitement à ceux-ci »²⁶²⁵. Ce dialogue de sourds est aujourd'hui transformé par la Cour de justice de l'Union européenne, qui s'attèle expressément et sous l'angle spécifique des droits fondamentaux, à expliciter les rapports qui se nouent entre son système de référence et le système onusien²⁶²⁶. En l'absence de contentieux devant la CIJ relatif à ces questions, cette dernière risque fort de demeurer sourde aux sirènes européennes.

2. La banalisation du test de proportionnalité devant les organes juridictionnels des SER

1007. Le test de nécessité et de proportionnalité est une technique d'interprétation dont la banalisation croissante est aujourd'hui attestée devant un grand nombre d'organes juridictionnels émanant de diverses organisations internationales. En effet, cette méthode d'interprétation des normes et de conciliation des intérêts contradictoires est largement utilisée, tant par les juges nationaux²⁶²⁷ que par les juges des organisations régionales²⁶²⁸ et ceux des systèmes juridiques multilatéraux relatifs au droit économique²⁶²⁹. D'abord élaborée dans le cadre du contentieux constitutionnel des droits fondamentaux aux États-Unis d'Amérique et en Allemagne, la méthode de la proportionnalité fût consacrée successivement par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des

²⁶²³ CIJ, 27 juin 2001, *Affaire LaGrand* (Allemagne c. États-Unis), Rec. 2001 ; voy. le commentaire de MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis) », *AFDI*, 2002, pp.215-256

²⁶²⁴ CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), Rec. 2004

²⁶²⁵ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p.26

²⁶²⁶ CJCE affaires jointes *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05P et C-415/05P ; TPICE, Arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation c. Coneil*, Affaire T-306/01 ; et *Kadi c. Conseil et Commission*, affaire T-315/01

²⁶²⁷ BOUSTA (R.), « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de la proportionnalité », *RIDC*, 2007, vol. 59, n°4, pp.859-877. L'auteur dénonce le caractère formel de l'examen de la proportionnalité par le juge constitutionnel français. ; GRIMM (D.), « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », trad. Stephane Schott, article disponible en ligne sur le site www.juspoliticum.com :

http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP6_Grimm_PDF_corr01.pdf ; WIVENES (G.), « L'application des principes généraux du droit communautaire par les juridictions luxembourgeoises », Rapport à la Cour Supérieure de Justice du Luxembourg en vue du colloque organisé par la Cour de cassation française des 4 et 5 décembre 2000, disponible en ligne :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2000_2038/generaux_droit_9463.html

²⁶²⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, *op. cit.*, §93 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, *op. cit.*, §.37-38

²⁶²⁹ KATROUGALOS (G.) et AKOUMIANAKI (D.), « L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux », article disponible en ligne sur le site de L'Instituto de investigaciones Juridicas : <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/155.pdf>, pp/2-15 ; BARTENSTEIN (K.), « L'article XX du GATT : Le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre commerce et environnement », *Les Cahiers du droit*, vol.43, n° 4, 2002, pp.651-684

communautés européennes, ainsi que par l'organe d'appel de l'ORD et les tribunaux arbitraux du CIRDI.

1008. Les recours à cette méthode d'interprétation par le juge européen des droits de l'homme, le juge communautaire et le juge du commerce international ne sont plus à démontrer. Toutefois, l'utilisation récente de cette méthode par les arbitres du CIRDI dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte appelle quelques précisions. Enfin, on peut s'interroger sur les conséquences qu'emporte, dans le cadre d'un ordre international pluraliste, l'utilisation de cette méthode par ces différents systèmes. En effet, compte tenu de l'hétérogénéité et de la faible cohérence de l'ordre juridique international, le pluralisme institutionnel conduit à produire une lutte d'influence entre les différentes institutions pour l'interprétation systémique du droit. Chaque organe juridictionnel tend à favoriser son propre système de référence dans ces processus de constitutionnalisation et on assiste à une lutte pour l'autonomie et l'effectivité.

1009. Le recours à la méthode du test de proportionnalité est utile aux tribunaux arbitraux du CIRDI afin d'assurer la prise en compte et la représentation d'intérêts et de valeurs extraéconomiques lors de la résolution des différends relatifs aux investissements qui opposent un investisseur, personne morale de droit privé, à un État. L'utilisation de cette méthode intervient dans le contentieux de l'expropriation indirecte²⁶³⁰. Ce contentieux, dont l'augmentation inquiète les États, concerne les plaintes des investisseurs étrangers contre les mesures étatiques qui réglementent certaines substances ou certains produits, ou qui sont relatives au refus d'octroyer ou de renouveler certains permis d'exploitation²⁶³¹. Un tribunal arbitral du CIRDI a reconnu, pour la première fois en 2000²⁶³², que « *le refus des autorités municipales de lui accorder un permis d'exploitation au motif que l'activité présentait des risques écologiques d'une part et l'adoption d'un décret gouvernemental déclarant la zone concernée de zone écologique d'autre part, constituaient une mesure d'effet équivalent à l'expropriation contraire à l'article 1110 de l'Accord de Libre Échange Nord Américain* »²⁶³³, et qu'un investisseur étranger

²⁶³⁰ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, La Haye, 545p.

²⁶³¹ ROBERT (S.), « La protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », Conférence Biennale de la Société Européenne de Droit International, Paris, 2006, contribution disponible en ligne sur le site de la SEDI : www.esil-sedi.eu/fichiers/fr/Robert_462.pdf ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, op. cit.

²⁶³² CIRDI, *Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique*, affaire n°ARB(AF)/97/1, décision du 30 août 2000, §107-109

²⁶³³ ROBERT (S.), « La protection du Pouvoir de Réglementation environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », op. cit.

« effectivement (...) privé d'une part significative du bénéfice de son bien »²⁶³⁴ devait percevoir une compensation de la part de l'État mexicain. En 2003, dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique* où une firme multinationale attaquait d'une part, la mesure étatique impliquant la création d'une zone de protection écologique et, d'autre part, le refus de renouvellement par les autorités mexicaines du permis d'exploitation d'un centre de traitement de déchets industriels, le tribunal a précisé le raisonnement adopté par l'arbitre dans ce type de contentieux : « *There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weighed imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure* »²⁶³⁵. Afin d'évaluer ce rapport de proportionnalité entre la mesure étatique et l'objectif qu'elle poursuit le tribunal précise que :

« *To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the action of the state and whether such deprivation was compensated or not. On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitle to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decision that affect such investors* »²⁶³⁶.

1010. Rétrospectivement, on peut affirmer que la décision arbitrale *Tecmed c. Mexique* constitue un précédent²⁶³⁷ important auquel les tribunaux arbitraux se réfèrent, depuis, quasi systématiquement en matière d'expropriation indirecte²⁶³⁸. Les tribunaux arbitraux développent progressivement une pratique spécifique de la proportionnalité. Dans l'affaire *LG et E c. Argentine*, le tribunal arbitral précise la portée du précédent *Tecmed c. Mexique* :

« *With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted*

²⁶³⁴ *Id.*

²⁶³⁵ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, Affaire n°ARB(AF) 02/2, 29 mai 2003, §122, voy. §117-125

²⁶³⁶ *Id.*, §122

²⁶³⁷ HAN XIULI, « On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People's Republic of China », *James Cook University Law Review*, n°13, 2006, p.240 et s

²⁶³⁸ CIRDI, *MTD c. Chili*, affaire n°Arb/01/7, 2004, §114 ; CIRDI, *Aucoven c. Venezuela*, affaire n°ARB/00/5, 2003, §338 ; CIRDI, *CMS c. Argentine*, affaire n°ARB/01/8, 2005, §288 ; CIRDI, *Azurix Corp c. Argentine* n°ARB/01/12, 2006, §311

without any imposition obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of its right was recognized in Tecmed, which observed that "whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality" »²⁶³⁹.

Ainsi, il apparaît clairement que si le rapport de proportionnalité concerne deux éléments, l'objectif poursuivi et les modalités d'application de la mesure étatique, un troisième terme est inséré dans ce rapport, en l'occurrence l'effet de la mesure étatique sur les intérêts économiques. En d'autres termes, la proportionnalité de la mesure est réduite à l'analyse du coût économique qu'elle représente pour l'investisseur étranger. Par exemple, le coût économique, politique et humain d'une dépollution ou d'une simple remise en l'état du site où ont eu lieu ces investissements n'est pas abordé dans le calcul de la compensation due par l'État à l'investisseur étranger²⁶⁴⁰.

1011. Comme le remarque une partie de la doctrine, « *l'investisseur étranger est protégé non seulement des expropriations formelles, mais aussi des actions ou comportements qui ne sont pas explicitement destinés à priver une personne de sa propriété, mais qui en ont l'effet*²⁶⁴¹ »²⁶⁴². Ainsi l'effectivité des droits de l'investisseur étranger affecte l'effectivité de la protection d'autres intérêts²⁶⁴³. La doctrine observe que

²⁶³⁹ *LG and E c. Argentine*, affaire n°ARB/02/1, Decision on Liability Award 2006, §195

²⁶⁴⁰ Dans l'affaire *Metaclad c. Mexique*, une entreprise américaine avait investi dans un centre de déchets toxiques qui, après sa construction et son fonctionnement pendant 13 mois, avait dû être abandonné en raison du refus des autorités municipales de lui accorder un permis d'exploitation du site.

²⁶⁴¹ CIRDI, Affaire *Tecnicas Medioambientales TECMED SA c. États Unis du Mexique*, n°ARB(AF)/02/2, Sentence du 29 mai 2003, §114

²⁶⁴² ROBERT (S.), « La Protection du Pouvoir de Règlementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », *op. cit.*

²⁶⁴³ LIBERTI (L.) : *Investissement et droits de l'homme, Contribution au colloque de l'OCDE : Global Forum on International Investment*, les 27 et 28 mars 2008, disponible en ligne sur le site de l'OCDE : <http://www.oecd.org/dataoecd/43/39/40306263.pdf> : Lahra Liberti considère à ce titre que : « *Le temps est venu de s'interroger sur l'existence d'un paradoxe : les conventions bilatérales et multilatérales sur les investissements, par le biais des clauses d'arbitrages pour le règlement des différends entre État et investisseur, aboutissent à l'attribution matérielle, sinon déjà formelle, de droits internationaux au profit des investisseurs, tandis que l'on ne voit pas surgir les devoirs correspondants, dans un contexte qui tend à la marginalisation de l'intérêt général. La question qui se pose aujourd'hui est celle d'établir quelles corrélations existent entre le droit international des investissements et les autres domaines du droit international, afin de tenir compte des valeurs non marchandes en général et de la protection des droits de l'homme en particulier* ». p.792 ; voy. ég. HORCHANI (F.), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international*, n° 2, 2004, pp.367-441, spé. 412. « *Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des États sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé, la consommation, la souveraineté judiciaire* ».

« l'objectif environnemental poursuivi ne permet pas d'infléchir la règle de l'indemnisation dès lors que le patrimoine de l'investisseur est atteint au-delà d'un certain seuil »²⁶⁴⁴ et que cette protection conduit à réduire le pouvoir de réglementer de l'État dans d'autres domaines.

B. Des utilisations du critère de proportionnalité qui aboutissent à des résultats divergents

1012. L'utilisation de la méthode de la proportionnalité par les organes juridictionnels des SER est variable. En effet, le recours à l'examen de la proportionnalité du comportement étatique diffère lorsqu'il est mené par le juge de l'OMC et du CIRDI ou lorsqu'il est mené par le juge européen des droits de l'homme ou le juge communautaire. En particulier, on remarque que la branche axiologique de l'examen de la proportionnalité, c'est-à-dire la balance des intérêts, demeure implicite devant le juge ou l'arbitre international en matière de droit économique. Par ailleurs, on remarque également une inversion du rapport entre principe et exception en fonction du forum ayant recours à l'examen de la proportionnalité. Une analyse des processus de déformalisation des raisonnements des juges qui se concentrent sur les contraintes qui affectent leurs offices est susceptible d'expliquer ces variations.

1. Les variations de la mise en balance des intérêts

1013. Nous avons établi dans le chapitre précédent que la méthode de l'examen de la proportionnalité du comportement étatique se composait de deux branches : l'une axiologique qui consiste en une mise en balance des intérêts en jeu, l'autre instrumentale qui concerne les moyens et procédures mis en œuvre par l'État pour appliquer la mesure attaquée. Si ces deux branches sont explicites dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux devant le juge européen des droits de l'homme et devant le juge communautaire, on remarque que l'examen de la proportionnalité par le juge de l'OMC ou par les arbitres du CIRDI diffère vis-à-vis de l'utilisation de la balance des intérêts.

1014. Le juge de l'OMC fait certes référence à la nécessité d'opérer tantôt un « équilibre », tantôt « *un soupesage ou une mise en balance* »²⁶⁴⁵ entre les intérêts en

²⁶⁴⁴ ROBERT (S.), « La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », *op. cit.*

²⁶⁴⁵ OMC, Communautés européennes – *Amiante*, rapport de l'organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, §.172 ; Dans l'affaire Corée — *Viande de Boeuf*, l'organe d'appel précise : « En somme,

cause, mais cette référence se suffit à elle-même et ne donne pas lieu à des développements spécifiques. En effet, dans le contentieux des droits fondamentaux devant les juges européens, le tournant procédural s'inscrit dans une volonté de dépasser l'incommensurabilité des droits par l'établissement d'un processus délibératif entre l'ensemble des intérêts concernés par la décision de justice. Par contre, le système de l'OMC ou celui du CIRDI conçoit encore la mise en balance exclusivement comme une pesée des intérêts en causes. Cette étape consiste à reconnaître la légitimité de l'intérêt protégé sans toutefois établir de rapport axiologique entre l'intérêt poursuivi par la mesure étatique attaquée et l'objectif de libéralisation des échanges commerciaux. En ce sens, la balance des intérêts apparaît comme un simple *apparatus* sans pour autant produire d'effet sur le raisonnement du juge. De plus, cette pesée s'opère d'un point de vue strictement instrumental. En effet, l'organe d'appel a précisé dans l'affaire Communauté européenne — *Amiante*, que dans la mesure où « la valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point », « il ne reste donc plus qu'à savoir s'il existe une autre mesure qui permettrait d'atteindre le même objectif et qui a moins d'effets de restriction des échanges qu'une interdiction »²⁶⁴⁶.

1015. Dans le cadre du CIRDI, les arbitres internationaux opèrent également une mise en balance des intérêts en cause. Cependant, cette mise en balance nécessite, de prime abord, que les intérêts des investisseurs étrangers et ceux poursuivis par la mesure étatique attaquée soient égalisés afin d'être rendus comparables. À ce titre, les arbitres internationaux du CIRDI se saisissent de la jurisprudence européenne relative aux conflits de droits fondamentaux, notamment ceux qui engagent le 1^{er} Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*²⁶⁴⁷, le tribunal arbitral se réfère et applique directement la jurisprudence relative à l'expropriation indirecte rendue par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Matos e Silva Lda et autres c. Portugal*. Dans cette affaire, la Cour européenne précise la portée des trois normes contenues dans l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole à la Convention. La Cour rappelle la jurisprudence *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, selon laquelle :

pour déterminer si une mesure qui n'est pas "indispensable" peut néanmoins être "nécessaire" au sens de l'article XX d), il faut dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle de la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégées par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations ». cf. OMC, Corée — Viande de Boeuf, WT/DS169/AB/R, §.164

²⁶⁴⁶ OMC, Communauté européenne — *Amiante*, rapport de l'organe d'appel, *op. cit.*, §.172

²⁶⁴⁷ CIRDI, Affaire *Tecnicas Medioambientales TECMED SA c. États Unis du Mexique*, n°ARB(AF)/02/2, Sentence du 29 mai 2003, §121-122

« La première [norme], d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété ; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin ; elle ressort du deuxième alinéa »²⁶⁴⁸.

Puis, la Cour précise qu'elle :

« Reconnaît que les diverses mesures prises à l'égard des biens dont il s'agit n'étaient pas dépourvues de base raisonnable. Elle observe toutefois que, dans les circonstances de la cause, elles ont eu pour les requérants des répercussions sérieuses et dommageables entravant la jouissance normale de leur droit depuis plus de treize ans, période durant laquelle les procédures n'ont guère avancé. La longue incertitude au sujet tant du sort des biens que la question de l'indemnisation a encore aggravé les effets préjudiciables des mesures litigieuses. Il en résulte que les requérantes ont eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens »²⁶⁴⁹.

1016. Outre qu'il dénote le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette référence aux décisions relatives à l'expropriation indirecte permet d'opérer l'égalisation des intérêts en cause en situant les droits de la personne morale de droit privé sur le terrain des droits fondamentaux de la personne humaine. Pourtant, une partie de la doctrine considère que si « l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que le droit que toute personne a au respect de sa propriété "ne porte pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général" (...) une formulation aussi explicite du droit de l'État ne se retrouve que très rarement dans les accords destinés à régir les investissements étrangers »²⁶⁵⁰. On peut s'interroger sur l'opportunité de transposer, sans précaution, une jurisprudence rendue dans le contexte d'un litige opposant l'État à deux

²⁶⁴⁸ CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, série A, n° 52, p.24 §61

²⁶⁴⁹ CEDH, arrêt *Matos et Silva Lda c. Portugal*, affaire n° 44/1995/550/636, du 27 août 1996, §92

²⁶⁵⁰ ROBERT (S.), « La protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », *op. cit.*, p.3

sociétés d'exploitation agricole et piscicole, gérées par une seule et même personne physique, à une espèce opposant l'État à une firme multinationale qui construit et exploite un centre de traitement de déchets toxiques. Dans le cadre du contentieux devant le juge européen, les deux sociétés requérantes étaient gérées par une seule et même personne physique, elle-même requérante, et étaient propriétaires en propre d'une partie des terrains concernés par la réglementation attaquée. Dans le cadre de l'affaire *Tecmed*, seule la personne morale de droit privé est requérante et celle-ci ne possède pas les terrains concernés, ceux-ci demeurent la propriété des autorités mexicaines²⁶⁵¹. On peut ainsi s'interroger sur le fait de savoir si une telle transposition constitue une reconnaissance de l'applicabilité des droits fondamentaux de la personne humaine à la personne morale de droit privé dans le cadre du contentieux international des investissements²⁶⁵². Enfin, si le principe de la compensation se justifie pleinement vis-à-vis d'une expropriation directe dans le cadre de laquelle le patrimoine de la personne publique est enrichi au détriment du patrimoine d'une personne privée, il en va différemment en matière d'expropriation indirecte²⁶⁵³. Dans le cadre d'une expropriation indirecte, et particulièrement dans le cadre de l'affaire *Tecmed* qui concerne le refus de renouvellement d'un permis d'exploitation d'une usine de déchets industriels, le patrimoine de la personne publique n'est pas enrichi, dans la mesure où les terrains lui appartiennent en propre, tandis que celui de la personne privée est affecté du point de vue des bénéfices attendus des investissements réalisés en vue de l'exploitation et non d'un point de vue immédiat.

2. L'inversion du rapport entre principe et exception d'un système à l'autre

1017. Lorsqu'elle est silencieuse, la balance des intérêts intervient *a priori* et prend la forme du rapport préétabli dans le texte, entre principe et exception. L'élaboration du rapport entre principe et exception tient en premier lieu à l'axiologie du système considéré et à la qualité des obligations qui découlent de l'application de ces normes. Par exemple, dans le cadre des droits de l'homme, l'État est sujet d'un complexe d'obligations positives

²⁶⁵¹ CIRDI, Affaire *Tecnicas Medioambientales TECMED SA c. États-Unis du Mexique*, n°ARB(AF)/02/2, Sentence du 29 mai 2003, §36

²⁶⁵² POIRAT (F.), « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, n° 1, 1998, pp.45-82, spé. p.74. « L'évolution du droit conventionnel dans le registre des investissements internationaux contribue très largement à faire de la personne privée, sujet de droit interne, un sujet de droit international ayant une personnalité et une capacité internationales. Se dessine ainsi nettement la même évolution que celle qui informe le droit conventionnel dans le cadre de la protection des droits de l'homme : la personne privée, "homme" ou "investisseur" passe du statut international d'objet à celui de sujet capable ».

²⁶⁵³ NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002-1, pp.80-102, spé p.89

et négatives visant à assurer l'effectivité des droits fondamentaux. Ces obligations sont de nature déontique, structurelle et fonctionnelle. Elles impliquent de considérer son pouvoir de réglementation en la matière comme relevant de sa fonction et de son devoir. Comme le remarque Véronique Desplat à propos de cette conception « *structurelle* »²⁶⁵⁴ des droits fondamentaux, « *les droits fondamentaux exercent (...) une fonction non pas seulement de protection des individus, mais aussi de structuration de l'ordre juridique* »²⁶⁵⁵. Le pouvoir de réglementer en matière de protection des droits fondamentaux est, du point de vue du système des droits de l'homme, une compétence principale. L'apparition des obligations positives accentue encore cette conception dans la mesure où, les droits de l'homme n'apparaissent plus comme une limite externe du pouvoir de l'État, mais comme la justification de son existence et de sa souveraineté²⁶⁵⁶. La garantie effective des droits fondamentaux n'est pas, dans cette perspective, un pouvoir d'exception, mais un pouvoir de principe.

1018. Les droits fondamentaux apparaissent comme le fondement du droit²⁶⁵⁷. Édouard Debout et Sébastien Touzé filent la métaphore génétique pour décrire la fonction des droits fondamentaux :

« *Cette fonction structurelle des droits fondamentaux est commune à la plupart des ordres ou systèmes juridiques. Ils constituent dans cette analyse une sorte de Code génétique dont les principaux gènes sont partagés, avec des nuances, par la quasi-totalité des systèmes démocratiques dont les objectifs, érigés en "valeurs" sont les mêmes : la Liberté, l'Égalité, la Dignité, la Justice...* »²⁶⁵⁸.

Si nous souscrivons à cette analyse, celle-ci mérite d'être complétée par les observations que nous avons réalisées à propos de la structure axiologique des droits fondamentaux. En effet, il nous semble qu'à défaut de constituer les gènes du système des droits fondamentaux, les quatre valeurs évoquées sont susceptibles d'être considérées

²⁶⁵⁴ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in LOKIEK (P.) et LYON-CAEN (A.) s.d., *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p.28 et s

²⁶⁵⁵ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedonne, 2010, p.20

²⁶⁵⁶ GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit : Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010, Paris, 412p.

²⁶⁵⁷ *Id.*

²⁶⁵⁸ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p.20

comme les bases nucléiques²⁶⁵⁹ des gènes que constituent les droits. C'est l'équilibre entre ces différentes valeurs et leurs interactions dialectiques au sein de l'interprétation de chaque norme qui pourraient être perçus comme le code génétique des systèmes juridiques. Ainsi, certains définissent les droits comme « *des équilibres essentiels sur lesquels l'ensemble des normes d'un système ou d'un ordre juridique repose* », et précisent que « *ces équilibres sont instables et surtout variables d'un système à un autre (...) de manière [à ce que] chacun acquiert une identité propre* »²⁶⁶⁰.

1019. À l'inverse, dans le cadre du système de l'OMC et devant les tribunaux arbitraux du CIRDI, le pouvoir de réglementer de manière à restreindre le commerce afin de protéger d'autres intérêts est reconnu négativement comme un pouvoir d'exception compte tenu de l'axiologie des systèmes considérés et des obligations qui en découlent. Dans le cas de l'ORD, le juge évalue la nécessité de la mesure restreignant le commerce international, et, à ce titre, établit la marge de l'État par rapport à cet objectif. Cette marge est généralement interprétée de manière restrictive dans la mesure où la balance des intérêts n'est pas explicitée. Au contraire, la mise en balance est opérée *a priori* par la réception des valeurs extérieures sous forme d'exceptions instrumentales au principe interne du système de l'OMC. À ce titre, on remarque que la réception des intérêts et valeurs extérieurs au système l'OMC prend la forme d'une métonymie. En effet, l'analyse du juge de l'OMC ne porte pas sur les intérêts ou valeurs protégés en tant que tels, mais sur la procédure ou la modalité de protection retenue. Les deux valeurs ou objectifs contradictoires sont considérés comme également légitimes ; néanmoins, ce que le juge de l'OMC a la charge d'examiner c'est la marge dont dispose l'État pour restreindre le commerce et non pas celle dont il dispose pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux. Cela apparaît logique au regard du principe de spécialité. Néanmoins, lorsqu'il détermine restrictivement la marge dont l'État dispose vis-à-vis des modalités

²⁶⁵⁹ Les bases azotées, ou nucléobases, constituent des molécules qui sont des éléments constitutifs de l'ADN et de l'ARN. C'est par les liaisons hydrogènes entre paires de bases azotées que sont liés deux brins de l'hélice d'ADN. La séquence de base d'un acide nucléique permet de déterminer dans le cas d'un gène la séquence d'acides aminés du polypeptide considéré, c'est-à-dire les effets phénotypiques du code génétique.

²⁶⁶⁰ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p.20 ; Ces auteurs précisent encore que « *la tendance de plus en plus partagée des juridictions constitutionnelles européennes à reconnaître l'existence de normes inhérentes à l'identité constitutionnelle d'un État déplace ainsi progressivement la question de l'articulation des ordres juridiques dans le champ des droits fondamentaux en tant que réceptacles de ces équilibres identitaires. En ce sens, l'appel à la fondamentalité peut justifier la résistance au nom précisément d'une différence entre ces équilibres essentiels et fondateurs d'un système juridique ou, au contraire, entraîner une reconnaissance à l'aune d'une convergence de ces valeurs fondatrices* ». ; J-P Jacqué estime également : « *comme cette identité réside dans ces valeurs fondatrices, il n' est pas surprenant que la jurisprudence sur les droits fondamentaux constitue un excellent baromètre de l'état des rapports de systèmes* ». JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n° 69, p.36

d'application des normes du commerce international, il sous-tend *a contrario* que l'État dispose d'une marge d'appréciation proportionnellement restreinte vis-à-vis des modalités de protection des intérêts légitimes extérieurs au droit de l'OMC. On retrouve cette logique à l'œuvre dans la détermination des critères complémentaires d'appréciation, notamment lorsque le juge tente d'établir s'il existait une mesure assurant la protection du même intérêt légitime, mais qui soit moins restrictive pour le commerce international. Inversement, lorsque le juge des droits de l'homme fixe une marge restreinte pour la conciliation de certaines libertés économiques avec les autres droits fondamentaux il affecte *a contrario* l'ampleur de la marge dont l'État dispose pour éviter les restrictions au commerce international.

1020. La pratique des organes juridictionnels des SER permet de repérer plusieurs modalités de réception des droits fondamentaux ou des valeurs qu'ils promeuvent. En effet, le type de réception retenu par les juges de la CJCE diffère du choix de réception opéré par le juge de l'OMC. La CJCE a fait le choix de reconnaître les droits fondamentaux au rang de principes généraux du droit communautaire²⁶⁶¹. Cette formulation permet la diffusion de la substance des droits fondamentaux à l'ensemble des dispositions du droit communautaire et apparaît comme une protection du marché commun et de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice²⁶⁶². Les droits fondamentaux affectent la validité et la mise en œuvre des normes communautaires²⁶⁶³. Cette consécration est une œuvre à la fois prétorienne et législative. Les États ont progressivement intégré

²⁶⁶¹ DE SCHUTTER (O.) et NIHOUL (P.) s.d., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117 DE SCHUTTER (O.), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. « Penser le droit », Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 305-349.

²⁶⁶² Olivier de Schutter démontre, à travers des exemples empiriques, d'une part, que « la mise en œuvre décentralisée des droits fondamentaux peut amener un recloisonnement des économies nationales ou des distorsions de concurrence, rendant nécessaire l'adoption d'une initiative pour la préservation du marché commun », et, d'autre part que « l'absence de toute coordination entre États membres dans la mise en œuvre des droits fondamentaux peut mettre en danger la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice : un tel espace suppose en effet pour son fonctionnement harmonieux non seulement la garantie d'un seuil minimum commun en matière de droits fondamentaux, mais encore l'absence d'écarts trop importants d'État membre à État membre, à défaut de quoi se font jour des distorsions qui ne sont pas sans présenter certaines analogies avec celles qui, dans le domaine économique, sont présentées comme faussant la concurrence ». in DE SCHUTTER (O.) et NIHOUL (P.) s.d., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117, spé. p.84

²⁶⁶³ SCHEECK (L.), « Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances ? », in BRIBOSIA (E.), SCHEECK (L.) et UBEDA (A.), *L'Euopre des Cours : Résistances et loyautés*, Bruylant, Bruxelles, 2010, contribution disponible en ligne : http://polillexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/LE%20DIALOGUE%20DES%20DROITS%20FONDA%20MENTAUX%20EN%20EUROPE,%20FEDERATEUR%20DE%20LOYAUTES,%20DISSOLVANT%20DE%20RESISTANCES_%20Laurent%20Scheeck.pdf ; Voy. ég. SCHEECK (L.), *Les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, thèse soutenue le 1^{er} décembre 2006, Institut d'études politiques de Paris, s.d. DEVIN (G.), 2009, 2 vol., 537p.

formellement les audaces jurisprudentielles de la Cour dans les modifications successives des traités communautaires. Pour ne citer que deux exemples, les affaires *Schmidberger*²⁶⁶⁴ et *Omega*²⁶⁶⁵ ont offert l'occasion à la CJCE de se prononcer directement sur un conflit de normes opposant la protection des droits fondamentaux à la protection d'une liberté fondamentale communautaire.

1021. Dans l'affaire *Schmidberger*, une décision étatique d'autorisation d'une manifestation avait eu pour conséquence de porter atteinte à la libre circulation des marchandises sur une autoroute. Dans sa décision à titre préjudiciel, la Cour de justice a tenté de déterminer si le principe de libre circulation des marchandises prévalait au regard de la protection de la liberté de réunion et d'expression, garantie par les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme le remarque la doctrine : « *ce conflit entre l'une des quatre libertés [économiques] fondamentales communautaires et les droits fondamentaux a été résolu par une mise en balance des intérêts en présence en tenant compte du large pouvoir d'appréciation des autorités nationales. En l'espèce, la restriction aux échanges intracommunautaires n'était pas disproportionnée par rapport à l'objectif légitime de protection des droits fondamentaux* »²⁶⁶⁶. Dans d'autres décisions, l'État se réfère principalement à la protection de l'ordre public. Néanmoins, la référence à l'ordre public n'est pas étrangère à la protection des droits fondamentaux²⁶⁶⁷.

1022. La Cour est allée plus loin dans l'affaire *Omega*. Dans cette affaire, qui concernait une décision d'un tribunal allemand interdisant l'organisation de jeux de tir au pistolet laser sur des êtres humains au nom du respect de la dignité humaine, la Cour « *devait déterminer si une restriction à la libre prestation de services fondée sur une conception purement nationale d'un droit fondamental garanti par le droit communautaire était admissible* »²⁶⁶⁸. La cour estima que le respect des droits fondamentaux « *constitue un intérêt légitime de nature à justifier en principe une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le Traité* »²⁶⁶⁹. Mais de surcroît, la Cour affirma « *qu'il n'est pas indispensable que la mesure*

²⁶⁶⁴ Cour JCE, arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, Rec. I-5659

²⁶⁶⁵ Cour JCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, affaire C-36/02, Rec. I-9609

²⁶⁶⁶ JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *op. cit.*, p.18

²⁶⁶⁷ L'arrêt Boucherau confirme cette hypothèse. La Cour estime en effet dans cette affaire qu'« *en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* ». CJCE, *Boucherau*, 27 octobre 1997, affaire C-30/70, §35

²⁶⁶⁸ JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *op. cit.*, p.18.

²⁶⁶⁹ CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, *op. cit.*, §35

*restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause »*²⁶⁷⁰. La Cour précisa enfin que la mesure d'interdiction « *correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution nationale a entendu assurer sur le territoire national* »²⁶⁷¹ et que la mesure n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Ainsi, comme le remarque Olivier de Schutter :

*les droits fondamentaux « progressivement (...) inclus parmi les principes généraux du droit communautaire n'ont plus seulement rempli la fonction de limiter la marge d'appréciation de l'État lorsqu'il prend des mesures qui s'inscrivent dans le domaine d'application du droit communautaire, c'est-à-dire de restreindre la liberté de l'État : ces droits fondamentaux ont également permis d'étendre la marge d'appréciation de l'État membre, dès lors qu'ils ont pu être invoqués avec succès par l'État membre qui a pris prétexte de son souci de les réaliser afin de justifier qu'il apporte certaines restrictions aux libertés que garantit le droit communautaire – notamment la liberté de circulation des marchandises ou la libre prestation des services – qui, à défaut, n'auraient pu être considérées comme conformes au droit communautaire »*²⁶⁷².

1023. L'intégration des droits fondamentaux au rang de principe généraux du droit communautaire implique, pour le juge luxembourgeois, de reconnaître, au fondement de son système, l'existence d'une pluralité d'objectifs parfois contradictoires. Plusieurs éléments sont susceptibles d'expliquer le choix de la CJCE, néanmoins, il nous semble que

²⁶⁷⁰ *Id.*, §37

²⁶⁷¹ *Id.*

²⁶⁷² CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, Rec., p. 2085 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, Rec., p. I-4007 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des CE c. Pays-Bas*, C-353/89, Rec., p. I-4069 ; CJCE, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, Rec., p. I-4795. Olivier de Schutter précise que « ces décisions ont en commun d'admettre que la réglementation néerlandaise relative aux médias, si elle impose certaines restrictions à la libre prestation des services dans le but d'assurer une représentation équilibrée des différentes composantes de la société néerlandaise, peut être justifiée en tant qu'elle traduit une raison impérieuse d'intérêt général : la Cour constate en effet que le maintien du pluralisme est lié à la liberté d'expression, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire ». cf. DE SCHUTTER (O.), « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in DE SCHUTTER (O.) et NIHOUL (D.), *Une constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004, pp.95-96 ; DE SCHUTTER (O.), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in DONY (M.) et BRIBOSIA (E.) s.d., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2002 pp.205-256

l'existence du pouvoir concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme a été un facteur déterminant²⁶⁷³. La coexistence intime de ces deux systèmes institutionnels différents, qui se sont dotés des moyens de rendre leurs systèmes normatifs effectifs, les a conduits à interagir l'un avec l'autre et à tenir compte du pouvoir et de la compétence de son concurrent dans la construction et l'extension de son propre pouvoir et de sa propre compétence²⁶⁷⁴. Ainsi, l'évolution de l'une influence l'évolution de l'autre et la reconnaissance des conflits de droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme a conduit la Cour de Justice de l'Union européenne à assumer le caractère dialectique de la conciliation des valeurs et des principes éthiques au fondement de son propre système normatif, notamment entre dignité humaine et libertés fondamentales économiques. La Cour a notamment précisé, dans l'affaire *Omega*, que « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de respect de la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit autonome* »²⁶⁷⁵. Offrant un fondement autonome, dans le système juridique de l'Union, au respect du principe de dignité humaine, la Cour vise à préserver la frontière entre son système et celui de la CEDH. Ainsi, la CJCE veille à assurer son autonomie à la fois procédurale et matérielle par voie de différenciation fonctionnelle²⁶⁷⁶.

1024. À l'inverse, le juge de l'OMC, qui n'a pas étendu sa compétence au-delà de ce que prévoyaient les traités de 1994, n'a pas intégré les droits de l'homme au sein du

²⁶⁷³ Antoine Masson, considère que les juges des deux cours ont assumé un rôle « *moteur (...) dans la convergence des ordres juridique* » de la CEDH et de la CJCE ; cf. MASSON (A.), *Droit communautaire : droit institutionnel et droit matériel : théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Larcier, Bruxelles, 2008, (544p.) p.235 ; SCHEECK (L.), *L'intégration européenne par les droits fondamentaux*, Thèse, s.d. DEVIN (G.), Paris 1 Pantheon-Sorbonne, 2006 ; SCHEECK (L.), « L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme », *op. cit.*, pp.1-19 ; SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus ?" », *Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp.31-49

²⁶⁷⁴ Sur l'influence réciproque entre les deux Cours européennes : voy.*Id.* ; voy. ég. DE SCHUTTER (O.), « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », in COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.F.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2005, pp.93-130, contribution également disponible sur le site du CRIDHO, Working Paper 2005/07 ; SCHEECK (L.), « Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateurs de loyautés, dissolvant de résistances ? » *op.cit.*

²⁶⁷⁵ CJCE, affaire *Oméga*, *op. cit.*, §37 ; voy not. DE SCHUTTER (O.), « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in DE KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) s.d., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Institut d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, pp.79-121

²⁶⁷⁶ Dès 1985 la Cour précisait : « *S'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la Convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national* ». CJCE, arrêt du 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, affaire 60/84 et 61/84 rec. 2605, §26, et CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, affaire 12/86 rec.3719, §28

système juridique de l'OMC. Les droits fondamentaux ne sont pas considérés en tant que tel, mais de manière indirecte, par le biais de l'article XX, et strictement instrumentale, par une utilisation du critère de proportionnalité exempte de balance explicite des intérêts. Dans ce contexte, les valeurs extérieures au droit de l'OMC et potentiellement conflictuelles avec ses dispositions ne sont pas directement intégrées parmi les objectifs du droit de l'OMC. Au contraire, le conflit est intériorisé de manière métonymique : le conflit externe entre deux normes substantielles est transformé en un conflit interne au système de l'OMC entre le principe de libéralisation des échanges et la norme procédurale qui y prévoit des exceptions (l'article XX). Le choix de ce type de réception, qui substitue l'effet de la mesure étatique à sa cause, permet d'améliorer la prévisibilité des décisions des juges de l'OMC et la sécurité des relations juridiques entre les membres de l'OMC dans la mesure où l'interprétation des normes de ce système et des relations qu'elles entretiennent s'opèrent sous l'égide d'un paradigme interprétatif unique et axé sur la réalisation du seul objectif axiologique, c'est-à-dire la libéralisation des échanges. L'une des raisons que l'on peut invoquer pour expliquer ce caractère réside dans le fait que le système juridique de l'OMC, dont le champ d'application tend vers l'universalité, n'a pas, du point de vue de la structure institutionnelle et de la capacité à rendre son système effectif, d'*alter ego* à l'échelle mondiale en matière de protection des droits de l'homme. Dès lors, le développement de son pouvoir n'est pas encadré, à l'heure actuelle, par des pouvoirs véritablement concurrents et susceptibles d'infléchir sa pratique par des formes de résistances²⁶⁷⁷.

1025. Ces constatations mettent en lumière une désynchronisation des rythmes d'évolution des systèmes juridiques spécialisés du droit international. Ce phénomène de désynchronisation des rythmes d'évolution et d'activité des systèmes de régulation est une caractéristique principale de ce que Hartmut Rosa décrit comme le processus d'accélération propre à la Modernité²⁶⁷⁸. D'un point de vue épistémologique, il apparaît

²⁶⁷⁷ *Infra.*, Cette section, §2, B, iii)

²⁶⁷⁸ Hartmut Rosa considère, après une étude minutieuse des écrits doctrinaux en philosophie et en sociologie, que « les adeptes comme les détracteurs de la modernité sont d'emblée tombés d'accord sur un point : à leurs yeux, l'expérience fondamentale, constitutive de la modernité, est celle d'une gigantesque accélération du monde et de la vie et, par conséquent, du flux de l'expérience individuelle ». Cette accélération sociale combine trois aspects : « l'accélération technologique (impliquant des machines) de processus orientés vers un but », « l'accélération des mutations sociales [qui] désigne le rythme auquel se transforment les formes de la pratique et les orientations de l'action, d'une part, et les formes du lien social et les modèles relationnels de l'autre », enfin « l'accélération du rythme de vie, soit l'augmentation ou la densification du nombre d'épisodes d'action ou d'expérience par unité de temps ». En ce qui concerne le droit et les systèmes juridiques, l'accélération du changement social apparaît comme la catégorie déterminante. Hartmut Rosa précise : « On peut donc définir l'accélération du changement social comme une augmentation du rythme d'obsolescence des expériences et des attentes orientant l'action et comme un raccourcissement des périodes susceptibles d'être définies comme appartenant au présent, pour les diverses sphères des fonctions, des valeurs et des actions. On peut ensuite appliquer le critère du changement et de la stabilité

déterminant de prendre en compte la diversité de ces rythmes d'activité et d'évolution ainsi que l'impact de leur désynchronisation sur les uns et les autres²⁶⁷⁹. En effet, inscrire la théorie de la norme au sein d'une théorie de l'action suppose nécessairement de considérer les temporalités variables affectant l'activité et l'évolution des dispositifs et des structures de régulation des pratiques sociales. Mais, de plus, ce programme épistémologique suppose également d'accorder une place primordiale aux rapports de pouvoirs qui affectent les relations entre ces différents systèmes, notamment en terme d'effectivité et d'autonomie. À ce titre, l'examen de ces rapports sous l'angle d'une théorie du pouvoir qui intègre une analyse des phénomènes de résistance semble fondamental²⁶⁸⁰. L'analyse de la

ainsi définis aux institutions et aux pratiques sociales et culturelles les plus diverses : la thèse d'une accélération universelle du changement social affirme que, dans la politique comme dans l'économie, la science et l'art, dans les relations professionnelles comme dans l'organisation domestique, dans les choix éthiques aussi bien que dans la vie quotidienne, par conséquent aussi bien dans une perspective culturelle que structurelle, le "présent" se réduit constamment. Le "présent" et le "maintenant" concret de tout événement des situations sociales, se voit, par comparaison à des formes sociales précédentes, placé face à une situation nouvelle : il est de plus en plus réduit et limité, et de plus en plus soumis à la pression d'événements passés et plus encore à l'attente d'événements futurs. (...) Pour Luhmann, le "présent" est constitutif de toute opération du système, en ce qu'il différencie en permanence le passé, qui apparaît comme défini et le futur, qui reste (encore) indéterminé. Dans un sens plus large, il comprend aussi le présent comme laps de temps dans lequel (à partir de la perspective du système) les horizons temporels du passé et du futur, et donc ce qui représente le socle d'attentes, de décisions ou encore de sélections, restent stables, et il ne laisse subsister aucun doute sur le fait qu'à ses yeux, la modernité se caractérise par un raccourcissement progressif de ces laps de temps. De ce point de vue, la "compression du présent" ou l'accélération sociale signifie que le passé et le futur, dans les divers registres sociaux, doivent être circonscrits dans des intervalles de plus en plus brefs. C'est dont moins (...) le changement social effectif qui devient un problème pour la société, que l'instabilité croissante des horizons temporels et des fondements du choix, résultant de la constante révision des attentes et de la croissante reconstruction des expériences ».

ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, Le Découverte, Paris, 2008, pp.85-110

²⁶⁷⁹ Harmut Rosa considère ainsi que « les acteurs évoluent dans le cadre d'un changement multidimensionnel constant qui interdit l'immobilité par absence d'action ou absence de décision. Quiconque ne s'adapte pas en permanence aux conditions de l'action qui se transforme constamment (ou ne réactualise pas en permanence hardware et software, au sens propre et au sens figuré) se ferme à toute possibilité de rester connecté à son époque et d'affronter l'avenir. (...) Ce ne sont pas seulement les mouvements du sujet qui provoquent les changements, et il ne s'agit pas ici non plus du risque d'une plongée rectiligne dans l'anachronisme (...), mais de la situation de l'action et la décision dans un monde social fortement dynamique, dont la métaphore de l'éboulement doit rendre compte : les conditions de l'action et de la sélection se transforment constamment et de manière multidimensionnelle, ce qui exclut une position de repos à partir de laquelle on pourrait examiner sereinement les options et les connexions possibles. Comme à l'occasion d'un tremblement de terre, toutes les couches (du sol) ne se déplacent pas ici au même rythme : on assiste à des phénomènes de désynchronisation par lesquels différents domaines se déplacent à des rythmes divers ; des "oasis de décélération" isolées se créent en permanence qui, comme des blocs de granit qui restent immobiles durant un tremblement de terre, promettent une stabilité limitée dans un environnement qui se transforme à un rythme vertigineux. Le résultat est donc pour ainsi dire un remodelage constant du "paysage décisionnel" qui non seulement dévalue constamment les acquis de l'expérience et du savoir, mais exclut aussi pratiquement toute possibilité de prédire quelles options d'intégration et quelles possibilités d'action seront adaptées et importantes dans le futur. Là où il est difficile de prévoir ce qui comptera réellement à l'avenir, la réaction nature consiste à s'efforcer de maintenir le plus grand nombre possible, si ce n'est la totalité, des options ouvertes pour des réalisations futures : c'est précisément ce que Luhmann décrit comme une temporalisation de la complexité ». In. Id. pp.147-148

²⁶⁸⁰ SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance*, op. cit., pp.30 et s. ; Pour une analyse sociologique des phénomènes de résistances à l'accélération ou de décélérations stratégiques ou idéologiques : Cf. ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, Le Découverte, Paris, 2008, Chapitre 3, pp.111-121

déformalisation du raisonnement judiciaire par la théorie des contraintes qui affectent l'activité du juge s'inscrit dans cette perspective et permet d'expliquer la variabilité qui caractérise l'utilisation du critère de proportionnalité par les différents organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés.

3. L'analyse de la déformalisation par la théorie des contraintes de Kennedy

1026. L'analyse du raisonnement judiciaire par David Kennedy développe une théorie du raisonnement par les contraintes²⁶⁸¹. Toutefois, s'il expose certaines de ces contraintes et leurs influences sur le raisonnement du juge, l'auteur ne les met pas en relation²⁶⁸². L'auteur distingue ainsi les contraintes textuelles et les contraintes externes. Le texte et la règle représentent une contrainte dans la mesure où si « *elles [les règles textuelles] ne disent pas quelle décision le tribunal devra prendre, elles lui indiquent quand même clairement quelles décisions il ne pourra pas prendre* »²⁶⁸³. Dans certains cas, le raisonnement du juge est limité par le texte ; ce sont les situations où la règle offre une seule solution qui ne convient pas nécessairement au juge. La spécificité des contradictions normatives non-antagoniques consiste précisément en l'absence de solution par le recours à une règle tierce. Dans d'autres cas, l'auteur estime que le juge est soumis à des contraintes « *non embarrassées de la règle* » ; ce sont les situations où la règle ne fournit pas de solution univoque et où le juge doit recourir à d'autres éléments, tels que le contexte et la qualification des faits, pour justifier sa décision. Les contradictions normatives non-antagoniques et les conflits de droits fondamentaux correspondent à cette hypothèse. Ces contraintes permettent de circonscrire la subjectivité du juge. Elles ne permettent pas de la supprimer. De plus, on peut remarquer qu'elles agissent de manières différentes, plus ou moins directes. La contrainte par le texte est certainement celle qui circonscrit le plus la subjectivité du juge, tandis que les contraintes *non embarrassées par la règle*, qui correspondent partiellement aux situations de conflits de normes, offrent une latitude plus grande à l'appréciation subjective du juge.

²⁶⁸¹ KENNEDY (D.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1997, pp.160-161

²⁶⁸² BACHAND (R.), « Interprétation et légitimation : Les tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont-ils peur de la contestation aux États-Unis ? », *Cahier de la Recherche du Centre Etudes Internationales et sur la Mondialisation*, avril 2006, Montréal, disponible en ligne sur le site de l'Institut d'études internationales de Montréal, UQAM :

www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/GRIC_Bachand_LoewenetMethanex_.pdf

²⁶⁸³ *Id.*

1027. L'auteur distingue encore, sans plus de précision, les contraintes internes et les contraintes externes. Parmi les premières on trouvera par exemple, pour les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés, les contraintes liées à l'axiologie de leur système de référence, celles liées à l'ordre procédural qui encadre et détermine leur compétence, les contraintes tenant à la nécessité de se faire obéir de ces membres. Les contraintes externes concernent les relations du système avec son environnement normatif et politique. Ainsi, les normes d'autres systèmes juridiques spécialisés et celles du droit international général, en particulier les normes impératives du *jus cogens*, sont susceptibles de constituer de telles contraintes externes. De même, le contexte politique dans lequel le litige survient entre plusieurs États et le contexte institutionnel international au sein duquel le juge intervient sont susceptibles de représenter des contraintes externes. L'intensité de ces contraintes varie d'un système à l'autre, mais également d'un contexte à un autre. Les contraintes externes correspondent à l'influence des autres acteurs politiques dans le contexte au sein duquel le juge est appelé à intervenir. L'auteur admet encore les contraintes idéologiques, qui agissent de manière transversale et qui « *s'exercent inconsciemment à chaque moment du raisonnement en forçant le tribunal à renoncer aux décisions qui sont contraires à une vision partagée du monde tel qu'il devrait être* »²⁶⁸⁴.

1028. Dans cette perspective, Rémi Bachand affine l'analyse des contraintes de légitimité et distingue les contraintes de légitimité juridique formelle, qui concernent la formalisation correcte du raisonnement judiciaire, des contraintes de légitimité substantive qui concernent les effets de la décision sur les parties et la société. À notre sens, ce dualisme rassemble sous un même vocable, « *légitimité substantive* », deux types de légitimités distinctes. En effet, parmi les contraintes de légitimité substantive il est possible de distinguer, d'une part, les contraintes qui tiennent à la légitimité axiologique, c'est-à-dire la conformité de la décision à l'agencement des valeurs morales au fondement de leur système normatif, et, d'autre part, les contraintes qui tiennent aux conséquences empiriques et sociales de la décision, c'est-à-dire une légitimité en rapport avec l'effectivité.

1029. Il nous semble que c'est précisément la manière dont le juge perçoit ces différents ordres de contraintes et choisit subjectivement de se positionner vis-à-vis d'eux qui permet d'expliquer les variations auxquelles est soumise l'utilisation du critère de proportionnalité auprès des différents organes juridictionnels des SER. En fonction de sa relation à ces contraintes, le juge modulera à la fois sa propre conception de l'étendue de sa compétence interprétative et son raisonnement. Par exemple, les contraintes de légitimité

²⁶⁸⁴ *Id.*, à propos de Kennedy p.7

formelle et substantive, comme celles relatives à l'effectivité du système considéré, conduiront le juge à situer différemment le centre de gravité du litige parmi les divers objets que ce dernier comprend. En effet, nous avons pu constater que des différences existent entre la conception de la pluralité de l'objet du litige devant la CEDH et celle retenue par l'organe d'appel de l'ORD. Le juge de l'OMC se refuse à reconnaître et appliquer les droits fondamentaux en tant que normes impératives du droit international²⁶⁸⁵. Devant l'ORD, les registres argumentatifs sont différents et le juge concentre son appréciation sur le respect des droits que l'État requérant tire des normes du droit de l'OMC. Par ailleurs, l'internalisation du conflit de valeurs et d'intérêts par le biais de l'article XX ne conduit pas le juge à effectuer une dialectique contextualisée de tous intérêts en présence, mais seulement une mise en proportion de certains d'entre eux d'un point de vue strictement instrumental.

§2. L'utilisation d'une méthode identique : facteur de prévention des conflits de systèmes

1030 La diffusion d'une même méthode auprès des organes juridictionnels des principaux SER du droit international semble contribuer au développement du dialogue interinstitutionnel. L'utilisation partagée du critère de proportionnalité associée au développement du dialogue des juges²⁶⁸⁶ laisse espérer une certaine convergence entre les jurisprudences des différents systèmes sur le thème des relations entre les normes et les systèmes normatifs du droit international, notamment entre le droit international économique et celui des droits de l'homme. Le renouvellement du formalisme juridique apparaît comme une caractéristique importante de cette convergence. Dans cette perspective et compte tenu du développement récent de la jurisprudence de la CEDH et de la CJCE dans des affaires relatives aux conflits de systèmes juridiques internationaux, certains auteurs considèrent que le système des droits fondamentaux est susceptible d'être utilisé comme une *charnière*²⁶⁸⁷ ou une interface entre les différents systèmes du droit

²⁶⁸⁵ MARCEAU (G.), « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *EJIL*, vol.13, n° 4, pp.786 et s. (753-818)

²⁶⁸⁶ FRYDMAN (B.), « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », contribution disponible sur le site : www.philodroit.be : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf

²⁶⁸⁷ Édouard Dubout et Sébastien Touzé précisent : « *Qualifier les droits fondamentaux de "charnière" entre ordres et systèmes juridiques signifie en réalité deux choses en leur assignant une double fonction. Dérivée du latin *cardo* voulant dire "gond", "point cardinal", la charnière peut se définir comme une "attache articulée". Elle exerce à la fois une fonction statique de liaison, de rattachement, mais aussi une fonction dynamique d'articulation, de mouvement. Appliquée à la problématique des rapports de systèmes, la qualification des droits fondamentaux comme "charnière" implique qu'ils soient non seulement le rattachement des systèmes et ordres juridiques, mais aussi un moyen de régulation des flux normatifs en ce*

international. Pourtant l'utilisation de cette méthode de résolution des conflits de normes issue du système des droits fondamentaux donne lieu à des variations importantes compte tenu à la fois de la subjectivité des juges internationaux et des contraintes, différentes et variables, qui affectent l'exercice de leurs compétences respectives. Ainsi, d'un point de vue formel, une convergence entre les jurisprudences des différents systèmes ne peut être niée bien qu'elle nécessite d'être comprise de façon nuancée. D'un point de vue substantiel, pourtant, l'utilisation partagée de cette même méthode ne donne pas lieu à une véritable convergence matérielle entre les jurisprudences des différents systèmes juridiques spécialisés du droit international.

1031. À ce titre, certains auteurs considèrent que l'utilisation de la méthode du « *judicial balancing* » ou de la dialectique de la proportionnalité par les différents juges et arbitres des systèmes juridiques spécialisés du droit international participe d'un processus de constitutionnalisation²⁶⁸⁸, ou de défragmentation²⁶⁸⁹, de l'ordre juridique international. Si l'hypothèse est séduisante, elle est invérifiable. Nous estimons, au contraire, que cette hypothèse n'est pas soutenable en l'état actuel du système juridique international pris dans son ensemble. L'analyse qui conduit à considérer l'utilisation des méthodes modernes de résolution des conflits de normes comme une composante essentielle des processus de constitutionnalisation n'est toutefois pas dénuée d'intérêt. Néanmoins, compte tenu des variations méthodologiques qui caractérisent l'activité des différents organes juridictionnels des SER et de l'absence de convergence substantielle entre leurs

qu'ils conditionnent le degré d'ouverture d'un système ou ordre juridique. De cette manière les droits fondamentaux apparaissent dans le même temps vecteur de communication croissante, et facteur d'articulation variable entre ordres et systèmes juridiques ». DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p.18-20

²⁶⁸⁸ Alex Stone Sweet considère que « *some international regimes display features that make them constitutional in a significant sense* ». Ainsi, selon cet auteur, « *the constitutionalization of legal systems is largely the product of how the tension inherent in legal pluralism are resolved* ». Il qualifie ainsi de constitutionnelle la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne ou l'ORD, de cours constitutionnelles. Il conclut : « *My argument can now be simply stated. If most international regimes qualify as constitutional in the sense that they are constituted and governed through meta-norms, some regimes can be considered constitutional in a deeper systemic sense to the extent that they meet three criteria. First, the régime must establish rights, or a bundle of specific legal entitlements among states or other legal persons recognized by the regime that are subject to a judicial mechanism of enforcement. Second, the jurisdiction of the regime's « court » must be compulsory rather than consensual. Third, the members of these courts must employ techniques of adjudication akin to those used by constitutional courts, such as when they resolve conflict between rights, or state entitlements, on one hand, and those state interests that are recognized by the regime's « constitution » on the other* ». STONE-SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes », *Journal of Global Studies*, vol.16, n°2, pp.621-646, spé. p.644 ; Voy ég. STONE (A.), « What Is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory », *Review of Politics*, vol.56, n°3, 1994, pp.441-474 ; à propos des méthodes d'adjudication des cours constitutionnelles et des régimes internationaux : STONE-SWEET (A.), « Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.47, 2008, pp.73-165

²⁶⁸⁹ VAN AACKEN (A.), « Defragmentation of Public International Law Through Interpretation : A Methodological Proposal », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, pp.483-512

jurisprudences, nous observons plutôt l'apparition de plusieurs processus de constitutionnalisation concurrents. Jean Paul Jacqué décrit cette situation selon une métaphore astrophysique : « *La galaxie juridique contemporaine est constituée de planètes qui évoluent les unes par rapport aux autres et dont la course se croise à plusieurs reprises. Ce ballet devrait être réglé par les lois de la mécanique céleste, mais le Grand Architecte ne semble guère s'en être soucié* »²⁶⁹⁰. Ces processus multiples de constitutionnalisation conduisent ainsi à l'apparition de rapports de force et d'enjeu de pouvoir entre les systèmes juridiques du droit international ou chacun emploie une méthode commune afin d'exprimer son identité singulière et renforcer sa propre effectivité.

A. Les droits fondamentaux : une interface entre les SER en droit international public

1032. Concevoir le système des droits fondamentaux comme interface entre les différents ordres et systèmes juridiques nationaux, régionaux et internationaux, suppose en premier lieu de s'extraire d'une conception normativiste²⁶⁹¹, formaliste et verticale des rapports entre systèmes juridiques et entre normes juridiques²⁶⁹². Au contraire, il nous semble nécessaire d'adopter une conception horizontale et dynamique des rapports entre les normes et entre les ensembles normatifs différents. En effet, comme le remarque Mireille Delmas-Marty, « *une approche dynamique montre comment les droits fondamentaux appliqués progressivement et approximativement, avec des marges*

²⁶⁹⁰ JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n°69, p.6 ; Dans le même sens : cf. PULKOWSKI (D.) et SIMMA (B.), « Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », *EJIL* vol.17, 2006, n°3, p.483-529

²⁶⁹¹ Selon Édouard Dubout et Sébastien Touzé, l'axe d'analyse vertical, « *focalisé à titre principal sur un postulat hiérarchisant entre systèmes de droit* » néglige l'origine et l'appartenance commune de ces systèmes à un système international général. Ces éléments conduisent « *non à rechercher et à définir un cadre systémique hiérarchisé ou hiérarchisant, mais à identifier les règles et principes de cohabitation entre plusieurs systèmes de droit d'origine internationale plus ou moins autonomes sur un plan institutionnel, mais normativement interdépendants. Dans le cadre de cette "cohabitation systémique", c'est donc à travers l'examen horizontal des rapports et des interactions entre systèmes de droit d'origine internationale non hiérarchisés, que doit être appréhendée cette réflexion* ». In DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.24

²⁶⁹² Édouard Dubout et Sébastien Touzé précisent à propos de la méthode que « *ces rapports peuvent être appréhendés selon une dissociation entre systèmes généraux et systèmes (...) spéciaux ou partiels, selon la portée matérielle reconnue à ces derniers. Également usité dans une vision objective des rapports normatifs internationaux, cet angle d'analyse basé sur une vision verticale est particulièrement topique pour apprécier à la fois la nature juridique des obligations étatiques et l'éventuel lien de subordination voire de hiérarchisation, entre systèmes. Permettant ainsi d'apprécier l'unité ou la fragmentation d'un ordre juridique international général confronté à l'idée d'une autosuffisance des ordres juridiques spécialisés, cet axe reposant sur la théorie kelsenienne des rapports normatifs n'est toutefois pas satisfaisant dans la mesure où il ne permet pas d'appréhender de manière assez précise la concrétisation opérationnelle du phénomène d'articulation entre systèmes* ». In *Id.*

*nationales dans l'espace et dans le temps, peuvent contribuer à réduire la tension entre le relatif et l'universel s'ils fonctionnent comme des processus transformateurs »*²⁶⁹³.

1033. Considérés non en tant que « *fondateur d'un ordre mondial inexistant* », mais plutôt en tant que « *processus transformateur des ordres juridiques existants, nationaux et internationaux* »²⁶⁹⁴, les droits fondamentaux « *mettent en évidence la perméabilité entre certains systèmes* »²⁶⁹⁵ et peuvent « *servir naturellement de liaison entre ces derniers* »²⁶⁹⁶. En outre, l'approche dynamique retenue par Mireille Delmas-Marty conduit à analyser « *successivement les droits fondamentaux "vecteurs imparfaits de la construction d'une identité matérielle commune des ordres juridiques", puis les droits fondamentaux comme "remparts fragiles de la préservation d'une identité formelle singulière de l'ordre juridique"* »²⁶⁹⁷. Cette approche marque « *une double tension entre commun/singulier et matériel/formel* »²⁶⁹⁸ à propos de laquelle nous avons employé une terminologie différente, c'est-à-dire une tension dialectique interne entre les pôles Subjectif-Individuel/Objectif-Collectif et une tension dialectique opposant les aspects substantiels et procéduraux de leur interprétation. À ce titre, la transformation procédurale du formalisme juridique qui s'opère à travers l'utilisation variable d'un critère de proportionnalité et d'une pragmatique contextuelle empruntée au système des droits fondamentaux par les différents organes juridictionnels internationaux, met en lumière « *l'hypothèse inverse* » à laquelle fait référence la théorie du pluralisme ordonné. Celle-ci correspond au « *cas où les droits fondamentaux sont soit le rempart d'une identité matérielle singulière*²⁶⁹⁹, soit le vecteur d'une identité formelle à vocation commune »²⁷⁰⁰ et conduit à admettre « *que la question du commun ne se pose pas seulement en termes de valeur commune et d'identité matérielle autour de ces valeurs* », mais « *passé aussi par un renouvellement du formalisme qui est déjà à l'œuvre, comme en témoignent les divers processus d'ordonnement observables : coordination par entrecroisement*²⁷⁰¹, harmonisation par rapprochement²⁷⁰² et unification par hybridation²⁷⁰³ »²⁷⁰⁴.

²⁶⁹³ L'auteur précise : « *C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression de "pluralisme ordonné", qui ne désigne pas un ordre pluraliste, mais un ordonnancement inspiré à la fois du relatif et de l'universel* ». In DELMAS-MARTY (M.), « Avant Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.7

²⁶⁹⁴ Id.

²⁶⁹⁵ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.24

²⁶⁹⁶ Id.

²⁶⁹⁷ DELMAS-MARTY (M.), « Avant Propos », in Id.

²⁶⁹⁸ Id.

²⁶⁹⁹ Hypothèse concrétisée dans l'affaire Omega devant la CJCE

²⁷⁰⁰ DELMAS-MARTY (M.), « Avant Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.7

²⁷⁰¹ Au sein de notre raisonnement le processus de coordination par entrecroisement correspond par exemple à l'hypothèse des relations entre le CIRDI et la CEDH.

1034. Suivant cette approche dynamique et horizontale, les droits fondamentaux apparaissent non seulement comme des vecteurs de la communication entre systèmes juridiques, mais également comme la source et le support des conflits pouvant émerger entre eux. L'interprétation et l'application des droits fondamentaux prennent la forme d'un jeu de pouvoir entre les différents systèmes juridiques internationaux. Cette situation a été rendue particulièrement visible, depuis les récentes affaires *Behrami* et *Saramiti*²⁷⁰⁵, et *Yusuf et Kadi*,²⁷⁰⁶ dans le cadre des rapports de systèmes entre, d'une part, le système onusien et d'autre part le système de protection européen des droits de l'homme et l'ordre juridique communautaire.

1. Les droits fondamentaux vecteurs de la communication entre systèmes juridiques spécialisés

1035. La fonction initiale du système des droits fondamentaux est une fonction de protection. À ce titre, la fonction de communication semble, *a priori*, « étrangère au concept de droits fondamentaux ou de droit de l'homme »²⁷⁰⁷. Pourtant, Édouard Dubout et Sébastien Touzé reconnaissent que des raisons « endogènes » et « exogènes » sont susceptibles d'expliquer que « les droits fondamentaux constituent un moyen de rattachement et de connexion entre des espaces normatifs distincts »²⁷⁰⁸, ou du moins sont utilisés comme tels par différents organes juridictionnels nationaux et internationaux. Cette fonction de communication à travers laquelle les droits fondamentaux semblent jouer le rôle d'interface entre différents systèmes juridiques induit des phénomènes d'internormativité de formes et d'intensités diverses, dont la variabilité à laquelle la méthode du *judicial balancing* ou de la proportionnalité est soumise ne constitue qu'un exemple.

²⁷⁰² Au sein de notre raisonnement, l'harmonisation par rapprochement correspond à l'exemple des relations entre la CIJ et la CIADH dans le cadre des affaires *LaGrand* et *Avena*.

²⁷⁰³ Au sein de notre raisonnement, l'unification par hybridation correspond à l'exemple des relations entre la CJCE et la CEDH.

²⁷⁰⁴ DELMAS-MARTY (M.), « Avant Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.8

²⁷⁰⁵ CEDH, arrêt du 16 novembre 2006 et décision sur la recevabilité des requêtes du 2 mai 2007, *Behrami et Agim Behrami et Bekir Behrami c. France* et *Ruzdhi Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, requête n°71412/01 et n°78166/01

²⁷⁰⁶ CJCE affaires jointes *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05P et C-415/05P ; TPICE, Arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation c. Conseil*, Affaire T-306/01 ; et *Kadi c. Conseil et Commission*, affaire T-315/01

²⁷⁰⁷ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.18

²⁷⁰⁸ *Id.*

1036. Le facteur endogène principal permettant d'expliquer que le système des droits fondamentaux serait le vecteur de la communication entre systèmes juridiques tient à la nature fondatrice et universelle des valeurs qu'il a pour objet de protéger. La doctrine insiste néanmoins sur le caractère relatif de la nature universelle des droits de l'homme qui permet à chaque interprète d'exprimer l'identité matérielle de son propre système à travers un agencement différent des valeurs du système des droits fondamentaux. À ce titre, la prétention à l'universalité s'inscrit dans une perspective habermassienne et « *impose (...) davantage de mettre en place une intersubjectivité (...) que d'imposer une prétendue objectivité pure dont on sait bien qu'elle n'existe pas. Seule l'épreuve de la discussion permet alors d'accéder à une certaine validité nécessairement relative* »²⁷⁰⁹. Le dialogue des juges ne s'inscrit-il pas également dans cette perspective ? Vecteur de communication d'un point de vue ontologique, les droits fondamentaux sont également « *vecteur de communication par besoin* »²⁷¹⁰. En effet, les besoins de légitimité²⁷¹¹, de sécurité, de stabilité et l'exigence de cohérence générale incitent les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés à s'engager sur le registre argumentatif des droits fondamentaux.

1037. Ce phénomène constitue la manifestation d'une certaine convergence matérielle entre les systèmes juridiques du droit international. Si ce constat est manifeste entre les différents systèmes de protection des droits fondamentaux²⁷¹², il doit être nuancé du point de vue des régimes spécialisés relatifs au droit économique. En effet, la prise en compte d'intérêts et de valeurs extraéconomiques par ces systèmes s'inscrit davantage au sein d'une stratégie de communication ou de renforcement de leur pouvoir plutôt qu'elle ne vise la convergence matérielle avec les systèmes de protection des droits fondamentaux²⁷¹³. L'absence de référence expresse aux droits de l'homme dans le cadre du droit de l'OMC comme la technique de la métonymie visant à évaluer la compatibilité,

²⁷⁰⁹ *Id.*, p.22

²⁷¹⁰ *Id.*, p.18

²⁷¹¹ Les besoins de légitimité des différents systèmes juridiques et que les juges cherchent à satisfaire ne concernent pas seulement les systèmes non-démocratiques. En effet, ils concernent également « *les systèmes démocratiques dans lesquels le juge entre en concurrence avec le législateur, voire le constituant* ». In *Id.* p.19

²⁷¹² *Id.*, p.19 : « *Face à la multiplication des systèmes de protection des droits fondamentaux, il est indispensable qu'un minimum de convergence matérielle existe quant à leur interprétation des différents droits ou libertés, surtout lorsque le champ géographique des systèmes se recoupe ou se superpose* ».

²⁷¹³ Le recours aux valeurs et aux intérêts protégés par le système des droits fondamentaux, sans que ces derniers soient explicités, constitue une « *stratégie de légitimation de son propre pouvoir face à une difficulté d'interprétation* ». En effet, « *de cette façon, le recours aux valeurs incarnées dans les droits fondamentaux s'avère ainsi hautement intéressant pour le juge qui y puise un soutien argumentatif particulièrement malléable, y compris en vue de conforter son propre pouvoir. L'autorité d'une juridiction, et de l'ordre juridique qu'elle défend, dépendant notamment de sa force de conviction, l'appel à des valeurs dont la légitimité est incontestable permet de renforcer une position* ». In *Id.*, pp.19-20

avec les dispositions du droit de l'OMC, de la mesure procédurale de protection plutôt que la compatibilité des dispositions du droit de l'OMC avec le droit fondamental protégé, confirme, à notre sens, cette hypothèse.

1038. De manière générale, les variations observées dans l'utilisation de la méthode de la proportionnalité et de la mise en balance des intérêts mettent en lumière des phénomènes d'internormativité entre différents systèmes spécialisés du droit international dont l'intensité varie. Édouard Dubout et Sébastien Touzé remarquent très justement que *« s'il apparaît que les normes de protection des droits fondamentaux (...) permettent aux systèmes et ordres juridiques d'entrer matériellement en contact et, par là, d'interagir, le degré de cette interaction ne repose pas sur une constante juridique »*²⁷¹⁴. À ce titre, le risque de conflits d'interprétations entre les différents organes juridictionnels de ces systèmes juridiques internationaux n'est pas négligeable. En effet, comme le remarque Pierre Brunet :

*« Il peut être très utile sinon tout à fait nécessaire d'en appeler aux valeurs aussi bien pour feindre une convergence de vue, que pour souligner un accord ou pour dissimuler les véritables raisons de certains choix interprétatifs qui ne seraient pas compatibles avec d'autres normes, voire, pour espérer limiter la volonté d'autres interprètes en les contraignant à justifier leurs décisions par une référence à ces valeurs à défaut de leur en imposer le respect »*²⁷¹⁵.

Enfin, on peut également remarquer que le caractère conséquentialiste ou contextuel des raisonnements des juges internationaux lorsqu'il s'agit de concilier des valeurs et intérêts contradictoires conduit à analyser l'interaction des systèmes juridiques en termes d'effectivité. Envisager dans cette perspective, l'interaction des normes et des ensembles juridiques semble receler les prémisses d'une conception critique de l'interopérabilité des systèmes juridiques de régulation des pratiques sociales dont la théorie de la gouvernance semble dépourvue²⁷¹⁶.

²⁷¹⁴ Id., p.23 ; Ces auteurs poursuivent : *« Sans vouloir ici forcer une systématisation souvent utilisée, il n'en demeure pas moins que cet appel à une variable répond parfaitement à l'image mise en exergue sur le rôle charnière attribué aux droits fondamentaux et s'observe de façon très prégnante dans le contentieux international. Découlant d'une appréciation croisée de ce dernier, cette fonction d'articulation variable des droits fondamentaux peut être envisagée différemment en fonction de la localisation spatiale des rapports entre systèmes juridiques et va reposer substantiellement sur une approche finaliste lorsqu'il sera question de l'interprétation des droits fondamentaux entre les différents ordres juridiques »*.

²⁷¹⁵ BRUNET (P.), « Les juges européens au pays des valeurs », article publié sur le site de La vie des idées, juin 2009, p.5, disponible sur le site www.laviedesidees.fr

²⁷¹⁶ Niklas Luhmann insiste sur la nécessité, à cette fin, d'élaborer une théorie de la procédure qui ne se limite pas à une analyse du droit procédural. LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, op. cit., pp.10-20

2. Les droits fondamentaux : source des conflits entre systèmes

1039. Le caractère évolutif du système des droits fondamentaux induit nécessairement le risque d'une conflictualité latente. En effet, comme le note Jean Paul Jacqué, « *les potentialités de conflits se sont multipliées, accrues par le fait que la plupart de ces systèmes extérieurs constituent, selon la formule de Strasbourg, "des instruments vivants" qui évoluent à leur propre rythme. La conséquence de ce caractère évolutif est de multiplier les risques de conflits puisque, même si on s'efforce d'adopter des mesures compatibles avec les différents systèmes, ce que l'on peut estimer conforme aujourd'hui ne le sera peut-être plus demain* »²⁷¹⁷. De plus, le caractère non-linéaire de l'évolution des systèmes de protection des droits de l'homme, en particulier en Europe, contribue encore à renforcer ce phénomène.

1040. Les conflits de systèmes normatifs sont longtemps demeurés invisibles et strictement théoriques dans la mesure où ils ne donnaient pas naissance à un quelconque contentieux. L'apparition de plusieurs affaires²⁷¹⁸ relatives aux relations entre les systèmes européens et le système onusien au sein des contentieux soumis à la CEDH et à la CJCE donne désormais corps à cette problématique. Ce contentieux spécifique s'est développé simultanément devant chacune des Cours européennes et concerne la conciliation, d'une part, de l'obligation pour les États membre de l'Union européenne et/ou parties à la Convention européenne des droits de l'homme de protéger les droits fondamentaux, et, d'autre part, de l'obligation de lutter contre le terrorisme international, découlant du respect des Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies prises sur le fondement du chapitre VII. Comme le remarque une partie de la doctrine à propos de la jurisprudence Kadi²⁷¹⁹ de la Cour de Justice de l'Union européenne :

*« Dans cette affaire, la référence aux droits fondamentaux de l'Union européenne peut être comprise comme une tentative de réduire l'incohérence d'un ordre juridique qui impose simultanément aux États de privilégier la sécurité au niveau mondial (Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU) et de respecter les droits et libertés au niveau européen (droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme) »*²⁷²⁰.

²⁷¹⁷ JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, n°69, 2007/1, p.5

²⁷¹⁸ Cour EDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, op. cit. ; CJCE affaires jointes *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05P et C-415/05P

²⁷¹⁹ CJCE affaires jointes *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05P et C-415/05P

²⁷²⁰ DELMAS-MARTY (M.), « Avant Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.12

1041. En l'espèce, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat de l'International Foundation avaient été placés sur une liste noire par le comité des sanctions du Conseil de sécurité sur le fondement de certaines résolutions du Conseil de sécurité prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international et qui prévoyaient de geler les fonds et autres actifs financiers contrôlés directement ou indirectement par des personnes physiques ou morales considérées comme associées à Al-Qaïda et aux talibans. Le Conseil de l'Union européenne avait adopté le 27 mai 2002, dans le prolongement direct des résolutions du conseil de sécurité des Nations Unies, le Règlement n° 881/2002²⁷²¹ instituant certaines mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al Qaïda et aux talibans. Les requérants alléguaient d'une part, l'incompétence du Conseil de l'Union européenne pour adopter le Règlement en cause, mais aussi, d'autre part, la violation de leurs droits fondamentaux qu'ils tiraient du droit communautaire. Déboutés en première instance²⁷²², le tribunal avait rejeté les trois moyens invoqués, les requérants ont obtenu gain de cause devant la Cour²⁷²³ qui a décidé de l'annulation du jugement du TPICE et du Règlement attaqué.

1042. Anne Rainaud résume parfaitement les positions différentes adoptées par le Tribunal et par la Cour :

« Pour le TPI, les juridictions communautaires n'avaient, en principe aucune compétence, à l'exception de certaines règles impératives de droit international (jus cogens) pour contrôler la validité du règlement en cause, étant donné que les États membres sont tenus de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité selon les termes de la Charte des Nations Unies, traité international qui prime sur le droit communautaire » ; par contre, « la CJCE rejetant la possibilité pour les instances juridictionnelles communautaires d'apprécier la légalité des résolutions du Conseil de sécurité réaffirme bien le principe de primauté du droit international sur le droit communautaire ; mais en même temps, elle consacre l'autonomie du système juridique communautaire en considérant que les juridictions communautaires ne peuvent se défaire face à l'obligation de contrôler la légalité des actes

²⁷²¹ Règlement du Conseil de l'Union européenne n°881/2002, du 27 mai 2002, abrogeant le Règlement CE n°467/2001 ; JO L139, p.9

²⁷²² TPICE, Arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation c. Conseil*, Affaire T-306/01 ; et *Kadi c. Conseil et Commission*, affaire T-315/01

²⁷²³ CJCE affaires jointes *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05P et C-415/05P (§283 et s.)

*communautaires, ces derniers étant en effet contraints au respect des principes fondamentaux et principes généraux du droit communautaire »*²⁷²⁴.

1043. La dissociation opérée par la Cour entre d'une part, la reconnaissance de la primauté de la Charte de Nations Unies sur le droit communautaire et le refus de contrôler la légalité des actes du Conseil de sécurité qui en découle, et, d'autre part, le contrôle de légalité et de proportionnalité des règlements du Conseil de l'Union au regard des droits fondamentaux, a été analysée sous l'angle de la théorie du dédoublement fonctionnel²⁷²⁵. Cette théorie exprime l'idée selon laquelle, compte tenu des carences institutionnelles de l'ordre juridique international et de l'absence d'autorité agissant pour le compte de la communauté internationale dans son ensemble, les agents étatiques exercent une double fonction. En effet, Antonio Cassese précise le contenu de cette théorie : « *As there are no specifically international rulers and agents ("gouvernants et agents spécifiquement internationaux"), national members of the executive as well as state officials fulfil "dual" role: they act as state organs whenever they operate within the international legal system ; they act qua international agents when they operate within the international system* »²⁷²⁶. Ainsi, en ce qui concerne les organes de l'État, l'auteur estime que : « *any time a domestic court deals with a conflict of law question it acts qua an international judicial body, any time one or more state officials undertake an enforcement action (resort to force, reprisals, armed intervention, war proper) they act as international enforcement agencies* »²⁷²⁷. Dès lors, en affirmant la primauté du droit international, la Cour européenne de justice aurait agi en tant qu'organe judiciaire international, tandis qu'elle aurait agi en tant qu'organe de l'ordre juridique communautaire en affirmant l'autonomie de ce dernier.

1044. Pasquale de Sena et Maria Chiara Vitucci ont également considéré que « *an appropriate reconciliation of the substantive values of individual rights protection and*

²⁷²⁴ RAINAUD (A.), « CJCE : Affaires Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (3 septembre 2008) », Disponible sur le site de la société française du droit international : www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle_159.htm#kadi

²⁷²⁵ DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublement fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL* vol.20 n°1, pp.193-228

²⁷²⁶ CASSESE (A.), « Remarks on Scelle »s Theory of « Role Splitting » (dédoublement fonctionnel) in International Law », *EJIL*, 1990 n°1, pp.210-232 ; Voy ég. SCHELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Vol. I (1932) 43, 54-56, 217 ; (Vol.II) (1934) 10, 319, 450 ; « La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* (1932) 98-99 ; « Règles générales du droit de la paix », in *RCADI* vol. 46 (1933), p. 356. ; « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil en l'honneur de F. Gény* (Vol. El) (1934) 410 ; Théorie du gouvernement international', in *Annuaire de l'Institut international de droit public* (1935) 41-59 ; « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », in *RCADI* (1936), pp. 91-106 ; « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragender Internationalen Organisation — Festschrift für H. Wehberg* (1956), pp. 324-342

²⁷²⁷ CASSESE (A.), « Remarks on Scelle »s Theory of « Role Splitting » (dédoublement fonctionnel) in International Law », *EJIL*, 1990 n°1, pp.210-232

collective security was ultimately more pressing and more central than the various courts' expression of the relationship between different legal orders, especially given that the latter seem to have been instrumentally driven by the desire to reach the substantive result in question »²⁷²⁸. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. En effet, à notre sens et comme le remarque Gràinne de Bùrca, « *the substantive questions and the institutional relational questions are not separated, but are connected in important ways* »²⁷²⁹. En effet, le choix d'un certain agencement entre les valeurs aux fondements des droits exprime l'identité axiologique d'un système juridique. En outre, une telle prise de position contribue à le situer sur l'échiquier politique à l'échelle internationale et, en se confrontant à ses limites, à affirmer son propre pouvoir vis-à-vis des États et d'autres institutions et organisations internationales. Gràinne de Bùrca exprime une idée similaire lorsqu'elle affirme :

« *I want to suggest that the questions of normative order – the relationship between different systems in the transnational legal domain – are also questions of substance and of substantive value. It is at first glance tempting to accept the argument that the most relevant dimension of the various judgments was the balance struck by each court between collective security and human rights. (...) The express reasoning used by a court is part of the deliberate message which it chooses to convey to the outside world, and that message has its own jurisprudential and other effects regardless of what the court's unrevealed motives may have been* »²⁷³⁰.

²⁷²⁸ DE BURCA (G.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n°3, 2009, p.857 ; DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL* vol.20 n°1, pp.193-228 ; Ces auteurs ont rejoint les critiques de DE BURCA : DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « A Rejoinder to Gràinne De Bùrca, André Nollkaemper and Iris Canor », *EJIL* vol.20, 2009, n°3, pp.889-896 ; voy. ég. Pour une appréciation similaire à celle de De sena et Vitucci : WESSEL (R.A.), « Reconsidering the Relationship between International Law and EU Law : The Inadequacy of Monism and Dualism? », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.) et WESSEL (R.A.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston/Leiden, 2011 ; article disponible en ligne sur le site de l'université de Twente : <http://www.utwente.nl/mb/legs/research/wessel/wessel74.pdf>

²⁷²⁹ DE BURCA (G.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n°3, 2009, p.857 (pp.853-887)

²⁷³⁰ *Id.* l'auteur estime encore que : « *In an increasingly interdependent political and legal world, the rulings of the ECJ or the ECtHR on the question whether a UN Security Council resolution must comply with human rights standards has potential implications not just for each of the European legal orders but also for the UN order from which the resolutions emanate. (...) Cases of this kind, in other words, present an opportunity to engage in the evolving legal debate over the accountability of the Security Council, and to participate in shaping the legal and political context in which the Security Council exercises its powers under the Charter* ».

1045. Si certains y ont vu le franchissement d'« *un pas décisif* »²⁷³¹, d'autres ont considéré que les décisions de la CJCE s'inscrivaient dans une jurisprudence constante et que les débats doctrinaux qui les accompagnent, correspondaient à « *much to do about nothing* » dans la mesure où « *the case merely re-states an "elementary truth" about the "abiding and inextricable divide" existing between legal orders* »²⁷³². Néanmoins, on ne peut que s'interroger sur l'origine d'une telle conception. En effet, « *according to whom, and on what basis, should we view the relationship between legal orders as an "abiding and inextricable" divide?* »²⁷³³ Au contraire, les phénomènes d'internormativité que nous avons mis à jour, et qui concernent tant les relations entre le Droit et d'autres ensembles normatifs que les relations entre les normes et les systèmes juridiques, semblent indiquer qu'il n'existe pas de frontière imperméable et intangible, ni entre les systèmes normatifs, ni entre les ordres et systèmes juridiques. Aussi nous nous associons au point de vue de De Bùrca selon lequel :

« *As an important legal and political system which is neither a state nor a typical international organization, it is ideally placed to adopt a creative and constructive approach to the interplay of European and international norms, and to shape a distinctive relationship with the international legal system to which it has long professed a strong fidelity. Indeed, as indicated above, the ECJ in some of its previous case law has used and developed a variety of non-hierarchical techniques, such as the principle of indirect effect, and the incorporation of customary international law and of general principles of law into EC law, which have opened up the avenues of influence between the European and the international legal orders, rather than erecting formal barriers between them* »²⁷³⁴.

Le contentieux des conflits de normes et de systèmes juridiques, où le système des droits fondamentaux joue un rôle d'interface, apparaît comme un champ d'affrontements politiques et de rapports de pouvoir entre les divers systèmes du droit international.

²⁷³¹ WECKEL (P.), « Contrôle de légalité des mesures relevant du Chapitre VII de la Charte, un pas décisif franchi par la Cour européenne de justice », Disponible sur le site de la société française du droit international : www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle_159.htm#kadi

²⁷³² D'ASPREMONT (J.) et DOPAGNE (F.), « Kadi : The ECJ »s reminder of the elementary divide between legal orders », *International Organization Law Review*, 2009, n°5, pp.371 et s.

²⁷³³ DE BURCA (G.), « The European Courts and the Secutiry Council : Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n°3, 2009, p.857

²⁷³⁴ *Id.*

3. Les droits fondamentaux enjeux des rapports de pouvoir entre systèmes

1046. Lorsqu'ils contrôlent la proportionnalité, au regard des droits fondamentaux, du comportement de l'État qui met en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, le juge européen des droits de l'Homme et le juge communautaire sont-ils compétents pour évaluer la compatibilité des actes étatiques prévus par la Résolution du Conseil de sécurité au regard des droits fondamentaux ? La Cour européenne des droits de l'homme a tranché cette question dans les affaires *Behrami contre France* et *Saramiti contre France, Allemagne et Norvège*²⁷³⁵. Dans ces affaires, deux ressortissants du Kosovo se considéraient victimes des agissements des membres de la KFOR et de la MINUK. Suite au décès d'un de ses fils et à la blessure d'un second par une bombe à fragmentation larguée pendant les bombardements de l'OTAN et non explosée jusqu'alors, Monsieur Behrami alléguait que le défaut de déminage, qui incombait pourtant aux autorités françaises informées de la présence de ces bombes, engageait la responsabilité des États membres des forces de maintien de la paix sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Saramiti*, le requérant, accusé de tentative de meurtre et trafic d'armes, avait été maintenu en détention sur ordre du commandant de la KFOR, sans contrôle d'aucune autre autorité et sans pouvoir faire valoir ses droits. Dans ces affaires, la Cour a décidé notamment que :

*« Les opérations mises en œuvre par les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII (...) sont fondamentales pour la mission de l'ONU consistant à préserver la paix et la sécurité internationales, et s'appuient, pour être effectives, sur les contributions des États membres. Par conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et comprises avant ou pendant de telles missions »*²⁷³⁶.

1047. En effet, la Cour élabore une « *théorie de la résolution-écran* »²⁷³⁷, technique bien connue du droit administratif français, et selon laquelle le contrôle par la Cour

²⁷³⁵ Cour EDH, Décision du 31 mai 2006, *Behrami et Behrami c. France* et *Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, §149

²⁷³⁶ Cour EDH, Décision du 31 mai 2006, *Behrami et Behrami c. France* et *Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, §149

²⁷³⁷ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., pp.30 et s. TOUZE (S.), « Entre particularismes et autonomie : droit européen des droits de l'homme et droit international », *Annuaire de droit européen*, 2007, pp.119-140

européenne des agissements étatiques prévus par une résolution du Conseil de sécurité « *s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'on dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations* »²⁷³⁸. En outre, la Cour considère également que l'exercice de son contrôle vis-à-vis des agissements étatiques couverts par la résolution du Conseil de sécurité « *équivaldrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même* »²⁷³⁹. La doctrine remarque que cette forme « *d'allégeance à l'organisation des Nations unies* »²⁷⁴⁰ s'inscrit dans une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « *la Convention (...) fait partie intégrante du droit international, elle doit s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international* »²⁷⁴¹. Pasquale de Sena et Maria Chiara Vitucci considèrent toutefois que la Cour a, dans ces affaires, adopté un raisonnement minimaliste et incapable d'effectuer une balance entre les intérêts en cause : « *We actually criticized this approach for entirely failing to make provision for any balancing of the individual rights at stake with the conflicting, collective security needs* »²⁷⁴².

1048. L'existence d'une résolution du Conseil de sécurité n'offre toutefois pas aux États la faculté de se soustraire aux obligations qu'ils tirent de la Convention européenne des droits de l'homme, et ce, même lorsque les agents de l'État agissent sur le territoire d'un État qui n'est pas partie à la Convention. Dans l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*²⁷⁴³, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie par les familles de six civils irakiens abattus par les troupes britanniques en Iraq entre mai 2003 et juin 2004. Durant cette période, les États-Unis et le Royaume-Uni avaient créé l'Autorité provisoire de la coalition pour « *exercer les pouvoirs du gouvernement à titre temporaire* »²⁷⁴⁴. Le

²⁷³⁸ *Id.*

²⁷³⁹ La Cour estime en outre que « *ce raisonnement s'applique aussi aux actes volontaires des États défendeurs, tels que le vote d'un membre permanent du Conseil de sécurité en faveur de la résolution pertinente au titre du chapitre VII et l'envoi de contingents dans le cadre de la mission de sécurité : pareils actes peuvent ne pas être à proprement parler des obligations découlant de l'appartenance à l'ONU, mais ils sont primordiaux pour l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est conféré par le chapitre VII, et donc pour la réalisation par l'ONU du but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné* ». In Cour EDH, Décision du 31 mai 2006, *Behrami et Behrami c. France et Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, §149

²⁷⁴⁰ DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op. cit.*, p.30

²⁷⁴¹ Cour EDH, Décision du 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l'Allemagne*, req. n°1988/02, 1977/02.

²⁷⁴² DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : A Rejoinder to Gràinne de Bùrca, André Nollkarmper and Iris Canor », *EJIL*, vol.20 n°3, 2009, p.894 (pp.889-896)

²⁷⁴³ Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Requête n°55721/07, du 7 juillet 2011

²⁷⁴⁴ *Id.* §11 et 12

rôle de cette Autorité fut reconnu par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 22 mai 2003 qui appelait l'Autorité provisoire de la coalition à « *promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir les conditions de sécurité et de stabilité* »²⁷⁴⁵. Les requérants alléguèrent que leurs proches, au moment de leurs décès provoqués par les troupes britanniques en Iraq, « *relevaient de la juridiction du Royaume-Uni et que, sauf à l'égard du sixième requérant, le Royaume-Uni a manqué à son obligation d'enquête découlant de l'article 2 de la Convention* »²⁷⁴⁶.

Dans cette perspective, la Cour a considéré :

*« On peut donc voir qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un État souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes »*²⁷⁴⁷.

1049. Après l'examen minutieux des circonstances de l'espèce la Cour conclut, pour cinq des six requérants que le Royaume-Uni a violé l'obligation procédurale de mener une enquête exhaustive et indépendante, notamment vis-à-vis de l'autorité militaire sur place, et découlant de l'article 2 de la Convention²⁷⁴⁸. Par delà la solution effective, il est intéressant de remarquer ici que la Cour utilise la délégation de pouvoir opérée en faveur de l'Autorité de la coalition par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour confirmer tant sa propre compétence à appliquer les droits fondamentaux sur le territoire d'un État qui n'est pas partie à la Convention que l'imputabilité de la violation de l'article 2 à l'État britannique²⁷⁴⁹. Ainsi, la Cour étend son contrôle aux agissements des États parties partout

²⁷⁴⁵ *Id.* §146

²⁷⁴⁶ *Id.* §95

²⁷⁴⁷ *Id.* §149

²⁷⁴⁸ *Id.*, Dispositif §6

²⁷⁴⁹ La Commission européenne des droits de l'homme avait déjà reconnu l'existence d'une responsabilité potentielle de l'Allemagne vis-à-vis des actions de ses agents consulaires au Maroc. cf. Commission EDH, affaire *X c. FRG*, 1965 ; voy. not. LUSH (C.), « The Territorial Application of the ECHR : Recent Case Law », *ICLQ* vol.42 n°4, 1993, pp.897-906. L'auteur prévoyait déjà à l'époque la possibilité, pour des ressortissants irakiens, d'ester devant la CEDH à l'encontre des Hautes Parties contractantes agissant en Iraq

où ceux-ci exercent effectivement un pouvoir de juridiction sur un territoire et vis-à-vis de toutes les personnes, y compris des ressortissants étrangers, qui relèvent de cette juridiction²⁷⁵⁰. La Cour européenne de justice avait, semble-t-il, anticipé le positionnement de la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'elle précisait, dans l'affaire Kadi que :

« Si dans certaines affaires dont elle a été saisie, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclarée incompétente *ratione personae*, celles-ci concernaient des actions directement imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective, en particulier des actions d'un organe subsidiaire de l'ONU instauré dans le cadre du Chapitre VII (...) ou des actions se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de Sécurité en application de ce même chapitre, et non des actions imputables aux États défendeurs devant ladite Cour, ces actions n'ayant par ailleurs pas eu lieu sur le territoire de ces États et n'ayant pas découlé d'une décision des autorités de ceux-ci »²⁷⁵¹.

(France et Royaume-Uni). Voy. ég. GUILD (E.), *Sécurité et droits de l'homme au niveau européen : la protection des droits des individus en période dite d'exception et d'action militaire*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp.35 et s. (139p.)

²⁷⁵⁰ La jurisprudence de la CEDH à l'encontre de la Russie pour les exactions et les crimes perpétrés en Tchétchénie est topique sur ce point : cf. Cour EDH, Arrêt du 24 février 2005, Affaire *Issaïeva c. Russie*, Requête n° 57950/00 ; Arrêt du 24 février 2005, Affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, requêtes n°57 947/00, 57948/00 et 57 949/00 Cour EDH, Arrêt du 24 février 2005, Affaire *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, Requête n° 57942/00 et 57 945/00 ; Arrêt du 12 octobre 2006, Affaire *Estamirov et autres c. Russie*, Requête n°60272/00 ; Arrêt du 9 novembre 2006, Affaire *Imakaïeva c. Russie*, requête n°69480/01 ; Arrêt du 9 novembre 2006, Affaire *Luluyev et autres c. Russie*, Requête n°69480/01 ; Arrêt du 5 avril 2007, Affaire *Baysayeva c. Russie*, requête n°74237/01 ; Arrêt du 21 juin 2007, Affaire *Bitiyeva et X c. Russie*, Requêtes n°57953/00 et 37 392/03 ; Arrêt du 5 juillet 2007, Affaire *Alikhadzhiyeva c. Russie*, requête n°68007/01 ; Arrêt du 26 juillet 2007, Affaire *Musayev et autres c. Russie*, Requêtes n°57941/00, 58 699/00 et 60 403/00 ; Arrêt du 15 novembre 2007, Affaire *Kukayev c. Russie*, requête n°29361/02 ; Arrêt du 15 novembre 2007, Affaire *Khamila Isayeva c. Russie*, requête n°6846/02 ; Arrêt du 29 novembre 2007, Affaire *Tanguiyeva c. Russie*, requête n°57935/00 ; Arrêt du 10 janvier 2008, Affaire *Zubairaïev c. Russie*, requête n°67797/01 ; Arrêt du 17 janvier 2008, Affaire *Khatsiyeva et autres c. Russie*, Requête n°5108/02 ; Arrêt du 29 mai 2008, Affaire *Gekhayeva et autres c. Russie*, Requête n°1755/04 ; Arrêt du 29 mai 2008, Affaire *Betayev et Betayeva c. Russie*, requête n°37315/03 ; Arrêt du 29 mai 2008, Affaire *Sangariyeva et autres c. Russie*, Requête n°1839/04 ; Arrêt du 29 mai 2008, Affaire *Ibragimov et autres c. Russie*, Requête n°34561/03 ; Arrêt du 29 mai 2008, Affaire *Utsayeva et autres c. Russie*, Requête n°29133/03 ; Arrêt du 18 septembre 2008, Affaire *Takhayeva et autres c. Russie*, Requête n°23286/04 ; Arrêt du 25 septembre 2008, Affaire *Akhmadova et Akhmadov c. Russie*, requête n°20755/04 (non définitif) ; Arrêt du 2 octobre 2008, Affaire *Lyanova et Aliyeva c. Russie*, requête n°12 713/02 and 28440/03 (non définitif) ; Arrêt du 9 octobre 2008, Affaire *Albekov et autres c. Russie*, Requête n°68216/01 (non définitif) ; Arrêt du 16 octobre 2008, Affaire *Salatkhanov c. Russie*, requête n°17945/03. Voy. POPESCU (C.L.), « Le rôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la protection de la population civile – développements jurisprudentiels récents », in POPESCU (C.L.) et SOREL (J.M.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruylant, Bruxelles, 2010, (326p.), pp.131-158, disponible en ligne :

http://www.drept.unibuc.ro/dyn_doc/cercetare/cdo-Popescu.pdf

²⁷⁵¹ CJCE, Affaire *Kadi c. Commission et Conseil*, §312

Édouard Dubout et Sébastien Touzé soulignent à ce titre que « le dialogue des juges sous-tendu par une lutte de pouvoir au sein d'un système et par une conquête de territoire entre des ordres différents se cristallise sur le respect des droits fondamentaux »²⁷⁵².

1050. Dans l'affaire Kadi, relative au contentieux communautaire des listes antiterroristes prises sur le fondement d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies²⁷⁵³, les juges de Luxembourg ont clarifié leur conception des rapports entre leur système juridique de référence et le système des Nations Unies. Le raisonnement de la Cour pourrait, à ce titre, être qualifié d'autopoïétique tant il vise à assurer l'autonomisation et la différenciation fonctionnelle du système de l'UE par rapport aux autres systèmes du droit international. En effet, la Cour refuse de contrôler la légalité des résolutions du Conseil de sécurité, mais considère qu'il relève de ses compétences de contrôler les décisions des institutions européennes prises en exécution d'une telle résolution. Le contrôle juridictionnel reproduit à l'intérieur du système juridique de l'Union la différence ou la frontière entre ce système et son environnement. La Cour précise que « la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE »²⁷⁵⁴. Dès lors, la Cour rappelle « qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le

²⁷⁵² DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p.13

²⁷⁵³ Ce contentieux est particulièrement complexe. La Cour a en effet rencontré de nombreux obstacles affectant sa compétence pour contrôler les actes communautaires pris en exécution d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies. Elle distingue ainsi trois types de listes antiterroristes en fonction desquels son contrôle varie. La Cour distingue notamment « les listes communautaires exécutant les sanctions décidées par le Comité des sanctions des Nations unies, une seconde liste communautaire exécutant la position commune 2001/931 en procédant au gel des avoirs et une troisième liste contenue dans cette position commune 2001/931 permettant de faire appel à l'entraide répressive du troisième pilier ». cf. LABAYLE (H.) et MEHDI (R.), « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme international », RTDE, vol.45, n°2, 2009, pp.244 et s. ; Voy. ég. Sur les différents types de contrôle juridictionnel établis par l'article 35 du traité CE : DE SCHUTTER (O.), « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in VAN KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) s.d., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Institut d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, pp.79-121, spé. p.80-87 Ces différences dans le contrôle juridictionnel sont susceptibles d'altérer l'égalité des justiciables.

²⁷⁵⁴ CJCE, *Affaire Kadi c. Commission et Conseil*, op. cit., §281-286. La Cour précise encore : « Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voie de recours qu'établit ce traité. À cet égard, il importe de souligner que, dans un contexte tel que celui de l'espèce, le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en oeuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel ».

respect »²⁷⁵⁵. Henri Labayle et Rostane Medhi remarquent également que « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit (...) être considéré comme l'expression d'une garantie constitutionnelle découlant du traité en tant que système juridique autonome et à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte »²⁷⁵⁶. À ce titre, les principes généraux de l'Union constituent la clôture autopoïétique du système juridique communautaire. La Cour valorise de cette manière le caractère exclusif de l'autorité des institutions de l'Union dans le système juridique de celle-ci. Les juges européens considèrent ainsi qu'il ne peut y avoir de conflit d'autorité entre les institutions de l'Union et celles du système onusien en raison du caractère constitutionnel de son système de référence. Les relations entre ces deux systèmes relèvent ainsi d'une forme de couplage structurel²⁷⁵⁷ et non pas d'une forme d'interpénétration ou d'intégration²⁷⁵⁸.

1051. Comme le précise Gràinne de Bùrca, la Cour rend cette décision en ayant pleinement conscience de son rayonnement international :

*« The judgement of influential regional courts within the international legal system on issues concerning anti-terrorist sanctions and the authority of the Security Council are likely to be given significant attention by courts in other countries and jurisdictions, and even by political actors within these and other jurisdictions, which are facing similar questions (...) For this reason, amongst others, the formal and institutional reasoning used by those courts are an important part of the legal significance and likely influences of the cases »*²⁷⁵⁹.

²⁷⁵⁵ LABAYLE (H.) et MEHDI (R.), « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTDE*, vol.45 n°2, juin-avril 2009, p.245

²⁷⁵⁶ *Id.*

²⁷⁵⁷ Dans cette perspective une opération dans le système onusien n'emporte aucune conséquence sur le fonctionnement du système communautaire. La résolution du conseil de sécurité constitue alors un simple *stimulus* vis-à-vis duquel le système communautaire met en oeuvre des opérations qui lui sont propres (l'élaboration de positions communes dans le cadre de la PESC et de l'action intergouvernementale, l'établissement de listes autonomes et de mesures d'exécution, le contrôle juridictionnel de ces mesures au regard des compétences établies par les traités CE et UE). Ainsi, la résolution du Conseil de sécurité apparaît pour la Cour, comme une occasion pour fixer la frontière de son autorité et de son système par rapport à ce qui lui est extérieur et ne peut affecter son fonctionnement.

²⁷⁵⁸ Édouard Dubout et Sébastien Touzé semblent au contraire défendre la thèse d'une interpénétration ou d'une intégration réciproque du système européen et des systèmes juridiques internationaux grâce au langage commun que pourraient constituer les droits fondamentaux.

²⁷⁵⁹ DE BURCA (G.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n°3, 2009, p.857

Par cette prise de parole, les Cours européennes fixent les cadres méthodologiques et substantiels du débat relatif aux conflits de systèmes. Elle fixe également le cadre institutionnel, au sein du système de l'Union et de ses États membres, et organise sa coopération avec le Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de lutte contre le terrorisme international. Outre le fait que de telles prises de position rendent nécessaire le positionnement d'autres systèmes juridico-institutionnels dans ce jeu de pouvoirs, elles invitent également ces derniers à fonder une partie de leur raisonnement sur le registre argumentatif des droits fondamentaux. En conséquence, il sera sans doute plus difficile aux organes juridictionnels d'autres organisations internationales d'adopter un raisonnement strictement formaliste ou faisant abstraction des valeurs promues par les droits de l'homme.

1052. À défaut de s'ériger, comme le TPICE a tenté de le faire, en juge de la légalité internationale²⁷⁶⁰, la Cour donne la pleine mesure de son rôle de juge de la constitutionnalité de l'ordre juridique communautaire qu'elle considère comme autonome. Pourtant, la référence au *jus cogens* opérée par le TPICE mérite d'être soulignée. Le contrôle, par les juges européens, de la légalité des décisions du Conseil de sécurité au regard des normes impératives du droit international apparaît, de la part du Tribunal, comme une tentative d'étendre son pouvoir. Le Tribunal a considéré que :

« Le contrôle juridictionnel incident exercé par le Tribunal, dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire adopté, sans exercice d'une quelconque marge d'appréciation, en vue de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, peut donc très exceptionnellement s'étendre à la vérification du respect des règles supérieures du droit international relevant du jus cogens et, notamment, des normes impératives visant la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des "principes intransgressibles du droit international coutumier" »²⁷⁶¹.

La Cour a, prudemment, mais non sans ambiguïté, rejeté cette hypothèse en considérant qu'« il n'incombe pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fut-il limité à l'examen de la compatibilité

²⁷⁶⁰ LABAYLE (H.) et MEHDI (R.), « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTDE*, vol.45 n°2, juin-avril 2009, p.244

²⁷⁶¹ TPICE, arrêt *Kadi c. Commission et Conseil* §227-231 et *TPICE, Yusuf et Al Barakaat c. Conseil*, §278-282

de cette résolution avec le jus cogens »²⁷⁶². À ce titre, la Cour a tenu compte des réticences de nombreux États membres. Les argumentations de certains États et de la Commission tendant à exclure le droit à un procès équitable du jus cogens méritent d'être soulignées. En effet, ceux-ci « estiment que le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que les droits fondamentaux en cause dans les présentes affaires relèvent du jus cogens. Une norme ne saurait être qualifiée de jus cogens que si elle ne peut souffrir aucune dérogation. Or, les droits invoqués en l'espèce – le droit à un procès équitable et le droit au respect de la propriété – feraient l'objet de limitations et d'exceptions »²⁷⁶³. Néanmoins, une telle argumentation, compte tenu du développement récent des conflits de droits fondamentaux conduirait à exclure l'ensemble des droits fondamentaux du corpus du jus cogens. L'hypothèse de possibles contradictions entre les droits fondamentaux les disqualifie pour prétendre au statut de règles impératives de droit international. Pire, l'idée même de démocratie semblerait exclue du concept de jus cogens dans la mesure où ce régime politique suppose que des restrictions nécessaires puissent être opposées aux droits fondamentaux et donc qu'un équilibre soit en permanence recherché entre ses normes constitutionnelles fondamentales.

1053. Outre ces réticences, on peut penser que la Cour n'a pas souhaité affecter le Conseil de sécurité dans l'exercice de son pouvoir en matière de maintien de la paix. On peut également supposer que la Cour a exclu de son contrôle l'examen de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard du jus cogens, afin de ménager et de ne pas concurrencer le pouvoir, certes potentiel, de la Cour internationale de justice en la matière. Toutefois, la Cour considère, dans la mesure où les moyens relatifs au contrôle de légalité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux sont fondés, qu'« il n'y a plus lieu d'examiner les griefs dirigés contre la partie des arrêts attaqués relative au contrôle du règlement litigieux au regard des règles de droit international relevant du jus cogens et, partant, il n'est pas non plus nécessaire d'examiner le pouvoir incident du Royaume-Uni sur ce point »²⁷⁶⁴. En d'autres termes, la Cour n'infirme pas définitivement la possibilité

²⁷⁶² CJUE, arrêt *Kadi et autres c. Commission et Conseil*, §287 : La Cour précise également : « Par ailleurs, un éventuel arrêt d'une juridiction communautaire par lequel il serait décidé qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une telle résolution est contraire à une norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan international. Ainsi, la Cour a déjà annulé une décision du Conseil approuvant un accord international après avoir examiné la légalité interne de celle-ci au regard de l'accord en cause et avoir constaté une violation d'un principe général du droit communautaire, en l'occurrence le principe général de non-discrimination (arrêt du 10 mars 1998, *Allemagne c. Conseil*, C-122/95, Rec. p.i_973) ». §288-289

²⁷⁶³ *Id.*, §286-287

²⁷⁶⁴ *Id.* §329

d'apprécier la légalité d'une décision émanant d'un autre système juridique au regard du jus cogens, mais considère qu'elle n'est pas nécessaire en l'espèce²⁷⁶⁵.

1054. Henry Labayle et Rostane Mehdi remarquent enfin que dans le raisonnement de la Cour, « s'entremêlent des motifs directement liés à l'espèce et des prises de position visant à mettre celle-ci en perspective par rapport à la question plus générale des relations entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique international »²⁷⁶⁶. Dans le contexte des rapports de système et des conflits d'objectifs ou de valeurs²⁷⁶⁷, le raisonnement du juge oscille entre les circonstances de l'espèce, les problématiques institutionnelles et l'aspect abstrait du contrôle juridictionnel²⁷⁶⁸. Comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme pour résoudre les conflits de droits, la Cour de justice de l'Union européenne construit son raisonnement et reconstruit le litige selon plusieurs axes, plusieurs registres argumentatifs relevant de niveau de réalité et de généralité différents. Ce mode de raisonnement peut, ici encore, être qualifié de métaleptique.

1055. En définitive, le système des droits fondamentaux est utilisé à la fois comme un espace de mise en relation des systèmes juridiques et comme le fondement constitutionnel de l'ordre juridique européen. Leur structuration dialectique autour de normes substantielles et procédurales et la multiplicité des jeux d'interprétation autour de leur enchevêtrement permettent aux organes juridictionnels, à la fois d'exprimer l'identité spécifique de leur système par la mise en balance de normes substantielles dans un langage axiologique universel, mais également, d'interagir effectivement²⁷⁶⁹ avec d'autres systèmes par la mise en proportion de leurs normes procédurales. L'équilibre identitaire retenu par chacun de ces systèmes exprime également une conception normative de l'Homme et une économie générale des relations de l'homme à la vie, c'est-à-dire une théologie politique

²⁷⁶⁵ DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : A Rejoinder to Gràinne de Bùrca, André Nollkarmper and Iris Canor », *EJIL*, vol.20 n°3, 2009, p.890 (pp.889-896)

²⁷⁶⁶ *Id.*

²⁷⁶⁷ Certains auteurs estiment que l'un des aspects essentiels de la jurisprudence *Kadi* réside dans la mise en balance des intérêts individuels et collectifs en présence et la conciliation des valeurs et objectifs différents des mesures prises par les institutions de l'Union afin d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité et ceux des principes généraux du droit communautaire. DE SENA (P.) et VITUCCI (M. C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL*, vol.20 n°1, pp.193-228

²⁷⁶⁸ *Id.* ; voy. ég. DE BURCA (G.), NOLLKAEMPER (A.) et CANOR (I.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL* 2009, vol.20 n°3, pp.853-887 ; DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : A Rejoinder to Gràinne de Bùrca, André Nollkarmper and Iris Canor », *EJIL*, vol.20 n°3, 2009, pp.889-896

²⁷⁶⁹ Nous entendons ici par *effectivement* que l'enjeu des rapports de systèmes se concrétise autour de la question de leur effectivité.

particulière. Les droits fondamentaux apparaissent ainsi à la fois comme la source, le vecteur et l'enjeu des rapports de pouvoirs conflictuels entre les différents systèmes juridiques du droit international²⁷⁷⁰. Le système des droits fondamentaux est parfois qualifié de « *droit des droits* », non pas qu'il serait un système supérieur ou une norme fondamentale à géométrie variable, mais plutôt dans le sens d'un « *droit des rapports entre les droits* »²⁷⁷¹ ou entre les systèmes juridiques. Pourtant, si cette assertion tend à se vérifier c'est avant tout par la diffusion d'une méthode originale de résolution des conflits de droits et de normes ancrée dans une pragmatique contextuelle et dialectique. Cette diffusion intervient d'un point de vue spatial dans la mesure où les organes juridictionnels d'un nombre croissant de systèmes juridiques l'emploient et la développent. Elle intervient également d'un point de vue substantiel. D'une part, elle permet de transformer la problématique des conflits de normes et, d'autre part, cette méthode permet à chaque système d'évoluer au fil des interactions qu'il tisse avec d'autres systèmes. Plus précisément, la proportionnalité constitue un mécanisme de déformalisation qui permet, par la maximisation des relations d'interprétation entre les éléments de la structure normative d'un système, son adaptation fonctionnelle au regard des contraintes de l'accélération du changement social. Il constitue à ce titre une modalité de l'optimisation de la puissance d'agir des systèmes juridiques spécialisés.

B. Une méthode commune : l'illusoire prévention des conflits de systèmes

1056. Les variations qui affectent l'utilisation de la méthode de la proportionnalité par les différents organes juridictionnels des systèmes juridiques, qui permettent à la fois d'exprimer l'identité d'un système et de résoudre les contradictions non-antagoniques entre des normes d'origines diverses, conduisent cependant chacun d'entre eux à adopter une série de critères d'appréciation spécifiques. Ces différents critères, tels que l'existence d'un consensus européen pour la Cour européenne des droits de l'homme, la mesure équivalente moins restrictive pour le juge de l'OMC ou l'appréciation de l'impact économique de la réglementation étatique devant le CIRDI, sont des exemples qui permettent de percevoir l'effet mémoire de chaque système et présentent le risque de voir émerger des conflits de

²⁷⁷⁰ « Bien que ces principaux partisans s'en défendent (Dworkin et Alexy notamment), n'y a-t-il pas derrière cette "fondamentalisation", un simple argument rhétorique afin de justifier un gouvernement des juges que le recours à ces droits cherche à dissimuler ? En définitive, cette évolution aboutit à repenser la place du juge dans l'équilibre des pouvoirs, et à transformer en profondeur notre conception du constitutionnalisme et de la démocratie qui, en quelque sorte, devient "continue" et non plus seulement "majoritaire" », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., pp.15-16

²⁷⁷¹ *Id.*

jurisprudences entre plusieurs systèmes à propos d'une même situation juridique ou d'un contexte d'application analogue.

1. Le risque de critériologies contradictoires dans l'utilisation de la proportionnalité

1057. La succession des jurisprudences de la part des organes juridictionnels des SER dévoile, peu à peu, l'interprétation des concepts indéterminés et des relations entre les normes d'un système et entre celles-ci et leur environnement normatif. Le développement de critères complémentaires pour l'examen de la proportionnalité du comportement étatique apparaît de manière nécessaire devant les juges et arbitres internationaux. En effet, l'utilisation de cette méthode qui tend à mettre en relation des règles procédurales et substantielles, suppose que le rapport de proportionnalité entre les objectifs contradictoires, celui de la mesure étatique et celui ou ceux du système du for, soit établi sur le fondement d'une approche rationnelle. Dans cette perspective, les juges ont développé un certain nombre de critères complémentaires de l'examen de la proportionnalité notamment dans le but de réduire l'apparente subjectivité de leur raisonnement et d'accroître la cohérence et la prévisibilité de leurs jugements. Toutefois, ces critères découlent du paradigme général de chaque système, en ce sens qu'ils résultent de l'ensemble des méthodes, des outils d'analyse et des principes qui guident les acteurs institutionnels d'un système considéré. Ils expriment l'identité et la rationalité propres du système qui leur donne corps et apparaissent comme le résultat d'un effet mémoire des systèmes dotés d'un organe juridictionnel. Ils constituent des concepts largement indéterminés que l'interprète puise directement dans les normes de son système de référence, dans les actes de certains des organes du système²⁷⁷² ou qu'il construit en relation avec le contexte dans lequel le litige intervient. Nous avons observé le rôle de ces concepts indéterminés devant la Cour européenne des droits de l'homme, tel que « *l'existence d'un consensus européen* » sur une question morale ou politique litigieuse qui va permettre de justifier l'extension de la marge nationale d'appréciation. Il n'en va pas différemment devant les organes juridictionnels de l'OMC et du CIRDI, où la technique demeure identique. Ceux-ci construisent également

²⁷⁷² Andrew Lang et Joanne Scott attirent notre attention sur le rôle des comités spéciaux de l'OMC qui « *contribute to the emergence of interpretive communities which serve to elaborate upon the open-ended norms laid in the relevant agreements* ». Ces comités apparaissent, aux yeux de ces auteurs comme des « *hidden sites (...) of non-judicial governance* ». En effet, leur travail est largement ignoré de la doctrine et des observateurs. Pourtant, il semble que ces comités jouent un rôle prépondérant dans l'élaboration de l'interprétation des concepts indéterminés, et donc des critères complémentaires d'appréciation de la proportionnalité. cf. LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL* vol. 20, n°3, 2009, pp.575-614. ; STEINBERG (R.), « The Hidden World of WTO Governance : A Reply to Adrew Lang and Joanne Scott », *EJIL*, vol.20, n°4, 2009, pp.1063-1071 ; LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance : A Rejoinder to Richard H. Steinberg », *EJIL*, vol.20 n°4, 2009, pp.1073-1076.

des concepts indéterminés comme critères complémentaires d'appréciation de la proportionnalité. Cependant, ces critères sont largement différents et spécifiques à chacun de ces systèmes. Cela présente le risque de voir les conflits de systèmes se concrétiser par une critériologie contradictoire aboutissant à des conflits de jurisprudence, au regard de l'utilisation de la proportionnalité, d'un système spécialisé à l'autre.

Devant l'ORD :

1058. À l'instar des critères complémentaires utilisés pour apprécier la similarité des produits, l'examen de la nécessité d'une mesure étatique ne se suffit pas à lui-même et sa mise en œuvre requiert l'adjonction de critères d'appréciation complémentaires. De même, ces critères complémentaires ne sont pas donnés par le texte et supposent d'être construits par les interventions successives des juges de l'OMC. À ce titre, l'interprétation de nombreux concepts indéterminés est évolutive et suppose l'emploi de logiques gradualistes et non formelles²⁷⁷³. En ce qui concerne la similarité des produits, nous avons pu constater que l'utilisation du critère relatif « *aux propriétés physiques* » des produits, notamment en termes de dangerosité pour la santé, est un critère complémentaire dont la consécration n'allait pas de soi. L'organe d'appel a corrigé l'appréciation du groupe spécial en reconnaissant explicitement l'importance de ce critère complémentaire d'appréciation de la similarité des produits²⁷⁷⁴. D'autres critères tels que « *les utilisations finales* » des produits, « *les goûts et habitudes des consommateurs* » complètent l'appréciation de la similarité²⁷⁷⁵.

1059. En ce qui concerne l'interprétation de l'article XX du GATT, le juge de l'OMC a également développé un certain nombre de critères complémentaires dans l'appréciation de la nécessité de la mesure étatique. Par exemple, l'organe de règlement des différends a considéré, dans l'affaire États-Unis – Thaïlande – *Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, que « *les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme "nécessaires" au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de*

²⁷⁷³ cf. La métaphore de « *l'accordéon de la similarité* » et l'examen sémantique du terme « *nécessité* » conçu comme un continuum gradué entre *inévitabile* ou *indispensable* et *favorisant* produites par l'OMC. *Supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 4, Section 2, §2 B

²⁷⁷⁴ OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, 5 avril 2001, WT/DS135/AB/R, §128 : « *comme nous l'avons dit au cours de notre examen des fibres, nous estimons que les risques qu'un produit présente pour la santé peuvent être pertinents pour l'enquête sur ses propriétés physiques lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une "similarité" au sens de l'article III : 4 du GATT de 1994* »,

²⁷⁷⁵ *Id.*, §118 et s., *Supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 4, Section 2, §2, B i)

santé »²⁷⁷⁶. De manière identique, dans l'affaire Corée – *Viande de bœuf*, l'organe d'appel précise qu'« il était clair (...) qu'une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant “nécessaire” au sens de l'article XX d) si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général »²⁷⁷⁷. Ainsi, l'organe d'appel estime que « de même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général »²⁷⁷⁸. L'interprétation du critère de nécessité est évolutive. En effet, à une appréciation exclusivement fondée sur les effets de la mesure étatique sur les flux commerciaux se substitue une approche où sont pris en compte « d'autres facteurs (non-marchands) »²⁷⁷⁹. Dans cette nouvelle perspective, le juge doit « dans chaque cas sopeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations et les exportations »²⁷⁸⁰.

Devant les tribunaux arbitraux du CIRDI :

1060. L'appréciation du critère de proportionnalité par le CIRDI est également évolutive et on constate, dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, l'apparition de critères complémentaires d'appréciation. En effet, trois critères se dégagent de la pratique des tribunaux arbitraux dans l'appréciation de la proportionnalité de la réglementation étatique²⁷⁸¹: « le degré d'atteinte au droit de propriété », c'est-à-dire l'impact économique

²⁷⁷⁶ GATT, *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport du groupe spécial, 7 novembre 1990, DS10/R – 37S/214, §163

²⁷⁷⁷ OMC, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'organe d'appel, 10 janvier 2001, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, §165

²⁷⁷⁸ *Id.*

²⁷⁷⁹ JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international*, op. cit., pp.522 et s.

²⁷⁸⁰ *Id.*, voy. ég. Note du secrétariat du Comité du commerce et de l'environnement, « pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX b), d) et g) du GATT de 1994 », 8 mars 2002, WT/CTE/W/203, §42

²⁷⁸¹ « Bien que l'on observe des incohérences dans la distinction opérée par certains tribunaux arbitraux entre des réglementations légitimes ne donnant pas lieu à indemnisation bien qu'affectant la valeur économique d'investissements étrangers et l'expropriation indirecte nécessitant une indemnisation, on s'aperçoit en poussant plus loin l'analyse que, dans l'ensemble, ils ont retenu des critères qui semblent très voisins de ceux qui ont été définis par les accords récents ». YANNACA-SMALL (C.), « L'“Expropriation indirecte” et le “Droit de réglementer” dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires financières et des Entreprises n°2004/4, septembre 2004, pp.11

de la mesure ; « la nature des mesures gouvernementales, c'est-à-dire leur objet et leur contexte » ; « l'atteinte portée par les mesures à des attentes raisonnables fondées sur l'investissement »²⁷⁸².

1061. L'impact économique de la mesure permet de distinguer la réglementation étatique légitime de la mesure d'effet équivalant à une expropriation indirecte. Les tribunaux arbitraux ont progressivement précisé la portée de ce critère. Dans l'affaire *Pope et Talbot*, le tribunal a statué, dans le contexte de l'ALENA, que « l'imposition de contingents d'exportation à cette société avait certes entraîné une réduction des bénéfices, mais qu'elle ne l'avait pas empêchée totalement de vendre à l'étranger et que l'investisseur pouvait encore réaliser des bénéfices »²⁷⁸³. Le tribunal a notamment déclaré qu'« une simple atteinte ne constitue pas une expropriation ; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux »²⁷⁸⁴. Les tribunaux du CIRDI reconnaissent expressément que « the government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures ; and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects »²⁷⁸⁵. En d'autres termes, le tribunal précise dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* que la détermination de l'impact économique de la mesure est « important

²⁷⁸² *Id.*, pp.11 et s.

²⁷⁸³ Partial award in the case *Pope Talbot Inc v. Government of Canada*, 102-104, pp. 36-38, www.naftalaw.org and II Restatement of the Law (Third) Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, § 712, pp. 200-201 ; notes 6-7, pp. 211-212 (1987) cité par YANNACA-SMALL (C.), « L'«Expropriation indirecte» et le «Droit de réglementer» dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires financières et des Entreprises n°2004/4, septembre 2004, pp.13

²⁷⁸⁴ *Id.* Dans l'affaire *S.D. Myers*, qui concernait en l'espèce une société américaine, exploitant une installation de dépollution du PCB aux États-Unis, qui alléguait une violation de l'accord ALENA par le Canada qui interdisait l'exportation de déchet PCB vers les États-Unis. Dans cette affaire, le juge a notamment considéré que « les expropriations impliquent généralement la privation des droits de propriété » tandis que « les réglementations [constituent] une moindre atteinte ». Le tribunal a ajouté que « la distinction entre l'expropriation et la réglementation élimine la plupart des cas potentiels de plaintes portant sur l'intervention économique d'un État et réduit le risque que des gouvernements fassent l'objet de plaintes dans l'exercice de leur rôle de gestionnaire des affaires publiques ». In. CIRDI, *S.D.Myers Inc. c. Canada*, (13 novembre 2000) décision partielle, 232. International Legal Materials 408, §.232

²⁷⁸⁵ Iran-USA Claims Tribunal, *Tippetts, Abbet, McCarthy, Stratton c.TAMS et Affa Consulting Engineers of Iran et al.*, decision of June 29, 1984 ; 6 Iran-United States Rep., pp. 219 et s. ; p. 225 (1984-II) ; du même Tribunal, *Phelps Dodge Corp. et al.c.Iran*, 10 Iran-U.S.Cl. Trib. Rep., pp. 121 et s, (1986-I). ; Dans une autre affaire, le tribunal arbitral a statué : « Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies : where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state »s obligation to pay compensation remains ». In CIRDI, Award : *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Republic of Costa Rica*, CIRDI, affaire n°ARB/96/1, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol.72, n°15, p.192 (2000) ; Pour une analyse de ces différentes décisions : cf. YANNACA-SMALL (C.), « L'«Expropriation indirecte» et le » Droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires financières et des Entreprises n°2004/4, septembre 2004, pp.14 et s

*because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance »*²⁷⁸⁶. Si une mesure étatique ne neutralise pas en totalité la valeur de l'investissement, celle-ci aura de bonnes chances d'être considérée comme proportionnée²⁷⁸⁷. Toutefois, le tribunal a également reconnu, dans le contexte de l'ALENA, que « *l'expropriation (...) inclut non seulement des prises de possession de biens ouvertes, délibérées et reconnues, telles qu'une saisie pure et simple ou un transfert formel ou obligatoire d'un titre de propriété en faveur de l'État hôte, mais aussi une atteinte dissimulée ou fortuite à l'utilisation du bien qui a pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou en grande partie, de l'exploitation de l'avantage économique qu'il est raisonnable d'attendre dudit bien, même si l'État hôte n'en retire pas nécessairement un avantage évident »*²⁷⁸⁸. À ce titre, l'appréciation de la durée de la réglementation peut revêtir une importance particulière²⁷⁸⁹.

1062. Le critère de la nature des mesures gouvernementales est le support d'une contextualisation du raisonnement employé par les arbitres des tribunaux du CIRDI. L'examen de l'objet et du contexte dans lequel la mesure étatique a été prise est édifiant dans la décision *Tecmed contre Mexique* et donne lieu à de longs développements sur le contexte sociopolitique dans lequel est survenu le litige. Les arbitres ont analysé avec précision les comportements des différents acteurs institutionnels compte tenu de la pression politique exercée par les populations locales²⁷⁹⁰. Néanmoins, cette contextualisation ne se veut pas dialogique et ne permet aucune intervention de tiers

²⁷⁸⁶ CIRDI, *Tecmed c. États-Unis du Mexique*, op. cit., §115

²⁷⁸⁷ Dans l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) contre les États-Unis du Mexique*, le Tribunal a statué qu'il n'y avait pas eu expropriation du fait que « *l'action réglementaire n'avait pas privé le requérant du contrôle de sa société, gêné directement les opérations internes de la société ou évincé le requérant de sa place d'actionnaire majoritaire. Le requérant est libre de poursuivre d'autres lignes d'activité commerciale....Il a, certes, été effectivement empêché d'exporter des cigarettes....mais cela n'équivaut pas à une privation du contrôle de sa société* ». CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/1, décision du 16 décembre 2002, pp. 39 à 67, spé. p.59

²⁷⁸⁸ CIRDI, *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, décision du Tribunal du 30 août 2000, Affaire n° ARB(AF)/97/1, §.103 ; Voy. not. ROBERT (S.), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », op. cit., pp.6-7 ; GOLDSHALL (L.) « In the cold shadow of *Metalclad* : The potential for change to NAFTA » s Chapter eleven », *NYU Env. Law Journal*, 2003, pp. 264-316, PRUJINER (A.), « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire *Metalclad* », *International Law Forum de Droit International*, 2003-3, p. 214 ; WAGNER (J.M.), « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate University Law Review*, 1999, p. 518.

²⁷⁸⁹ WAGNER (J.M.), « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate University Law Review* (1999), vol.29, n° 3, pp.465 à 538. G. Christie, dans son article de 1962, examine à partir de quel moment une « *saisie temporaire* » se mue en « *expropriation* », CHRISTIE (G.), « What Constitutes a Taking of Property under International Law? », *British Yearbook of International Law*, 1962, pp.307 à 338

²⁷⁹⁰ CIRDI, *Tecmed c. États-Unis du Mexique*, op. cit., §123 et s .

intéressés qui pourraient éclairer le tribunal sur certains objets du litige ou soutenir l'argumentation de l'une des parties. La subjectivité des arbitres y apparaît clairement dans le choix d'écarter tel ou tel aspect du contexte, et notamment dans le choix de réduire les revendications environnementales et sanitaires à des éléments du contexte sociopolitique plutôt que de les élever, comme aurait pu le faire la Cour européenne des droits de l'homme, au rang d'objet pertinent du litige²⁷⁹¹.

1063. Le troisième critère complémentaire utilisé par les tribunaux arbitraux est « l'atteinte portée par la mesure à des attentes raisonnables fondées sur l'investissement ». Le tribunal, dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, a précisé la portée de ce critère :

*« Même avant que le plaignant n'effectue son investissement, il était largement accepté que l'investisseur tablait sur un placement à long terme dans la décharge et qu'il en avait tenu compte pour estimer le temps et l'activité nécessaires pour rentrer dans ses fonds et obtenir le rendement attendu au moment où il a présenté sa soumission pour l'acquisition des actifs liés à la décharge. Pour évaluer si les actions imputables au défendeur, ainsi que la "résolution", violent l'accord, ces attentes doivent être considérées comme légitimes et être évaluées à la lumière de l'accord et du droit international »*²⁷⁹².

Ce dernier critère peut être perçu comme une extension *ratione temporis* de l'appréciation de l'impact économique. Le cumul de ces deux critères économiques

²⁷⁹¹ *Id.*, §.129 — 145. spé §133. « There is no doubt as to the existence of community or political pressure — as both Parties have acknowledged and as made public by the local mass media and shown by the evidence submitted in these arbitral proceedings — against the Landfill. However, a substantial portion of the community opposition is based on objective situations that are beyond Cytrar or Tecmed's control or even beyond the Claimant »s control. On the other hand, the Arbitral Tribunal should consider whether community pressure and its consequences, which presumably gave rise to the government action qualified as expropriatory by the Claimant, were so great as to lead to a serious emergency situation, social crisis or public unrest, in addition to the economic impact of such a government action, which in this case deprived the foreign investor of its investment with no compensation whatsoever. These factors must be weighed when trying to assess the proportionality of the action adopted with respect to the purpose pursued by such measure ». Voy. ég., §144-145. « The absence of any evidence that the operation of the Landfill was a real or potential threat to the environment or to the public health, coupled with the absence of massive opposition, limits « community pressure » to a series of events, which, although they amount to significant pressure on the Mexican authorities, do not constitute a real crisis or disaster of great proportions, triggered by acts or omissions committed by the foreign investor or its affiliates. (...)145. This confirms that it was political pressure mainly revolving around the physical location of the site rather than a condemnation of major consequences expressed by the community or a situation originating a serious social emergency due to Cytrar »s [the Plaignant] behavior that motivated the refusal to renew the Permit ».

²⁷⁹² *Id.*, §.50

successifs a conduit certains auteurs à s'interroger sur l'existence d'une « doctrine du seul effet » économique²⁷⁹³. Comme le remarque C. Yannakasmall :

*« Personne ne doute sérieusement que l'ampleur de l'effet sur le statut juridique du propriétaire et l'effet pratique sur son aptitude à se servir et à jouir de son bien figurent parmi les principaux facteurs pris en compte pour déterminer si une mesure réglementaire constitue une expropriation indirecte. Ce qui est davantage sujet à controverse, c'est la question de savoir si l'effet sera le seul et unique critère utilisé (doctrine du seul effet) ou si l'objet et le contexte de la mesure environnementale peuvent aussi entrer en ligne de compte dans l'analyse des prises de possession »*²⁷⁹⁴.

L'auteur considère que les tribunaux arbitraux pratiquent « une approche équilibrée ».

1064. Nous ne partageons pas cette analyse dans la mesure où, à la lecture des décisions arbitrales récentes, l'impact économique de la mesure revêt plus d'importance dans l'appréciation des juges que le critère de l'objet et du contexte de la mesure. Dans l'affaire *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Republic of Costa Rica*, le Tribunal a statué que :

*« Alors qu'une expropriation ou une prise de possession effectuée pour des raisons environnementales peut être assimilée à une prise de possession réalisée à des fins publiques et être donc considérée comme légitime, le fait que le bien a été saisi pour cette raison n'affecte ni la nature ni l'importance de l'indemnisation à verser. C'est-à-dire que l'objectif de protection de l'environnement pour lequel le bien a été saisi ne modifie pas le caractère juridique de la prise de possession pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée. L'origine internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait aucune différence »*²⁷⁹⁵.

²⁷⁹³ ROBERT (S.), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », *op. cit.*, p.6

²⁷⁹⁴ YANNACA-SMALL (C.), « L'«Expropriation indirecte» et le «Droit de réglementer» dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires financières et des Entreprises n°2004/4, septembre 2004, pp.15-16

²⁷⁹⁵ CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Republic of Costa Rica*, Affaire n°ARB/96/1(17 février 2000) ; *Idem* dans l'affaire *Phelps Dodge*, dans laquelle le tribunal a précisé que « le Tribunal comprend parfaitement pourquoi le défendeur s'est senti obligé de protéger ses intérêts en procédant à ce transfert de gestion de même qu'il comprend les préoccupations financières, économiques et sociales qui ont inspiré la législation en vertu de laquelle le défendeur a agi, mais ces raisons et préoccupations ne peuvent exonérer celui-ci de l'obligation d'indemniser Phelps Dodge pour sa perte », Affaire *Phelps Dodge*, 10 Iran-

Sur ce fondement, le Tribunal refuse d'« analys[er] les pièces détaillées fournies sur ce que le Costa Rica considèrerait comme ses obligations internationales de préserver le site écologique (...) de Santa Elena »²⁷⁹⁶.

1065. Qu'il s'agisse de l'ORD, du CIRDI, des Cours européennes, chacun de ces organes juridictionnels tend à utiliser une méthode identique de résolution des contradictions normatives non-antagoniques. Cependant, derrière l'illusion d'une forme de convergence que l'emploi commun de la proportionnalité laisse paraître, le développement de critères complémentaires qui recentrent l'utilisation de cette méthode sur l'axiologie du système de l'interprète semble présenter le risque de voir les conflits de systèmes prendre la forme de jurisprudences contradictoires vis-à-vis de l'interprétation des relations des normes du droit international. Plus spécifiquement ne risque-t-on pas de voir émerger deux interprétations, ou deux communautés interprétatives, différentes du système des droits fondamentaux, l'une qui se fonde sur des principes éthiques et l'autre sur une conception, principalement ou strictement, économique ? C'est-à-dire une communauté interprétative qui se fonde, exclusivement, sur le principe de liberté ou d'autonomie et l'autre qui offre une place primordiale ou équivalente à celui de dignité humaine ?

2. La constitutionnalisation des SER

1066. L'utilisation de la méthode du « *judicial balancing* » ou de la proportionnalité dénote la capacité d'un système juridique à trancher les conflits de valeurs et de normes pouvant émerger en son sein ou avec son environnement normatif. Dans cette perspective, ces systèmes sont capables de mettre en rapport, de manière dialectique, des normes primaires et secondaires de leur propre système ou entre celles-ci et celles d'un autre système. Leurs juridictions utilisent la proportionnalité comme un processus de déformalisation grâce auquel ils dynamisent leur structure normative et l'adaptent de manière évolutive au regard de l'accélération des transformations des pratiques sociales et des contextes dans lesquelles ces systèmes s'appliquent. Cette capacité particulière est analysée, par une partie de la doctrine, comme le facteur principal d'un processus de constitutionnalisation des systèmes juridiques du droit international. D'autres auteurs

United States Cl. Trib. Rep. page 130, cité par YANNACA-SMALL (C.), « L'«Expropriation indirecte» et le «Droit de réglementer» dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires financières et des Entreprises n°2004/4, septembre 2004, p.16

²⁷⁹⁶ *Id.*, §59

considèrent qu'ils assistent plutôt à une constitutionnalisation pluraliste du système international pris dans son ensemble²⁷⁹⁷.

1067. Alec Stone Sweet estime que la complexité croissante des normes juridiques internationales, de la gouvernance internationale et la nature transnationale des pratiques régulées « *means that these orders (OMC, CEDH, CJCE [nous dirions les SER en général]) inevitably come into contact with one another and, at times, with national constitutional orders* ». Les organes juridictionnels de ces systèmes agissent telles des cours constitutionnelles²⁷⁹⁸. En effet, au sein de leur propre système, les organes juridictionnels des SER disposent de pouvoirs plus étendus que la plupart des cours nationales. Alec Stone Sweet signale à ce titre que :

« *This point can be formalized in terms of theoretical zone of discretion: the institutional basis of strategic environment in which any court operates. This zone is determined by the sum of powers delegated to the court and possessed by the court as a result of its own accreted rulemaking through the building of precedent minus the sum of control instruments available for use by non-judicial authorities to shape, by constraining, or to annul, by reversing, out-comes that emerge as the result of the court's performance of its delegated tasks* »²⁷⁹⁹.

²⁷⁹⁷ STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Régimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, pp.621-645 ; La diffusion de la méthode de la proportionnalité devant les organes juridictionnels de certaines organisations internationales témoigne de ce processus de constitutionnalisation. MATHEWS (J.) et STONE-SWEET (A.), « Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.47, pp.73-165

²⁷⁹⁸ Pour L'auteur OMC, CEDH, UE, « *are constituted, like systems of virtually all nation-States today, by written meta-norms or codified secondary rules. Further, these regimes are built on a normative foundation that is very similar to higher law constitutions. The highest courts of each of these systems exercise compulsory jurisdiction over disputes that arise under their respective treaties and their authority to interpret and apply the regime* » *law is final* ». STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Régimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, p.631 ; à propos de la CEDH : Cf. STONE SWEET (A.), « A cosmopolitan legal order : Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe », *Global Constitutionalism*, 2012, vol.1 n°1, pp.53-90

²⁷⁹⁹ STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Régimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, p.633. L'auteur précise : « *In a system of legislative sovereignty, an ordinary court's zone of discretion is relatively narrow : the legislature can overrule the court's decision by creating or changing a statute using normal legislative procedures. National constitutional courts operate in a much wider zone of discretion, given their power to invalidate infraconstitutional norms and the decision rules governing constitutional amendment, which are typically more complex and more restrictive than a majority vote of a legislature. A peculiarity of treaty law, relative to most national legal systems, is that the decision rule governing the revision of the basic norms is unanimity, as is the case in each of our three examples. Unanimity is a highly restrictive rule that favors the dominance of the constitutional court over the evolution of the constitutional law* ». p.640

1068. Après avoir analysé quelles sont les conditions nécessaires à l'émergence de systèmes de contrôles constitutionnels effectifs²⁸⁰⁰, l'auteur considère la CJCE, la CEDH et l'ORD comme « *the world's most successful and effective constitutional review* » dans la mesure où, chacune de ces cours « *is routinely asked to determine if and how national law and practice conflicts with treaty derived law and the answer given to these question is final. These courts routinely find that some national law and acts are contrary to a State's treaty obligations(...). Their decisions routinely give guidance to States on how law and practice must change, and States routinely comply with these decisions* »²⁸⁰¹.

1069. Dans le contexte du droit international, le concept de constitutionnalisation recouvre deux sens différents et complémentaires. Bob Kieffer précise que « *le premier sens est celui de la mise en place d'une organisation des pouvoirs au moyen de mécanismes institutionnels* », tandis que le second, « *qui se rattache à la tradition kantienne du droit international* », suppose « *la mise en place d'un dispositif normatif assurant la garantie des droits de l'homme et la protection des libertés fondamentales (...)* [et] *s'articule autour du rôle central de l'individu* »²⁸⁰². Ainsi, le premier sens fait référence « *au processus structurant du système juridique* » tandis que le second concerne « *la mise en place des éléments matériels de l'État de droit* »²⁸⁰³. Comme le remarque cet auteur, « *les aspects institutionnels et matériels de tout système sont intimement liés et se conditionnent réciproquement* »²⁸⁰⁴, ainsi, la protection des droits fondamentaux « *est largement tributaire des mécanismes mis en place au titre de la constitutionnalisation au*

²⁸⁰⁰ L'auteur précise : « *Where constitutional review systems are relatively effective, constitutional judges manage the evolution of the polity through their decisions. There are several conditions necessary for the emergence of effective review systems ; each condition is related to the court's jurisdiction and zone of discretion. First, constitutional judges must have a caseload. If actors, private and public, conspire not to activate review, judges will be unable to develop influence over polity [C'est l'hypothèse que nous avons formulée à propos de la CIJ et du traitement des contradictions normatives]. Second, once activated, judges must resolve disputes and give defensible reasons in justification of their decisions. If they do, one output of constitutional adjudication will be the production of constitutional case-law, which is a record of how judges have interpreted the constitution. Third, those who are governed by the constitutional law must accept that constitutional meaning is, at least partly, constructed through judges's interpretations and rulemaking and must use or refer to relevant case law in the future* ».

²⁸⁰¹ *Id.*, p.641-642

²⁸⁰² KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Larcier, Bruxelles, 2008, p.254 (384p.)

²⁸⁰³ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, op.cit., p.255 ; voy. ég. TRACHTMAN (J.), « The Constitutions of the WTO », *EJIL* vol.17 n°3, 2006, pp.623-646 ; DE WET (E.), « The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law : Evidence of Constitutionalisation? », in *European Constitutional Law Review*, 2009, pp. 284-306 ; E. de WET, « The Emerging International Constitutional Order : the Implications of Hierarchy in International Law for the Coherence and Legitimacy of International Decision-Making », in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 2, 2007, p. 1-27

²⁸⁰⁴ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, op. cit., p.255

premier sens »²⁸⁰⁵. Néanmoins, comme nous l'avons remarqué à propos du renversement du rapport entre règle secondaire et règle primaire par la CEDH, la reconnaissance des droits fondamentaux ou des valeurs qu'ils garantissent peut également être utilisée afin de modifier le cadre institutionnel et la distribution initiale des pouvoirs au sein d'un système juridique.

1070. À ce titre, les SER adoptent, ou sont l'objet, de processus de constitutionnalisation divers. Les normes procédurales de chacun d'entre eux délimitent leurs compétences de manière relativement stricte dans le cadre d'un système institutionnel où le partage des pouvoirs est assuré. Toutefois, les organes juridiques de ces systèmes juridiques se saisissent de la problématique des conflits de normes afin de recourir au système des droits fondamentaux, ou intégrer les valeurs qu'ils sous-tendent, pour assurer une forme de constitutionnalisation matérielle ou substantielle de leur système. On peut s'interroger sur le fait de savoir si une telle démarche, orchestrée par les juges des SER, vise, de manière réflexive, à accroître leurs pouvoirs²⁸⁰⁶ ? Par un effet rétroactif, la constitutionnalisation substantielle, qui résulte de l'intégration des valeurs du système des droits fondamentaux, n'est-elle pas de nature à transformer la structure institutionnelle, l'interprétation des règles procédurales et l'étendue des compétences qui en découlent ? Dans cette perspective, le rôle d'interface que peut jouer le système des droits fondamentaux apparaît également faire l'objet de diverses instrumentalisation par d'autres systèmes juridiques du droit international.

1071. En tout état de cause, si constitutionnalisation du droit international il y a, c'est certainement sous la forme plurielle d'une multitude de systèmes juridiques spécialisés en voie de constitutionnalisation procédurale et substantielle. La méthode dialectique de la proportionnalité offre aux organes juridiques de ces systèmes un moyen de mettre dynamiquement en rapport leurs normes primaires et secondaires et de les confronter, souvent en vue de les renforcer, aux limites extérieures que constituent les normes d'autres systèmes juridiques spécialisés. Dans cette perspective, la proportionnalité apparaît comme une méthode d'optimisation du fonctionnement des systèmes juridiques par la fluidification de leurs structures normatives de manière à absorber la complexité sociale et les contraintes de l'accélération temporelle. Mais, de plus, la proportionnalité constitue également, du point de vue de l'ordre juridique international, un mécanisme de gestion des

²⁸⁰⁵ *Id.*

²⁸⁰⁶ Alec Stone Sweet et Jud Mathews considèrent : « *proportionality constitutes a doctrinal underpinning for the expansion of judicial power globally. Although there is significant variation in how it is used, judges who adopt proportionality position themselves to exercise dominance over policymaking and constitutional development* ». cf. MATHEWS (J.) et STONE-SWEET (A.), « Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.47, pp.73-165, spé., p.74 et pp.160-165

flux normatifs et des relations entre systèmes juridiques depuis n'importe quels juridictions internationales ou sites de gouvernance. Ces systèmes en voie de constitutionnalisation agissent et évoluent selon des rythmes et des temporalités différentes. Dès lors, les juridictions internationales sont les acteurs de jeux de domination et de résistance, chacune d'entre elles tentant de maintenir l'autonomie et la suprématie de son système par rapport aux autres.

1072. La position retenue par la CJCE quant à son interprétation des relations que l'ordre juridique communautaire entretient avec le système juridique de l'OMC est topique :

« S'il est vrai que les accords OMC (...) comportent des différences notables par rapport aux dispositions du GATT de 1947, notamment en raison du renforcement du régime de sauvegarde et du mécanisme de règlement des différends, le système résultant desdits accords n'en réserve pas moins une place importante à la négociation entre les parties ». La Cour conclut « que les accords OMC, interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, ne déterminent pas les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne desdites parties contractantes. (...) En ce qui concerne, plus particulièrement, l'application des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire, il importe de relever que, aux termes de son préambule, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes, reste fondé, comme l'était le GATT de 1947, sur le principe de négociations entreprises sur “une base de réciprocité d'avantages mutuels” et se distingue ainsi, pour ce qui concerne la Communauté, des accords conclus par celle-ci avec des pays tiers qui instaurent une certaine asymétrie des obligations ou créent des relations spéciales d'intégration avec la Communauté, tel que l'accord dont l'interprétation fit l'objet de l'arrêt Kupferberg²⁸⁰⁷ (...). Il résulte de l'ensemble de ces considérations que, compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires »²⁸⁰⁸.

²⁸⁰⁷ CJCE, 26 octobre 1983, *Hauptzollamt Mainz c. Kupferberg and Cie KG*, aff. 104/81, rec. 1982, p.3641, §18-19

²⁸⁰⁸ CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise c. Conseil*, aff. C-149/96, Rec. 1999, p.I-08395, §46-47. cf. KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, op.cit., pp.2559-260

Cette jurisprudence constante s'applique non seulement par rapport au droit conventionnel, mais également par rapport aux décisions de l'ORD. En d'autres termes : le droit de l'OMC n'a aucune portée constitutionnelle directe en droit communautaire.

1073. Par exemple, dans l'affaire VanParys²⁸⁰⁹, la CJCE a estimé qu'« *un opérateur économique ne peut pas invoquer devant une juridiction d'un État membre qu'une réglementation communautaire est incompatible avec les règles du droit de l'OMC, alors même que l'ORD a déclaré cette réglementation incompatible avec lesdites règles – et ceci, même dans le cas où la réglementation communautaire avait explicitement été adoptée pour mettre le droit communautaire en conformité avec le droit de l'OMC à la suite d'une condamnation antérieure par l'ORD* »²⁸¹⁰. Bob Kieffer considère que le raisonnement juridique de la CJCE est « *hautement contestable* » dans la mesure où « *cette jurisprudence (qui se situe dans le contexte de la “guerre des bananes”) est clairement motivée par des raisons politiques* ». Pour cet auteur, « *l'attitude de la Cour est regrettable* » dans la mesure où, « *au lieu d'imposer le respect du droit international, elle paraît en encourager la violation* ». L'auteur considère ainsi que, « *de fait, l'arrêt Van Parys constitue un frein sérieux à la constitutionnalisation de l'OMC* »²⁸¹¹. À notre sens, cette attitude de la Cour paraît logique au regard de la conception des rapports de système établis postérieurement dans la jurisprudence Kadi. Elle oppose ainsi la constitutionnalisation de son propre système à l'invocabilité par les justiciables et l'applicabilité dans les systèmes juridiques des États membres de normes internationales issues d'autres systèmes juridiques en voie de constitutionnalisation. Il ne s'agit, pour la cour, que d'une tentative de sauvegarder son autorité et sa puissance au regard d'un système concurrent.

1074. Nous ne partageons pas les vues de cet auteur. Le raisonnement de la Cour suscite probablement les critiques formalistes, néanmoins, les juges communautaires remplissent leur fonction essentielle en assurant en même temps l'autonomie substantielle de leur système de référence et leur propre autonomie procédurale au regard du droit de l'OMC. Cela dit, la Cour continue de promouvoir la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire et s'inscrit dans un rapport de résistance à la tendance de l'OMC vers la constitutionnalisation. La Cour use, en effet, du pouvoir et du rayonnement dont

²⁸⁰⁹ CJCE, 1^{er} mars 2005, Van Parys, aff. C-377/02, Rec. 2005, p.I-1465, p.4 ; DE MEY (D.), « The Effect of the WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order : Reviewing Van Parys v. Belgische Interventie en Restitutiebureau (C-377/02) », *German Law Journal*, 6/2005, pp.1025-1032 ; MARIATTE (F.), « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *Europe*, juin 2005, pp.7-11

²⁸¹⁰ KEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, op. cit., p.260

²⁸¹¹ *Id.*

elle dispose pour s'affirmer comme un acteur autonome de la société internationale. L'ordre juridique communautaire défend, en quelque sorte, sa souveraineté externe dans l'ordre juridique international. Ces rapports institutionnels et juridiques s'inscrivent dans une lutte pour l'effectivité, c'est-à-dire un enjeu de puissance, que tendent à se livrer les SER dans l'ordre juridique international. Cette lutte n'est toutefois pas sans merci, en particulier entre le droit de l'OMC et celui de la Communauté européenne. En effet, la commission se réfère fréquemment au droit de l'OMC, tandis que la Cour peut puiser dans le droit de l'OMC des critères lui permettant « *d'établir la légalité d'un acte de droit communautaire* »²⁸¹². Bob Kieffer signale que « *la combinaison de ces trois cas de figure [dans lesquels la Cour puise ses critères d'appréciation de la légalité dans le droit de l'OMC] se rapproche dans ses effets d'une application pure et simple de l'effet direct* »²⁸¹³. Toutefois, la Cour garde la main mise sur l'opportunité de recourir au droit de l'OMC et reste libre de combiner ces critères avec d'autres tirés par exemple du système des droits fondamentaux. On remarque ainsi que les interactions entre les SER sont susceptibles d'altérer leurs contenus réciproques. C'est probablement en conscience de ces phénomènes que ces systèmes mettent en œuvre des stratégies de renforcement, dont la constitutionnalisation est un des aspects, et des stratégies de résistance, dont la sauvegarde de l'autonomie procédurale est une composante essentielle de leur effectivité²⁸¹⁴.

1075. Les stratégies de constitutionnalisation des systèmes juridiques, opérants comme une modalité de résistance aux influences extérieures, présentent de nombreuses similarités avec le concept de « *contre limites* » développé, à propos des rapports de systèmes entre les ordres constitutionnels nationaux et l'ordre juridique communautaire, par les Cours constitutionnelles allemande et italienne, et plus récemment polonaise²⁸¹⁵. Ce

²⁸¹² Bob Kieffer précise les cas dans lesquels la Cour puise dans le droit de l'OMC les critères du contrôle de légalité des actes communautaires : « *Tel peut être le cas quand le texte communautaire constitue une transposition du droit de l'OMC (exception de transposition) ou quand le texte communautaire se réfère explicitement au droit de l'OMC (exception de référence claire) (...) aussi le principe de l'interprétation conforme du droit national peut s'appliquer par rapport au droit de l'OMC* ». In KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, op. cit., pp.260 et s.

²⁸¹³ *Id.*

²⁸¹⁴ Alasdair R. Young met parfaitement en évidence le fait que la conformité du droit de l'Union européenne au droit de l'OMC est rarement un facteur de modification des politiques menés par ces organes. Si ceux-ci versent parfois dans une rhétorique visant à promouvoir la coopération entre les systèmes multilatéraux, leur objectif réel consiste à maximiser l'effectivité de leur propre système. YOUNG (A.R.), « *Less than you might think : The impact of WTO rules on EU policies* », in COSTA (O.) and JØRGENSEN (K. E.) (eds), *The Influence of International Institutions on the EU: When multilateralism hits Brussels*, PalgraveMacMillan, 2012, 23-41, contribution disponible en ligne : http://euce.org/eusa/2011/papers/10g_young.pdf ; voy. ég. YOUNG (A.R.), « *Effective Multilateralism on Trial : EU Compliance with WTO Law* », in BLAVOUKOS (S.) et BOURANTONIS (D.) s.d., *The EU's Presence in International Organisations*, Routledge, Abingdon, UK, 2010, pp.114-131.

²⁸¹⁵ JACQUE (J.P.), « *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques* », *RFDC*, 2007/1, n°69, p.11

concept recèle de nombreux indices des stratégies de résistance susceptibles d’être mises en œuvre par les juges d’un système juridique par rapport à la primauté ou, plus largement, l’influence d’un autre système juridique sur le fonctionnement de celui qu’il défend. En effet, cette théorie prétorienne a été élaborée dans le but « *de préserver la suprématie de certaines règles constitutionnelles qui tiennent au respect des droits fondamentaux et à la structure constitutionnelle de l’État* »²⁸¹⁶. Des développements récents des jurisprudences constitutionnelles espagnoles et françaises « *abandonnent la référence aux “dispositions expresses” pour lui substituer celle de règles ou de principes “inhérents à l’identité constitutionnelle de la France”* »²⁸¹⁷. D’autres États, par exemple l’Estonie, ont fait le choix d’insérer dans la Constitution nationale une « *clause défensive* » qui « *subordonne l’appartenance à l’Union aux principes fondamentaux de la Constitution de la République d’Estonie* »²⁸¹⁸. Ces techniques ne sont pas sans rappeler certains aspects des arrêts *Kadi*. En effet, certains auteurs repèrent des similitudes entre les jurisprudences *Solange* rendues par la Cour constitutionnelle allemande et les positionnements des Cours de Strasbourg et de Luxembourg²⁸¹⁹.

²⁸¹⁶ La théorie des contrelimites est exposée par les jurisprudences *Solange I* et *II* de la Cour constitutionnelle allemande. Jean Paul Jacqué précise l’évolution du raisonnement employé par les juges allemands : « *dans un premier temps, le Tribunal estimait qu’il pouvait contrôler la législation communautaire au regard des droits fondamentaux aussi longtemps que la Communauté ne disposerait pas d’un Parlement élu avec des pouvoirs législatifs et de contrôle et d’un catalogue de droits fondamentaux (Solange I, BVerfGE 37 du 29 mai 1974). Cette position devait évoluer en 1986, compte tenu de l’évolution de la communauté elle-même, puisque le Tribunal estimait que le niveau de protection des droits fondamentaux dans la Communauté était suffisant et renonçait à exercer son contrôle aussi longtemps que ce niveau resterait garanti (Solange II, BVerfGE 73 du 22 octobre 1986). Dans son jugement rendu à propos du traité sur l’Union européenne, le Tribunal maintenait sa position, quoique de manière moins nette en ce qui concerne les droits fondamentaux, et ajoutait qu’il n’acceptait la primauté que pour autant que la Communauté agisse dans les limites de sa compétence, se réservant au-delà, d’exercer son contrôle (BVerfGE 89 du 12 octobre 1993). Le Tribunal maintenait donc en suspens une réserve relative aux droits fondamentaux et aux éventuels dépassements de compétence de la Communauté. Les doutes que pouvait susciter ce jugement en ce qui concerne les droits fondamentaux ont été levés dans un jugement du 7 juin 2000 (BVerfGE, 2 BVL 1/97) dans lequel le Tribunal a précisé avec clarté la portée de la jurisprudence Solange II : « ... Il est satisfait aux exigences constitutionnelles si la jurisprudence de la Cour de justice des CE garantit, en général, face à la puissance publique communautaire, une protection effective des droits fondamentaux qui doit être respectée pour l’essentiel de la même façon que la protection des droits fondamentaux dont le Grundgesetz fait un impératif... les recours constitutionnels et les renvois préjudiciels effectués par des juridictions continuent d’emblée d’être irrecevables, si leur motivation ne démontre pas que le développement du droit européen qui comprend la jurisprudence de la Cour de justice des CE, se situe en dessous du niveau requis de protection des droits fondamentaux fixé à la suite de la décision Solange II... ».* JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L’instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1, n°69, pp.11-12

²⁸¹⁷ *Id.* À propos de la Décision du Conseil constitutionnel français n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, voy. ég. le commentaire de Florence Chaltiel, CHALTIEL (F.), « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d’auteurs », *RFDC*, 2006, n°68, p.837-847

²⁸¹⁸ Amendement à la Constitution de la République d’Estonie du 14 septembre 2003, entré en vigueur le 14 décembre 2003, article 1.

²⁸¹⁹ DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublément fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL* vol.20 n°1, pp.193-228 ; DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « A Rejoinder to Gràinne De Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor », *EJIL* vol.20,

1076. Par delà ces multiples processus de constitutionnalisation et les diverses stratégies auxquelles ils donnent lieu de la part des SER, se donne à voir un concept de pouvoir plurivoque en droit international. Une telle conception abonde dans le sens des analyses de Michel Foucault, pour qui les relations de pouvoirs « *ne sont pas univoques* », mais « *définissent des points innombrables d'affrontement, des foyers d'instabilité dont chacun comporte des risques de conflits, de luttes, et d'inversion au moins transitoire des rapports de force* »²⁸²⁰. Dans cette perspective, le pouvoir « *ne se réduit jamais à une seule entité : il est totalité des relations stratégiques mouvantes qui posent toujours le risque d'inversion des rapports de force* »²⁸²¹. L'évolution du système juridique international, dans cette perspective, apparaît comme le résultat de ces luttes et de ces influences croisées. On s'oriente ainsi vers un système pluriconstitutionnel plutôt que vers une constitutionnalisation d'un système international pluraliste. Le droit international pris dans son ensemble tend vers un polycentrisme et un accroissement de la polysystémie simultanée en son sein.

1077. Éviter que ces contacts entre systèmes se développent sur un mode contradictoire suppose de déterminer « *les nœuds du réseau (...), car, le plus souvent, ces nœuds n'ont pas été perçus par les créateurs de systèmes* »²⁸²². En effet, ces points de contact et ces interactions entre systèmes « *pseudo-constitutionnels* » ou autonomes²⁸²³ « *will partly determine how the overall system will develop* »²⁸²⁴. Si, actuellement on assiste à « *une suite d'interventions unilatérales en provenance de différents systèmes*

2009, n°3, pp.889-896 ; DE BURCA (G.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n°3, 2009, pp.855 et s.

²⁸²⁰ FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, op. cit., p.32

²⁸²¹ FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, op. cit., p.122

Michel Foucault précise : « *Là où il y a pouvoir, il y a résistance et (...) pourtant, ou plutôt par là même, celle-ci n'est jamais en position d'extériorité par rapport au pouvoir. Faut-il dire qu'on est nécessairement « dans le pouvoir, qu'on ne lui échappe pas, qu'il n'y a pas, par rapport à lui d'extérieur absolu, parce qu'on serait immanquablement soumis à la loi ? Ou que l'histoire étant la ruse de la raison, le pouvoir, lui, serait la ruse de l'histoire – celui qui toujours gagne ? Ce serait méconnaître le caractère strictement relationnel des rapports de pouvoir. Ils ne peuvent exister qu'en fonction d'une multiplicité des points de résistance : ceux-ci jouent, dans les relations de pouvoir, le rôle d'adversaire, de cible, d'appui, de saillie pour une prise. Ces points de résistance sont présents partout dans le réseau de pouvoir. Il n'y a donc pas par rapport au pouvoir un lieu du grand Refus (...) Mais les résistances qui sont des cas d'espèce (...) ; par définition, elles ne peuvent exister que dans le champ stratégique des relations de pouvoir. (...) Elles sont l'autre terme, dans les relations de pouvoir ; elles s'y inscrivent comme l'irréductible vis-à-vis* ». FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, op. cit., pp.125-127.

²⁸²² JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC* 2007/1, n°69, p.6

²⁸²³ Jean Paul Jacqué précise : « *Si la charte des Nations Unies est parfois présentée comme une Constitution mondiale, la Cour de justice des Communautés voit dans les traités une 'charte constitutionnelle' et la Cour européenne des droits de l'homme dans la CEDH l'instrument constitutionnel d'un 'ordre public européen'* ». *In Id.*

²⁸²⁴ STONE SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Régimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, p.623

juridictionnels [qui ont] *tenté d'apporter des solutions* », il n'est « guère surprenant » de constater « *l'absence de convergence (...) dans la mesure où chaque juge se prononce au regard de l'instrument dont il tire sa compétence* »²⁸²⁵. Dans cette perspective, et que l'on se place d'un point de vue épistémologique ou pratique, on est forcé de reconnaître que la hiérarchie des normes « *doit cesser d'être considérée comme une fin en soi, un idéal à reproduire, pour être appréhendée comme un simple moyen parmi d'autres d'atteindre les solutions les plus justes possible* »²⁸²⁶, ou les solutions les plus utiles à leurs auteurs.

1078. Ce type d'évolution, que nous avons qualifié de non-linéaire, est profondément ancré dans les rapports de forces qui lient les différents acteurs du système et n'est pas sans rappeler la philosophie de Nietzsche. En effet, celui-ci conçoit l'évolution comme un « *processus antagoniste de la "subjugation" et de la "résistance"* »²⁸²⁷:

« *L'évolution d'une chose, d'un usage, d'un organe* » écrit-il dans *Généalogie de la morale*, « *n'est donc pas moins que son progrès vers une fin, encore moins un progrès logique et direct (linéaire), obtenu avec un minimum de force et au moindre frais, — mais bien la succession de processus de subjugation plus ou moins indépendants les uns des autres, plus ou moins profonds qui s'opèrent en elle [la chose, l'usage ou l'organe], et qui renforcent les résistances et qu'ils ne cessent de rencontrer, les métamorphoses tentées par réaction de défense, et aussi les contre-actions couronnées de succès* »²⁸²⁸.

²⁸²⁵ JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1, n°69, p.7

²⁸²⁶ L'auteur poursuit : « *l'ordre peut exister dans un certain désordre hiérarchique dès l'instant que l'agencement des normes au sein du système repose sur le jeu combiné de principes identifiés* ». Il nous semble que la proportionnalité est susceptible de remplir ce rôle..PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Revue Trim. des Droits de l'Homme*, 2001, n°4, pp.749-794, spé791

²⁸²⁷ SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit. p.37

²⁸²⁸ NIETZSCHE (F.), *La généalogie de la morale*, in *Œuvres philosophiques complètes*, tome 7, p.269 ; Sato décrit cette « *multiplicité des rapports de pouvoir comme hétérogénéité diagrammatique de la domination et de la résistance* », SATO (Y.), *Pouvoir et résistance*, op. cit., p.97

CONCLUSION CHAPITRE 8

1079. En l'absence de législateur centralisé qui tranche les conflits entre les valeurs au fondement des normes juridiques internationales, des contradictions normatives sont susceptibles d'apparaître dans le contentieux qui oppose les sujets de droit. Nous avons établi que de telles contradictions ne se limitent pas aux relations logiques d'incompatibilités irréconciliables entre les normes du droit international, mais comprennent également, contrairement à ce que suggère la définition des conflits de normes, des contradictions non-antagoniques où la conflictualité entre les normes n'apparaît pas du point de vue de la logique formelle, mais se révèle si l'on considère la substance de chacune des normes appréciées et les effets concrets qu'emporte leur application. La résolution des contradictions normatives externes du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de normes et de systèmes juridiques internationaux, est l'œuvre des juridictions internationales et résulte des procédures juridictionnelles de règlement des différends. Confrontés à l'émergence de relations conflictuelles entre les normes du droit international, les États, comme les juges et les arbitres internationaux peuvent recourir à certaines règles procédurales qui déterminent *a priori*, tantôt sur la base de critères objectifs tantôt sur la base de critères ouverts et partiellement indéterminés, un certain rapport entre normes conflictuelles.

1080. Les règles générales de résolution des conflits de normes sont issues de la coutume internationale et la majorité d'entre elles sont codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elles promeuvent des méthodes classiques d'interprétation et sont régidées dans des termes généraux et abstraits. Elles reposent sur une définition restrictive des conflits et sont conçues sur le fondement d'une conception formelle de l'interprétation et d'une conception linéaire de l'évolution de l'ordre juridique international, arc-boutée sur la volonté souveraine des États. À ce titre, elles ne permettent pas d'apprécier la cohérence axiologique de l'ordre juridique international et restent complètement indifférentes aux relations entre les valeurs substantielles et les objectifs éthiques poursuivis par les normes en conflit. L'application de ces règles de conflit emporte une gamme d'effets divers allant de la nullité, dans le cas des conflits verticaux entre un traité et une norme de *jus cogens*, à la priorité d'application en passant par l'abrogation, la suspension intégrale, l'amendement ou la modification, dans les cas de conflits horizontaux entre deux normes de même qualité. Dans tous les cas, leur application aboutit à l'exclusion d'une des normes en conflit au profit de sa concurrente. Ainsi, leur fonction consiste à

résoudre les contradictions normatives strictement antagoniques du droit international de manière objective, formelle et mécanique. Elles ont vocation à limiter l'intervention de la subjectivité du juge, ou de l'arbitre, lorsqu'il interprète ou applique les normes juridiques internationales. À cette fin, elles s'appuient sur des critères objectifs et alternatifs, l'espace et le temps, qui ont vocation à préciser l'interprétation des normes considérées en fonction de l'intention des États qui les ont établies. Pour déterminer *ab initio* la volonté des parties, ces règles invitent l'interprète à se situer dans le contexte dans lequel les normes en conflit ont été élaborées, mais ne permettent pas d'apprécier le contexte dans lequel elles sont appliquées et dans lequel le litige survient. Leurs caractères, formel et mécanique, favorisent la prévisibilité et la sécurité juridique des relations juridiques des États, mais ne permettent pas d'opérer une conciliation entre les normes conflictuelles par voie d'interprétation. En outre, les critères d'appréciation sur lesquels ces règles générales de résolution des conflits reposent, c'est-à-dire alternativement le temps ou l'espace, ne correspondent pas à la pratique des Organisations internationales qui mettent en œuvre et mobilisent divers instruments, indifféremment au regard de leur date d'adoption, qui forment ensemble des complexes fonctionnels. L'application de ces règles dans le contentieux des conflits de normes aboutit à exclure l'une d'entre elles, et, par conséquent, conduit à opposer les volontés étatiques et les politiques qu'ils mènent à l'échelle internationale plutôt que de chercher à les coordonner. À ce titre, elles rendent impossible toute pragmatique contextuelle entre le juge et les parties à propos de l'ensemble des objets du litige et vis-à-vis d'une vaste pluralité d'intérêts concernés par la décision. Dans cette perspective strictement formelle, la Convention de Vienne comme les travaux de la CDI dissocient les règles relatives à l'interprétation des traités et les règles relatives à la responsabilité internationale des États et des organisations internationales qui sanctionnent l'application des traités. La multiplication des régimes spécialisés qui prévoient des règles qui sanctionnent leur application laisse planer le risque d'une responsabilité internationale à géométrie variable. Inversement, certains traités disposent de règles spéciales de résolution des conflits de normes qui prennent la forme d'exceptions générales ou de restrictions nécessaires et qui constituent leur clôture autoréférentielle. Ces règles spéciales reposent sur des critères d'appréciation indéterminés et cumulatifs qui ménagent une large place à la subjectivité du juge, favorisent l'interprétation et la conciliation des normes potentiellement conflictuelles.

1081. La résolution des contradictions normatives peut être effectuée par plusieurs instances compétentes pour régler les différends internationaux qui peuvent survenir entre États ou entre un État et une personne privée. Dans l'ordre juridique international, les organisations internationales sont multiples et ne sont pas situées de manière identique

pour apprécier et résoudre les conflits de normes et de systèmes juridiques internationaux. En effet, leur capacité pour résoudre de telles contradictions dépend de leur degré d'autonomie et de leur capacité à contraindre les comportements de leurs membres. Certaines organisations internationales, telles que l'ONU, l'OMC, des organisations régionales à vocation économique ou compétentes en matière de protection des droits de l'Homme, disposent d'appareils institutionnels suffisamment développés pour résoudre de telles contradictions normatives, dès lors qu'ils comprennent un organe de règlement des différends et que les justiciables y recourent.

1082. La CIJ est l'unique organe qui dispose, en vertu de son statut et à l'occasion du règlement des différends interétatiques, d'une compétence générale d'interprétation et d'application du droit international. Néanmoins, alors que la problématique des conflits de normes n'est pas récente, le contentieux relatif à ces questions ne s'est pas développé devant la CIJ et celle-ci n'a pas su saisir l'opportunité que lui offrait leur résolution pour développer sa propre fonction. Cette double fonction d'interprétation et d'application du droit international est toutefois limitée par l'effet *inter partes* de l'autorité de chose jugée que revêtent ces décisions. De plus, l'interprétation et l'application du droit international par la CIJ s'opèrent sous l'égide d'un raisonnement formaliste, dans la droite lignée de la convention de Vienne et des travaux de la CDI, qui consiste à séparer la justification formelle du choix de la norme applicable et la sanction des comportements illicites qui détermine les conséquences de ce choix en terme de responsabilité internationale et d'effectivité des normes juridiques. Une telle disjonction ne permet pas une coordination des volontés étatiques, car elle rend impossible toute pragmatique contextuelle.

1083. À l'inverse, les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés disposent, chacun, d'une compétence spéciale pour appliquer les normes de leur système de référence. Pourtant, ces juridictions internationales, notamment celles qui relèvent des systèmes juridiques spécialisés en matière économique et commerciale, attirent l'essentiel du contentieux relatif aux conflits de valeurs et d'intérêts et aux contradictions normatives non-antagoniques. Les normes extérieures ne sont mobilisées par les juridictions internationales que pour éclairer l'interprétation et l'application des normes qu'elles ont la charge d'appliquer en vertu de leurs statuts. À ce titre, l'indifférence réciproque caractérisait, jusque très récemment, les rapports entre les systèmes juridiques internationaux, tels qu'en témoignent l'article 3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends devant l'ORD ou l'article 220 du traité de Rome. Si la CJUE a étendu sa compétence, au-delà de ce que prévoyait le traité de Rome, à la protection des droits fondamentaux, cette situation apparaît extraordinaire au regard de la pratique des systèmes juridiques spécialisés à vocation économique et se justifie, dans le contexte européen, par

des raisons politiques et stratégiques qui participent d'une volonté commune de la CJCE et de la CEDH de construire un ordre constitutionnel européen. Cette interpénétration du droit de l'Union européenne et de celui de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'opère toutefois pas sans ambiguïté et la consécration d'un catalogue autonome de protection des droits fondamentaux en droit communautaire laisse planer le risque de conflits entre ces deux systèmes juridiques et les deux cours européennes. Au contraire, l'ORD n'a pas étendu sa compétence au-delà de ce que prévoyaient ces statuts. Le juge de l'OMC est compétent pour assurer l'interprétation et l'effectivité des normes du droit de l'OMC. À ce titre, il n'est, *a priori*, pas compétent pour résoudre les contradictions normatives du droit international. Ainsi, la résolution des contradictions normatives relève d'une compétence incidente ou accidentelle des organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés du droit international dans le sens où, s'ils ne sont pas compétents pour appliquer des normes extérieures à leurs systèmes de référence, les décisions qu'ils prennent sont susceptibles d'emporter des effets, positifs ou négatifs, au regard de l'effectivité de ces normes et de ces systèmes extérieurs.

1084. Afin d'assurer l'interprétation et l'effectivité des normes de leurs systèmes de référence, les juridictions internationales recourent aux régimes des *exceptions générales* ou des *restrictions nécessaires* afin de déterminer *a contrario* les limites extérieures des champs d'application de leurs systèmes respectifs. Dans ce but, elles utilisent les normes extérieures qu'elles estiment pertinentes pour éclairer l'étendue et la portée de ces exceptions en fonction du contexte dans lequel elles sont invoquées par leurs États membres. Dans le cas de l'ORD comme dans celui de la CJCE le recours aux exceptions générales ou aux restrictions nécessaires, qui permet à ces systèmes d'actualiser leurs structures normatives en les confrontant à leurs limites externes, nécessite la conciliation de normes dont les objectifs éthiques et les fondements axiologiques peuvent se contredire. Il n'en va pas différemment devant ces deux juridictions que devant les juridictions régionales de protection des droits de l'Homme ou face aux tribunaux arbitraux officiants sous l'égide du CIRDI. En effet, compte tenu de l'inadaptation des méthodes classiques de résolutions des conflits de normes, ces juridictions sont le siège d'une réélaboration, dialectique et pragmatique, du formalisme des raisonnements judiciaires afin de prendre en compte et de résoudre, dans un souci de cohérence, les contradictions normatives non-antagoniques du droit international. Dans ce contexte, l'observateur assiste à une banalisation, devant ces juridictions internationales spécialisées, du recours au critère ou au principe de proportionnalité, à la balance des intérêts et à la marge nationale d'appréciation qui semblent constituer, ensemble, une méthode commune de résolution des contradictions non-antagoniques du droit international.

1085. La réélaboration du formalisme judiciaire et la construction de cette méthode contextuelle et dialectique de résolution des contradictions normatives correspondent, pour les systèmes spécialisés du droit international, avec la prise en compte, plus ou moins directe, des principes et valeurs éthiques du système des droits de l'Homme. Ces transformations participent d'une stratégie de légitimation des systèmes juridiques spécialisés et des juridictions internationales, en particulier les tribunaux arbitraux du CIRDI, l'ORD, la CJCE et la CEDH. Elles présagent une fonction d'interface entre les ordres et les systèmes juridiques que le système des droits de l'Homme est susceptible de remplir. Toutefois, cette méthode de résolution des contradictions non-antagoniques intègre un rapport à l'incertitude et suppose l'intervention de la subjectivité du juge ou de l'arbitre international. La contextualisation du raisonnement judiciaire et l'accueil des tierces interventions et des *amici curiae* visent à contrebalancer ce phénomène par la construction d'un dialogue intersubjectif entre le juge ou l'arbitre, les parties et les représentants d'autres intérêts susceptibles d'être affectés par le jugement ou la sentence internationale. Bien que l'utilisation, par les juridictions internationales des systèmes juridiques spécialisés, d'un vocabulaire commun, d'une méthode et de mécanismes de représentation similaires, puisse apparaître comme le signe d'une convergence formelle au regard de la résolution des contradictions non-antagoniques, les nombreuses variations qui, en fonction des juridictions, affectent cette utilisation et témoignent de l'absence de convergence matérielle. En effet, l'utilisation de la méthode de la proportionnalité, qui comprend une branche axiologique et une branche instrumentale, diffère d'une juridiction internationale à l'autre et peut aboutir à des solutions divergentes à propos d'une même situation juridique. Outre le fait que le juge international peut réduire la base des alternatives décisionnelles en édulcorant certains objets du litige, la branche axiologique de la méthode de la proportionnalité peut également intervenir de manière implicite devant le juge de l'OMC alors qu'elle peut être menée de manière explicite et dialogique devant la CJUE ou la CEDH. Devant le juge du commerce international, la mise en balance des intérêts demeure silencieuse, car elle est opérée, *a priori* au sein des traités multilatéraux, par la détermination du rapport entre le principe de libéralisation des échanges et les exceptions relatives à la protection de la santé, de la moralité ou de l'environnement. Les tribunaux arbitraux du CIRDI objectivent le contentieux afin de rendre les intérêts privés et étatiques comparables dans la balance. Dans ce but, l'arbitre s'est référé à la jurisprudence de la CEDH relative à la conciliation du droit de propriété de la personne humaine et des intérêts découlant d'autres droits, et a transposé cette protection aux investisseurs, personnes morales de droit privé.

1086. La nature autopoïétique de l'utilisation du régime des exceptions générales ou des restrictions nécessaires demeure identique d'un système à l'autre et consiste à transformer un conflit potentiel avec une norme substantielle appartenant à un système extérieur en un conflit de normes internes. Néanmoins, la réception des valeurs et des intérêts protégés par le système juridique des droits de l'Homme peut emprunter des voies différentes en fonction de la juridiction internationale qui intervient pour résoudre le différend interétatique qui recèle potentiellement un conflit de normes. Le recours aux exceptions générales par le juge du commerce international prend la forme d'une métonymie et le conduit à transformer une norme substantielle extérieure, sur laquelle se fonde éventuellement la mesure étatique attaquée, en une exception procédurale interne au système de l'OMC. Le juge transforme alors une norme substantielle, qui consacre à la fois un intérêt légitime et un intérêt à agir, en une norme procédurale qui reconnaît un intérêt légitime, mais n'ouvre aucun droit à l'action pour le faire valoir et ne le conçoit que comme un moyen de défense. Dès lors, l'ORD procède à cette réception par absorption, c'est-à-dire que les valeurs et intérêts protégés par les normes du système des droits de l'Homme sont interprétés à l'aune du paradigme herméneutique du droit de l'OMC. Ce raisonnement aboutit ainsi à intérioriser la tension dialectique entre l'objectif de libéralisation des échanges et les valeurs extraéconomiques promues par le système des droits de l'homme, tout en dévalorisant l'un des termes de la contradiction. Cette utilisation de la méthode de la proportionnalité améliore la prévisibilité des décisions juridictionnelles et la sécurité des relations juridiques entre les États, car elle s'opère sous l'égide d'un principe axiologique unique. La prise en compte des intérêts et des valeurs extraéconomiques dans le système de l'OMC a permis un décentrement relatif de son paradigme herméneutique, mais n'a pas rendu possible la modification de ses objectifs éthiques. Au contraire, le choix de la CJUE comme des États membres de l'UE d'accueillir la protection des droits fondamentaux au rang de principes généraux du droit communautaire, consiste ainsi à accueillir une norme substantielle externe au rang de norme substantielle interne et permettre la diffusion de la substance des droits fondamentaux à l'ensemble des normes du droit communautaire. Par ce mécanisme, le juge de l'UE a rendu possible la reconstruction radicale de son paradigme herméneutique sur le fondement d'objectifs éthiques renouvelés, assumés comme contradictoires et par le biais d'une logique dialectique et dialogique.

1087. Nous avons considéré que l'absence d'un système juridique concurrent de celui de l'OMC disposant d'une puissance équivalente dans l'ordre juridique international permet d'expliquer ces différences au regard de la réception des valeurs et des intérêts extraéconomiques. La coexistence entre la CJUE et la CEDH au sein d'un espace partagé et entre des sujets partiellement communs, les a conduits à interagir l'une avec l'autre en vue

de produire ensemble un ordre constitutionnel européen. Néanmoins, d'un point de vue général, l'analyse du raisonnement judiciaire au regard du réseau de contraintes, internes ou externes, objectives ou intersubjectives, idéologiques ou politiques, au sein duquel le juge ou l'arbitre se situe et qui conditionne la légitimité de ses décisions, met en évidence les causes des variations relatives à l'utilisation de la méthode de la proportionnalité par les juges internationaux. En effet, en fonction de ces contraintes, le juge module l'interprétation de l'étendue de sa compétence, son appréciation des objets du litige et la mise en balance des intérêts. En tout état de cause, ces variations dévoilent la désynchronisation des rythmes d'évolution des systèmes spécialisés dans l'ordre juridique international.

1088. La résolution des contradictions normatives non-antagoniques par l'utilisation d'une méthode issue du système des droits de l'Homme mais commune aux différents systèmes juridiques pourrait apparaître, eu égard au pluralisme institutionnel dans l'ordre juridique international, comme un facteur de prévention des conflits de systèmes qui participe d'un processus de défragmentation ou de constitutionnalisation de l'ordre juridique international. Le système juridique des droits de l'Homme est utilisé comme une interface, un espace conceptuel où s'organise la communication entre les différents systèmes et ordres juridiques dans la mesure où les méthodes d'interprétation qu'il promeut se diffusent dans l'ordre juridique international. La structure dialectique de la conception normative de l'Homme en son fondement, comme les multiples jeux d'interprétation autour de l'enchevêtrement et des limitations réciproques entre les valeurs et les principes éthiques, permettent aux systèmes juridiques spécialisés d'exprimer et de légitimer dans les termes de ce langage universel leur identité et leur fonction spécifique dans l'ordre juridique international. Néanmoins, le caractère autopoïétique de la résolution des contradictions normatives non-antagoniques et de l'utilisation de la méthode de la proportionnalité par les systèmes juridiques spécialisés participe d'une stratégie de légitimation et de renforcement de l'effectivité et de l'autonomie de ces derniers plutôt que d'une stratégie commune de convergence matérielle soucieuse de la cohérence de l'ordre juridique international. Au fil des jurisprudences, les juges et arbitres internationaux interprètent les concepts indéterminés de leurs normes de référence afin de formuler progressivement des critères complémentaires d'appréciation de la proportionnalité. Cependant, ces critères résultent d'un effet mémoire des systèmes juridiques spécialisés et sont, à ce titre, spécifiques à chaque juridiction internationale. Ces dernières les élaborent en fonction de la rationalité propre de leur système de référence. Loin de favoriser la convergence matérielle, ces critériologies spécifiques peuvent s'avérer contradictoires et faciliter l'émergence de conflits de juridictions et de jurisprudences.

1089. On assiste ainsi à une multitude de processus de constitutionnalisation qui opèrent au sein des systèmes juridiques spécialisés du droit international. Les valeurs du système des droits de l'Homme constituent la source et le support des conflits pouvant émerger entre eux. Elles deviennent l'enjeu d'un rapport de pouvoir, c'est-à-dire à la fois un rapport en terme d'autorité et un rapport en terme de puissance, entre les systèmes juridiques spécialisés du droit international. À l'image des jurisprudences récentes de la CEDH ou de la CJCE, relatives à la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits fondamentaux de l'ordre juridique européen, les juridictions internationales tendent à utiliser le contentieux des conflits potentiels et des contradictions non-antagoniques de manière à assurer l'effectivité, l'autonomisation et la différenciation fonctionnelle de leur système de référence par rapport aux autres systèmes juridiques et institutions internationales tout en justifiant cette entreprise au regard des valeurs et des intérêts protégés par le système juridique des droits de l'Homme. En liant la résolution des conflits de valeurs aux problématiques relatives aux relations interinstitutionnelles dans l'ordre juridique international, ces juridictions agissent telles des cours constitutionnelles qui assurent des mécanismes de constitutionnalisation formelle et matérielle. Ces systèmes et leurs institutions deviennent les acteurs de jeux de domination et de résistance qui mettent en évidence le caractère plurivoque des relations de pouvoir par-delà lesquelles se dessine l'évolution non-linéaire d'un l'ordre juridique international polycentrique et pluriconstitutionnel.

CONCLUSION TITRE 4 : LES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

1090. La résolution des contradictions normatives du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de valeurs, les conflits de droits, les conflits de normes juridiques internationales et les conflits de systèmes juridiques spécialisés, est l'oeuvre des juridictions nationales et internationales qui règlent, par des procédures juridictionnelles, les différends entre les sujets de droit, personnes physiques et morales de droit public et de droit privé. Le caractère contradictoire des procédures juridictionnelles et judiciaires de règlement des différends facilite l'émergence et la reconnaissance des contradictions normatives dans la mesure où celui-ci permet l'explicitation et la sélection, par un tiers impartial, de l'ensemble des arguments relatifs à la conflictualité entre les normes et entre les valeurs ou les intérêts qu'elles protègent. Les juges nationaux et internationaux, confrontés, *in specie*, à ces contradictions jouent un rôle primordial dans leur résolution par l'utilisation de méthodes d'interprétation particulières qui participent d'une réélaboration du formalisme des raisonnements judiciaires.

1091. Les contradictions normatives internes du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de droits, sont résolues par les juridictions nationales et internationales compétentes en matière de droits fondamentaux. Nous avons concentré notre analyse sur le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme pour décrire les méthodes mises en oeuvre pour résoudre ces contradictions internes. Le rôle du juge strasbourgeois est double au regard du système des droits de l'Homme, il participe à son enrichissement et à son application tout en assurant sa structuration et sa cohérence. Le juge européen des droits de l'Homme a notamment étendu l'applicabilité des droits fondamentaux aux rapports entre personnes privées par la reconnaissance de leur effet horizontal et des obligations positives à la charge des États. Cette privatisation du système des droits de l'Homme implique l'accroissement des recours fondés sur la violation des libertés individuelles et, par ricochet, l'inflation des manifestations de conflits de droits. Néanmoins, des contraintes procédurales, liées au caractère trilatéral du contentieux soumis à la Cour, affectent la réception des conflits de droits par le juge européen.

1092. Afin d'exercer ses fonctions dans le cadre d'un système qui se complexifie, le juge européen des droits de l'Homme dispose de divers outils. L'instauration par le juge de relations dialogiques relatives au contexte dans lequel le litige survient et aux divers objets qu'il comprend, avec les parties, avec les juges d'autres systèmes juridiques et avec les représentants de certains intérêts issus de la société civile, permet l'expression des différentes dimensions d'un conflit de droits. En effet, le requérant dispose de diverses stratégies pour obtenir satisfaction, qui se fondent tantôt sur la violation d'un droit subjectif, tantôt sur le respect du droit objectif, tandis que l'État ou le défenseur pourra invoquer la protection d'un droit collectif ou celle des droits d'autrui. Dans cette perspective, le juge, garant de la fonction des procédures judiciaires, organise la communication entre les parties et la sélection des arguments pertinents. Il module sa conception de la conflictualité des droits et reconstruit le litige selon un « *plan* » qui lui est propre. À ce titre, il semble reconstruire le litige sous la forme d'une fiction judiciaire et selon une modalité métaleptique en étendant ou en limitant, d'une part, sa perception du conflit dans l'espace et dans le temps, et, d'autre part sa compétence et sa fonction au-delà du contrôle concret jusqu'au contrôle de conventionnalité des mesures étatiques. La contextualisation du raisonnement judiciaire participe d'un processus de déformalisation du droit, c'est-à-dire une fluidification de la structure normative des systèmes juridiques, qui vise à adapter la norme juridique aux situations contingentes qu'elle régit et aux contraintes de l'accélération temporelle. Néanmoins, la reconstruction du litige par le juge et les différents niveaux de généralités vis-à-vis desquels il se situe le conduisent à intégrer des questions politiques et sociétales qui débordent le cadre du litige concret et lui permettent de moduler, de manière réflexive, sa compétence et sa fonction juridictionnelle. Ainsi, l'effectivité des jugements relatifs aux conflits des droits fondamentaux comprend plusieurs degrés allant de l'autorité de la chose jugée qui concerne les relations entre les parties, à l'autorité de la chose interprétée, qui concerne l'ensemble des sujets de droit placés dans une situation identique, en passant par l'autorité du précédent, qui façonne la cohérence de la jurisprudence et du système des droits fondamentaux en Europe et vise, en retour, à en stabiliser l'interprétation.

1093. Afin de résoudre ces conflits de droits, qui prennent corps notamment dans le contexte de la bioéthique et des biodroits, la Cour européenne des droits de l'Homme a élaboré une grille d'analyse et un ensemble de méthodes d'interprétation qui ont pour objectif de définir le concept de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* ». La balance des intérêts, l'examen de la proportionnalité et le recours à la marge nationale d'appréciation constituent des méthodes d'interprétation qui, systématiquement, sont combinées afin de résoudre un conflit de droits. Chacune

correspond à un certain registre argumentatif : la balance des intérêts conduit à comparer, d'un point de vue axiologique, les valeurs et les intérêts protégés par les droits en cause, l'examen de la proportionnalité permet d'évaluer le rapport instrumental entre les droits en causes et suppose de comparer les modalités et les moyens d'exercice d'un droit et les effets concrets résultant de l'application des normes procédurales de la mesure étatique attaquée, enfin la marge nationale d'appréciation accorde une certaine souplesse au dispositif afin de répondre aux difficultés que rencontrent les États lors de la conciliation des droits. Combinées ensemble, ces méthodes permettent d'opérer de manière concomitante et dialectique la construction du dispositif de la décision judiciaire et sa justification. Elles contribuent ainsi à la fois au respect de la souveraineté des Hautes parties contractantes et au respect de leurs engagements conventionnels.

1094. Ces méthodes modernes d'interprétation font l'objet de nombreuses critiques qui se concentrent sur l'imprévisibilité de leur résultat et l'accroissement de l'insécurité juridique que suppose leur utilisation. En outre, la doctrine remarque que ces méthodes prétoriennes donnent lieu à une pratique ambiguë qui met en évidence l'intervention de la subjectivité du juge dans la reconstruction du litige qu'il opère. Pour pallier ce phénomène, la doctrine et, dans une certaine mesure, les juges européens, développe une procéduralisation accrue des processus décisionnels au sein de la procédure judiciaire de règlement des litiges. Cette procéduralisation a pour objectif de favoriser l'intersubjectivité et l'établissement d'un débat, portant sur l'intégralité des objets du litige et les conditions de son apparition, entre le juge, les parties et les représentants de certains intérêts susceptibles d'être affectés par la décision. En pratique, la cour a assoupli les conditions d'intervention des tiers intéressés, notamment les groupements d'intérêt collectif qui interviennent au soutien de l'argument d'une des parties. Cette procéduralisation intègre l'incertitude comme une composante du débat judiciaire relatif au traitement des contradictions normatives, mais n'abolit pas l'imprévisibilité. Au contraire, le juge élargit le cercle des intervenants afin de favoriser une démarche dialogique, contextualisée et dialectique, qui renforce la légitimité et l'effectivité des décisions produites à défaut de garantir leur prévisibilité.

1095. L'emploi des méthodes de résolution des conflits de droits n'emporte pourtant pas le fonctionnement chaotique du système des droits de l'Homme, mais implique une imprévisibilité relative qui découle de l'accroissement des alternatives décisionnelles valides et disponibles pour le juge. Cependant, cette volonté d'adapter la norme aux situations contingentes qu'elle régit induit pour le juge la maximisation des critères d'appréciation qu'il emploie pour apprécier la conflictualité entre les droits. L'élaboration de ces multiples critères réduit proportionnellement la capacité de prévoir la décision du

juge. Dans cette perspective, conflictualité et effectivité apparaissent consubstantielles. La conflictualité entre les droits ne constitue pas un dysfonctionnement du système des droits fondamentaux, mais contribue aux processus évolutifs qui l'animent. Ces transformations qui affectent le système des droits de l'Homme en Europe invitent l'observateur à réviser les principes épistémologiques qui guident son analyse et conditionnent sa perception des contradictions normatives comme de leurs conséquences sur le fonctionnement des systèmes juridiques.

1096. Les contradictions normatives externes du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de normes et de systèmes juridiques dans l'ordre international, sont résolues par les juridictions nationales et internationales compétentes pour appliquer les normes juridiques internationales à l'occasion des procédures juridictionnelles de règlement des différends entre États, ou entre un État et une personne privée. Dans l'ordre juridique international, ces juridictions sont multiples et tirent leurs compétences d'instruments différents. Ainsi, celles-ci ne sont pas situées de manière identique pour percevoir et agir sur les contradictions normatives du droit international. La capacité de résolution des contradictions d'une juridiction internationale dépend de son degré d'autonomie procédurale et de sa faculté de contraindre les comportements étatiques. Le statut de la CIJ lui reconnaît une compétence générale en matière d'interprétation et d'application des traités internationaux. Néanmoins, le contentieux relatif aux conflits de normes s'est peu développé devant la Cour et l'effet *inter partes* attribué à ces décisions ne lui ont pas permis de jouer un rôle de premier plan vis-à-vis de la résolution des contradictions du droit international. Au contraire, les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés du droit international, tels que l'ORD, la CJCE, la CEDH ou les tribunaux arbitraux du CIRDI, capturent le contentieux relatif aux contradictions normatives, alors même que leur compétence est spéciale et se limite à l'application et l'interprétation des normes de leur système de référence. Leur fonction consiste à interpréter et assurer l'effectivité du système juridique duquel chacune tire sa compétence. Dans l'accomplissement de cette fonction, ces juridictions sont conduites à déterminer les limites externes des champs d'application de leurs systèmes juridiques respectifs et interprètent, en vue de déterminer la limite externe de leur compétence, le régime des exceptions générales et des « *restrictions nécessaires* ». Elles peuvent mobiliser les normes juridiques internationales qui relèvent d'autres systèmes juridiques, dès lors qu'elles les considèrent pertinentes pour éclairer le sens et la portée des exceptions générales de leur système de référence ou pour préciser le contexte dans lequel elles sont invoquées. Ainsi, leur compétence au regard de la résolution des contradictions du droit international apparaît comme accidentelle ou incidente dans la mesure où, si la juridiction d'un système

juridique spécialisé n'est pas compétente pour appliquer les normes de systèmes différents, leurs décisions sont néanmoins susceptibles de produire des effets au regard de l'effectivité de ces normes extérieures.

1097. Pour traiter de telles contradictions, deux types de méthodes de résolution, les unes classiques et les autres modernes, peuvent être employées par les juges et les arbitres internationaux. Les méthodes du premier type, classiques, sont issues de la coutume et sont, pour l'essentiel, codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elles consistent en la formulation de règles de conflits de normes générales et abstraites qui déterminent, *a priori* et sur le fondement de critères objectifs et alternatifs, le rapport formel entre deux normes qui s'excluent mutuellement. Elles reposent sur une conception linéaire de l'évolution du droit international et sur une définition restrictive du concept de conflit de normes. En effet, tant par leur formulation que par les effets qu'emporte leur application, ces règles de conflits supposent la suppression d'une des normes en conflit. En ce sens, elles ont été conçues pour résoudre les contradictions normatives strictement antagoniques de l'ordre juridique international. Leurs caractères, formel et mécanique, assurent la prévisibilité et la sécurité des relations juridiques entre les États, mais ne permettent pas d'opérer la conciliation, par voie d'interprétation, des objectifs éthiques conflictuels poursuivis par ces normes et les volontés étatiques qu'elles soutiennent. Ces méthodes ne correspondent pas à la pratique contemporaine des organisations internationales qui mobilisent des complexes normatifs fonctionnels que les États ont créés à travers elles et au regard desquels les critères objectifs d'espace et de temps sont largement inadaptés. De plus, les contradictions normatives du droit international ne se limitent pas à cette conception restrictive des conflits de normes, mais comprennent également des contradictions non-antagoniques, c'est-à-dire les conflits entre les normes ou les ensembles de normes juridiques qui ne s'excluent pas mutuellement, mais dont les effets résultant de l'application des unes emportent des conséquences négatives sur l'application et les effets attendus des autres. De tels conflits potentiels entre les normes sont résolus par voie d'interprétation et grâce à l'utilisation des méthodes de résolution du second type ou méthodes modernes de résolution des contradictions normatives.

1098. Ces méthodes modernes, inspirées par la pratique des cours constitutionnelles et de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le contentieux des droits fondamentaux, participent d'une réélaboration, dialectique et pragmatique, du formalisme des raisonnements judiciaires. La balance des intérêts, l'examen de la proportionnalité et la marge nationale d'appréciation sont, en effet, des méthodes prétoriennes et procédurales d'interprétation et de résolution des contradictions normatives, dont la banalisation dans la

pratique des organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés coïncide avec la prise en compte croissante des valeurs et des principes éthiques protégés par le système juridique des droits de l'homme. Ces trois méthodes modernes sont combinées pour résoudre les contradictions non-antagoniques et les conflits potentiels entre les normes du droit international et nous les avons rassemblés sous l'expression « *méthode de la proportionnalité* ». Outre que cette dernière témoigne du rôle d'interface entre les systèmes juridiques qu'est susceptible de remplir le système des droits de l'Homme, elle rend également compte d'une convergence formelle entre les juridictions des systèmes juridiques autour d'une méthode commune. Enfin, le recours à cette méthode s'inscrit dans la perspective de stratégies de légitimation des décisions des organes juridictionnels des SER. En effet, pour contrebalancer la part d'incertitude et de discrétion que suppose la conciliation des intérêts ou des valeurs contradictoires par la méthode de la proportionnalité, les juridictions internationales justifient les dispositifs de leurs décisions au regard du contexte dans lequel le litige intervient et organisent, par des procédures d'accueil d'*amici curiae* ou des procédures de tierce intervention, la représentation des intérêts susceptibles d'être concernés.

1099. Toutefois, la CJCE, l'ORD, la CEDH ou les tribunaux arbitraux du CIRDI utilisent cette méthode commune de la proportionnalité de manières variées, notamment vis-à-vis de la mise en balance des intérêts, et peuvent aboutir à des solutions divergentes concernant une même situation juridique. Mais, de plus, la méthode de la proportionnalité repose sur une utilisation autopoïétique du régime des exceptions générales ou des restrictions nécessaires qui consiste, pour une juridiction, à transformer un conflit potentiel entre les normes de son système et une norme substantielle d'un autre système en un conflit interne entre principe et exceptions. À ce titre, la réception des valeurs et des intérêts protégés par le système des droits de l'Homme diffère d'une juridiction et d'un système à l'autre, notamment entre le système de l'Union européenne et celui de l'OMC. En effet, le juge de l'OMC, saisi d'un contentieux entre États relatif à l'article XX, intègre les valeurs et les intérêts du système juridique des droits de l'Homme sous la forme d'une métonymie. En d'autres termes, il transforme le conflit potentiel entre une norme substantielle du système des droits de l'Homme, celle sur laquelle se fonde une mesure étatique attaquée, et l'objectif de libéralisation du commerce international, en un conflit interne entre le principe de libéralisation et la norme procédurale qui consacre les exceptions générales. De cette manière, il transforme une norme substantielle extérieure, qui consacre un intérêt légitime et un intérêt à agir, en une norme procédurale interne, qui ne consacre qu'un intérêt légitime, et dont le juge évalue le rapport de proportionnalité avec les normes substantielles du droit de l'OMC. Dès lors, l'ORD interprète et reformule le sens de ces valeurs à l'aune

des principes axiologiques et de la rationalité du système de l'OMC. Au contraire, la CJUE a fait un choix de réception différent et utilise la méthode de la proportionnalité de manière à accueillir les droits fondamentaux non pas au rang d'exception procédurale à l'application du droit communautaire, mais au rang de principes généraux qui se diffusent dans l'ensemble des normes du système juridique européen. En d'autres termes, la CJUE accueille les normes substantielles du système des droits de l'Homme au rang de normes substantielles du système juridique de l'Union européenne. Le choix de cette modalité de réception a rendu possible l'interpénétration du système juridique de l'UE et de celui de la CEDH et a conduit la Cour de Luxembourg à reconstruire de façon dialectique son paradigme herméneutique sur la base d'objectifs assumés comme contradictoires.

1100. Les variations auxquelles donnent lieu les utilisations de la méthode de la proportionnalité par les juridictions internationales dérivent de la manière dont le juge se situe par rapport à l'ensemble des contraintes, textuelles, intersubjectives, idéologiques ou politiques qui encadrent l'exercice de sa fonction. Ces différences mettent en valeur la désynchronisation des rythmes d'activité et d'évolution des systèmes juridiques spécialisés. Ainsi, par delà la convergence formelle entre les méthodes d'interprétation et de résolution des contradictions normatives non-antagoniques employées par les juridictions internationales, des variations subsistent qui dénotent l'absence de convergence matérielle entre les systèmes juridiques spécialisés. La diffusion de la méthode de la proportionnalité devant les juridictions internationales ne constitue ni un processus de défragmentation ou de constitutionnalisation du droit international ni un procédé de prévention des contradictions normatives, dans la mesure où elle maximise les relations d'interprétation entre les normes. Le système juridique des droits de l'Homme, par les valeurs qu'il consacre et qui forment une figure normative dialectique et dynamique de l'Homme, consiste en une interface où s'organise une communication informelle entre systèmes et ordres juridiques. Ceux-ci recourent à ces valeurs et ces principes contradictoires pour exprimer et légitimer leur identité et leur fonction particulière dans l'ordre juridique international. L'autopoïèse ou la clôture sur eux-mêmes, que ces systèmes réalisent lorsque leurs juridictions respectives recourent au régime des exceptions générales et des restrictions nécessaires pour résoudre les contradictions normatives non-antagoniques qu'elles rencontrent, vise à assurer leur effectivité et leur autonomie procédurale. Cette utilisation des règles procédurales qui définissent le régime des exceptions générales conduit ces juridictions à produire des critères complémentaires d'appréciation de la proportionnalité fondés sur la rationalité et l'axiologie de leur système de référence. Cet effet mémoire des systèmes juridiques spécialisés favorise l'émergence de conflits de jurisprudences.

1101. Les juridictions internationales semblent opérer, au sein de leurs systèmes respectifs, telles des Cours constitutionnelles et lient les questions institutionnelles liées aux rapports de systèmes avec l'interprétation des valeurs et des intérêts promus par le système des droits de l'Homme. De ce fait, ces juridictions lient les mécanismes de la complétude formelle à ceux qui assurent la cohérence matérielle des systèmes juridiques. Ces valeurs sont l'enjeu des rapports de pouvoir entre les systèmes juridiques et le support de leurs relations conflictuelles. À l'instar des jurisprudences de la CEDH ou de la CJCE relatives à la lutte contre le terrorisme international ou de celles de l'OMC relatives aux exceptions de l'article XX du GATT, les juridictions internationales utilisent le contentieux relatif aux conflits potentiels et aux contradictions non-antagoniques de manière à renforcer leur autonomie et leur différenciation fonctionnelle dans l'ordre juridique international en justifiant cette entreprise au regard de la conciliation des valeurs du système juridique des droits de l'homme. Les systèmes juridiques spécialisés et leurs institutions sont le siège de multiples processus de constitutionnalisation. Dès lors, l'ordre juridique international apparaît comme un ensemble pluriconstitutionnel, polysystémique et polycentrique. Cette structuration met en évidence la nature plurivoque, en termes d'autorité et de puissance, des relations de pouvoirs dans l'ordre juridique international qui influencent son évolution et les relations interinstitutionnelles. Dans cet ordre juridique, le pouvoir apparaît en définitive, comme « *un obstacle à l'effectuation des puissances* »²⁸²⁹.

²⁸²⁹ DELEUZE (G.), *Abécédaire*, J comme Joie. relatif à Nietzsche et Spinoza.

CONCLUSION PARTIE 2 : LES MÉTHODES PROCÉDURALES DE NEUTRALISATION ET DE RÉSOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

1102. Les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme en matière de bioéthique consacrent, en faveur des individus et de l'être humain, des droits et des obligations, fondés sur des valeurs et des principes éthiques à vocation universelle qui traversent les différents champs d'activité des États et des acteurs privés. À ce titre, la régulation des pratiques liées aux biotechnologies suscite l'intervention de systèmes juridiques spécialisés et de dispositifs de régulation dont les champs de compétence sont susceptibles de se chevaucher. Construit sur une base pluraliste et animé par des phénomènes d'internormativité, internes et externes, le droit international de la bioéthique se fonde sur une conception normative dialectique de l'Homme et sur des principes éthiques qui sont susceptibles de se contredire. Ces contradictions éthiques induisent certains conflits entre les droits. De plus, l'analyse des relations du droit international de la bioéthique et du système juridique de l'OMC a mis en évidence certaines contradictions normatives externes, antagoniques ou non-antagoniques, que les normes du droit international de la bioéthique et le système juridique des droits de l'Homme peuvent entretenir avec d'autres normes et d'autres systèmes juridiques spécialisés du droit international. Confrontés à ces incertitudes relatives aux principes et aux normes qui guident et encadrent leurs décisions et leurs actions relatives aux biotechnologies, les autorités publiques et les acteurs privés ont été progressivement conduits à transformer leurs procédures et leurs forums de décision, en vue de traiter l'émergence de ces conflits de valeurs, de prérogatives ou de normes. Deux types de méthodes sont susceptibles d'être employées au cours des procédures décisionnelles afin de prévenir ou de résoudre de telles contradictions normatives qui font peser un risque sur la sécurité juridique.

1103. La prévention des contradictions normatives peut être l'œuvre de différents types d'acteurs, institutionnels ou non institutionnels, et relève à la fois de modes de régulation juridiques et extrajuridiques des pratiques liées aux biotechnologies. Les méthodes de neutralisation des conflits de valeurs, de droits ou de normes, sont similaires d'un système et d'un ordre juridiques à l'autre et peuvent être distinguées en fonction de l'acteur et du moment où elles sont employées. Elles peuvent être mobilisées aux différentes phases du processus normatif, de l'élaboration ou la production d'une norme

nouvelle, en passant par son évaluation et son adaptation, et jusqu'à son application non contentieuse ou contentieuse. Afin d'éviter la matérialisation de contradictions normatives sous la forme de litiges, les États, les organisations internationales et certains organismes privés se sont dotés d'organes polymorphes et aux statuts atypiques — comités spécialisés, comités d'éthique clinique ou de recherche, comités d'éthiques nationaux ou internationaux, agences sanitaires — qui organisent au cours de leurs procédures décisionnelles le recours à l'expertise éthique, scientifique et technique en vue de guider et accompagner l'action publique. Ils apparaissent dans le contexte général d'une crise de la régulation juridique dont la réflexion bioéthique et les pratiques liées aux biotechnologies sont emblématiques.

1104. Les agences sanitaires et les comités d'éthique sont des autorités administratives indépendantes dont la composition respecte les principes de pluralisme, de pluridisciplinarité et d'indépendance. Leur fonction consiste à autoriser et légitimer l'action de tiers, acteurs publics ou privés. Les comités d'éthique légitiment l'action du législateur par l'élaboration, l'interprétation, l'évaluation et l'adaptation, au regard des pratiques sociales et professionnelles, des principes éthiques et du contenu des normes du droit de la bioéthique. Ils sont également compétents pour vérifier la conformité des protocoles de soin et de recherche au regard des principes éthiques et des normes du droit de la bioéthique. En ce sens, ils adaptent et fluidifient les structures normatives du droit de la bioéthique face à l'évolution rapide des techniques et des pratiques sociales. De même, les agences sanitaires, compétentes en matière de gestion des risques sanitaires, vérifient et sanctionnent l'application des normes juridiques, d'origine nationale ou internationale, relatives à la production, l'utilisation et la commercialisation des biotechnologies. À l'échelle du marché intérieur européen, le système d'évaluation des médicaments et des biotechnologies s'organise en réseau concurrentiel au centre duquel l'EMA œuvre à l'harmonisation des pratiques des agences nationales qui implémentent deux types de procédures d'autorisation de mise sur le marché, l'une centralisée et l'autre décentralisée. Dans une moindre mesure, le comité SPS constitue un élément de la structure administrative de l'OMC qui participe à la formulation du sens des concepts indéterminés des dispositions des traités multilatéraux.

1105. Ces structures administratives mettent en œuvre des procédures décisionnelles fondées sur la méthode du consensus. Celle-ci ne permet pas de résoudre les contradictions normatives. Au contraire, pour parvenir à une décision dans un contexte pluraliste et en situation d'incertitude sur les conséquences de l'action, la méthode consensuelle repose sur l'utilisation d'une rationalité de type procédural qui nécessite la suspension provisoire des conceptions substantielles des participants. L'analyse des procédures décisionnelles de ces

organes met en lumière la fonction duale des règles procédurales qui neutralisent les contradictions normatives et légitiment les actions des décideurs publics et privés. Deux types d'approches, l'une sociologique et l'autre normativiste, sont susceptibles de fournir des informations qualitativement différentes sur la fonction des procédures.

1106. L'approche sociologique considère les procédures comme des systèmes sociaux ou des forums interactionnels au sein desquels participent les représentants de l'autorité publique, des professionnels privés et de divers groupements d'intérêt collectif ou personnes morales de droit privé. La fonction de légitimation de ces procédures consiste à transformer les personnalités des participants et la manière dont ils se représentent leurs intérêts en vue de les faire consentir à adopter la décision produite comme prémisses de leurs comportements futurs. Au sein de ces procédures, la communication entre les participants est encadrée par des règles et l'institution de rôles que les participants endossent. Les procédures permettent la désubstantialisation des conflits de valeurs conçus *in abstracto* et leur transformation en conflits d'intérêts représentés de manière concrète. Le consensus ne consiste alors pas en un accord rationnel sur des valeurs communes, mais conduit plutôt, à intérioriser et traiter de manière dialogique, les conflits d'intérêts entre les participants en vue d'aboutir à une solution socialement acceptable. L'analyse sociologique des procédures décisionnelles en matière de régulation des pratiques liées aux biotechnologies caractérise la normativité juridique sous la forme du couplage opérationnel entre une normativité de type symbolique, stabilisant les attentes sociales et susceptibles de guider l'action dans un temps long, et une normativité de type disciplinaire qui s'appuie sur les procédures pour adapter la structure normative ou le fonctionnement des systèmes juridiques en vue de mieux transformer les pratiques sociales. En effet, ce n'est pas sous l'effet d'une contrainte extérieure que les participants au système procédural acceptent la décision produite, mais sous l'effet d'une discipline qu'ils ont intériorisée dans le cadre d'un horizon d'attentes partiellement stabilisé. Ainsi, la séparation entre ontologie et *praxis* inscrite au cœur de la conception normative et dialectique de l'Homme promue par les instruments du droit de la bioéthique trouve une traduction dans la structure des mécanismes de régulation des pratiques liées aux biotechnologies qui vise à coordonner et synchroniser l'autorité publique et la puissance privée, c'est-à-dire également à absorber la complexité spatiale et faire face aux contraintes de l'accélération temporelle.

1107. L'analyse normativiste de la fonction des règles procédurales de résolution des conflits fait état de leur utilité au regard de la complétude formelle des systèmes juridiques. Ces règles procédurales neutralisent les contradictions normatives par la détermination, *a priori*, d'un rapport formel entre deux ou plusieurs normes. Celles-ci peuvent prendre la forme d'un régime d'exceptions générales à l'application des normes d'un système

considéré. L'utilisation de ces règles permet à un système de reproduire, sous la forme d'une discipline intériorisée, la fixation de la frontière avec son environnement normatif. À ce titre, de telles règles procédurales constituent des « *clôtures autopoïétique* » des systèmes juridiques et assurent leur effectivité et leur autonomisation fonctionnelle. Cependant, une telle approche, qui assimile totalement l'ontologie des systèmes juridiques à leur *praxis*, doit être nuancée, car elle conduit à réduire l'appréciation de la cohérence axiologique des systèmes juridiques à l'analyse des mécanismes qui assurent leur complétude formelle. Une telle conception crée l'illusion du fonctionnement mécanique et autarcique des systèmes juridiques. Pourtant les acteurs sociaux, personnes physiques et morales, disposent de moyens et de stratégies pour influencer effectivement le fonctionnement des systèmes juridiques et les décisions que prennent les autorités publiques. À cette fin, les acteurs privés instrumentalisent la concurrence entre les agences, les procédures, et les modes juridiques et extrajuridiques de régulation en vue d'optimiser la satisfaction de leurs intérêts privés. Tel est notamment le cas à l'occasion du règlement des litiges qui les opposent, lorsque ces acteurs choisissent une procédure ou un forum de règlement des différends au détriment d'un autre.

1108. Lorsqu'apparaît un litige entre deux acteurs qui fondent leurs prérogatives respectives sur des normes juridiques contradictoires, d'autres méthodes de neutralisation pourront être employées au cours des procédures juridictionnelles ou non juridictionnelles de règlement de leur différend. L'apparition d'un tel contentieux est le résultat de la neutralisation des contradictions normatives au cours des phases précédentes du processus normatif. Les procédures non juridictionnelles de règlement des différends, aussi appelées modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), sont mises en œuvre par des forums privés qui sont progressivement institutionnalisés par les instruments juridiques nationaux ou internationaux pour soulager la charge contentieuse pesant sur les institutions judiciaires. Ils constituent des modes flexibles et amiables de règlement des différends et favorisent la construction d'une décision consensuelle qui satisfait au mieux les intérêts des parties. Ces procédures neutralisent les contradictions normatives en s'appuyant sur la volonté des parties et en s'émancipant du caractère contraignant des règles juridiques. À ce titre, les MARL reposent sur une conception performative et informelle de la justice. Ces derniers n'emportent d'effet qu'à l'égard des parties en cause et n'affectent pas les relations entre les normes juridiques. Leur utilisation implique une désocialisation de la résolution des litiges privés et ne permet pas le traitement social et la résolution des contradictions normatives. Dès lors, les acteurs sociaux sont capables, en recourant à de telles procédures, de soustraire à l'appréciation du juge les contradictions normatives que leurs différends recouvrent. Au contraire, les procédures juridictionnelles de règlement des différends

supposent que le litige soit tranché par un tiers impartial en appréciant, non seulement le conflit d'intérêts entre les parties, mais aussi la relation entre les normes qui fondent les prérogatives contradictoires de ces dernières. La décision d'un organe juridictionnel revêt l'autorité de chose jugée, mais également l'autorité de la chose interprétée, et éventuellement celle du précédent. À ce titre, les décisions qui résultent des procédures juridictionnelles de règlement des différends peuvent engendrer des effets sur la structure et les relations entre les normes des systèmes juridiques. Néanmoins, de nombreuses limites affectent la compétence des juridictions nationales et internationales au regard du traitement des contradictions normatives. D'une part, les normes procédurales qui déterminent les compétences des juridictions et les conditions de recevabilité des requêtes réduisent l'étendue du contentieux soumis au juge, mais, d'autre part, les juges nationaux et internationaux peuvent également recourir à une forme de minimalisme judiciaire. Enfin, des limites de nature épistémologique et herméneutique conditionnent la réception de la problématique des contradictions normatives par les juges nationaux et internationaux. Le paradigme du législateur rationnel et la présomption d'absence de conflit constituent de telles limites qui neutralisent la reconnaissance des contradictions normatives par les juges.

1109. Ces deux types de procédures, juridictionnelles et extra- ou parajuridictionnelles, correspondent à deux modes de régulation. Leur comparaison met en évidence deux tendances, à la formalisation et à la déformalisation, des procédures de règlement des différends. Toutefois, si au sein de ces deux ensembles, les contradictions normatives peuvent être neutralisées, il n'y a qu'au cours d'une procédure juridictionnelle de règlement des différends que celles-ci sont susceptibles d'être résolues, car ces procédures ne recourent pas à la méthode du consensus, mais à celle du jugement rationnel. Le caractère contradictoire de ces procédures facilite l'émergence et la reconnaissance des contradictions entre les droits, les normes et les systèmes juridiques, qui supportent les prérogatives des parties au litige. Confrontés *in specie* à ces contradictions, les juges nationaux et internationaux jouent un rôle considérable au regard de la cohérence et de la complétude des systèmes et des ordres juridiques. En effet, les décisions résultant des procédures juridictionnelles sont seules susceptibles d'emporter des conséquences sur l'architecture normative des systèmes juridiques. Les juges interprètent et déterminent les relations, en situation d'application, entre les normes des systèmes juridiques. Le juge se situe dans une position privilégiée au regard des contradictions normatives dans la mesure où il est l'agent qui, au sein des systèmes juridiques, lie le concept normatif au percept contextuel. À ce titre, les procédures juridictionnelles de règlement des différends constituent des mécanismes de formalisation des systèmes juridiques qui sont susceptibles de résoudre les conflits de droits, de normes ou de systèmes juridiques. Pourtant, l'analyse

des méthodes d'interprétation employées par les juridictions internationales pour résoudre les contradictions normatives du droit international de la bioéthique dénote une tendance à la déformalisation des raisonnements judiciaires. Ainsi de manière récurrente, les juges internationaux recourent à la rationalité procédurale et se réfèrent aux circonstances du contexte dans lequel survient le litige qui leur est présenté pour justifier les dispositifs de leurs décisions. Il convient de distinguer la résolution des contradictions normatives internes du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire des conflits de droits, de la résolution des contradictions normatives externes du droit international de la bioéthique, c'est-à-dire les conflits de normes et de systèmes juridiques internationaux.

1110. La résolution des conflits entre les droits de l'Homme intervient devant les juridictions, nationales ou internationales, compétentes en matière de droits fondamentaux lors des procédures de règlement des litiges interindividuels ou entre un individu et un État. Nous avons retenu l'exemple de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le juge strasbourgeois est garant de l'effectivité des droits fondamentaux consacrés par les instruments européens de protection des droits de l'Homme, parmi lesquels figure la Convention d'Oviedo. Il applique et enrichit le système des droits de l'Homme et participe à sa structuration et au maintien de sa cohérence interne et externe. Dans cette perspective, les juges strasbourgeois ont étendu la protection des droits fondamentaux dans les rapports interindividuels par la reconnaissance d'obligations positives à la charge des États et l'élargissement des conditions d'invocabilité des droits. Ce que l'on peut décrire comme une privatisation du système des droits de l'Homme engendre une inflation des manifestations de conflits de droits bien que certaines contraintes procédurales affectent encore la réception de ces derniers par le juge européen. Face à cette complexité, le juge européen instaure des dialogues plus ou moins intenses avec les parties, les juges d'autres systèmes juridiques, les représentants de divers intérêts issus de la société civile qui permettent d'exprimer et de préciser les différents objets du litige qui lui est soumis et les différentes dimensions du conflit de droits qu'il recouvre. Par l'organisation de la communication entre les parties et la sélection des arguments pertinents, qui peuvent concerner la violation d'un droit subjectif, le respect du droit objectif, la protection d'un intérêt collectif, ou la formulation d'un précédent, le juge module sa conception de la conflictualité entre les droits ou les intérêts en cause et reconstruit le litige selon un plan qui lui est propre. À cette occasion, le raisonnement du juge oscille entre le contrôle concret et le contrôle de conventionnalité. Ce mode métaleptique de construction de la fiction judiciaire permet d'intégrer des questions sociétales qui dépassent les intérêts des parties au litige et d'adapter l'application des normes juridiques aux réalités sociales qu'elles régissent. Dans cette perspective, on remarque qu'aux différents objets du litige correspondent les différents

degrés d'effectivité des jugements relatifs aux conflits de droits fondamentaux : autorité de la chose jugée, autorité de la chose interprétée, autorité du précédent.

1111. Pour résoudre ces conflits de droits, la Cour européenne des droits de l'Homme détermine le sens du concept de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* ». À cette fin, les juges mobilisent trois méthodes qu'ils combinent en vue d'élaborer un nouveau rapport d'interprétation, au regard d'une situation d'espèce, entre deux droits qui supportent des prérogatives individuelles ou étatiques contradictoires : la balance des intérêts, l'examen de la proportionnalité et la marge nationale d'appréciation. Ces différentes méthodes correspondent aux différents registres argumentatifs que suscite le litige relatif à un conflit de droits. La balance des intérêts conduit à comparer, d'un point de vue axiologique, les valeurs et les intérêts respectivement protégés par les droits en cause ; l'examen de la proportionnalité suppose d'évaluer le rapport instrumental entre les modalités de protection ou d'exercice des droits en cause ; enfin, la marge nationale d'appréciation accorde aux États une certaine flexibilité lorsqu'ils concilient les droits en conflit. La combinaison de ces trois méthodes rend possible l'élaboration concomitante et dialectique du dispositif de la décision et de sa justification. Cependant, ce triptyque soulève de nombreuses réserves qui dénoncent notamment l'imprévisibilité du résultat, l'intervention de la subjectivité du juge et les risques que l'utilisation de ces méthodes génère au regard de la sécurité juridique. La procéduralisation, qui vise à faciliter la communication intersubjective et l'ouverture du débat judiciaire à l'ensemble des intérêts susceptibles d'être affectés par la définition d'un précédent, accroît la contextualisation, assure le traitement dialectique des contradictions normatives et renforce la légitimité et l'effectivité des jugements à défaut de garantir leur prévisibilité. Adapter la norme aux contingences des situations qu'elle régit conduit néanmoins le juge à maximiser les critères d'appréciation qu'il emploie et réduit d'autant la prévisibilité des décisions. Ces transformations qui affectent les méthodes d'interprétation et l'application du système des droits de l'Homme constituent des processus évolutifs et invitent l'observateur à réviser certains principes épistémologiques qui guident son analyse.

1112. La résolution des contradictions externes du droit international de la bioéthique est opérée par les juridictions nationales et internationales compétentes pour appliquer les normes juridiques internationales à l'occasion des procédures juridictionnelles de règlement des différends interétatiques ou entre une personne privée et un État. Dans l'ordre juridique international, les juridictions ne sont pas situées de manière identique pour interpréter et appliquer les normes juridiques internationales et résoudre les contradictions normatives. En effet, ces juridictions sont nombreuses et tirent leurs compétences d'instruments et de systèmes juridiques différents. Leur capacité d'action au regard des

contradictions normatives dépend de leur degré d'autonomie et de leur faculté de contraindre les comportements étatiques. La CIJ est la seule juridiction qui dispose, en vertu de son statut, d'une compétence générale en matière d'interprétation et d'application des traités. Pourtant, le contentieux relatif aux conflits de normes et de systèmes ne s'est pas développé devant cette Cour et la simple autorité de chose jugée attachée à ses décisions contentieuses ne lui a pas permis de jouer un rôle digne de sa compétence vis-à-vis de la résolution des contradictions normatives. Au contraire, l'essentiel du contentieux est capturé par les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés qui ne disposent que d'une compétence spéciale pour appliquer les normes de leur système de référence : ORD, CEDH, CJCE, tribunaux arbitraux du CIRDI. La résolution des contradictions normatives, en particulier les contradictions non-antagoniques, apparaît comme une fonction incidente de ces organes juridictionnels, c'est-à-dire comme la conséquence de leur fonction principale qui consiste à garantir l'effectivité des normes de leur système. À ce titre, les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés recourent aux régimes des exceptions générales et des restrictions nécessaires pour déterminer la limite externe du champ d'application des normes juridiques de leur système de référence. Dans cette perspective, les juges internationaux peuvent se référer à des normes relevant d'autres systèmes juridiques de manière à éclairer le sens et la portée des normes de leur propre système.

1113. Ces juridictions internationales peuvent mobiliser deux types de méthodes, classiques ou modernes, pour résoudre les contradictions normatives. Les premières, classiques, sont issues de la coutume et sont codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ces méthodes consistent en l'application de règles de résolution des conflits de normes formulées en des termes généraux et abstraits qui déterminent *a priori* le rapport formel entre deux normes qui s'excluent mutuellement. Ces règles générales de résolution des conflits justifient la sélection de la norme applicable sur la base de critères objectifs et mobilisés alternativement, celui de temps et celui d'espace. Ces méthodes reposent sur une conception linéaire de l'évolution du droit international et sont conçues pour résoudre les contradictions strictement antagoniques entre les normes. Leurs caractères, formel et mécanique, préservent la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions juridictionnelles, mais conduisent à refouler l'interprétation et la prise en compte des principes et des objectifs éthiques que promeuvent les normes en conflits. Ces méthodes classiques se révèlent largement inadaptées au regard de la pratique des États et des organisations internationales. Elles ne permettent pas la conciliation des normes contradictoires ou la résolution des contradictions non-antagoniques. Au contraire, les méthodes modernes de résolutions des contradictions normatives, inspirées des méthodes

prétoriennes de résolution des conflits de droits de l'Homme, supposent la conciliation, par voie d'interprétation, des normes contradictoires. Ces méthodes — mise en balance des intérêts, examen de la proportionnalité des moyens, marge nationale d'appréciation — constituent des méthodes de résolution des contradictions non-antagoniques du droit international dans la mesure où elles assurent la conciliation des normes concurremment applicables. La banalisation du recours à ces trois méthodes dans la pratique des organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés coïncide avec la prise en compte, au sein de ces systèmes, des valeurs et des intérêts promus par le système juridique des droits de l'Homme et témoigne du rôle d'interface que ce dernier est susceptible de jouer entre les systèmes et les ordres juridiques. L'emploi de ces méthodes participe d'une réélaboration, dialectique et pragmatique, du formalisme des raisonnements judiciaires en vue de construire de manière réflexive le dispositif de la décision et sa justification au regard du contexte dans lequel elle intervient. Le recours à ces méthodes s'inscrit en outre dans le cadre d'une stratégie de légitimation des décisions des organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés qui organisent à cette fin les procédures d'accueil d'*amici curiae* et de tierce intervention.

1114. Néanmoins, bien que l'utilisation d'une méthode commune de résolution des contradictions non-antagoniques par les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés caractérise une certaine convergence formelle entre ces derniers, les nombreuses variations qui affectent ces utilisations ne laissent entrevoir aucune convergence matérielle. En effet, la méthode de la proportionnalité repose sur l'utilisation du régime des exceptions générales de manière autopoïétique. Le juge d'un système juridique spécialisé internalise le conflit entre une norme de son système et une norme extérieure sous la forme d'un rapport entre deux normes internes. Dans ce contexte, la réception des intérêts et des valeurs du système des droits de l'Homme diffère en fonction de la juridiction internationale saisie pour résoudre le litige. Devant l'ORD, la prise en compte des intérêts et valeurs non économiques prend la forme d'une métonymie où les normes substantielles du système des droits de l'Homme sont transformées en des exceptions procédurales au principe de libéralisation des échanges. Inversement, le juge du système communautaire a fait un choix différent et intègre les normes substantielles du système des droits de l'Homme au rang de principes généraux du droit de l'Union européenne. Ce choix a impliqué, pour la Cour de Luxembourg, la réélaboration dialectique du paradigme herméneutique du droit communautaire. Ces variations s'expliquent notamment au regard de la manière dont le juge se situe par rapport aux divers ordres de contraintes qui encadrent l'exercice de sa fonction, en particulier l'existence d'un système juridique concurrent entre les mêmes États.

1115. Ainsi, la diffusion de la méthode de la proportionnalité dans la pratique des différentes juridictions internationales ne témoigne pas de la constitutionnalisation ou la défragmentation de l'ordre juridique international. Au contraire, chaque juridiction recourt aux principes et valeurs contradictoires du système des droits de l'Homme en vue d'exprimer et de légitimer la fonction spécifique et l'identité de leur système de référence. Les juridictions agissent, au sein de leur système de référence, telles des cours constitutionnelles et recourent au régime des exceptions générales de manière autopoïétique en vue d'assurer l'effectivité des normes de leurs systèmes et leur autonomie procédurale. Ces juridictions lient les questions institutionnelles et celles relatives aux rapports de systèmes dans l'ordre juridique international, c'est-à-dire les mécanismes de la complétude formelle, avec la prise en compte et l'interprétation des valeurs et des intérêts promus par le système des droits de l'Homme, c'est-à-dire les mécanismes de la cohérence matérielle. Chacune de ces juridictions élabore progressivement des critères complémentaires de l'examen de la proportionnalité fondés sur l'axiologie de leur système de référence. Ces critères apparaissent comme la résultante d'un effet mémoire des systèmes juridiques spécialisés, mais favorisent l'émergence de conflits de jurisprudences. L'ordre juridique international comprend ainsi plusieurs foyers de constitutionnalisation et apparaît comme un ensemble polysystémique dont la structure plurivoque détermine l'aspect non-linéaire de son évolution.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1116. Tout au long de cette thèse, nous nous sommes efforcés de construire une ontologie unitaire du droit international fondée à partir d'une conception éthique et dialectique de la mécanique normative ou de la théorie de l'interprétation. À cette fin, nous avons procédé en trois étapes. D'une part, à travers l'analyse structurale des instruments juridiques internationaux de bioéthique, nous avons opéré la déconstruction de la métaphysique du droit international des droits de l'homme en vue de mettre à jour la conception normative de l'Homme. D'autre part, nous avons défini le régime des relations externes, normatives et institutionnelles, que le système des droits de l'homme entretient dans un ordre juridique international non centralisé et soumis à des forces de dispersion et d'expansion. À cette fin, nous avons élaboré un concept de contradiction normative fondé sur la critique de la mécanique normative classique et formelle. Enfin, nous avons analysé les méthodes, mises en œuvre au sein des différents systèmes spécialisés de l'ordre juridique international, pour neutraliser et résoudre de telles contradictions normatives, qu'il s'agisse de conflit de valeurs, de conflits de droits, de conflits de normes ou de conflits de systèmes juridiques. Lors de cette dernière étape, nous nous sommes attachés à mettre à jour ces méthodes et leurs différences ainsi que leurs conséquences variables sur la structure et le fonctionnement des systèmes et des ordres juridiques contemporains.

1117. L'analyse structurale des instruments juridiques internationaux relatifs à la bioéthique met à jour une figure de l'homme oscillant entre l'être humain et la personne qui constitue le fondement axiologique du système des droits de l'homme. Cette conception normative de l'Homme prend sa source au sein d'un conflit de valeur qui oppose l'être digne et l'agir autonome. Ces deux concepts ne peuvent être envisagés séparément, mais, au contraire, forment ensemble une unité dialectique qui constitue la structure axiologique des droits de l'homme. Nous avons constaté que cette dernière repose sur la distinction de l'ontologie et de la praxis et s'incarne dans une structure normative formelle associant des normes présentant des différences fonctionnelles : d'une part, des normes substantielles qui assurent la légitimation du système au regard d'un horizon symbolique et sur un temps long ; d'autre part, des normes procédurales qui garantissent l'effectivité d'un système dans le temps présent de l'action. Enfin, d'un point de vue empirique, nous avons établi que la protection et la réalisation effective des droits de l'homme nécessitent, pour chaque cas

d'espèce, de trouver un équilibre concret entre des prérogatives opposées et entre des modalités d'exercice ou de protection des droits, des valeurs et des intérêts, qui peuvent s'avérer contradictoires. L'insertion, au sein des instruments relatifs aux droits de l'homme, d'exceptions procédurales ouvertes ou de « *restrictions nécessaires dans une société démocratique* » assume l'émergence de conflits de droits autant qu'elle favorise la construction de méthodes dialectiques d'interprétation pour les résoudre. La reconnaissance de la conflictualité intrinsèque du système des droits de l'homme intègre l'incertitude comme un élément constitutif de son interprétation et de sa réalisation effective. Dès lors, la conflictualité apparaît comme une force dynamique qui, si elle permet l'adaptation du système aux contingences et aux transformations rapides des pratiques sociales, engendre également des phénomènes entropiques et une évolution non linéaire.

1118. Toutefois, les instruments de bioéthique comme la régulation des biotechnologies supposent l'intervention de multiples acteurs et systèmes de régulation, juridique et parajuridique, aux échelles locales, nationales et internationale. À ce titre, le droit de la bioéthique a constitué un parfait terrain pour étudier les relations normatives dans l'ordre juridique international. Dans cette perspective et compte tenu de l'absence d'institutions ou de mécanismes centralisés qui assurent sa cohérence globale, l'ordre juridique international nous est apparu structuré sur la base de systèmes juridiques spécialisés conçus comme des complexes, de normes et d'institutions, fonctionnellement différenciés, mais qui peuvent interférer via leurs champs d'application ou leurs effets. Pour rendre compte de ces interférences, nous avons élaboré le concept de *contradiction normative* à partir d'une critique des conceptions doctrinales contemporaines des relations entre les normes et de la mécanique normative. Nous avons proposé une conception éthique et dialectique de la mécanique normative. Les choix épistémologiques que nous avons défendus nous ont conduits à apprécier les situations que la doctrine nomme « *faux conflits* » ou « *conflits potentiels* » comme des relations d'interprétation particulières. Cette approche éthique nous a notamment permis de définir le concept de *contradiction normative* comme la relation d'interprétation qui se noue entre deux normes ou deux ensembles de normes lorsque les objectifs éthiques qui les fondent ou les effets concrets qui dérivent de leur application s'opposent, s'annulent ou se frustrant mutuellement. En outre, nous avons distingué les contradictions antagoniques, dont le développement suppose la suppression d'un des deux termes au profit de l'autre, et les contradictions non antagoniques, dont le développement suppose la conciliation dialectique des normes ou des ensembles en cause et l'élaboration d'un nouveau rapport d'adéquation de l'un à l'autre.

1119. L'étude des relations, normatives et institutionnelles, entre le système des droits de l'homme et celui de l'OMC nous a permis de donner corps à la notion de

contradiction non antagonique. D'un point de vue institutionnel, nous avons établi que ces systèmes inégaux s'allient stratégiquement en vue de bénéficier de la légitimité ou de l'efficacité de leur partenaire. D'un point de vue normatif, la circulation des normes d'un système à l'autre s'opère par absorption. Nous avons défini l'absorption comme un mécanisme interprétatif par lequel des éléments importés depuis un système passif sont réélaborés à l'aune de l'axiologie du système agissant. Ces alliances et les mécanismes d'absorption rendent compte de la structure duale des relations de pouvoir dans laquelle s'opposent l'autorité et la puissance. Dans l'ordre juridique international, ces systèmes entretiennent des rapports de légitimation, au regard d'un temps long, et des rapports d'effectivité, dans le temps présent de l'action. En d'autres termes, ils entretiennent des rapports de lenteurs ou de vitesses relatives qui mettent en lumière l'imbrication dialectique des invariants de passivité et d'activité, de stabilité et de changement au sein de l'ordre juridique international.

1120. L'analyse des méthodes de traitement de ces contradictions nous a permis de rendre compte de leurs développements et de leurs effets. Nous avons distingué des méthodes procédurales de neutralisation et des méthodes juridictionnelles de résolution des contradictions normatives. En ce qui concerne les méthodes procédurales de neutralisation, nous nous sommes appuyés, d'une part, sur l'analyse sociologique des procédures qui explicite les mécanismes communicationnels qui assurent la désubstantialisation des contradictions, et, d'autre part, sur l'analyse de la fonction des règles de résolution des conflits de normes qui déterminent, *a priori*, un rapport formel entre deux ou plusieurs normes et concourent à la prévention des conflits entre ces dernières. En outre, l'interprétation de ces règles permet à un système de reproduire, sous la forme d'une discipline intériorisée, la fixation de la frontière avec son environnement normatif tout en assurant son effectivité et son autonomisation fonctionnelle. Ces deux niveaux d'analyse rendent compte tant de l'imbrication des problématiques politiques et juridiques que de l'association de deux types de normativité différents, l'un symbolique et l'autre disciplinaire, dont le couplage opérationnel apparaît comme le corollaire de la distinction entre l'ontologie et la praxis consacrée par la conception normative de l'Homme. En ce qui concerne les méthodes de résolution des contradictions, nous avons établi qu'elles n'étaient mises en œuvre qu'à l'occasion de procédures juridictionnelles de règlement des différends. Leur fonction de résolution des contradictions normatives apparaît par comparaison vis-à-vis des procédures non juridictionnelles. En effet, une procédure juridictionnelle de règlement des différends ne vise pas seulement une solution pragmatique acceptable par les litigateurs, mais aboutit également à un jugement, public et argumenté, qui emporte des effets sur l'interprétation et l'architecture générale du système juridique au sein duquel elle

intervient. À ce titre, le choix par les destinataires des normes juridiques d'une procédure non juridictionnelle de règlement de leurs différends peut emporter des effets indirects et soustraire à l'institution publique le traitement de la contradiction normative que recèle le différend qui oppose ces destinataires.

1121. À partir de cette grille de lecture, nous avons déterminé deux tendances fonctionnelles des procédures, qualifiées par les vocables de « *formalisation* » et de « *déformalisation* ». La déformalisation constitue un processus de fluidification de la structure normative, d'optimisation des mécanismes décisionnels et d'accélération du rythme d'activité des systèmes juridiques. La déformalisation permet de réévaluer la signification des normes compte tenu de leurs relations et de s'affranchir, partiellement ou totalement, de la problématique morale ou substantielle que leur rapport recèle. Elle accroît la plasticité structurelle des systèmes juridiques et favorise l'adaptation de leur fonctionnement vis-à-vis de l'évolution des pratiques sociales. Inversement, la formalisation consiste en un processus de cristallisation de la structure normative ou de stabilisation des mécanismes décisionnel par la réduction de l'incertitude et de la complexité, c'est-à-dire la fixation de la signification des normes, de la nature et des modalités de leurs relations. Le développement de l'ensemble de ces méthodes de neutralisation et de résolution des contradictions normatives accompagne des transformations, plus vastes, de la structure administrative et institutionnelle des systèmes juridiques contemporains dont l'objectif consiste à organiser le recours à l'expertise éthique, scientifique ou technique afin de légitimer la décision publique ou accroître l'efficacité de l'action publique. Ces transformations, que la doctrine qualifie par le vocable « *procéduralisation* », favorisent l'autonomisation et la spécialisation fonctionnelle au sein de la structure administrative des systèmes et des ordres juridiques.

1122. Les juridictions des systèmes juridiques n'échappent pas à ce phénomène. Confrontées à la complexité de l'ordre juridique international et compte tenu de l'inadaptation, au regard des pratiques étatiques et institutionnelles, des méthodes classiques d'interprétation et de résolution des conflits de normes, les juridictions internationales réélaborent, au cours de la modernité tardive, le formalisme de leurs raisonnements et construisent des méthodes d'interprétation susceptibles d'appréhender les évolutions rapides des pratiques sociales et les mutations de l'ordre juridique international. La Cour européenne des droits de l'homme a, la première, façonné une interprétation évolutive ou « *vivante* » concourant ainsi à l'accroissement des manifestations de conflits de droits. Lorsqu'un tel conflit émerge, la Cour ouvre diverses relations dialogiques avec les juges d'autres systèmes juridiques, avec les justiciables et avec les représentants de divers intérêts issus de la société civile afin de faciliter la construction collective et

contextualisée d'un précédent. Au cours de ces débats contradictoires, les juges modulent leur conception de la conflictualité entre les droits, les valeurs et les intérêts en cause et reconstruisent le litige sous la forme d'une fiction judiciaire. À cet égard, les juges strasbourgeois combinent de manière dialectique la méthode de la balance des intérêts, celle de la proportionnalité et celle relative à la détermination de la marge nationale d'appréciation. Ce procédé fictionnel et métaleptique consiste à transgresser la frontière entre plusieurs niveaux de généralité ou de réalité et permet aux juges de construire leur raisonnement en y mêlant plusieurs registres argumentatifs. Oscillant entre le contrôle concret et le contrôle de conventionnalité, le raisonnement des juges intègre des questions politiques et sociétales qui dépassent les seuls intérêts des parties. La banalisation du recours aux méthodes issues de la Cour européenne des droits de l'homme par les juridictions d'autres systèmes spécialisés de l'ordre juridique international témoigne d'une certaine convergence formelle et coïncide avec la prise en compte variable des valeurs et intérêts des droits de l'homme. Néanmoins, l'utilisation de ces méthodes de résolution conduit à des divergences entre les juridictions internationales, notamment en matière de gestion des risques sanitaires. L'ORD et la CJCE ont retenu des équilibres radicalement différents entre les valeurs et les intérêts du système des droits de l'Homme et les normes substantielles de leur propre système. Nous avons vu que chaque juridiction internationale définit progressivement des critères complémentaires d'appréciation de la proportionnalité qui apparaissent comme la résultante d'un effet mémoire, c'est-à-dire une stabilisation ou une reformalisation de la structure normative de leur système de référence.

1123. Par l'interprétation dialectique des exceptions générales, les juridictions internationales expriment à la fois l'identité substantielle de leur système dans les termes d'une absorption ou, au contraire, d'une intégration des valeurs et intérêts protégés par les droits de l'homme, mais assurent également par ce biais l'effectivité de leurs normes et l'autonomie fonctionnelle de leurs institutions. Cette thèse met en évidence le caractère dialectique des méthodes d'interprétation qui contribuent aux processus de constitutionnalisation qui affectent les systèmes juridiques spécialisés du droit international. Les divergences que nous avons repérées entre les processus de constitutionnalisation des divers systèmes juridiques spécialisés peuvent être conçues comme des réactions différentes aux contraintes de l'accélération sociale. Nous avons étayé l'hypothèse selon laquelle ces processus de constitutionnalisation ne sont pas linéaires. Au cours de ce type de processus, l'unité d'un système s'actualise et se recompose en permanence par des mécanismes de déformalisation ou, au contraire, de stabilisation de sa structure interne, en fonction des rapports d'effectivité et de légitimation qu'il entretient avec d'autres systèmes en voie de constitutionnalisation. Selon nous, les contradictions

normatives constituent une force dynamique déterminante pour le fonctionnement des systèmes juridiques comme pour le fonctionnement de l'ordre juridique international. Au fil du développement et du traitement de ces contradictions, les systèmes juridiques s'actualisent, à un instant donné et au regard d'un certain contexte d'application, le rapport d'unification et de cohérence entre les normes substantielles et procédurales qui le composent. Par ce biais, ces systèmes déterminent l'économie de leurs rapports de pouvoirs externes avec d'autres normes et institutions. Cette réélaboration du formalisme participe d'un phénomène plus large qui vise à définir l'éthique de la fonction juridictionnelle propre à chaque juridiction. En d'autres termes, ces juridictions adaptent leurs *praxis* et délimitent leurs pouvoirs au regard d'une connaissance politique de leur fonction, informée de manière réflexive tant par les contraintes qui les affectent que par la diversité des contextes d'application, des pratiques sociales et des relations que leur système entretient avec les autres systèmes et institutions de l'ordre juridique international.

1124. En mettant en lumière ces processus de constitutionnalisation divergents, ce travail invite à avoir une réflexion sur les différences de rythme d'activité et de rythme d'évolution des systèmes juridiques spécialisés du droit international. Selon nous l'ordre juridique international, loin d'être un système de normes comme les autres, se constitue comme un ensemble hétérogène comprenant plusieurs foyers de constitutionnalisation. Plutôt qu'un ordre faisant référence à une dimension verticale ou hiérarchique désormais désuète, nous nous sommes efforcés de décrire le droit international comme un plan horizontal dans lequel des corps divers entretiennent, au cours du temps, des relations multiples et plurivoques. Ce plan sur lequel s'étend la totalité du phénomène juridique se compose de systèmes fonctionnellement différenciés et autonomes qui entretiennent des rapports de rythme d'activité et d'évolution. Ils consistent en des rapports d'effectivité et de légitimation c'est-à-dire des rapports de vitesses ou de lenteurs relatives qui, lorsqu'ils s'avèrent contradictoires, prennent la forme d'une désynchronisation. Si la modernité tardive apparaît comme un nouveau degré d'accélération des transformations sociales, on ne peut douter de voir se développer ces contradictions au point que surviennent des conflits de juridictions ou des oppositions entre les jurisprudences de différentes juridictions internationales dès lors que ces dernières n'élaborent pas des mécanismes communicationnels. Ce nouveau degré d'intensité du dialogue des juges reste largement à construire dans l'univers juridique international. Nous ne pensons cependant pas, au terme de notre étude, que ces dialogues s'orientent vers la construction d'une *Politheia* internationale ou d'une constitution universelle d'un ordre international cosmopolite appliquée par une structure administrative hétérogène composée de systèmes autonomes et spécialisés qui s'allient les uns aux autres. Au contraire, il nous semble que l'imposition

d'un rythme d'activité élevé et la maîtrise des conditions de la circulation normative par les systèmes les plus puissants laissent entrevoir le risque d'un dialogue de sourds dans lequel le système des droits de l'homme se trouverait démembré ou dénaturé. Quand ces dialogues et ces alliances conduisent à développer l'autonomie et la liberté au détriment des principes de dignité et de justice, ne risque-t-on pas de voir la structure normative des droits de l'homme évoluer vers un antagonisme radical entre l'être et l'agir ? Car si l'enjeu de tout rapport de systèmes réside dans la construction d'un *habitus societatis*²⁸³⁰, celui-ci prendra des formes différentes en fonctions des systèmes concernés et des rapports de légitimation et de puissance qui se nouent entre eux. Ainsi, les systèmes juridiques puissants devraient prendre garde à ne pas imposer à leur partenaire un dialogue *Mélien*, c'est-à-dire une relation où la légitimité des principes de dignité et de justice s'oppose radicalement au principe d'autonomie de la volonté et au réalisme de la puissance.

²⁸³⁰ Rostane Mehdi écrivait récemment à propos des relations entre les juridictions européennes et nationales : « Ce risque (de la concurrence entre les juridictions nationales et européenne) demeure néanmoins théorique dans la mesure où l'on voit depuis quelques années la Cour de justice, autant que les juridictions suprêmes des Etats membres, développer des méthodes d'interprétation propres à dissoudre les antinomies et prévenir les collisions normatives (P. Brunet). Rien que de très logique s'agissant de juges oeuvrant à l'émergence d'une communauté de valeurs qu'ils s'attachent à faire vivre animés d'un constant souci d'empathie et de confiance mutuelle. Le président Genevois relevait que la cohérence globale d'un univers juridique devenu multipolaire est tributaire de la discipline à laquelle chacune des juridictions concernées accepte de se soumettre. Or, les juges ont su définir à la lumière d'une véritable règle de raison, les termes d'une relation non seulement pacifiée, mais innervée par la volonté commune d'ordonner, à titre principal, l'ensemble autour d'un impératif catégorique : la protection des droits fondamentaux. Cette dernière devient le point focal d'un dialogue qu'informe un *habitus societatis* et que structurent à l'instar de la question préjudicielle ou de la QPC des dispositifs procéduraux dont les vertus unificatrices ne sont plus à célébrer ». Traduction française d'un extrait de MEHDI (R.), « The french supreme courts and EU law : between a historical compromise and an accepted loyalty », *Common market law review*, 48, 2011, pp. 439-473

INDEX ANALYTIQUE

Absorption : 174, 308, 492, 493, 499, 500, 531, 537-538, 753, 989, 1086

Accumulation : 300, 1-301, 302, 303, 305, 308, 351, 361, 362, 363, 369, 492, 517, 522, 524, 534, 535, 753

Agence sanitaire : 6, 68, 248, 250, 552, 601, 603

Application des normes : 32, 33, 45, 47, 70, 299, 364, 370, 465, 474, 510, 518, 519, 522, 528, 539, 544, 545, 549, 592, 642, 653, 661, 679, 692, 694, 762, 766, 779, 851, 852, 883, 903, 925, 928, 930, 953, 974, 978, 993, 1019, 1083, 1093

Autonomie : 28, 37, 41, 57, 75-79, 82, 85, 92, 95-97, 100-103, 105, 107, 109, 111, 117-120, 130-134, 140, 155, 160-164, 167, 169, 171, 173, 176, 180, 186, 220-224, 227-228, 239, 251, 253, 255-256, 263, 373, 386, 418-419, 457, 498, 499, 502, 517, 519, 532, 537, 573, 589, 653, 709, 730, 731, 761, 766, 814, 857, 874, 892, 893, 930, 979, 1008, 1023, 1025, 1042-1043, 1050, 1065, 1071, 1074, 1081, 1090, 1094, 1100, 1101, 1112, 1115, 1117, 1120

Autorisation de mise sur le marché : 594, 595, 601, 615, 616, 763, 1104,

Autorité : 24, 155, 162, 185, 205, 235, 244, 263, 294, 386, 528, 588, 646-648, 658, 674, 688, 691, 693, 764-765, 830, 887, 905, 1048-1050, 1073, 1084, 1101, 1119

Autorité de la chose jugée : 759, 830, 831, 835, 893, 924, 982, 1091, 1101, 1117, 1119, 1121

Autorité de la chose interprétée : 806, 811, 830, 831, 834, 919, 920, 924, 1101, 1117, 1119,

Autorité administrative indépendante : 6, 556, 593, 595, 597, 598, 600, 633, 645, 651, 688, 763,

Axiologie : 6, 7, 19, 22, 28, 29, 37, 41, 73, 77-78, 93, 94, 117, 124, 127, 128, 135, 140, 143, 163, 174-175, 178, 185, 187, 216, 239, 242, 244, 252, 254-257, 263, 266, 270, 273, 285, 287-288, 290, 308, 330-331, 334-335, 338-339, 347, 350, 366-367, 373, 375-376, 386, 392-393, 409, 412, 415, 419, 425, 490, 492, 496-498, 500, 517, 523-525, 530, 532, 535, 538, 547, 577, 591, 616, 647, 658, 674, 693, 695, 738, 740-741, 766, 771, 790, 826, 847, 851, 859, 862, 882-883, 901, 903, 908, 925, 931, 932, 958, 962, 1012-1014, 1018, 1024, 1028, 1044, 1055, 1080, 1084-1086, 1093, 1097, 1107, 1111, 1117, 1119, 1120

Balance des intérêts : 348, 561, 774, 777, 786, 811, 818, 821, 823, 825-828, 842-843-849, 850-851, 853, 856, 858-859, 862-864, 867, 870, 872-874, 877, 881, 883, 889, 896, 903-904, 908, 916, 919, 922, 925, 926, 931, 960, 993, 1012-1020, 1024, 1038, 1044, 1047, 1055, 1059, 1084-1087, 1093, 1098, 1099, 1111, 1114

Principe du Bénéfice/risque : 600, 609, 874

Bifurcation : 919, 920,

Biopolitique : 37, 170, 654, 661, 688, 712,

Biotechnologie : 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 19, 20, 27, 30, 32, 33, 35, 40, 41, 43, 77, 90, 96, 127, 129, 136, 148, 156, 166, 170, 186,

253, 261, 262, 266, 267, 331, 388, 458, 498, 520, 531, 542, 544, 551, 555, 587, 594, 602, 607, 609, 611, 763, 764, 765, 770, 782, 783, 854, 925, 1103-1106, 1116, 1122,

bons offices : 699, 700,

chose :10, 17, 18, 19, 21, 24, 84, 85, 93, 94, 95, 96, 99, 122, 126, 129, 132 ? 188, 194, 201, 206, 209, 251, 278, 283, 411, 420, 478, 648, 660, 728, 759, 806, 811, 830, 831, 834, 893, 914, 920, 924, 973, 1078, 1082, 1092, 1108, 1110, 1112

cohérence : 1, 7, 11, 22, 29, 32- 37, 61, 170, 178, 189, 207, 239, 248, 252, 260, 270, 271, 273, 287, 293, 296, 308, 330-331, 335, 342, 343, 346- 348, 350, 361, 368- 369, 373, 375, 377, 380, 382, 386, 390, 392- 393, 414, 420, 433- 435, 438, 441-442, 447, 453, 471, 480, 482, 491, 516, 518, 521, 523, 524, 526-527, 529, 530-533, 535, 537-538, 552, 566, 626, 665, 713- 716, 718, 728, 739, 741, 745, 750, 758-759, 761, 766, 770, 773, 780, 802, 805, 813, 834, 836, 843, 865, 870, 906, 920, 922, 924, 934, 973, 992, 1004, 1008, 1036, 1040, 1057, 1080, 1084, 1088, 1091-1092, 1101, 1107, 1109, 1110, 1115, 1117-1120

Comité d'éthique : 228, 248, 559, 560, 563, 565-567, 592, 594-599, 601, 603-611, 613-616, 637, 642, 643, 646-649, 656, 687, 690, 691, 705, 763, 764, 1112, 1113, 1116,

complémentarité : 30, 31, 40, 57-59, 62, 70, 137, 200, 253, 262, 303, 305, 357, 369, 405, 416, 417, 424, 490, 524, 530-531, 535, 926

complétude :7, 29, 178, 180, 252, 273, 281, 308, 330, 335, 363, 367, 369, 523, 524, 530, 535, 538, 766, 906, 1101, 1107, 1109, 1115, 1119, 1122, 1123

conciliation : 8, 31, 134, 135, 140, 204, 218, 227, 228, 239, 301, 346, 348, 361, 366, 368, 405, 421, 439, 457, 498, 517, 522, 524, 528, 535, 538, 540, 586, 67', 675, 677, 682, 699, 700, 706, 710, 713, 715, 747, 749, 760, 777, 802, 845, 852, 853, 854, 905, 925, 954, 981, 994, 995, 1007, 1019, 1023, 1040, 1080, 1084, 1085, 1093, 1097, 1098, 1101, 1113, 1119

conflit de normes : 27, 70, 141, 216, 223, 240, 258, 267, 268, 270-275, 296, 301, 302, 304, 309-317, 319-324, 327-339, 342, 343, 348-352, 354, 357, 358, 362, 364-369, 417, 421,-423, 425, 427, 428, 431, 434, 441-444, 446, 462, 477, 488-491, 500, 513, 514, 516, 517, 521-526, 530, 534, 535, 538, 542, 544-547, 551, 592, 624, 626, 637, 638, 665, 666, 672, 675, 676, 677, 678, 679, 683, 685, 694, 695, 697, 702, 713, 719, 722, 724, 727, 733, 734, 741, 745, 747, 748, 755, 756, 759-763, 766, 767, 773, 776, 780, 798, 819, 837, 838, 840, 844, 851, 858, 880, 882, 927-931, 933-942, 946-950, 952-960, 962-964, 966, 969-982, 973-974, 980, 983, 987-990, 994, 995, 1005, 1020, 1026, 1030, 1045, 1055, 1066, 1076, 1079-1082, 1084, 1086, 1096-1000, 1102-1114,

conflit d'éthique :177, 257,

conflit de logiques/conflit rationalité : 257, 271, 513, 532,

conflit de valeurs : 29, 38, 141, 175, 203, 245, 250, 252, 253, 257, 270, 271, 273, 331, 348, 350, 354, 412, 421, 532, 593, 744, 762, 764, 765, 874, 897, 904, 905, 995, 1029, 1054, 1066, 1079, 1083, 1089, 1090, 1102, 1103, 1106,

conflit de droits : 27, 40, 41, 120, 128, 140, 143, 175, 176, 204, 205, 207-213, 216-220, 222-224, 228, 230, 240, 252, 257, 258, 259, 264, 265, 272, 392, 428,

431, 441, 514, 532, 556, 586, 728, 729, 732, 733, 735, 744, 755, 756, 760-763, 767, 773-779, 781, 783-785, 787, 788, 791, 793, 795-800, 802, 805, 811, 816, 818, 821, 824-827, 830, 831, 836-839, 840, 841, 843, 845, 846, 848-851, 853, 855, 856, 859, 862, 865, 866, 868, 870, 875, 876, 880, 884-889, 893, 896, 897, 902-904, 906, 908, 911, 914, 916-922, 924-927, 932, 940, 960, 964, 966, 991, 1015, 1023, 1026, 1031, 1052, 1055, 1091-1093, 1095, 1102, 1109-1111, 1113

conflit de prérogatives :209, 211, 218, 219, 239, 257, 258, 264, 428, 532, 572, 697,

conflit de systèmes juridiques :204, 208, 271, 357, 423, 426, 514, 515, 529, 685, 932, 933, 935, 1030, 1040, 1051, 1065, 1083, 1086,

contradiction: 2, 15, 29, 37, 118-126, 134, 186-187, 207, 263-264, 296, 323, 336-337, 346-348, , 356-357, 359, 368, 374,420-421, 427-431, 489, 499, 500, 513-514, 524-525, 532, 541,

contradiction éthique : 33, 37, 637, 564, 1102,

contradiction logique : 144, 181, 271,315,

contradiction normative: 29, 34, 267, 300, 313, 322-323, 328, 332-340, 349-350,358-359, 369-370, 514, 524, 526, 530, 542-549, 572, 590, 697, 702, 713, 720-721, 727, 732, 744, 758, 761-765, 768-769, 772-777,843, 883, 902, 927, 985, 990, 1026, 1065, 1079, 1081-1085, 1090-1091, 1095-1097, 1110.

consentement : 101-107, 111, 155, 162, 179, 183, 223-225, 228, 235, 246, 249, 255, 276, 584, 590, 608, 708, 731, 814, 839

consensus: 30, 47, 89, 117, 154, 159, 181, 531, 568, 579, 586, 589-592, 595, 619, 620, 656, 662, 685, 689, 691, 693, 713, 736, 744, 759, 761, 764, 765, 770, 854, 867, 878, 926, 1056, 1057, 1105, 1109, 1123

constitutionnalisation: 683, 931-932, 995, 1008, 1031, 1066, 1069-1076, 1088-1089, 1100-1101, 1115

contextualisation : 463, 630, 643, 757, 766, 779, 817, 823, 825, 828, 829, 867-871, 903, 924, 996, 1062, 1085, 1093, 1112

déformalisation: 686, 714, 758, 761, 770, 776, 779, 825-829, 834, 870, 924, 961, 994, 1012, 1025, 1055, 1066, 1092, 1109, 1125

destinataire: 47, 60, 63, 144, 205, 220, 269, 284, 295, 387, 425, 430, 590,616,636,637-642-644,651,653,656, 689,697,732,871,901,903,905,

désynchronisation:4, 21,511,686, 753,1025, 1087, 1100

dialectique : 10, 17, 18, 27-29, 41, 43, 59,78, 100, 118-128,131, 134-135,163,179,194,202, 207,239, 253,255,257, 259, 262-267, 267, 306, 323, 336,346-347, 354, 357, 359, 368,403,419,457,478, 497, 499,517, 523,530-532, 535,537, 600, 646,658, 662,674,677, 693, 694, 765,771, 772, 774, 828, 840, 842,845,851, 882-883, 903,904, 911, 913, 916,920, 925-927,931,940, 964,966,989, 992, 10118, 1023, 1029,1031, 1033, 1055,1066, 1071, 1084-1088

dialogue des juges :806, 811, 814, 1006, 1030, 1036, 1049

différend : 154, 174, 279-280, 298, 378-383, 390,414, 435, 437-440, 444,448,

477, 481, 500, 511, 515, 526, 537, 622, 624, 629, 698-708, 711, 715, 721-722, 725, 731, 746, 759, 761, 765-770, 921, 933-934, 969, 971-973, 980, 981-983, 986, 997-1000, 1109, 1059, 1072, 1079, 1081-1083, 1086, 1099, 996, 1107-1109, 1112

dignité : 13, 28, 37, 41, 42, 52, 62, 65, 76-95, 100-102, 107, 110, 116-119, 130-134, 140, 144-145, 149, 152, 161, 164-172, 185, 200-201, 215, 223-224, 228, 239, 245-246, 250-251, 253, 255-256, 263, 303, 330, 341, 345, 367, 389, 397, 409, 411, 413, 418-419, 428-429, 457-458, 497-500, 512-513, 517, 525, 527, 532, 537, 658, 660, 693, 804, 857, 874, 989, 1018, 1022-1023, 1065, 1117, 1119

droit subjectif : 91, 132, 156, 182, 188, 187, 192, 205, 211-212, 215, 218-224, 228, 230, 233-234, 238, 246, 254, 258, 264, 431, 514, 532, 733, 785, 792, 795, 801, 803, 815-820, 827, 831, 838, 847, 850, 857, 860, 862, 869, 870, 888, 904, 917, 922, 1092, 1110

droit objectif : 91, 187-188, 205, 211, 215, 219, 221, 223-225, 227, 230, 234, 238, 246, 258, 264, 286, 343, 345, 360, 367 521, 532, 615, 785, 815-818, 820, 827, 889, 7893, 904, 922, 1092, 1110

droit collectif : 197, 199, 206, 212, 215, 219, 221, 230-236, 258, 264, 431, 733, 916, 818, 875, 922, 1092

Effectivité : 5, 7, 25, 29, 32, 60, 62, 67, 120, 180, 210, 212, 239, 244, 246, 253, 254, 257, 262, 264, 267, 190, 294, 339, 345, 350, 361, 363, 366, 375, 377, 380, 384, 387, 390, 392, 393, 414, 425, 427, 483, 483, 498-500, 503, 504, 510, 514, 518-520, 523-525, 529, 532, 535-537, 539, 540, 543, 552, 590, 595, 609, 611, 642, 644, 661, 665, 674, 685, 692, 694, 743, 765, 766, 790, 796, 803, 804, 826, 830, 835, 842, 870, 902, 908, 912-916,

918, 924, 926-929, 941, 953, 975, 980, 996, 999, 1003, 1007, 1017, 1020, 1026, 1028, 1034, 1037, 1038, 1040, 1047, 1083, 1091-1093, 1097, 1098, 1101, 1103-1105, 1109, 1116, 1119-1121, 1124

Ethique : 1, 8-12, 14-15, 17-21, 25-26, 29, 32-33, 37, 42-43, 48-52, 57, 67, 73, 81, 88, 94, 97, 112, 133, 136, 144, 147, 148-175, 179-181, 192, 241, 245, 256, 263, 265, 341, 531-532, 537, 542, 556-557, 564, 568, 587-592, 632-633, 635, 653, 693, 820, 846, 874, 882, 887, 908, 910, 915, 1118, 1123.

être humain : 26, 31, 39, 42, 50, 57, 81, 85, 89-95, 100, 118, 127-133, 140, 160-161, 164, 170, 185, 191, 194, 228, 239, 246, 253, 256, 263, 404, 409, 411, 413, 428, 429, 457, 497, 499, 513, 525, 532, 537, 558, 579, 883, 1103, 1117, 1120

effet mémoire : 834, 920, 1056, 1057, 1088, 1100, 1115

exception : 73, 93, 110, 131, 143, 169, 204, 236, 239, 247-248, 251, 255, 258, 264, 289, 305-308, 352, 362, 397-398, 410, 417, 419, 435, 447-450, 453, 458, 460, 462-466, 471-473, 475-477, 479, 481, 492-494, 497, 499, 416, 522, 525, 527, 532, 534, 538, 567, 603, 645, 666, 668, 672-674, 679-681, 694, 731, 753, 766, 775-776, 823, 845, 849, 863, 875, 879, 913, 968, 977, 988-898, 997, 1005, 1012, 1017, 1019, 1024, 1042, 1048, 1052, 1081, 1084-1086, 1096, 1099, 1100, 1107, 1122, 1114

Formalisme : 332, 343, 368, 462, 527, 532, 709, 761, 774, 993, 994, 1030, 1033, 1084, 1085, 1090, 1098, 1113

Formalisation : 332, 343, 368, 462, 527, 532, 709, 761, 774, 993, 994, 1030, 1033, 1084, 1085, 1090, 1098, 1113,

Fragmentation : 272, 291-292, 300, 316, 335, 353, 358, 521, 651, 995, 1031, 1046, 1088, 1100, 1115

groupement d'intérêt collectif : 542, 650-652, 692, 765, 767, 887, 890-892, 897, 920, 926, 1094, 1106

hiérarchie des normes : 145, 208, 209, 288, 776, 948, 1077 ,

hiérarchie des droits : 863, 864

hiérarchie des sources : 277, 280, 285, 360

hiérarchie des valeurs : 77, 135, 145, 160, 167

indivisibilité : 29, 39, 42-43, 71, 76, 198, 200, 262, 531, 678, 775, 859

internormativité : 29, 36, 40, 44, 62-71, 74, 136-138, 181, 261-262, 265, 351, 542, 653, 678, 681, 781, 994-995, 1035, 1038, 1045, 1103

intérêt légitime : 221, 234, 237-238, 431, 673, 990, 1019, 1022, 1086, 1094

intérêt à agir : 221, 431, 733, 815, 875, 890, 989, 1086, 1099

intégrité physique : 220, 222, 225, 246, 249, 419, 498,

justification des droits/normes : 32, 172, 173, 465, 549, 689, 755, 764, 824, 827, 883, 926, 978, 985,

justification de la mesure : 472, 476, 477, 800, 825, 842, 845, 870, 876, 904, 916, 921, 925, 985,

litige : 206, 226 , 228, 240, 309, 612, 624, 675, 686, 696, 697 , 698, 699, 701, 702, 704, 707, 708, 709, 710, 711, 713, 714, 715, 716, 717, 719, 721, 724, 731,

735, 756, 757, 758, 759, 761, 768, 769, 770, 771, 773, 776, 780, 782, 785, 786, 787, 791, 795, 799, 800, 805, 808, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 823, 824, 827, 831, 835, 840, 847, 851, 856, 857, 859, 865, 876, 877, 889, 890, 893, 896, 897, 903, 919, 921, 922, 923, 924, 926, 930, 932, 933, 934, 964, 965, 971, 977, 997, 1016, 1027, 1029, 1054, 1057, 1062, 1080, 1085, 1087, 1092, 1094, 1098, 1103, 1107-1111, 1114, 1124,

Légitimité : 6, 15, 23, 31, 37, 140, 143, 178-179, 181, 187, 212, 231, 244, 288, 377, 386, 425, 454, 459, 463, 483-484, 490, 495, 503-504, 515, 529, 539, 544, 560, 561, 566, 569-570, 577, 590, 600, 616, 618, 633, 636, 639-640, 642, 644-645, 647, 651, 692, 743, 765, 773, 845, 847, 850, 903, 926, 994, 1004, 1014, 1028-10229, 1036, 1094, 1111, 1119

législateur rationnel : 694, 696, 737, 742, 745-746, 760, 769, 1108

logique formelle : 15, 18, 75, 121-123, 125-126, 139, 180-181, 296, 306, 315, 334, 354, 369, 530, 535, 661, 911, 927, 1079

marge nationale d'appréciation : 348, 393, 4003, 430, 498, 528, 735, 809, 811, 827-827, 842-843, 852, 854-855, 867, 877-878, 926, 960, 993, 1057, 1093, 1098, 1111, 1113, 1122

médicament : 550, 594-598, 601-607, 609-616, 633, 643, 646, 656, 687, 690, 763, 764, 1104

médiation : 100, 548, 697, 699-701, 703-706, 714-715, 750, 770, 994

métalepse : 824, 922-923, 1054, 1092, 1110, 1122

morale universelle : 85, 153, 155, 164

multi stationnarité : 358, 370

négociation : 50, 57, 153, 159, 372, 379, 407, 468, 547, 604, 607, 620, 650, 663, 699, 700, 706, 708, 744, 782, 980, 1072

neutralisation des conflits : 50, 213, 312, 329, 346, 366, 368, 370, 402, 526, 530, 541, 545-549, 551-553, 556-572, 586, 590, 593, 600, 607, 611, 622, 626, 637, 654, 664, 676, 686, 688, 691, 693-696, 713, 714, 719, 728, 749, 755-757, 762, 764, 766-768, 771, 811, 1112, 1117,

normes primaires : 22, 294, 373, 424, 916, 1066, 1072

normes procédurales : 23-24, 28, 253-254, 361, 373, 378, 425-426, 433-434, 436, 510-511, 514, 516, 520, 525-526, 532-534, 537, 549, 556, 572, 611, 638, 665, 766, 769, 826, 851, 916, 925, 1055, 1070, 1093, 1108, 1117,

normes secondaires : 22, 294, 373, 381, 424

normes substantielles : 23, 24, 28, 253, 294, 361, 373, 378, 425, 426, 510, 511, 514, 520, 525, 526, 532, 533, 536, 537, 557, 596, 851, 898, 916, 925, 1001, 1033, 1064, 1108, 1123

objectivation du contentieux : 818, 847

objets du litige : 310, 708, 819, 847, 889, 1029

OGM : 436-439, 725, 746, 998

paradigme : 18, 173, 342, 357, 367, 432, 467, 487, 492, 493, 496, 498, 500, 505, 517, 527, 538, 632, 347, 658, 674, 685, 690, 696, 709, 736-747, 750-751, 760, 769, 858, 886, 909, 911, 918, 989, 1024, 1057, 1086, 1099, 1108, 1114

patrimoine symbolique de l'humanité : 94, 201, 396, 401

pluralisme : 4, 25, 35, 43-47, 50-55, 58, 60, 74, 117, 136-137, 153, 174, 176, 181, 219, 261, 430, 531, 556, 561, 562, 564, 590, 608, 635,, 740, 763, 1006, 1008, 1033, 1088, 1104

plurijuridisme : 55, 56, 136

positivisme : 10, 18, 19, 21, 67, 136, 184, 530, 750, 751, 910

polysystémie : 60-61, 74, 138, 264, 358, 909, 1076, 1101, 1115

précédent judiciaire : 759, 787, 814, 818, 820, 830, 833-835, 870-871, 889, 892, 904, 908, 919-920, 924, 965, 1010, 1092, 1108, 1110, 1111, 1122

principe de non-contradiction : 911

principe du contradictoire : 786-788, 926,

prérogatives juridiques : 27, 182, 187, 198, 205, 209, 212, 219, 235, 267, 263, 263, 392, 428, 431, 532, 572, 586, 695, 697, 719, 901, 921,

présomption d'absence de conflit : 443, 445, 694, 696, 737, 739, 744-750, 760, 769, 1108

procédure : 1, 25, 28, 30, 31, 34, 37, 50, 59, 62, 101, 103-105, 107, 143, 150, 174, 178, 180, 181, 226, 228, 245, 249, 250, 258, 259, 378, 381, 382, 390, 409, 510, 520, 528, 531, 541, 544, 545, 547, 549, 550, 552, 556, 557, 568-570, 574, 579, 581, 586, 588, 590, 592-596, 602-607, 611-617, 620-630, 632-646, 649-652, 654-664, 682, 684-688, 690-693, 695-698, 700, 706, 710, 714, 717, 730, 733, 742, 746, 755-772, 784, 786-788, 806-813, 815, 816, 820-822, 839, 840, 889,

891-893, 895, 913, 921, 922, 926, 938, 1009, 1010, 1022, 1024, 1028, 1088, 1099, 1101, 1103, 1105, 1107, 1111-1122,

procréation médicalement assistée : 2, 871

proportionnalité : 348, 454, 460, 462, 469, 476, 480, 497, 516, 527, 538, 628, 732, 754, 774, 786, 788, 811, 825, 828, 838, 842, 843, 845, 850, 851, 855, 864, 866, 867, 871, 874-876, 881, 883, 883, 903, 904, 908, 916, 917, 920, 925, 926, 931, 932, 960, 990-996, 1003, 1007, 1009, 1010, 1012, 1014, 1024, 1025, 1029-1031, 1033, 1035, 1038, 1043, 1046, 1055-1057, 1060, 1065, 1066, 1071, 1084-1089, 1092, 1098-1100, 1111, 1113-1115, 1120

puissance : 5, 8-10, 15, 17, 24, 97, 115, 174, 185, 189, 194, 206, 220, 263, 483, 528, 539, 560, 568, 645-647, 652, 658, 674, 683, 687, 691, 693, 694, 764, 765, 818, 897, 930, 1048, 1055, 1073-1074, 1087, 1089, 1101, 1106, 1121

qualification : 19, 91, 130, 212, 213, 238, 240, 448, 565, 584, 612, 736, 781, 1026,

refus de soins :, 224, 905

résolution des contradictions : 240, 265, 309, 335, 343, 354, 368, 375, 523, 637, 638, 665-667, 670-673, 675, 677-681, 683, 691, 694, 698, 702, 709, 729, 757, 762, 766, 773, 776, 779, 780, 787, 791, 802, 811, 845, 848, 851, 853, 887, 896, 904, 926, 927, 929, 931, 933, 934, 936, 937, 942, 947, 950, 954, 955, 958-960, 961, 964, 966, 987, 989, 994, 995, 1030, 1031, 1055, 1080, 1089, 1095, 1107, 1110, 1113, 1123

règlement des différends : 298, 378-379, 381-383, 390, 435, 477, 481, 500,

511, 526, 537, 622, 698-699, 701, 706-707, 710-711, 715, 721, 731, 746, 759, 761-762, 766-770, 820, 921, 929-930, 933-934, 969, 971-972, 984, 987, 1000, 1059, 1072, 1079, 1081-1089, 1090, 1096, 1107-1112, 1120

référentiel galiléen : 750, 751,

responsabilité : 2, 13-15, 25, 42, 81, 82, 102, 108, 113, 115, 154, 196, 200, 201, 222, 223, 225, 266, 286, 289, 294, 296, 309, 328, 341, 344, 388, 391, 416, 418, 457, 517, 550, 554, 583, 584, 587, 606, 652, 662, 670, 673, 710, 717, 782, 792, 808, 810, 905, 943, 953, 963, 969, 975, 976, 1046, 1048, 1080, 1082,

risque sanitaire : 68, 464, 465, 471, 473, 594, 597, 600, 647, 681, 690, 763,

substance : 10, 16, 28, 48, 92, 94, 98, 110, 145, 178, 181, 194, 228, 258, 259, 263, 273, 278, 285, 297, 327, 347, 357, 367, 368, 525, 530, 535, 536, 602, 634, 640, 658, 663, 684, 685, 693, 765, 772, 859, 862, 906, 913, 914, 1009, 1020, 1044, 1061, 1079, 1086

sujet de droit : 26, 42, 46, 90-91, 127-129, 132, 140, 170, 185, 190, 192, 200, 237, 532, 658

sujet de recherche : 109, 582-584

système dynamique non linéaire : 11, 29, 40, 44, 75, 122, 139, 207, 265, 331, 357, 532, 683, 772, 831, 859, 899, 900, 911, 916, 917-919, 927, 1039, 1078, 1089, 1115, 1117

Transfusion sanguine : 176, 222,

Valeur : 6, 16, 20, 22, 25, 28-31, 34, 38, 41, 54, 62, 65, 70, 77, 90, 97, 106, 117, 118, 120, 124, 127, 128, 130, 134, 135, 141, 143-145, 150, 151, 153, 158-162, 165, 170, 173-176, 179-181, 185, 187,

189, 191, 192, 195, 203, 211, 217, 228,
239, 242, 245, 250, 252-255, 257, 262,
266, 270, 271, 273, 287, 288, 294, 330-
332, 334, 339, 340, 342, 343, 348, 350,
354, 357, 261, 366-369, 373, 374, 376,
386-388, 391, 394, 409, 412, 414-421,
423, 425, 447, 459-463, 487, 492-498,
500, 504, 508, 510, 512, 516, 518, 520,
524, 527, 528, 530-532, 538, 540, 542,
551, 571, 577, 578, 590, 592, 593, 656,
667, 672-674, 677, 681, 693, 708, 719,
736, 739, 741, 743, 744, 757, 760, 762,

764, 765, 775, 787, 790, 804, 825, 844,
847, 861, 874, 876, 878, 882, 897, 899,
905, 925, 937, 963, 986, 989, 990, 992,
994, 995, 1014, 1018-1120, 1023, 1024,
1028, 1029, 1033, 1036-1038, 1044,
1051, 1054, 1059, 1066, 1069-1070,
1079-1080, 1083, 1085-1089-1090, 1093,
1098, 1103, 1106, 1111, 1113-1117, 1120

vulnérabilité : 57, 105, 106, 171, 656

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGE GENERAUX :

ABI-SAAB (G.), *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1980, 292p

ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005, 95p.

ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, Paris, 1994, 635p

BAUZON (S.), *Le métier de juriste : du droit politique selon Michel Villey*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2003, 226p.

BELLEY (J.-G.) s.d., *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1996, 279p.

BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal., 2008, 934p.

BERGEL (J.L.) s.d., *Le Plurijuridisme*, Actes du 8^{ème} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2005, Aix-en-Provence, 368p.

BETTATI (M.), *Le droit des organisations internationales*, PUF, coll. « Que Sais-Je ? » n°2355, Paris, 1987, 126p.

BETTATI (M.) et DUPUY (P.M.), s.d., *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, pp.165 et s.

BILLIER (J.-C.) et MARYOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, pp.72 et s.

BOISSON-DE-CHAZOURNES (L.) et MEHDI (R.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruylant, coll. Travaux du C.E.R.I.C., Bruxelles, 2005, 391p.

BOYER (L.) et ROLAND (H.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} Éd., 2003, 549p.

BROWNLIE (I.), *Principles of public international law*, Oxford University Press, 2008, 784p.

BROWN-WEISS (E.), *Justice pour les générations futures*, Éditions de l'UNESCO, Paris, 1995, 356p

- CALLON (M.) LASCOUMES (P.) et BARTHE (Y.), *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Seuil, Paris, 2001, 358p
- CAMPAGNA (N.), *Le droit la nature et la volonté, essai sur les fondements de la normativité*, L'Harmattan, Paris, 2006, 228p.
- CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2e édition, 1995, 336p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible Droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1988, 493p.
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1994, 415p.
- CASANOVA (O.), *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001
- CORNU (G.) s.d. H. *Capitant, Vocabulaire juridique* 8^{ème} Éd., PUF, Quadrige, Paris, 2007
- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), QUOC (N.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} édition, Paris, 2009, 1722p.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz-Sirey, 2007, Paris, 313p
- DELMAS-MARTY (M.) *Le flou du droit*, PUF, Paris, 2004, 388p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit*, tome 1 « Le relatif et l'universel », Seuil, Paris, 2004, 443p
- DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil*, 1939, Bruxelles, t.III, p.894
- DE SCHUTTER (O.) et NIHOUL (P.) s.d., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, 405p.
- DIXON (R.) et GINSBURG (T.), *Comparative constitutional law*, Edward Elgar Publishing, 2011, 668p
- DUPUY (R.J.), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus-Nijhoff, Dordrecht Boston, 1988, 342p (X+332)
- FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Rousseau, Paris, 1921, p.301.
- FRYDMAN (B.), *Les transformations du droit moderne*, Kluwer éditions juridiques de Belgique, Bruxelles, 1999, 135p.
- GARCIA (K.), *Le droit civil européen*, Larcier, 2008, Bruxelles, 680p.

GENY (F.), *Science et technique du droit positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, t.1, Sirey, 1922, n° 16, 634p.

GOYARD-FABRE (S.), *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris, 1992, 387p.

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix* (De jure pacis et belli), Traduit du latin par P. Pradier-Fodéré, Quadrige/PUF, Paris, 2005, 868 p

GURVITCH (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935, Paris, Pedone, 299p.

HABERMAS (J.), *Droit et Démocratie : entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997, 551p.

HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, 2e édition, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2005, 263p.

KEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public : Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Larcier, Bruxelles, 2008, 371p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. H. Thevenaz, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 2e. éd., 1988, 205p.

LE FUR (L.), *Précis de droit international public*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1933, 303 p.

LEJBOWICZ (A.), *La philosophie du droit international*, PUF, Paris, 1999, 414p.

MARTENS (P.), *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Bruxelles, 2003, 352p.

MASSON (A.), *Droit communautaire : droit institutionnel et droit matériel : théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Larcier, Bruxelles, 2008, 544p.

MAZAUDOU (O.), *Droit international public et droit international de l'environnement*, Préface Monique Chemillier-Gendreau, Presses Universitaires de Limoges, 2008, 150p.

MELKEVIK (B.), *Considérations juridico-philosophiques*, Presse Universitaire de Laval, coll. Dikè, Québec, 2005, 186p.

MORAND (C.-A.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, 242p.

MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, ESF éditeur, 1990, Paris, 158p.

OST (F.) et GÉRARD (Ph.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 931p.

- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, 602p.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, 2002, Bruxelles, 596p.
- OST (F.), et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988 ; 254p.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOEVE (M.), *Entre droit et non-droit, l'intérêt*, tome 3, Publications des facultés de Saint Louis, Bruxelles, 1990, 457p.
- PARRY (C.), *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, Manchester, 1965, 122p.
- PERELMAN (C.), *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e Éd., 1979, Laloüpe, France, 193 p.
- REDSLOB (R.), *Les principes du droit des gens moderne*, Rousseau, Paris, 1937, 329p.
- DE ROSNAY (J.), *Le Macroscopie : Vers une vision globale?*, Seuil, Paris, 1975, 346p.
- ROUSSEAU (Ch.), *Droit international Public*, t.1, Paris, 1970, 464p.
- ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*. PUF, Paris, 1979, 347p.
- SALAH (M.M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, Paris, 2002, 272p.
- SCELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Vol. I (1932), VolII (1934), Librairie du Recueil Sirey
- SCHWARTZBERG (R.), *sociologie politique*, 5^{ème} éd. Montchrestien, 1998, 592p.
- SOUSA SANTOS (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique : Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, Paris, 2004, 703p.
- SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7e éd. Refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 289, 715p.
- SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Le Seuil, Paris, 2009, 178p.
- SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, Paris, 2005, 333p.
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e Éd. 2006, n° 201, 634p.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 864p.

VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg IV, Paris, Dalloz, 1957, 442p.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit : Les moyens du droit*, T.2, réédition présentée et préfacée par TERRE (F.), Précis Dalloz, 2001, n° 244, 241p.

VON JHERING (R.), *La lutte pour le droit*, Présentation d'O Jouanjan, 1^{ère} Éd., Dalloz, 1890, rééd. 2006, 113p.

ZORGBIBE (Ch.), *Les organisations internationales*, PUF, coll. « Que Sais-Je ? » n° 192, Paris, 1986, 125p. ;

OUVRAGE SPECIALISES :

ADAM-FERREIRA (B.), *La qualité de la vie en tant que justification de décision de fin de vie en droit comparé (France, Angleterre, Etats-Unis)*, s.d. CAYLA (O.), soutenue en Décembre 2006, Université Paris X-Nanterre.

AESCHLIMANN (J.C.) s.d., *Éthique et responsabilité. P. Ricoeur*, Éd. La Baconnière, Neuchâtel, 1994, p.84

AHARON (B.), *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, 332p.

AGAMBEN (G.), *L'État d'exception, homo sacer* tome I, Le Seuil, Paris, 2003, 150p

AGAMBEN (G.), *Le Règne et la Gloire, homo sacer* tome II, Le Seuil, Paris, 2011, 480p

AGAMBEN (G.), *Homo sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, traduction de Marilène Raiola, L'ordre philosophique, Seuil, 1997, 216p.

AKANDJI-KOMBE (J.-Fr.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Série « Précis sur les droits de l'homme », n° 7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, 76p

ALTHUSSER (L.) et BALIBAR (E.), *Lire le Capital*, tome II, Maspero, Paris, 1973, 125p.

ANDORNO (R.), *Bioéthique et dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997, 127p.

ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., Paris, 1996, 372p.

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., 1998, 663p.
- ATLAN (H.), AUGÉ (M.), DELMAS-MARTY (M.), DROIT (R.P.) ET FRESCO (N.) s.d., *Le clonage humain*, Éd. Seuil, Paris, 1999, 205p.
- BAERTSCHI (B.), *Enquête philosophique sur la dignité : Anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et Fidès, 2005, Paris, 309p.
- BAUDOUIN (J.-L.) et LE BRIS (S.) s.d., *Droits de la personne. « Les biodroits » : aspects nord-américains et européens*. Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut Canadien d'Études juridiques supérieures 1996, éd. Yvon Blais, Québec, 1997, 522p
- BAUER (J. R.) et BELL (D. A.) eds., *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, 1999, 394p.
- BAUZON (S.), *La personne biojuridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2006, 192p.
- BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par CHEVALIER (M.), introduction et notes VENTURI (F.), Éd. Droz, Genève, 1965, 132p
- BÉLAND (J.P.), *L'homme Biotech : humain ou posthumain ?*, Presses universitaires de Laval, 2006, Québec, 144p.
- BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), s.d. GHESTIN (J.), *Contrats et vivant*, LGDJ, Paris, 2006, 321p.
- BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, J.B. Ballières et Fils, Paris, 1865, pp.442 et s.
- BERNARD (J.), *De la biologie à l'éthique*, Butchet/Chastel, Paris, 1990, 310p.
- BERTRAND (M.), CASANOVA (A.), CLÔT (Y.), DORAY (B.), HURSTEL (F.), SCHWARTZ (Y.), SÈVE (L.) et TERRAIL (J.-P.) s.d., *JE/sur l'individualité*, Éditions Sociales, Paris, 1987, pp.214 et s
- BERTING (J.) et al. (eds.), *Human Rights in a Pluralist World – Individuals and Collectivities*, Wesport/London, Unesco/Roosevelt Study Center/Meckler, 1990, 280p.
- BINDING (K.) et HOCHE (A.), *The Release of the Destruction of Life Devoid of Value. A Life Quality Paperback*, California, 1975 (Originalement publié en Allemand par Félix Meiner, Leipzig, 1920)
- BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, 903p.

- BLAIZOT-HAZARD (C.), *Droit de la recherche scientifique*, PUF, Paris, 2003, 279p.
- BLOCH (E.), *Experimentum mundi*, Payot, Paris, 1981, 273p.
- BOHM (D.), *Causality and Chance in Modern Physics*, University of Pensilvania Press, 1957, 370p.
- BOURCIER (D.), HASSETT (P.) et ROQUILLY (C.), *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Éd. Romillat, Paris, 2000, 303p
- BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), *Le commercer international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation Française, Paris, 2002, 383 p.
- BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, coll. Critique de la politique, 1976, 396p.
- BRAUNSTEIN (J.-F.) s.d., *Canguilhem : Histoire des sciences et politique du vivant*, avec des textes de François Dagognet, Claude Debru, François Delaporte, Ian Hacking, Dominique Lecourt, Arild Utaker, Paris, PUF, 2007
- BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398p
- BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, Paris, 373p
- BUNGE (M.), *Matérialisme et humanisme : Pour surmonter la crise de la pensée*, Broché, 2005, Paris, 290p.
- BYK (C.) s.d., *Bioéthique et droit international : Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, 2007, Paris, 210p.
- CANGHUILLEM (G.), *Le normal et le pathologique*, PUF, 11^{ème} édition, paris, 2005, 224p
- CAYLA (O.) et THOMAS (Y.), *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, coll. Le Débat, 177p.
- CHAPOUTHIER (G.) et PARIZEAU (M. H.), *L'être humain, l'animal de la technique*, Presses Universitaires de Laval, 2007, 241p.
- CICÉRON, *De Inventione II*, 2, Maxime 166
- CLASHMAN (P.), *Class Action Law and Practice*, Federation Press, 2007, 737p.
- COLLIN (D.), *La théorie de la connaissance chez Marx*, L'Harmattan, Paris, 1996, 203p.

COMMAILLE (J.) et DUMOULIN (L.) et ROBERT (C.) s.d., *La juridicisation du politique*. Leçons scientifiques, Paris, LGDJ, 2000, 254p.

COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, 328p

COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Parix-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1998, 304p.

CRAWFORD (J.), LAUTERPRACHT (E.) et LEE (K.), *ISCID Reports*, Cambridge University Press, vol.10, 2007, 650p.

CRAWFORD (J.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaires*, Cambridge University Press, 2002, 424p.

D'AGOSTINO (F.), *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit*, coll. Diké, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2005, 137p.

DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethica Principles in Bioethics and Biolaw*, Vol.I *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project 1995-1998, Center of Ethics and Law, Copenhagen, et Institut Borja de Bioética, Barcelone, 2000, pp.25-30

DE BOUVET (A.), BOITTE (P.) et AIGUIER (G.), *Questions éthiques en médecine prédictive*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, 153 p

DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol.2 *La rationalité pénale et naissance de la criminologie*, Larcier, Belgique, 2008, p.127

DELEUZE (G.), Cours du 2 décembre 1980 relatif à l'Éthique de Spinoza, enregistrement audio disponible en ligne sur le site de l'université Paris 8 : http://www2.univ-paris8.fr/deleuze/article.php3?id_article=131/

DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux : Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 1164p.

DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PÉDROT (P.) s.d., *Droit et Complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, 252p.

DORAY (B.) s.d., *La dignité : Les debouts de l'utopie*, La Dispute, Paris, 2006, 394p.

DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) s.d., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2009, 336p.

DUPRAT (J.-P.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, Publications de la Sorbonne, Droit économique, 2002, 222p.

- DURAND (G.), *Introduction générale à la bioéthique : histoire, concepts et outils*, Édition Fidès, 2005, Québec, 565p.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1997, 515p.
- EDELMAN (B.), *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, 550p.
- EDELMAN (B.) et HERMITTE (M.-A.), *L'homme la nature et le droit*, éditions C. Bourgeois, 1988, 391p.
- EHRLICH (E.), *Über Lücken im Rechte* (Sur les lacunes en droit), 1888
- ENGELHARDT (T.H. Jr.), *The Foundation of Bioethics*, Oxford University Press, 1986, 377p
- ENGELS (F.), *Dialectique de la nature*, Paris, Éditions Sociales, 1968, 364p.
- ENGELS (F.), *Anti-Dühring : M.E. Dürhing bouleverse la science*, Traduit par Émile Bottigelli, Éditions Sociales, 3e édition, 1977, Paris, 511p.
- ENGISCH (K.), *Einführung in das juristische Denken*, Urban-taschenbuch 20, Kolhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977 (chapitre VI)
- ETCHEGOYEN (A.), *La valse des éthiques*, Paris, Éd. François Bourin, 1991, 245p.
- EWALD (F.), *L'État providence et la philosophie du droit*, Paris, Grasset, 1986, 610p.
- FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, 336p.
- FORTIER (V.), *Le juge Gardien des Valeurs?*, CNRS éditions, Paris, 2007, 217p.
- FOUCAULT (M.), *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Paris, 2004, 355 p
- FOUCAULT (M.), « *Il faut défendre la société* », Cours au Collège de France, 1975-1976, Gallimard, Paris, 1997, 283p
- FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, 211p.
- FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, t.2, Gallimard, 2001, n° 173, 1736p.
- FREUND (J.), *Le droit aujourd'hui*, Paris, PUF, 1972 ; 96p.
- FREUND (J.) *Sociologie du Conflit*, Paris, PUF, 1983, 380p.
- FUKUYAMA (F.), *Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York, Farrar, Strauss and giroux, 2002, 256p.

GADAMER (H.G.), *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, English translation : *Truth and Method*, London, 1975

GARAPON (A.), *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Odile Jacob, 1996, Paris, 281p.

GEIGER (C.), *Droit auteur et droit au public à l'information*, Litec, IRPI, 2004, 442p.

GENETTE, *Métalepse*, Sueil, Paris, 2004, 137p.

GÉRARD (Ph.), *L'esprit des droits : Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, 265p.

GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *L'accélération du temps juridique*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, 931p.

GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit : Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010, Paris, 412p

GODIN (C.), *La totalité*, vol.5 *Totalité réalisée Les Sciences*, Éd. Champ Vallon, Seyssel, 2002, 1000p.

GORECKI (J.) s.d. , *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana, University of Illinois Press, 1976; 144p.

GÖZLER (K.), *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, Ekin Press, Bursa (Turquie)., 2008, 126p.

GUILD (E.), *Sécurité et droits de l'homme au niveau européen : la protection des droits des individus en période dite d'exception et d'action militaire*, L'Harmattan, Paris, 2009, 139p.

GUILLEMAIN (B.) et GUYOT-JEANNIN (A.), *Aux sources de l'erreur libérale, pour sortir de l'étatisme et du libéralisme*, Broché, 1999, Paris, 253p.

HABER (S.), *L'aliénation*, PUF, Paris, 2007, 375p.

HABERMAS (J.), *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral?*, Gallimard, 2002, Paris, 180p.

HABERMAS (J.), *La technique et la science comme idéologie*, trad. de l'allemand par Jean René Ladmiral, Gallimard, Paris, 1973, 211p.

HEGEL, *Science de la Logique*, tome I, Paris, Aubier, 1981, 440p.

HEGEL, *Science de la Logique*, tome 2, Aubier, 1981, 335p.

- HENKE (E.), *Die Tatfrage. Der unvestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Dunker et Humblot, Berlin, 1966, (notamment Partie II)
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.) s.d., *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, Paris, EJA, 2006, 154p.
- HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Paris, 2004, 447p
- HENSLER (D.R.), *Class Action Dilemmas : Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Corporation, Arlington, 2000, 609p.
- HERMITTE (M.-A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, Éd. Romillat, Paris, 2001, 180p
- HERVE (P.), MULLER (J.-Y.) et TIBERGHEIN (P.), *Transfusion Medicine : Looking to the Future*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, 257p
- HONNETH (A.), *La Lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Paris, Le Cerf, 2000, 350p.
- HONNETH (A.), *La société du mépris*, trad. O. Voirol, P. Rusch et A. Dupeyrix, Paris, La Découverte, 2006, 349p.
- HONNETH (A.), *Les pathologies de la liberté : Une réactualisation de la philosophie de Hegel*, trad. F. Fischbach, Paris, La Découverte, 2008, 127p.
- HOTTOIS (G.), *Au fondement d'une éthique contemporaine : H. Jonas et H.T. Engelhardt en perspective*, Vrin, Paris, 1993, 250p
- HOTTOIS (G.), MISSA (J.-N.), PINSART (M.-G.) et CHABOT (P.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2001, 924p.
- HOTTOIS (G.) et PARIZEAU (M.-H.), *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck, 1993, V ° « Bioéthique », 375p.
- HUME (D.), *A Treatise of Human Nature, in The Philosophical Works*, éd. T.H. Green and T.H. Grose, vol.2, Darmstadt, Scienca Verlag, 1964, 480p
- JEANGÈNE VILMER (J.-B.), *Éthique animale*, PUF, Paris, 2008, 304p.
- JONAS (H.), *Le principe de responsabilité*, trad. de l'allemand par Jean Greisch, Paris, Éd. du Cerf, 3e édition, 1995, 470p.
- JONAS (H.), *Le phénomène vie, Vers une biologie philosophique*, De Boeck et Larcier, Bruxelles, 2001, 288p.

- JONSEN (A. R.) et TOULMIN (S. E.), *The Abuse of Casuistry : a history of moral reasoning*, University of California Press, 1990, 420p
- JORDAN (B.), *Thérapie génique : espoir ou illusion?*, Odile Jacob, Paris, 2007, 273p.
- JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, Paris, 699p.
- JOURDAN (A.-J.-L.), *Dictionnaire des sciences médicales, Biographies médicales*, vol.1, C.L.F. Panckoucke Éditeur, Paris, 1825, numérisé en 2010
- KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction DELBOS (V.), Delgrave, Paris, réédition 1981, 210p.
- KENNEDY (D.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1997, 448p.
- KOKOTT (J.), *The burden of proof in comparative and international human rights law : Civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, Martinus Nijhoff Publishers, Lahaye, 1998, 291p.
- KOMMERS (D.P.), FINN (J.E.) et JACOBSON (J.), *American constitutional law : essays, cases, and comparative notes*, 2e Ed., Rowman and Littlefield, 2004, 1095p.
- KRÄHENBÜHL (D.), *L'autorité des arrêts de la CEDH, notamment en Suisse et en Allemagne*, Editions Weblaw, Berne 2007
- KRAMER (M.), SIMMONDS (N.E.) et STEINER (H.), *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998, 307p.
- KYMLICKA (W.), *The Rights of Minority Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 400p.
- LABICA (G.) et BENSUSSAN (G.) s.d., *Dictionnaire critique du marxisme*, 1982, PUF, Paris, 1264p.
- LAFON (C.), *De la biologie à la bioéthique*, Ellipses, Paris, 2006, 128p.
- LAJOIE (A.), MACDONALD (R.A.), JANDA (R.), ROCHER (G.) (Eds), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal-Bruxelles, Thémis-Bruylant, 1998, 266p.
- LAPERCHE (B.), *La firme et l'information : innover pour conquérir*, L'Harmattan, Paris, 1998, 175p
- LAURENT (A.), *Histoire de l'individualisme*, PUF, coll. Que Sais-je ?, Paris, 1993, 126p.

- LEFEBVRE (H.), *Logique formelle, logique dialectique*, Éditions sociales, Paris, 1982, 291p.
- LENOBLE (J.) et COPPENS (P.), *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, Bruylant, Bruxelles, 438p
- LENOBLE (J.) et MAESSCHALCK (M.), *Toward a theory of governance: the action of norms*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, 362p.
- LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Que Sais-Je, Paris, 2e éd., 2004, 127p.
- LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Le droit international de la bioéthique*, PUF, Que Sais-je, Paris, 1998, 127p.
- LIBOIRE (A.) et MBANI (T.), *Biotechnologies et nature humaine : vers un terrorisme ontologique*, L'Harmattan, 2008, Paris, 220p.
- LICHERE (F.), "POTVIN-SOLIS (L.) et ARNAUD (R.) s.d., *Le dialogue entre les juges Européens et nationaux, incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 242p.
- LIPOVETSKY (G.), *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Paris, 2000, 366p.
- MAGNARD (P.) s.d., *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne (Paris-IV) en novembre 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, 254p.
- MALHERBE (M.), *La philosophie empiriste de David Hume*, Paris, Vrin, 1976 (réédition 2001), 383p.
- MALHERBE (J.F.), *L'incertitude en éthique, perspective clinique*, Montréal, Édition Fides, 1996, 58p.
- MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Droit de l'Organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 536p.
- MARCUS-HELMONS (S.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Université catholique de Louvain, Bruylant, 1999, 196p.
- MARRES (Th.) et SERVAIS (P.) eds., *Droits humains et valeurs asiatiques. Un dialogue possible?*, Louvain-la-Neuve, 2002, 228p.
- MARX (K.) et ENGELS (F.), *L'idéologie allemande*, Éditions sociales, Paris, 1976 (édition intégrale), 621p.
- MARX (K.), *Le Capital*, tome 1, Éditions Sociales, Paris, 1975, 326p.

- MARX (K.), *Contribution à la critique de l'économie politique*, Éditions sociales, Paris, 1977, 309p.
- MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1999, 147p.
- MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, 910 p
- MICHAUD (Y.), *Hume et la fin de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1983, 288p.
- MIAILLE (M.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, 272p.
- MILL (J. S.), *L'utilitarisme*, présentation de AUDARD (C.), PUF, Quadriges, 1998, 264p.
- MISRAHI (R.), *La signification de l'éthique : pour l'application de l'éthique aux problèmes de la vie et de la santé*, Synthélabo, Paris, 1995, 185p.
- MISRAHI (R.), *Qu'est-ce que la liberté ?*, Armand Colin, Paris, 1998, 218p.
- MISSA (J.-N.) et SUSANNE (C.), *De l'Eugénisme d'état à l'eugénisme privé*, De Boeck Supérieur, 1999, 183p.
- MONNIER (S.), *Les comités d'éthique et le droit, éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Paris, 2005, 624p.
- MONTAGUT (J.), *Concevoir l'embryon à travers les pratiques, les lois et les frontières*, publié par Elsevier Masson, 2000, 149p.
- MORIN (E.) et LE MOIGNE (J.L.), *L'intelligence de la complexité*, L'Harmattan, Paris, 1999, 332p.
- MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantasmès, raisons et défis*, Labor et Fides, Genève, 2005, 333p.
- MULHERON (R.P.), *The Class Action in Common Law Legal Systems : a comparative perspective*, Hart Publishing, 2004 535p.
- MUZNY (P.), *La Technique de la Proportionnalité et le Juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Essai sur un Instrument Nécessaire dans une Société Démocratique*, Tome II, PUAM, 2005, Aix en Provence, 421p.
- NAOME (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen : Guide pratique*, Larcier, Bruxelles, 2007, 304p
- NIETZSCHE (F.), *La généalogie de la morale*, in *Œuvres philosophiques complètes*, tome 7, p.269

NOLTE (G.), *European and US constitutionalism*, Ed. du Conseil de l'Europe, Bruxelles, 2005, 254p.

OSMAN (F.), s.d., *l'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, BRUXELLES, 2001, 291p.

PAPAUX (A.), *Biosphère et droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2011, 221p.

PAUL (E. F.) et PAUL (J.) et MILLER (F.D. Jr.) eds., *Human Rights*, Oxford, Blackwell, 1984

PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges (Pulim), Boulac, 2006, 385p.

PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law relates to other Rules of public international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 556p.

PELLUCHON (C.), *L'autonomie brisée, Bioéthique et philosophie*, PUF, Paris, 2009, 315p.

PETRAZYCKI (L.), *Law and Morality*, trad. H. W. BABB, Harvard University Press, 1955

POPESCU (C.L.) et SOREL (J.M.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 326p.

POPPER (K. L.), *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1959, 544p.

POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.), s.d., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Actes de la journée d'étude du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice », n °53, 2004, 242p.

QUERON (J.), *Pic de la Mirandole. Contribution à la connaissance de l'humanisme philosophique renaissant*, université de Provence, 1986, 219p.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Le Seuil, 1987, 666p.

REQUEJO (F.) (s.d.), *Democracy and National Pluralism*, London, Routhledge, 2001 (réédition 2012), 192p.

RIDEAU (J.), *Le Rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, RCADI, 1997, t. 265, pp.9-480

RIZK (H.), *Comprendre Spinoza*, Armand Colin, Paris, 2008, 256p.

ROBER-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, La Haye, 545p.

ROSA (H.), *Accélération : Une critique sociale du temps*, La Découverte, Paris, 2010, 474p.

RUIZ-FABRI (H.), JOUANNET (E.) et TOMKIEWICZ (V.) s.d., *Select Proceeding of European Society of International Law*, vol. 1, 2006, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, 372p.

SAINZ-MORENO (F.), *Conceptos juridicos, interpretacion y discrecionalidad administrativa*, Monografias Civitas, Madrid, 1976, 364p.

SANDEL (M.), *Le libéralisme et les limites de la justice*, trad. Spitz (J.-F.), Paris, Le Seuil, 1999, 333p.

SATO (Y.), *Pouvoir et Résistance : Foucault, Deleuze, Derrida, Althusser*, L'Harmattan, Paris, 2007, 246p.

SCHAFFER (), *La fin de l'exception humaine* ; Gallimard, Paris, 2007, 446p.

SCHMITT (C.), *La dictature*, Le Seuil, Paris, 2000, 329p.

SCHOPENHAUER (A.), *Les deux problèmes fondamentaux de l'éthique*, Gallimard, Paris, 2009, 467p.

SEBAG (V.), *Droit et bioéthique*, Larcier, Bruxelles, 2007, 278p.

SERUSCLAT (F.), *Les sciences de la vie et les droits de l'homme. Bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, Rapport n° 262 (1991-1992) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, déposé le 28 février 1992, Economica, Paris. 456p.

SÈVE (L.), *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, Paris, 1994, 416p.

SÈVE (L.), *Qu'est-ce que la personne humaine : bioéthique et démocratie*, La dispute, 2006, 155p.

SÈVE (L.), *Introduction à la philosophie marxiste*, Éditions sociales, 1980, Paris, 717p.

SÈVE (L.) et ATLAN (H.) s.d., *Sciences et dialectique de la nature*, La Dispute, Paris, 1998, 418p.

SÈVE (L.), GUESPIN-MICHEL (J.), CHARLIONET (R.), GASCUEL (P.), GAUDIN (F.), GAYOSO (J.), RIPOLL (C.) ; *Émergence, complexité et dialectique*, Odile Jacob, Paris, 2005, 297p.

SEYED ALI SADAT-AKHAVI, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2003, 273p.

SHAMAN (J.. M.) , *Constitutional interpretation : illusion and reality*, Greenwood Publishing Group, 2001, 266p.

SHAPIRO (I.) et KYMLICKA (W.) eds. , *Ethnicity and Groups Rights* (Nomos, XXXIX), New York, 1997, 640p.

SINGER (P.), *Questions d'éthique pratique*, Bayard, 1998, 370 p.

SINGER (P.), *La libération animale*, Grasset, 1993, 382 p

SINGER (P.), *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 3e édition, New York, 2011, 352p.

SPINOZA, *Éthique II*, in *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1994 1576p.

SPINOZA, *Lettres à J.Jelles du 2 juin 1667*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1994 1576p.

SPINOZA, *Traité politique*, chapitre II, §2, in *Oeuvre IV*, *Traité politique*, *Lettres*, Flammarion, Paris, 1966, 374p.

SPIRKINE (A.) et YAKHOT (O.), *Initiation au matérialisme dialectique et matérialisme historique*, traduit du russe par Véra Gopner, Édition du Progrès, Moscou, 1973, 258p.

STENGERS (I.) et PRIGOGINE (I.) *La nouvelle alliance : Métamorphose de la science*, Folio, 2e. éd., 1986, 439p.

STOCK (G.), *Redesigning Humans. Our Inevitable Genetic Future*, Boston, New York, Houghton Mifflin Company, 2002, 277p.

STRUPP (K.) et SCHLOCHAUER (H.J.) eds., *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, DeGruyter, 1962

SUDRE (F.) (dir.), *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 354p.

TAGUIEFF (P.-A.), *Julien Freund. Au cœur du politique*, Paris, L'Harmattan, 2005, 154p.

TESTART (J.), *Des hommes probables. De la procréation aléatoire à la reproduction normative*. Seuil, Paris, 1999 ; 280p.

TESTART (J.) et GODIN (C.), *Au bazar du vivant : Biologie, médecine, bioéthique sous la coupe libérale*, Seuil, Paris, 2003, 149p.

- TIBERGHEIN (P.), *Transfusion Medicine : Looking to the Future*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, 257p.
- TOPITISCH (E.), *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, vol.10 Soziologische Texte, Luchterhand, Neuwied am Rhein und Berlin, 1971, 302p.
- VACARIE (I.), GINON (A.-S.) et LOKIEC (P.), *Recherche biomédicale et procéduralisation du droit*, IRERP, Université Paris X, juil. 2000, 240p.
- VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Publication des Facultés de Saint Louis, 2001, 785p.
- VAN DIJK (P.) et VAN HOOFF (G.J.H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ème Ed., Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1998, 850p
- VAN KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) s.d., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Institut d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, 337p.
- VAN NESS (P.) ed., *Debating Human Rights. Critical Essays from the United States and Asia*, Londres, 1999, 304p.
- VIALATOUX (J.), *La morale de Kant*, PUF, Paris, 1956, 86p.
- VILLEY (M.), *Recherche sur la littérature didactique du Droit Romain*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945, 84p.
- VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Quadriges, PUF, Paris, 2008, 169p.
- VINCENT (J.R.), *Human Rights and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 196p.
- WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e édition, Domat, Montchrestien, 1949, 436p.
- WATZLAWICK (P.) (Éd.), *L'invention de la Réalité. Contribution au constructivisme*, Le Seuil, Paris, 1988, 380p.
- WELKENS (K.) et HUESA-VINAIXA (R.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 280p.
- WILTING (W.), *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht*, Heymans, Cologne, 1996, 266p.

THESES :

BÜSCHEL (I.), *Les rapports entre santé et libertés économiques fondamentales dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse soutenue le 8 octobre 2009 à l'université Paul Cézanne Aix-Marseille III, à Aix-en-Provence, s.d. MEHDI (R.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), 416p.

CROTTET (B.), *L'OMC et la protection de la santé publique : Réflexions sur les méthodes juridictionnelles du juge de l'OMC*, Thèse, Paris II, 2010, 591p.

DEAL (E.), *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires — La Cour de justice face à la Communauté de droit*, Thèse, Aix en Provence, 2006, 616p.

DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement : Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse réalisée sous la direction de André Jean Arnaud, Université Paris X, Nanterre, soutenue le 28 septembre 2000, 916p., thèse disponible en format numérique sur le site de la MSH Paris : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/diebolt/thesesd.pdf>

DUCOULOMBIER (P.), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse soutenue en 2008 à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, s.d. BENOIT-ROHMER (M.), 640p., publiées chez Bruylant, Bruxelles, 2011

FABRE (B.), *La crise du droit d'auteur : Une approche systémique*, Thèse, s.d.

FRAYSSINET (J.), Aix-Marseille, 2012, Spé. pp.85-88, pp.312-317, pp.328 et s

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, A. Rousseau, Paris, 1912, 470p.

HELLIO (H.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et les normes relatives à l'environnement : recherches sur la technique de l'exception*, Thèse, Paris II, 2005, 800p.

JEAMMAUD (A.), *De l'opposition des normes en droit privé*, Thèse Lyon III, 1975, pp.569 et s.

LELIEUR (J.), *La règle ne bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Thèse présentée sous la direction Mireille Delmas-Marty, professeur au Collège de France, soutenance le 9 décembre 2005, 615p.

LESUEUR (J.), *Les conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse sous la direction de GAUTIER (P.-Y.), soutenu le 6 décembre 2007, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), 458p.

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Thèse, Paris II, 2005, 472p.

MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse soutenue à l'Université de Limoges, le 25 novembre 2006, 495p.

SAINT-JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Thèse, Limoges, 1993, PUF, Paris, 1995, 511p.

SCHEEK (L.), *Les cours européennes et l'intégration européenne par les droits fondamentaux*, Thèse, s.d. DEVIN (G.), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2006 ; 1075p.

TURGIS (S.), *Recherche sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Thèse soutenue le 29 septembre 2009, s.d. FLAUSS (J.F.), Université Panthéon-Assas, Paris 647p.

CONTRIBUTIONS/ARTICLES :

ABBOTT (K.W.), « The Uruguay Round and Dispute Resolution: Building Private-interests System of Justice », *Columbus Business Law Review*, 1992, pp.111 et s.

ABI-SAAB (G.), « Les Sources du Droit International : Essai de Déconstruction », in *Le Droit International dans un Monde en Mutation, Mélanges E. J. De Arechaga*, Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp.29-36

ABI-SAAB (G.), « The WTO dispute settlement and general international law », in YERXA (R.) et WILSON (Bo.) s.d., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp.7-11

AKSOY (E. E.), « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », pp.1-17 ; disponible en ligne sur le site de IPPF (International Penal and Penitentiary Foundation) :

http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/06_Stavern_Contribution%20Aksoy.pdf

ALBERTON (G.), « Peut on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA* 2008, pp.967 et s

ALHADEFF-JONES (M.), « Three Generations of Complexity Theories: Nuances and Ambiguities », *Educational Philosophy and Theory*, vol.40 n°1, pp.66-82

ALLARD (J.), « Les juges dans la mondialisation : "empire du droit" ou "politique par d'autres moyens" ? » in DELRUELLE (E.), *Le conflit entre droit et politique*, Bruylant, Bruxelles, 2007, article disponible en ligne sur le site du Centre Perelman de Philosophie du Droit sous le titre : « La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation : quelle place pour les juges ? » : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/separation_des_pouvoirs.pdf

- ALVAREZ (E. J.), « How Not to Link : Institutional Conundrums of an Expanded Trade Regime », *WIDENER L. SYMP. J.*, vol.7, n° 1, 2001, pp.12 et s
- ALEXY (R.), « Balancing, Constitutional Review, and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005-3, pp.572-583
- ALTAVILLA (A.), « Le droit européen de la bioéthique entre progrès scientifique, intérêts économiques et... principes éthiques », *RGDM* n° 21, 2006, pp.87- 107
- ANDORNO (R.), « Comment concilier une bioéthique universelle et le respect de la diversité culturelle ? », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.55-61
- ANDORNO (R.), « La dignité humaine est-elle un concept superflu en bioéthique ? », *RGDM*, n° 16, 2005, pp.97 et s
- ARZ DE FALCO (A.), « Clonage reproductif versus clonage thérapeutique : le but recherché fait-il la différence du point de vue éthique ? » in MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantômes, raisons, défis*, Labor et Fides, 2005, Paris, 272-281
- BACHAND (R.), « Interprétation et légitimation : Les tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont-ils peur de la contestation aux États-Unis ? », *Cahier de la Recherche du Centre Etudes Internationales et Mondialisation*, avril 2006, Montréal, disponible en ligne sur le site de l'Institut d'études internationales de Montréal, UQAM : www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/GRIC_Bachand_LoewenetMethanex_.pdf
- BATTIFOL (H.), « Sur la pensée de Léon Husson », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 29 "Dialogue, dialectique en philosophie et en droit", 1984, pp.XI-XV
- BAUD (J.-P.), « Le pouvoir médical et le statut juridique du corps humain disloqué : les procès médicaux », *J.I.B.*, vol. 12, n ° 2, juin 2001, pp.17-22
- BASDEVANT (J.), « Règles du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, tome IV, pp. 492 et s.
- BECKETT (J.A.), « Behind Normative Relativity : Rules and Process as Prerequisite of Law », *EJIL* vol.12, n°4, 2001, pp.627-650
- BEDJAOUI (M.), « Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.3-12
- BEDJAOUI (M.), « De la dignité humaine aux principes de bioéthique : décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme », in BYK (C.) s.d., *Bioéthique et droit international*, Litec, 2007, Paris, pp.67 et s

- BEIGBEDER (Y.), « Les relations des organisations non gouvernementales avec l'Organisation mondiale de la santé », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.M.) s.d., *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, 318p.
- BEIGNIER (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Études offertes à P. Catala*, Paris, Litec, 2001, pp.153 et s.
- BELAN (J.-P.), « L'homme biotech et la dignité humaine », in BELAN (J.-P.) s.d., *L'homme biotech : humain ou posthumain ?*, Presses universitaires de Laval, Québec, 2006, pp.13-35
- BÉLANGER (M.), « Le système d'Oviedo et l'établissement d'un nouvel ordre européen de la bioéthique », *JIB*, vol.15, 2004/22-3, pp. 73-87
- BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », *Mélange Braibant*, 1996, pp.23 et s
- BEN HAMIDA (F.), « Islam et bioéthique », in Réseau européen de coopération scientifique « Médecine et droits de l'homme », *La Santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales, cent vingt cas examinés sous l'angle des normes juridiques, des repères éthiques internationaux et européens, des morales catholique, protestante, juive, musulmane, bouddhiste et agnostique comme outil d'aide à la décision et à la pédagogie* ; Éditions du Conseil de l'Europe, 1996, 500p.
- BERGEL (J.L.), « Rapport Introductif », in BERGEL (J.L.) s.d., *Le Plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2005, Aix-en-Provence, pp.1-7
- BERNHARDT (R.), « Treaties », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, pp.929 et s
- BETTATI (M.), « La contribution des organisations non gouvernementales à la formation et à l'application des normes internationales », in BETTATI (M.) et DUPUY (P.M.) s.d., *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, pp.7 et s
- BIOY (X.), « La dignité : question de principes », in *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (s.), coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses universitaires de Limoges (Pulim), Bouloc, 2006, pp.48-64
- BINET (J.R.), « La recherche sur l'embryon humain in vitro : Variations sur le thème de l'interdit », *RGDM*, n° 14, 2004, pp.225 et s
- BINDER (G.), « The Dialectic of Duplicity : Treaty Conflict and Political Contradiction », *Buffalo Law Review*, vol.34, 1985, pp.329-549,

BITAR (M.), « Terminologie de la thérapie génique », *Meta : Journal des traducteurs*, vol. 46, n° 1, 2001, pp. 183-191

BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p.1107

BONBLED (N.), « Conflict of Fundamental rights before the Constitutional Court of Belgium : The Case of Freedom of Expression », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp.317-345

BORGEN (C.), « Resolving Treaty Conflicts », *The Georges Washington International Law Review*, vol.37, 2005, p.7 ; article disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=747364>

BOHRER (R. A.), *Longevity research and bioethics*, *Biotechnology Law Report*, octobre 2004, pp.542-547.

BOS (M.), « The Recognized Manifestation of International Law », *GYIL* n°20, 1977, pp.9-18;

BOSSIS (G.), « La notion de sécurité alimentaire selon l'OMC : entre minoration et tolérance timide », *RGDIP*. 2001. t.105 n° 2, pp.338 et s.

BOTBOL-BAUM (M.), « The Necessary Articulation of Autonomy and Vulnerability », in s.d. DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw*, Vol.II Partners Research, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project 1995-1988, Center for Ethics and Law, Copenhagen et Institut Borja de Bioética, Barcelonne, 2000, pp.57-64

BOUBAKEUR (D.), « L'embryon dans l'Islam », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, pp.297-302

BOUTROS-GHALI (B.), « Introduction », in *Les Nations unies et les droits de l'homme*, 1945-1996, pp.97 et s

BRAUCH (J.A.), « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, vol.11, 2004-2005, pp.113-151 et s

BREE (A.), « Article XX GATT – QUO VADIS ? The Environmental Exception After the Shrimp/Turtle Appellate Body Report », *Dickinson Journal of International Law*, vol.17 n°1n 1998-1999, pp.99-135

BREMS (E.), « Introduction », in BREMS (E.) s.d., *Conflict between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp.2 et s.

BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », *Rapport du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination à la DG de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances*, Publications de l'Union européenne, 2010, Luxembourg, 96p.

BROWNLIE (I.), « Problems Concerning the Unity of International Law », in *Le droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 1987, pp.156 et s.

BRUNNÉE (J.), « Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law », in BEYERLIN (U.) et al., eds., *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements : A dialogue Between Practitioners and Academia* (2005), également in *Environmental Law Network International Review* 2005, p.3-13

BRUNET (P.), « Les juges européens au pays des valeurs », article publié sur le site de La vie des idées, juin 2009, pp.5 et s, disponible sur le site www.laviedesidees.fr

BURGOGUE-LARSEN (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *RFDA*, 2009, pp.787 et s

BURKE-WHITE (W.), « Complementarity in Practice, The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo », *LEIDEN J. INT'L L.* n°18, 2005, pp.557 et s.

BYK (C.), « La déclaration d'Helsinki révisé : Un nouveau contexte, de nouveaux défis pour la recherche biomédicale », *JIB*, vol.15, n° 1, 2004, pp.15-30

BYK (C.), « Progrès scientifiques et droits de l'homme : la rupture », *RTDH*, n° 54, 2003, pp.375 et s.

BYK (C.), « Pour un paysage juridique recomposé : la bioéthique, facteur de (re) construction du droit ? », *JIB*, 1997, n° 1-2, pp.35 et s

BYK (C.), « Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ? » *JuriSanté*, n° 24, Déc. 1998, pp.16 et s

BYK (C.), « Bioéthique, universalisme et mondialisation : la dynamique des contradictions », *JCP édition Générale*, n° 7, 16/02/05, I, 113, pp.315-320

CALI (B.), « Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions », *Human Rights Quarterly*, 2007, vol.29, pp.251-270

ÇAKMAK (C.), « The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights », *Rev. Int'l L. and Pol.* n° 2, 2006, pp.21 et s

- CAPOTORTI (F.), « Interférences dans l'Ordre Juridique Interne entre la Convention et d'autres Accords Internationaux », in *Les Droits de l'Homme en Droit Interne et en Droit International*, Bruxelles, 1968, pp.123 et s
- CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », *Rec. Dalloz*, vol.3, Chronique XXVIII, pp.119-122
- CARBONNIER (J.), « internormativité », in ARNAUD (A.J.) et al. s.d., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ-EJA, Paris, 1993, pp.313 et s.
- CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'internormativité », in *European Year Book in Law and Sociology*, 1977, pp.42-45
- CARREAU (D.) et JULLIARD (P.), « L'OMC – Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in 1997 *L'organisation mondiale du commerce*, Académie du droit international de La Haye/Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, n° 80, pp.50 et s
- CASANOVA (O.), « The Proliferation of International Tribunals : Piecing Together the Puzzle », *N.Y.J.I.L.*, 1998-1999, pp.679 et s.
- CASANOVA (O.), « Diversity or Cacophony : New Sources of Norms in International Law », *Mich. JIL*, 2003-2004, pp.845 et s. ;
- CASSESE (A.), « Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoulement fonctionnel) in International Law », *EJIL*, 1990 n° 1, pp.210-232
- CASSIA (P.) et SAULNIER-CASSIA (E.), « Contrôle de constitutionnalité a posteriori et contrôle de conventionnalité de la loi : une coexistence possible ? », *D.* 2008, pp.166 et s.
- CASTILLO (M.), « Les droits de l'homme entre cosmopolitisme et mondialisation », Documents de travail du département de philosophie de l'université de Poitiers, disponible sur le site : <http://www.sha.univ-poitiers.fr/philosophie/>
- CAYLA (O.), « Dignité humaine : le plus flou de tous les concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003 :
- CHALTIEL (F.), « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *RFDC*, 2006, n°68, p.837-847
- CHAMPAUD (Cl.), « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel Dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éd. Frison Roche, 1999, pp.85 et s

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in LOKIEK (P.) et LYON-CAEN (A.) s.d., *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p.28 et s

CHANTEUR (J.), « Dialogue et dialectique chez Platon », *APD* Tome 29, 1984, Sirey, pp.43 et s.

CHEVALLIER (J.), « Les lois expérimentales. Le cas Français », in MORAND (C.-A.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, pp.41 et s

CHEVRIER (M.), « La démocratie représentative et la juridicisation du politique », Communication prononcée le 14 mai 2002 au colloque « La démocratie représentative en état de crise », de la Société québécoise de science politique lors du 70^{ème} congrès de l'ACFAS à Québec

CHRISTIE (G.), « What Constitutes a Taking of Property under International Law? », *British Yearbook of International Law*, 1962, pp.307- 338

CLAIR (A.), « Ethique : Les ambiguïtés d'un concept », *Ethique. La vie en question*, n° 1, 1991, pp.10-15

COFFIN (F.M.), « Judicial Balancing : The Protean Scales of Justice », *New-York University Law Review*, 1988, vol.63, pp.16-42

COHEN (D.), « Le droit à... : L'avenir du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Éd. du Jurisclasseur, 1999, pp.393 et s

COHEN-JONATHAN (G.), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp.3-31

COLLET (M.), « Les bienfaits du « dialogue des juges ». Remarques sur la mise en oeuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1er de son premier protocole additionnel », *Revue de droit fiscal* 2006, n° 51, pp. 2179-2189

CONDORELLI (L.), « L'imputabilité à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, t.189, 1984-IV, pp.94-222

CONSTANTINESCO (V.), « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p.33 et s

COPPENS (Ph.) et LENOBLE (J.), « Les enjeux d'une question : Théorie du Droit et de l'État, Théorie de la norme et Procéduralisation contextuelle », in COPPENS (Ph.) et LENOBLE (J.) s.d., *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, Travaux des XVI^{ème} Journées d'Études Juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.1-23

CORREA (C. M.), « Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements », *Journal of World Trade*, 2000, n°34 (vol.5), pp.89 et s

CORNU (J.M.), « Une régulation complète et cohérente dans un monde complexe, la tragédie des 3 C », in MASSIT-FOLLEA (F.) s.d., *Gouvernance de l'internet*, Annexe 5 du Rapport Vox internet 2005, publié le 5 mars 2005, disponible en ligne : http://www.csi.ensmp.fr/voxinternet/www.voxinternet.org/article72ac.html?id_article=11&lang=fr

CORTEN (O.), « La thèse de la déformalisation du droit international et ses limites: L'exemple de la jurisprudence de la cour internationale de justice », *Observateur des Nations Unies*, 2011-1, vol.30, pp.75-98

CZAPLINSKI (W.) et DANILENKO (G.), « Conflict of Norms in International Law », *Netherland YearBook of International Law* n°21., 1990, pp.3-42

D'ASPREMONT (J.) et DOPAGNE (F.), « Kadi : The ECJ's reminder of the elementary divide between legal orders », *International Organization Law Review*, 2009, n°5, pp.371 et s.

DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *Le droit subjectif en question*, *Archives de Philosophie du Droit*, t.9, Sirey, 1964, p.17-30

DADA (O.), « La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahier de IDEDH*, vol.10, 2004-2005, pp.3-130

DAUDET (V.) et NAVARRE-BRAGER (J.), *Le droit, source de conflits*, *Jurisdoctoria* n° 2, *Le Conflit*, revue disponible en ligne : <http://www.jurisdoctoria.net/sommaire2.html>

DAUSSET (J.), « la médecine prédictive », in s.d. MATTEI (J-F), *Regard éthique : Le génome humain*, Edition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, p.61-75

DEBERGÉ (P.), « La notion de personne dans la bible », in *III ° journées d'études : la personne humaine*, Univ. Toulouse I et Institut Catholique de Toulouse, 9 octobre 1997, pp.54 et s

DE BENOIST (A.), « Julien Freund », *Le spectacle du monde* sept. 2008, pp. 56-61

De BENOIST (A.), « Communautariens vs. Libéraux », article en ligne sur : http://www.alaindebenoist.com/pdf/communautariens_vs_liberaux.pdf

De BENOIST (A.), « Le libéralisme contre les identités collective », in GUILLEMAIN (B.) et GUYOT-JEANNIN (A.), *Aux sources de l'erreur libérale, pour sortir de l'étatisme et du libéralisme*, Broché, 1999, Paris, 253p.

DE BURCA (G.), « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublment Fonctionnel and Balancing of Values : Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol.20, n° 3, 2009, pp.857 et s

DEGOFFE (M.), « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 31 mars 2008, n° 12, pp.622 et s

DE LA RASILLA DEL MORAL (I.), « The Inscreasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine », *German Law Journal* vol. 7 n°6, 2006, pp.612 et s

DELBRÜCK (J.), « Law in the Public Interest – Some Observation on the Foundations and Identification of Erga Omnes Norms in International Law », in GÖTZ (V.) et al. s.d., *Liber Amicorum Gunther Jaenicke*, Springer, Berlin, 1998, pp.17 et s

DELICOSTAPOULOS (I. S.), « Un pouvoir de pleine juridiction pour la Cour européenne des droits de l'Homme », Working Paper n°8/98, disponible sur le site du Centre Jean Monnet for International and Regional Economic Law and Justice : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet>

DELMAS-MARTY (M.), « Certitudes et incertitudes du droit », in *Le clonage humain*, s.d. ATLAN (H.), AUGE (M.), DELMAS-MARTY (M.), DROIT (R.-P.), FRESCO (N.), Éd. Seuil, Paris, 1999, pp.74 et s

DELMAS-MARTY (M.), « Préface : La tragédie des trois C », in *Droit et Complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PÉDROT (P.) s.d., Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, pp.7 et s

DELMAS-MARTY (M.), « Avant propos », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordre et systèmes juridiques*, op. cit., p.12

DE MEY (D.), « The Effect of the WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order: Reviewing Van Parys v. Belgische Interventie en Restitutiebureau (C-377/02) », *German Law Journal*, 6/2005, pp.1025-1032

DEMICHEL (S.), « Pour un statut du corps dans le droit », *RGDM n°spécial droit santé*, 2002, pp.80 et s.

DE SCHUTTER (O.), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in DONY (M.) et BRIBOSIA (E.) s.d., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2002, pp.205-256

DE SCHUTTER (O.), « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes » in COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.F.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, pp.93-130 ;

DE SCHUTTER (O.), " La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in DE KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) s.d., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Institut d'étude européennes de l'ULB, Bruxelles ,2005, pp.79-121

DE SCHUTTER (O.), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. « Penser le droit », Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 305-349

DE SCHUTTER (O.), « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in DE SCHUTTER (O.) et NIHOUL (D.), *Une constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004, pp.95-96

DE SCHUTTER (O.), « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL* n° 7, 1996, pp.374 et s.

DE SCHUTTER (O.), « Les cadres du jugement juridique », in *Annales de droit de Louvain*, 2/1998, pp.177-223

DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL* vol.20 n° 1, pp.193-228

DE SENA (P.) et VITUCCI (M.C.), « A Rejoinder to Gràinne De Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor », *EJIL* vol.20, 2009, n° 3, pp.889-896

DE WET (E.), « The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation? », *European Constitutional Law Review*, 2009, pp. 284-306

DE WET (E.), « The Emerging International Constitutional Order: the Implications of Hierarchy in International Law for the Coherence and Legitimacy of International Decision-Making », *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 2, 2007, pp. 1-27

DIJON (X.) et HENNAU-HUBLET (C.), « les droits de l'homme, corps et âme : la déchirure bioéthique », in s.d. MARCUS-HELMONS (S.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Université catholique de Louvain, Bruylant, 1999, pp.11-32 ;

DONNELLY (J.), « Human rights in a Pluralist World – Individuals and Collectivities », in BERTING (J.) et al. (eds.), *Human Rights in a Pluralist World – Individuals and Collectivities*, Wesport/London, Unesco/Roosevelt Study Center/Meckler, 1990, pp.36-62,

DOUCET (H.), « Religion et bioéthique. Réflexion sur l'histoire de leur relation : Questions d'éthique en sciences des religions », *Religiologiques*, 1996, vol.113, pp.99-113

DOWNS (G.W.), « Enforcement and the Evolution of Cooperation », *Mich. Journal of International Law*, vol.19, 1998, pp.319-324

DRAGO (C.), « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, chron. p. 265

DREYER (E.), « La dignité opposée à la personne », *Rec. Dalloz*, 2008, pp.2730 et s

DROBENKO (B.), « De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *PA*, 7 septembre 2006, n° 179, p.3

DU BOIS (F.), « Rights trumped? Balancing in constitutional adjudication », *Acta Juridica* 2004, University of Cape Town, pp.155-184

DUBOUIS (L.), « La bioéthique en débat », *L'information psychiatrique*, 2011, vol.87, n° 7, pp.551-555

DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp.16 et s

DUCOULOMBIER (P.), « Conflict between fundamental rights and the European Court of human rights : An overview », in BREMS (E.) s.d., *Conflict Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.217-248

DUPRAT (J.P.), « Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur », *JIB* vol. 15, 2004 n° 2-3, pp.37-50

DUPUY (R.J.), « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », *RGDIP*, 1957, pp.527-529

DUPUY (P.M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol.297, 2002, pp.9-489

DUPUY (P.M.), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonie et contradictions en droit international : Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis ; Colloque des 11-13 avril 1996*, Paris, Pedone, 1996, pp.17-54

DURAND (J.-P.), « Droit canonique et corps humain, XIX^e et XX^e siècles », *RGDM*, n° spécial droit santé, 2002, pp.51-64.

DURRIEU (C.) et DIEBOLT (S.), « Logiques non standards et droit », article disponible sur le site du Réseau Européen Droit et Société : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/logique1.html>

EGEA (P.), « Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique », in s.d. HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, Paris, EJA, 2006, pp.135-150

FABRE-MAGNAN (M.), « Présentation », in *Catherine Labrusse-Riou, Ecrits de bioéthique*, op. cit., pp.1 et s

FABRI DOS ANJOS (M.) et LEPARGNEUR (H.F.), « Bioethics and Christian Theology in Brazil », *JIB*, 2008-1, vol.19, pp.43-53 ;

FALLON (R. jr.), « The "Rule of Law" as a Concept of Constitutional Discourse », *Columbia Law Review*, vol.97 n°1,1997, pp.1 et s

FAIGMAN (D.L.), « Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication », *Northwestern University Law Review*, vol.88 n°2, 1993-1994, pp.641-696

FAVOREU (L.), BADINTER (R.), STARCK (C.), PUISSOCHET (J.P.) et COSTA (J.P.), « Le gouvernement des juges vu par les juges », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.287-324

FETERIS (E.), « A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation", *Artificial Intelligence and Law*, n°8, 2000, p.115-135

FETERIS (E.), « A Pragma-Dialectical Approach to Legal Discourse », *Informal Logic*, vol. 15, 1993, n ° 3, pp.180-188

FETERIS (E.T.), « Weighing an Balancing in the Justification of Judicial Decisions », *Informal Logic*, Vol.28, n°1, 2008, pp.20-30

FISCHBACH (F.), « Activité et négativité chez Marx et Spinoza », *Archives de Philosophie*, Tome 68, 2005 n° 4, pp.593-610

FITZMAURICE (G.), « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl*, The Hague, Nijhoff, 1958, pp.153-160;

FITZMAURICE (G.), *Troisième Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. 1/CN.4/115 (1958), réimprimé en [1958] 2 *Y.B. Com. Dr. Int.* 20, 27-28, 40-41, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1

FITZMAURICE (G.), « Troisième Rapport sur le droit des traités », Doc. A/CN.4/115

FLORY (T.), « Article 103 », in COT (J.) et PELLET (A.) s.d., *La Charte des Nations Unies*, 2nd éd., Paris, Economica, 1991, pp.1384 et s.

FOLSCHEID (D.), « L'embryon ou notre docte ignorance », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996,. pp.25-47

FORTEAU (M.), « La Cour internationale de justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné », in DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordre et systèmes juridiques*, op. cit., pp.39-64

FRANCK (T.M.), « Legitimacy in the International Legal System », *American Journal of International Law*, n° 82, 1988, pp.705 et s

FRANCK (T.M.), « Legitimacy in the International Legal System », *American Journal of International Law*, n° 82, 1988, p.705 et s

FRENCH (D.), « The international regulation of genetically modified organisms : synergies and tensions in world trade », *Environmental Liability* n°3, 2001, pp.127-139

FRIOURET (L.), « Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie », *RGDM* n° 15, 2005, pp.99-124

FRYDMAN (B.), « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », contribution disponible sur le site : www.philodroit.be : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf

GABORIAU (S.), « Avant-propos », in PAULIAT (H.) et GABORIAU (S.), *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges, Bouloc, 2006, pp.16 et s

GALENKAMP (M.), « Collective Rights », *Studien Informatiecentrum Mensenrechten*, n° 16, Utrecht, 1995, pp.53-105

GALLOUX (Ch), « De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », *Revue de la Recherche Juridique*, n° 3, 1989, pp.523 et s

GARCIA (F.J.), « The Global Market and Human Rights: Trading Away the Human Rights Principle », *Brooklin Journal of International Law*, vol. XXV, n°1, 1999, pp.52-100,

GARCIA AMADO (J.A.), « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société* n° 11-12/1989, pp.15-52

GARAPON (A.), « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, vol. 87, 2011, pp.439-456

GATTINI (A.), « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, pp.303-336

GEIGER (C.), « Les droits fondamentaux, garantie de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP* 2004, I, pp.250 et s

GEIGER (C.), « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *Propriété Intellectuelle*, 2004, n° 13, pp.882 et s

- GENEL (K.), « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Méthodos*, 2004 n° 4, article disponible en ligne sur le site de la revue *Méthodos* : <http://methodos.revues.org/131>
- GENEVOIS (B.), « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori », *RFDA*, janvier-février 2010, pp.1-11
- GENEVOIS (B.), « Conclusion sur Conseil d'État, Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Sieur Cohn Bendit* », *D.* 1979, jurisp., pp.155-161
- GERARDS (J.H.), « Fundamental rights and other interests : should it really make a difference ? », in BREMS (E.), *Conflicts between fundamental rights*, *op. cit.*, pp.655-686.
- GEWIRTH (A.), « The Epistemology of Human Rights », in PAUL (E. F.) et PAUL (J.) et MILLER (F.D. Jr.) eds., *Human Rights*, Oxford, Blackwell, 1984, p.1-24,
- GHESTIN (J.), « Les données positives du droit », *RTDCiv.*, 2002, pp.11-30
- GIRER (M.), « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *R.G.. D.M.*, 2004, n ° 13, pp.41-58
- GLENNON (M. J.), « De l'absurdité du droit impératif (jus cogens) », *RGDIP*, 2006, n ° 3, pp.529-535.
- GOLDSCHMIDT (V.), « Le fondement du droit positif selon Epicure », *A.D.P.*, Tome 21, Sirey, 1976, pp.202 et s.
- GOTTLIEB (S. E.), « The Paradox of Balancing Significant Interests », *Hastings Law Journal*, 1993-1994, vol. 45, pp.825-866;
- GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, pp.21 et s
- GREER (S.), « "Balancing" and the European Court of Human Rights : A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *The Cambridge Law Journal*, vol.63, n°2, juillet 2004, pp.412-434
- GREER (S.), « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *Dossiers sur les droits de l'homme* n° 17, Edition du Conseil de l'Europe, 2000, 58p.
- GRISELL (F.) et VINUALES (G.E.), « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2007-2, pp.380-432
- GROSS (O.) et AOALIN (F.N.), « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol.23, n°3, 2001, pp.626 et s

GUESPIN-MICHEL (J.) et RIPOLL (C.) ; « Système dynamiques non linéaire, une approche de la complexité et de l'émergence », in SÈVE (L.), GUESPIN-MICHEL (J.), CHARLIONET (R.), GASCUEL (P.), GAUDIN (F.), GAYOSO (J.), RIPOLL (C.) ; *Emergence, complexité et dialectique*, Odile Jacob, 2005, pp. 15-47

GUTMANN (D.), « Droit subjectif », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) s.d., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, 1792p.

HAARSCHER (G.), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, pp.231-234

HABA (E.P.), « Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies », *ADP Tome 29*, pp.324 et s

HAFNER (G.), « Risk Ensuing from Fragmentation of International Law », CDI, Report on the Work of its 52nd Session, General Assembly, Official Records, 55th Session, Supplement N°10(A/55/10)

XIULI HAN, « On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Abitration and Proposals to Government of the People's Republic of China », *James Cook University Law Review*, n°13, 2006, pp.240 et s

HARTNEY (M.), « Some Confusions Concerning Collective Rights », *Can. J. L. And Jurisprudence*, 1991, vol.4, pp. 293-314

HENKIN (L.), « Infallibility under Law: Constitutional Balancing », *Columbia Law Review*, vol.78, 1978, pp.1022-1052

HERMAN BURGERS (J.), « The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights », in BERTING (J.) et BAEHR (P.R.) et al., *Human Rights in a Pluralist World*, *op. cit.*, pp.69 et s.

HERMITTE (M.-A.), « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in s.d. HERMITTE (M.-A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, *op. cit.*, pp.25 et s.

HERMITTE (M.-A.), « La convention sur la diversité biologique », *AFDI*, 1992, pp.845-846

HERSANT (Y.), préface à Giovanni Pico della Mirandola, *De la dignité de l'homme*, Edition l'Eclat, Nîmes 2002, pp.1 et s.

HETSCH (P.), « Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE », *RTDE*, 1982, pp. 511-555

HIRSCH (E.), « Aux limites de la dignité humaine - A propos des arrêts de la Cour de Cassation du 6 février », publication disponible sur le site de espace-éthique.org : http://www.espace-ethique.org/fr/popup_result.php?k_doc_lan_pk=285

HÖLAND (A.), « L'évaluation législative comme autoobservation du droit et de la société », in MORAND (C.-A.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, pp.23 et s.

HORCHANI (F.), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international*, n° 2, 2004, pp.367-441,

HOTTOIS (G.), « Dignité humaine et bioéthique : Une approche philosophique critique », *Revista Colombiana de Bioética*, vol.4 n° 2, Déc. 2009, pp.85-115

HOWLAND (C.W.), « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Womens : An analysis under the United Nations Charter », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.35, 1997, pp.271-377

HUISMAN (D.) s.d., *Dictionnaire des philosophes*, 2^e édition revue et augmentée, Paris, PUF, 1993, voy. H. Kelsen 1881-1873, disponible en ligne sur le site <http://www.puf.com>

IDA (R.), « Portée et objectifs de la Déclaration : harmonie universelle et diversité des valeurs », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.15-22

IEVEN (A.), « Privacy Rights in Conflict: In Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Right's Balancing of Private Life Against Other Rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit. pp.54-60.

ILC, *Report of the Study Group on Fragmentation of International law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN, CAOR, 55th Sess. At 6, U.N. Doc. A/CN.4/L.644 (2003)

Institut Européen de Bioéthique, Dossier " Le " bébé médicament " ", p.6 disponible en ligne : <http://www.ieb-eib.org/files/doc/Dossier%20IEB,%20B%C3%A9b%C3%A9%20m%C3%A9dicament,%2020050609.pdf>

JACQUE (J.P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, n° 69, 2007/1, pp.3-37

JAPPE (A.), « Où sont les freins? Sur l'accélération de l'accélération du temps social », Contribution disponible en ligne : http://palimpsestes.fr/presidentielles2012/a-references/auteurs/jappe/Ou_sont_les_freins_Hartmut_Rosa_Anselm_Jappe.pdf

JAVILLIER (J.C.), « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », in JAVILLIER (J.C.) s.d., *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, 2007, Genève. Ouvrage disponible en ligne sur le site de l'organisation

internationale du Travail : Document de travail n° 182 :

<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp18207.pdf>

JEAMMAUD (A.) et SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D. Chr.*, 1992, pp.262 et s

JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in CLAM (J.) et MARTIN (G.) s.d., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, Paris, pp.50-70.

JEAN (M.S.), « Le CIB et le processus d'élaboration de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.15-19

JENKS (W.), « Conflict of Law-Making Treaties », *British YearBook of International Law*, Vol.30, 1953, pp.401-455

JENKS (W.), « The Need for an International Legislative Drafting Bureau », *AJIL* n° 39, 1945, pp. 163-175

JESTAZ (Ph.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux arts », *RTD Civ.* 1979, pp.480 et s

JEZEQUEL (M.), « Conflits de droits : dilemme pour les juges ou simple mécanique juridique ? », *Journal du Barreau du Québec*, vol.39, n° 10, octobre 2007, pp.1-3 ;

JONAS (H.), « La technique moderne comme sujet de réflexion éthique », in NEUBERG (M.) s.d., *La responsabilité. Questions philosophiques*, PUF, Paris, 1997, pp.231 et s.

JORION (B.), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, p.231 et s.

KALINOWSKY (W.), « Entretiens avec Mícheál Th. Johnson : Justice mondiale, tribunaux locaux, reformer la cour pénale internationale », *Chroniques de la Gouvernance*, Editions Charles Leopold Mayer, Paris, 2008, disponible également sur le site de la Vie des Idées : <http://www.laviedesidees.fr/Justice-mondiale-tribunaux-locaux.html#nh4>

KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, 328p, pp.7-23

KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques : Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.) s.d., *La fonction politique de la justice*, 2007, Paris, p.11 ; Voy eg. COMMAILLE (J.), « Justice et politique », *Droit et société*, n° 44-45, 2000, pp.9-12

KALUSZYNSKI (M.), « La judiciarisation de la société et du politique », intervention au colloque RIAD - Association internationale de l'Assurance de la protection juridique, Paris

21-22 décembre 2006, disponible sur le site des Archives ouvertes des sciences de l'homme et de la société : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/>

KANWAR (V.), « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, Special Issue on States of Emergency, 2004, pp. 44 et s

KAPLAN (F.), « La philosophie juive contemporaine et la morale. La découverte d'Autrui », *Revue des Sciences Morales et Politiques*, 1997, n° 2, pp.1-18

KARL (W.), « Conflict Between Treaties », R. Bernhardt (éd.), *Encyclopédia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland Publishers, 2000, Vol. 4, pp.935-036

KAPRIELIAN (J.), « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? », *Jurisdoctrina*, n° 6 2011, pp.74-98, disponible en ligne : http://www.jurisdoctrina.net/pdf/numero6/aut6_KAPRIELIAN.pdf

KEANEY (R.D.) et DALTON (R. E.), « The Treaty on Treaties », *AJIL* vol.64, 1970, n° 495, pp.517 et s

KELLY (C.), « Power, Linkage and Accomodation : The WTO as an International Actor and its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.*, vol.24, n°1, 2006, p.77 et s.

KELLY (C.), « Value vacuum: Self-enforcing regimes and the dillution of the normative feedback loop », *Michigan Journal of International Law*, vol.22, 2001, p.695 et s

KELLY (C.), « Power, Linkage and Accomodation : The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes », *Berkley J. INT'L. L.* n°24 , 2006, pp 79 et s.

KELLY (C.), « Institutionnal Alliances and Derivative Legitimacy », *Michigan Journal of International Law*, vol.29, pp.606 et s

KELLY (C.), « The Politics of International Economic Law : Legitimacy and the UNCITRAL Working Methods », *Brooklyn Law School Legal Studies*, Research Paper n°140, Mars 2009, pp.20 et s

KELSEN (H.), « Derogation », in KLECATSKY (H.), MARCIC (R.) et SCHAMBECK (H.) s.d., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (1968), pp. 1439 et s ; originally published in NEWMAN (R.A.) s.d., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (1962), pp.339-361

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, pp.224-225

KEMP (P.), « Four Ethical Principles in Biolaw », in *Bioethics and Biolaw*, Vol.II, Copenhagen, 2000, pp.13-22.

- KLEIN (C.), « L'apport du juge à l'émergence d'une Constitution : l'exemple israélien », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.173-185,
- KLEIN (F.), « Vertragskonkurrenz », in STRUPP (K.) et SCHLOCHAUER (H.J.) eds., *Wörterbuch des Völkerrechts*, DeGruyter, Berlin, 1962, pP.555 et s.
- KOSAR (D.), « Conflicts Between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutionnal Court of the Czech Republic », in BREMS (E.), *Conflicts Between Human Rights*, *op. cit.*, pp.358 et s
- KNOPPERS (B. M.), « L'encadrement juridique de la recherche en droit comparé », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.) s.d., *L'embryon humain, approche pluridisciplinaire*, Economica, Paris, 1996, pp.157-163
- KOSKENNIEM (M.) et LEINO (P.), « Fragmentation of international law? Postmodern anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2003, pp. 556 et s
- KRATOCHWIL (F.) et RUGGIE (J.G.), « International organisations : A State on the Art on an Art of the State », *International Organisation* n° 40 ; 1986, pp.759 et s
- KRIEBAUM (U.), « Regulatory Takings : Balancing the Interest of the Investor and the State », *The Journal of World Investment and Trade*, oct. 2007, vol.8, n°5, pp.717-747
- KUKATHAS (C.), « Are There Any Cultural rights ? », in KYMLICKA (W.), (éd.), *The Rights of Minority Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp.229-256
- KUMM (M.), « The legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL*, n° 15, 2004, pp.907 et s
- KYMLICKA (W.), « The New Debate over Minority Rights », in REQUEJO (F.) (éd.), *Democracy and National Pluralism*, London, Routledge, 2001, pp.15-39
- LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et Droit européen », *AJDA*, 1998, n ° spécial, « Les droits fondamentaux », pp. 75 et s
- LABAYLE (H.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, juillet-août 2010, pp.659-677
- LABETOULLE (D.), « Conclusion sur Conseil d'État, 27, juillet 1984, Debout », *Leb.* pp.395-406
- LABRUSSE-RIOU (C.), « Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, Paris, 2001, pp.285 et s.
- LABRUSSE-RIOU (C.), « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs* n° 56, 1991, pp.87-107

LABRUSSE-RIOU (C.), « La vérité dans le droit des personnes », in EDELMAN (B.) et HERMITTE (M.-A.), *L'Homme, la nature et le droit*, C. Bourgeois, 1988, pp.194 et s.

LAGHMANI (S.), « Le jus cogens et la cohérence de l'ordre juridique international », in s.d. LAGHMANI (S.) et BEN ACHOUR (R.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international*, Pedone, Paris, 2008, pp.63-97

LAMY (P.), « Vers un partage des responsabilités et une plus grande cohérence : droits humains, commercer et politique macroéconomique », Allocution de Pascal Lamy au Colloque sur les droits humains dans l'économie globale, organisé par le Conseil international sur les politiques des droits humains et Realizing rights, Genève, 13 janvier 2010, Disponible en ligne sur le site de l'OMC : http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl146_f.htm

LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *DA* 2005, n° 6, pp. 8-11

LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL* vol. 20, n° 3, 2009, pp.575-614

LANG (A.) et SCOTT (J.), « The Hidden World of WTO Governance: A Rejoinder to Richard H. Steinberg », *EJIL*, vol.20 n° 4, 2009, pp.1073-1076

LAURENT-PAUL (L.), « La théorie hégélienne du savoir », *Philosophiques*, vol.7, n° 1, avril 1980, pp.55-76

LAUTERPRACHT (H.), *Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. 1/CN.4/63 (1953), réimprimé en [1953] 2 *Y.B. Com. Dr. Int.* 90, 155, U.N. Doc. 1/CN.4/SER.A/1953/Add.1

LEEbron (D.), « Linkages », *AJIL.*, vol.96, n° 5, 2002, pp. 16-24

LEMOIGNE (J.-L.), « Les enjeux éthiques de la recherche et de l'intervention en éducation et formation n'appellent ils pas un 'nouveau discours de la méthode' ? », Conférence au XV^e Colloque de l'AFRISE, Portugal, Février 2007

LEMOIGNE (J.L.), « De Jean Piaget à Ernst Von Glasersfeld retour sur un itinéraire épistémologique », *Constructivist Foundation*, March 2011, vol.6, n°2, pp.152-156

LEMOIGNE (J.-L.), « Systémique et complexité. Étude d'épistémologie systémique », *Revue Internationale de Systémique*, vol.4, n° 2, 1990, pp.107-117

LEMOIGNE (J.L.), « Épistémologie de l'interdisciplinarité : la complexité appelle des stratégies de reliance », Ce texte a été rétabli (en juillet 2007) à partir du script d'enregistrements audio et vidéo d'une conférence donnée à l'Université Européenne d'été, Université de Nantes, 2002, script réalisé par M. Pascal Frion, Directeur d'Acrie Nantes - Animateur d'Acrie Réseau

LENCKNER (T.), « The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification », *Brigham Young University Law Review*, 1986, pp.645-669

LENOBLE (J.), « Procéduralisation contextuelle du droit », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et Procéduralisation du droit*, Travaux des XVI^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Organisée par le Centre de Philosophie du droit, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.97-124

LENOIR (N.), « Bioéthique, Constitution et Droits de l'homme », *Diogène*, n° 172, oct-dec 1995, pp.13 et s

LEPICARD (E.), « Procès de médecins et codification éthique. Une lecture comparée des richtlinien de 1931 et du Code de Nuremberg de 1947 », *JIB*, vol.12, n° 2, pp.41-47

LE ROY (E.), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité » in, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, LA JOIE (A.) et al., Éd. Thémis Bruylant, 1998, pp.29 et s

LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA (B.), « Le principe du respect de la dignité de la personne humaine », *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine : actes du Séminaire Uni-Dem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc - Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-25

LIBERTI (L.) : *Investissement et droits de l'homme, Contribution au colloque de l'OCDE : Global Forum on International Investment*, les 27 et 28 mars 2008, disponible en ligne sur le site de l'OCDE : <http://www.oecd.org/dataoecd/43/39/40306263.pdf>

LOBEL (B.), « Le statut de l'embryon – la position juive », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, pp.313-318

LUIZZI (V.), « Balancing of Interests in Courts », *Jurimetrics Journal*, 1979-1980, vol.20, pp.373-406

LUSH (C.), « The Territorial Application of the ECHR ; Recent Case Law », *ICLQ* vol.42 n° 4, 1993, pp.897-906.

LUHMANN (N.), « Le droit comme système social », *Droit et Société* n° 11/12/1984, pp.53-67

LYON-CAEN (A.), « Enjeux et perception de cette problématique », *RGDM*, n ° spécial *Droit santé*, 2002, pp.279 et s.

McCRUDDEN (C.), « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol.19 n°4, 2008, pp.655-724

MACKENZIE (R.), « Guide explicatif du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologique », *IUCN* vol. 46, 2003, 317p.

MACKLIN (R.), « Dignity is a Useless Concept », *British Medical Journal*, 2003, vol. CCCXXVII, pp.1419 et s

MAES (E.), « Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.69-100

MAESSCHALK (M.), « Provenance et fondements de la pragmatique contextuelle », pp.125-154

MAHONEY (P.), « Marvellous, Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », *Human Right Law Journal*, vol.19, 1998, 4,a,§1

MAILLOLS (A.-C.), « Cellules souches, l'humain médicament », *RGDM*, 2006, n° spécial : dix ans des lois bioéthique en France, pp.188-191

MALENOVSKY (J.), « Les répercussions de certains arrêts récents de la CEDH sur la jurisprudence communautaire », Discours du 9 Novembre 2007 lors de la Visite d'une délégation de la Cour de justice des communautés européennes auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0F6C969C-05F7-4A35-A0BA-C4CCCE0DBC09/0/CJCE_discours_Malenovsky.pdf

MALJEAN-DUBOIS (S.), « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : le droit international désarticulé », *JDI*, n° 4, 1^{er} octobre 2000, pp.949-996

MALJEAN-DUBOIS (S.), « La régulation du commerce international des organismes génétiquement modifiés : entre droit international de l'environnement et le droit de l'organisation mondiale du commerce », in s.d. BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La documentation française, Paris, 2002, pp.27-58

MALJEAN-DUBOIS (S.), « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres règles du droit international ? », *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 2, 2008, pp.159-176

MARAUHN (T.), « Toward a Procedural Law of Compliance Control in International Environmental Relations », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (2), pp.686-731; article disponible sur le site de l'institut Max Planck : http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_3_a_696_731.pdf

MARAUHN (T.) et RUPPEL (N.), « Balancing Conflicting rights : Konrad Hesse's Notion of " Praktische Konkordanz " and the German Federal Constitutional Court », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.273-296

- MARCEAU (G.), « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *EJIL*, vol.13, n° 4, pp. 753-818
- MARCEAU (G.) et STILWELL (M.), « Practical suggestion for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies » *JIEL*, 2001, pp. 155-187
- MARCUS-HELMONS (S.), « Le droit de propriété est-il un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe*, Union des Avocats Européens, Colloque organisé à l'occasion du XIème Congrès, 29-31 Mai 1997, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp.193-208
- MARECHAL (R.), « Risques et bioéthique : La protection de la personne humaine contre les risques biotechnologiques », *Observateur des Nations Unies*, 2007-1, vol.22, pp.131-153
- MARIATTE (F.), « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *Europe*, juin 2005, pp.7-11
- MARQUES (M.B.), « Brevet pharmaceutiques et accessibilité au Brésil », *RID éco*, 2000, n° 1 spécial Brevet pharmaceutique, innovations et santé publique, pp.105-106
- MARTINEAU (A.-Ch), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », pp.1-14, disponible en ligne sur le site de la Société européenne de droit international : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Martineau.PDF>
- MASSERA (A.), « La crise du système ministériel et le développement des établissements publics et des autorités administratives indépendantes », *RFAP*, 1er Juillet 1993, n° 67, pp.345 et s
- MATTHEE (M.), « L'identification et l'étiquetage des OGM : La démocratie existe-t-elle sur le marché international des aliments génétiquement modifiés ? », in , BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.) s.d., *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La documentation française, Paris, 2002, pp.98 et s
- MATHIEU (B.), « De la difficulté de choisir entre la liberté et le vie : Réflexion sur la jurisprudence relative à la transfusion des témoins de Jéhova », *RGDM* n° 9, 2003, pp.97-104
- MATHIEU (B.), « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *Les loi « bioéthiques » à l'épreuve des faits*, PUF, 1999, pp.21 et s
- MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité ; une nouvelle voie de droit », *JCP*, 21 décembre 2009, pp.54 et s
- MATHIEU (B.), « Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques », *RGDM*, n° spécial Dix ans de lois de bioéthique, juillet 2006, pp.216 et s.

- MATHIEU (B.), « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international : Variation sur le thème dans le champ de la bioéthique », in HERMITTE (M.A.), *La liberté de la recherche et ses limites*, édition Romillat, 2001, Paris, pp.57 et s
- MATHIEU (B.), « La Dignité, principe fondateur du Droit », *JIB*, 2010-3, vol.21, pp.77-83
- MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis) », *AFDI*, 2002, pp.215-256
- MAZABRAUD (B.), « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, n° 42, pp.127-189
- MAZZESCHI (R.P.), « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives au droits de l'homme », *RCADI*, vol. 333, 2007, pp.211 et s.
- MCFADDEN (P.), « The Balancing Test », *Boston College Law Review* n°29, 1988, p.585-651
- MCHARG (A.), « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Mod. L. Rev.* vol.62, 1999, pp.671-687
- MÉMETEAU (G.), « La Convention dite « bioéthique » du Conseil de l'Europe et le droit français de l'assentiment à l'acte médical », *JIB*, vol.9, n° 3, 1998, pp.92 et s
- MÉMETEAU (G.), « Le Contrat Médical », *RGDM*, 2004, n° 13, pp.27-40
- MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.53-54
- MICHEL (A.), « La dignité humaine chez Cicéron », in MAGNARD (P.) s.d., *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne (Paris-IV) en novembre 1992, Honoré Champion, Paris, 1992, p.20 et s.
- MICHELMAN (F.), « Le juge et la décision politique. Approche procédurale ou substantielle du politique », in COPPENS (P.) et LENOBLE (J.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, pp.49-83
- MICHELMAN (F.I.), « Political Truth and the Rule of Law », *Tel Aviv University Studies in Law Review*, vol.8, 1998, p.283
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Biomédecine, famille et droits de l'homme : une même éthique pour tous ? », *RTDH*, n° 43, 2000, p.429
- MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.47-85

MILLARD (E.), « Éléments pour une approche analytique de la complexité », in DOAT (M.) et LEGOFF (J.), et PEDROT (P.) s.d., *Droit et complexité : Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, op.cit., pp.141-153

MORATIEL VILLA (S.), « L'école espagnole du nouveau droit des gens », *RICR*, n° 797, septembre-octobre 1992, pp.430 et s

MOTAAL (D.A), « L'accord sur les obstacles techniques au commerce », in OSMAN (F.) s.d., *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, Bruxelles, 2001. pp.200 et s

MOULIN (M.), « La vulnérabilité, entre sciences et solidarité », in s.d. DAHL RENDTORFF (J.) et KEMP (P.), *Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw*, Vol.II Partners Research, Report to the European Commission of the BIOMED-II Project 1995-1988, Center for Ethics and Law, Copenhagen et Institut Borja de Bioética, Barcelonne, 2000, pp.195-201

MULLER (D.), « Le débat sur le statut de l'embryon en éthique protestante », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, pp.303-312

MURAT (P.), « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique. À propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 », *Droit de la famille* sept. 1997, pp.5 et s

NAGEL (R.F.), « Liberals and Balancing », *University of Colorado Law Review*, 1992, vol. 63, pp.319-326

NARVERSON (J.), « Collectives Rights ? », *Can. J. L. And Jurisprudence*, 1991, vol.4, pp.329-345

NICKEL (J.W.), « Group Agency and Group Rights », in SHAPIRO (I.) et KYMLICKA (W.) s.d., *Ethnicity and Groups Rights* (Nomos, XXXIX), New York, 1997, p.235-236

NISOT (J.), « Le concept de jus cogens envisagé par rapport au droit international », *RBDI* 1968, p.1-7 ;

NISOT (J.), « Le jus cogens et la convention de Vienne », *RGDIP* 1972, pp.692-697

NOUVEL (Y.) « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002-1, pp.80-102

NOWAK (L.), « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation », *Logique et Analyse*, mars 1969, pp.65-96

O'DONNELL (Th. A.), « The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly* n°4, 1982, pp.474-508

OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62, 2005, pp.499-538

OLIVIER (P.), « La recevabilité des questions préjudicielles : la jurisprudence des années 1990 », *Cahiers de droit européen*, n° 1-2, 2001, pp.15-16

OST (F.), « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in DELMAS-MARTY (M.), *Raisonnement la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1989, pp.405 et s

OST (F.) et Van DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droit de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.90 et s

OTANI (Y.), « Un essai sur le caractère juridique des normes internationales, notamment dans le domaine du droit humanitaire et du droit de l'environnement terrestre », in PRIEUR (M.) et LAMBRECHTS (C.), *Les hommes et l'environnement, Mélange en l'honneur d'A. Kiss*, éd. Frison Roche, 1998, (683p.), pp.45-54

PANDAY (A.), « The Role of International Human Rights Law in WTO Dispute Settlement », *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, n°16, 2009, pp.245-274

PASTOR RIDRUEJO (J. A.), « Le droit international à la veille du XXI^{ème} siècle : normes, faits et valeurs. Cours Général de droit international public », *RCADI*, 1998, tome 274, Martinus Nijhoff Publisher, La Haye, pp. 9-308.

PAULIAT (M.), « De la dignitas à la dignité », *Justice éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, textes réunis par PAULIAT (H.) et GABORIAU (s.), coll. Les Entretiens d'Aguesseau, Presses Universitaires de Limoges (Pulim), Bouloc, 2006, pp.25 et s

PAVAGEAU (S.), « Les obligations positives dans les jurisprudences des cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme », *Revista colombiana de derecho internacional*, juillet-décembre 2005, n°6, pp.201-246

PAVIA (M. L.), « Elements de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, n° 54, 6 mai 1994

PAUWELYN (J.), « Bridging fragmentation and unity : International law as a universe of inter-connected islands », *Michigan Journal of International Law*, été 2004, pp.903 et s

PAVLAKOS (G.), « Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXIV, n°1, janvier 2011, pp.129-153

- PECH (L.), « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self-restraint ? », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.63-113
- PEDERZOLI (P.) et GUARNIERI (C.), « L'Italie, exemple de démocratie judiciaire ? », *Revue Internationale des Sciences Sociales* n° 152, 1997, pp.279-297
- PELLET (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite suite – et fin. », *AFDI* n° 48, 2002, pp.1-23
- PELLET (A.), « Harmonies et contradictions de la justice internationale », in BEN ACHOUR (R.) et LAGHMANI (S.) s.d., *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1997, pp.195 et s
- PENCE (G.), « Le clonage humain ne menace pas la dignité humaine ; l'interdire la menacerait », in MÜLLER (D.) et POLTIER (H.), *Un homme nouveau par le clonage ? : Fantômes, raisons et défis*, Labor et Fides, Genève, 2005, pp.102-112
- PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge », *Jurisclasseur Europe*01,2011, Fascicule 360, 32p.
- PERTEK (J.), « Renvoi Préjudiciel », in BARAV (A.) et PHILIP (C.) s.d., *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 1993
- PETERS (A.), « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure », *Leiden Journal of International Law*, n°19, 2006, pp.579-610
- PETERS (A.), « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », in RUIZ-FABRI (H.), JOUANNET (E.) et TOMKIEWICZ (V.) s.d., *Select Proceeding of European Society of International Law*, vol. 1, 2006, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, pp.361-375
- PILDES (R.H.), « The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing », *Revue d'Études Constitutionnelles*, 2001-2002, vol. 6, n ° 2, pp.179-212
- PIRES (A. P.), « L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol.2 *La rationalité pénale et naissance de la criminologie*, Larcier, Belgique, 2008, pp.127 et s
- POIRAT (F.), « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, n° 1, 1998, pp.45-82
- PORAT (I.), « The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law », *Cardozo Law Review*, vol.27 n°3, pp.1393-1447

PODGORECKI (A.), « Unrecognized Father of Sociology of Law: Reflection based of Jan GORECKI's *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* », *Law and Society Review*, vol.15 (1980-1981), n°1, pp.183-202

POPESCU (C.L.), « Le rôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la protection de la population civile – développement jurisprudentiel récents », in POPESCU (C.L.) et SOREL (J.M.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.131-158, disponible en ligne : http://www.drept.unibuc.ro/dyn_doc/cercetare/cdo-Popescu.pdf

POTHIER (F.), « Y a-t-il une limite à la modification biotechnologique de l'être humain ? », in BELAN (J.P.) s.d., *L'homme biotech : humain ou post humain ?*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2006., p.95 et s.

POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et ARNAUD (R.) s.d., *Le dialogue entre les juges Européens et nationaux, incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.23 et s.

PRIEUR (S.), « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, *RGDM*, n° 17, 2005, pp.229 et s.

PROCACCINO (J.A. Jr.), « Autonomy, Consent, and the Conflict of Rights in Health Care », *The Air Force Law Review*, 1990 n°3, pp.183-192

PULKOWSKI (D.) et SIMMA (B.), « Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », *EJIL* vol.17, 2006, n° 3, p.483-529

PUPPINCK (G.), « Bioéthique et gouvernance dans l'Espace européen de la recherche », *RGDM* n° 22, 2007, pp.201-229

QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélange en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, pp.387-395

RAINAUD (A.), « CJCE : Affaires Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (3 septembre 2008) »; Disponible sur le site de la société française du droit international : www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle159.htm#kadi

RAMA-MONTALDO (M.), « International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations », *BYIL* n°44, 1970, pp.111-135

REDOR (M.J.), « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF* n° 1/2002, pp.91-102

- REICH (A.), « The WTO as a Law Harmonizing Institution », *U. PA. J. INT' L ECON. L.* vol.25, 2004, pp.321- 362,
- REICH (N.), « A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law », *ELJ*, 1997, pp.131-164
- RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1er décembre 2001, n° 16, pp.2204-2221
- RIDEAU (J.), « Le Rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, t. 265, pp. 29 et s
- RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs : avenir d'une équivoque », in BRIOBOSIA (s.d.), *Classer les droits de l'homme, op. cit.*, pp.231-261
- RIVERO (J.), « Rapport Introductif », in *Les Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, pp.17-25
- ROBERT (S.), « La protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement », Conférence Biennale de la Société Européenne de Droit International, Paris, 2006, contribution disponible en ligne sur le site de la SEDI : www.esil-sedi.eu/fichiers/fr/Robert_462.pdf
- ROCHER (G.), « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », in BELLEY (J.-G.) s.d., *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1996, pp.25-42
- ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », *Mélanges Basdevant*, 1960, pp.445-464
- ROQUES-BONNET (M.-C.), « Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs », VII Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27septembre 2008
- ROSENFELD (M.), « Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, n°2, p.237, voy. eg. p.633-668
- ROSENFELD (M.), « Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the US Supreme Court », *International Journal of Constitutional Law*, n°4, 2006, pp.618-653
- ROSENFELD (M.), « Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptation of the New Legal Formalism », *Cardozo Law Review*, vol.11, 1989-1990, pp.1211-1270

ROSENFELD (M.), « Executive autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers », *Cardozo Law Review*, vol.15, 1993-1994, 137-175

ROTHMAYR (C.) et L'ESPÉRANCE (A.), « Le recours à la justice par les patients, chercheurs et groupes religieux dans le domaine de la biomédecine », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, pp.191-209

ROUCOUNAS (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, vol.206, 1991, pp9-288

ROULAND (N.), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *RRJ*, 1993-2, pp.568 et s

ROUSSEAU (Ch.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, pp. 132-192

ROUSSEL (V.), « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 2003-2004, n ° 29, pp.12-18

ROUYERE (A.), « Le juge et les interactions normatives », in DUPRAT (J.P.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publication de la Sorbonne, 2002, Paris, pp.143 et s

RUIZ-FABRI (H.), « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. Arb.* 2003, n ° 3, pp.920-938

RUIZ-FABRI (H.), « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *JDI*, 1997, 3, pp.709 et s.

RUIZ-FABRI (H.), « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. À propos de 30ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Travaux du Credimi, vol.20, Paris, Litec, 2000, pp.303 et s

SABETE (W.), « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », in DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PEDROT (P.), *Droit et complexité*, op. cit., pp.217-237

SAFJAN (M.), « Le droit au regard des conflits de valeurs nés de l'application des biotechnologies modernes », *J.I.B.* vol.11, n° 3-4-5, (septembre-décembre) 2000, pp.81-94

SAFRIN (S.), « Treaties in Collision ? The Biosafety protocol and the World Trade Organization Agreement », *American Journal of International Law*, vol. 56, 2002, pp. 606-614

SCELLE (G.), « La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* (1932) pp.98-99

SCELLE (G.), « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* (1933) vol.46, pp.356 et s

SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil en l'honneur de F. Gény* (Vol. El) (1934) pp.410 et s

SCELLE (G.), « Théorie du gouvernement international », *Annuaire de l'Institut international de droit public* (1935), pp.41-59

SCELLE (G.), « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI* (1936), pp.91-106

SCELLE (G.), « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragender Internationalen Organisation - Festschrift für H. Wehberg* (1956)

SCHEEK (L.), « L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance », in EBERWEIN (W.D.) et SCHEMEIL (Y.), s.d., *Normer le monde : énonciation et réception des normes internationales*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp.277-309

SCHEEK (L.), « Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateurs de loyautés, dissolvant de résistances ? » in BRIBOSIA (E.), SCHEEK (L.) et UBEDA (A.), *L'Euopre des Cours : Résistances et loyautés*, Bruylant, Bruxelles, 2010, contribution disponible en ligne :

http://polilexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/LE%20DIALOGUE%20DES%20DROITS%20FONDAMENTAUX%20EN%20EUROPE,%20FEDERATEUR%20DE%20LOYAUTES,%20DISSOLVANT%20DE%20RESISTANCES_%20Laurent%20Scheeck.pdf

SCHEEK (L.), « The Socialization of the Judges of Supranational Courts in Europe and its Effect on Regional Intergration », contribution disponible en ligne sur le site du programme GARNET :
<http://www.garnet.sciencespobordeaux.fr/Garnet%20papers%20PDF/SCHEEK%20Laurent.pdf>

SCHNEIDER (C.), « Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire », *Au Carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, Dalloz, Paris, pp.635 et s

SCHWARZENBERGER, « International jus cogens ? » *Texas Law Review*, vol.43, 1965, pp.467 et s

SCOFFONI (G.), « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.187-210

SENA (G.), « Propriété intellectuelle en tant que droit fondamental », in Union des Avocats Européens, *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe*, Colloque organisé à l'occasion du XIème Congrès, 29-31 Mai 1997, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp.225-231 ;

SÈVE (L.), « La personnalité en gestation », in BERTRAND (M.), CASANOVA (A.), CLOT (Y.), DORAY (B.), HURSTEL (F.), SCHWARTZ (Y.), SÈVE (L.) et TERRAIL (J.-P.) s.d., *JE/sur l'individualité*, Éditions Sociales, Paris, 1987, pp.214 et s

SHELTON (D.), « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », *AJIL*, vol.88, 1994, pp. 611-642

SIMON (H. A.), « Sur la complexité des systèmes complexes », *Revue Internationale de Systémique*, vol.4, n° 2, 1990, pp.125-145

SIMON (D.), « La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne de Maastricht à Amsterdam, aliquid novi ? quid juris ? », *Law in a Greater Europe, Studies in Honour of H. Klebes*, La Haye, Kluwer, 2000, pp. 227 et s

SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH ; « Je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp.31-49

SIMONOVIC (D.), « L'expérience de la Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme », in BYK (C.), *Bioéthique et droit international, Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Litec, Paris, 2007, pp.29-33

STEINBERG (R.), « The Hidden World of WTO Governance: A Reply to Adrew Lang and Joanne Scott », *EJIL*, vol.20, n° 4, 2009, pp.1063-1071

SOMMACCO (V.), « Les validations législatives : illustration du « dialogue des juges » », *RRJ* 2003, pp. 2787-2800

SNYDER (F.), « Les sites de gouvernance », in BOISSON-DE-CHAZOURNES (L.) et MEHDI (R.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruylant, , coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, 2005, pp.299-326

SPAEMANN (R.), « Le droit à la vie », revue *La Table Ronde*, Paris, Janvier, 1964, pp.26 et s

STEINBERGER (H.), « La référence à la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme devant les tribunaux nationaux », Actes du 6^{ème} colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme , Séville, 1985, pp.747 et s.

STEINER (H.), « Working Rights », in KRAMER (M.), SIMMONDS (N.E.) et STEINER (H.), *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998, pp.235-302

STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n° 2, pp.257-303

STERN (B.), « The Amicus Curiae in International Disputes – Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2009, vol.22, n°2, pp.280-348

STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage* 2007, n° 1, p.3-43

STONE-SWEET (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes », *Journal of Global Studies*, vol.16, n°2, pp.621-646

STONE-SWEET (A.), « What Is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory », *Review of Politics*, vol.56, n° 3, 1994, pp.441-474

STONE-SWEET (A.), « Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.47, 2008, pp.73-165

STONE SWEET (A.), « A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe », *Global Constitutionalism*, 2012, vol.1 n°1, pp.53-90

STUART (A.), « Back to Basics: Without Distinction – A Defining Principle? », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p.102, pp.120-125

SUDRE (F.), « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », *Droit international et Droit communautaire : perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 169 et s

SUDRE (F.), « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, pp.100 et s

SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 23, juillet 1995, p. 361-384

SULLIVAN (K.N.), « Post-liberal Judging : The Roles of Categorization and Balancing », *University of Colorado Law Review*, 1992, vol. 63, pp.293-320

SUPIOT (A.), « La fonction anthropologique du droit », entretien publié dans la revue *Esprit*, janvier 2001, pp.151 et s

SUR (S.), « L'État entre l'éclatement et la mondialisation », *RBDI*, 1997/1, Bruylant, Bruxelles, contribution également disponible sur le site du centre Thucydide : <http://www.afri-ct.org/L-Etat-entre-l-eclatement-et-la>

SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridique internationales », disponible sur le site du centre Thucydide : <http://www.afri-ct.org/Quelques-observations-sur-les> , également disponible à la *RGDIP* 2006, n° 4

SZUREK (S.), « La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale ? » in COT (J.P.) et al., *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3ème Éd., Economica, Paris, 2005, pp.29-68

TABUTEAU (D.), « Les agences sanitaires : balkanisation d'une administration défaillante ou retour de l'État hygiéniste ? », *Les Tribunes de la santé* 2003-1 n° 3, pp.34-46, spé., p.37

TAGUIEFF (P.A.), « L'espace de la bioéthique. Esquisse d'une problématisation », *Mots. Les langages du politique*, n° 44, sept 1995, pp.7-24

TAKAMURA (G.), « La justice comme vecteur d'un nouvel ordre : l'exemple du Japon », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, pp.221-228.

TERRE (F.), « La découverte du sens par la rhétorique », in Association française de philosophie du droit, *La découverte du sens en droit*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, pp.18-31

TESTART (J.), « Il ne faut pas confondre progrès scientifique et progrès humain », in *Mots, Les langages du politique*, n° 44, sept. 1995, pp.145 et s

THOMAS (Y.), « Le sujet concret et sa personne », in CAYLA (O.) et THOMAS (Y.), *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, coll. Le Débat, pp.138-141.

THOUVENIN (D.), « L'obtention des organes : le don comme finalité et le prélèvement comme modalité », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.) s.d., *Les lois de bioéthique à l'épreuve des faits*, PUF, Paris, 1999, pp.77-131

THORNTON (J.E.), « Balancing Various Community Interests: Should This Be Part of the Judicial Function? », *American Bar Association Journal*, juin 1949, vol. 3, pp.473-475

TICHADOU (E.), « La jurisprudence récente de la CJCE dans les affaires concernant les consommateurs », *ERA-Forum* 2009, vol.10 n° 1, Springer, Heidelberg, Allemagne, 2007, pp.71-86

TIMSIT (G.), FRANÇOIS (B.), ROUSSEAU (D.), PIZZORUSSO (A.) et De BECHILLON (D.), « L'émergence d'un concept », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.325-369

TORREMANS (P. L. C.), « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propriété Intellectuelle*, Avril 2007, n°23, pp.173-183

TOUZE (S.), « Entre particularismes et autonomie : droit européen des droits de l'homme et droit international », *Annuaire de droit européen*, 2007, pp.119-140

TRACHTMAN (J.), « The Constitutions of the WTO », *EJIL*, vol.17 n° 3, 2006, pp.623-646

TROPER (M.) et PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges? », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, pp.20-62

TULKENS (F.), « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp.1605-1626

TULKENS (F.) et DE SHUTTER (O.), « Rights in Conflict : The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in BREMS (E.), *Conflict Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp.169-215

TULKENS (F.), « Les conflits entre droits fondamentaux. Regards croisés sur les articles 10 et 9 de la Convention », note de support au cours du 16 février 2007 à l'Université Libre de Bruxelles dans le cadre du cycle de conférence intitulé *La convention européenne des droits de l'homme comme un instrument vivant*, document disponible en ligne sur le site de l'Institute for European Studies : http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_16_f%C3%A9vrier_2007.pdf

TURHAN (A.) et BENNACOEUR-GRISCELLI (A.L.), « Stemm Cells and their Therapeutic Promise for Tomorrow's Regenerative Medicine », in HERVE (P.), MULLER (J.-Y.) et TIBERGHEIN (P.), *Transfusion Medicine : Looking to the Future*, John Libbey Eurotext, 2006, Paris, pp.150-160.

UPRIMNYEPES (R.), « La justice au coeur du politique : potentialité et risques d'une judiciarisation en Colombie », in COMMAILLE (J.) et KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007, pp.229-250

VAN AACKEN (A.), « Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.16, n°2, pp.483-512

VANDERLINDEN (J.), « Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971, pp.19-56

VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.R.J.* 1993-2, pp.583 et s

VIANDIER (A.), « La crise de la technique législative », *Droits, Crises dans le droit*, vol.4, 1986, p.75 et s.

VAN DER PLANCKE (V.) et VAN LEUVEN (N.), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », CRIDHO Working Paper, 2007/3, Centre de Philosophie du droit de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme

VAN DER SCHYFF (G.), « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS (E.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp.132 et s

VAN DROOGHENBROECK (S.), « Conflits entre droits fondamentaux et pondération d'intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in RENCHON (J.L.) s.d., *Les droits de la personnalité*, Actes du Xème colloque de l'Association « Famille et droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.299 et s., n° 11-13

VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'horizontalisation des droits de l'homme », in DUMONT (H.), OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) s.d., *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp.355-390

VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp ;11-23

VERDROSS A., « Jus dispositivum and jus cogens in International Law », *AJIL*, n°60, 1966, p.55-185

VERDROSS (A.), « Forbidden Treaties in International Law », *AJIL* 1937, pp.571-577

VERSPIREN (P.), « La protection due à l'embryon – la position catholique », in FEUILLET-LE-MINTIER (B.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Actes du colloque des 9 et 19 novembre 1995, Economica, Paris, 1996, pp.291-296

VIANDIER (A.), « La crise de la technique législative », *Droits, Crises dans le droit*, vol.4, 1986, p.75 et s.

VIERDAG (E.M.), « The Time of Conclusion of a Multilateral Treaty », *British YearBook of International Law*, 1988, n°59, pp.75-111

VIOLET (F.), « l'obstacle technique ; une entrave au commerce international », in OSMAN (F.) s.d., *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, Bruxelles, 2001. pp.189-218

VIRALLY (M.), « Réflexion sur le jus cogens », *AFDI*, 1966, pp.5 et s

- VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, t.183, n ° V, pp.9-382
- VIVANT (M.) in *Science et démocratie*, s.d. BORILLO (D.), Presses Universitaires de Strasbourg 1993, pp.22 et s
- VIVANT (M.), « Le droit d’auteur, Un droit de l’homme ? », *RIDA*, oct. 1997, n° 1, pp.60 et s
- VON GLARSEFELD (E.), « Introduction à un constructivisme radical », in P. Watzlawick (Éd.), *L’invention de la Réalité. Contribution au constructivisme*, Le Seuil, Paris, 1988, pp.41 et s, conférence également disponible en vidéo sur le site : http://archive.org/details/EvG_Constructivisme.Radical_et_Enseignement_2001
- VON LUTTICHAU (A.M.), « What is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is this Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights? », *Bracton Law Journal* vol26, 1994, pp.103 et s
- VRANES (E.), « The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory », *EJIL*, 2006, vol.17, n ° 2, pp.395-418
- WACSHMANN (P.), « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp.883-902
- WADA (E.), « A Pretty Picture : the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide », *Loy. L.A. Int’l and Comp. L. Rev.* n° 27, 2005, pp.275-292
- WAGNER (J.M.), « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate University Law Review* (1999), vol.29, n °3, pp.465-538
- WAINCYMER (J.), « Cartagena Protocol on Biosafety », Contribution disponible en ligne, <http://www.apec.org.au/docs/waincymer2001.pdf>
- WALDOCK (H.), *Deuxième Rapport sur le Droit des Traités*, U.N. Doc. A/CN.4/156 (1963), réimprimé en [1963] 2 *Y.B. Com. Dr. Int.* 36, 52, U.N. Doc. 1/CN.4/SER.A./1963/Add.1
- WALDOCK (H.), « The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Journal* n°1, 1980, pp.1-9
- WEBBER (G.C.N.), « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, vol. 23, pp.179-204
- WECKEL (Ph.), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2004, pp.731 et s

WECKEL (P.), « Contrôle de légalité des mesures relevant du Chapitre VII de la Charte, un pas décisif franchi par la Cour européenne de justice », Disponible sur le site de la société française du droit international : www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle_159.htm#kadi

WEIL (P.) « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP* 1982, vol.86, pp.5 et s.

WELLENS (K.), « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International law : Some Reflections on Current Trends », *NYJIL*, n° 25, 1994, p.3-37

WELLMAN (Ch. H.), « Liberalism, Communitarianism, and Group Rights », *Law and Philosophy*, 1999, n°18, pp.13-40

WESSEL (R.A.), « Reconsidering the Relationship between International Law and EU Law: The Inadequacy of Monism and Dualism? » , in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.) et WESSEL (R.A.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston/Leiden, 2011; article disponible en ligne sur le site de l'université de Twente : <http://www.utwente.nl/mb/legs/research/wessel/wessel74.pdf>

WRIGHT (Q.), « Conflict between international law and treaties », *AJIL*, n° 11, 1917, p.566 et s

XYNOPOULOS (G.), « Réflexion sur le contrôle de proportionnalité en europe continentale et en Grèce », in PARABAS (P.J.), *État loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles/Athènes, Bruylant/Sakkoulas, 1998, p.4848 et s.

YANNACA-SMALL (C.), « « L'Expropriation indirecte » et le « Droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement », Document de Travail de l'OCDE sur l'investissement international, Direction des Affaires Financières et des Entreprises n° 2004/4, septembre 2004, pp.13

YARBROUGH (T.E.), « Press Privilege Claims and Balancing Doctrine", *Alabama Law Review*, vol.31, n°3, 1980, pp.523-546

YOUNG (A.R.), « Less than you might think : The impact of WTO rules on EU policies », in COSTA (O.) and JØRGENSEN (K. E.) (eds), *The Influence of International Institutions on the EU: When multilateralism hits Brussels*, PalgraveMacMillan, 2012, 23-41.

YOUNG (A.R.), « Effective Multilateralism on Trial : EU Compliance with WTO Law », in BLAVOUKOS (S.) and BOURANTONIS (D.) s.d., *The EU's Presence in International Organisations*. Routledge, Abingdon, UK, pp. 114-131

YOUROW (H.C.), « The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence », *Connecticut Journal of International Law*, vol.3, 1987-1988, p.111 et s

ZAGEL (G. M.), « Human Rights Accountability of the WTO », *Human Rights and International Legal Discourse* n°1, 2007, pp.335-382

ZAPATERO (P.), « Modern International Law and the Advent of Special Legal System », *Arizona Journal of International and Comparative Law* vol.23 n°1, 2005, pp.55 et s.

ZIEMBINSKI (Z.), « La notion de rationalité du législateur », *Archive de philosophie du droit*, 1978 ; pp.175-187

ZUCCA (L.) « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in BREMS (E.), *Conflict s between fundamental rights, op. cit.*, pp.19-37

DOCUMENTS OFFICIELS

Instruments juridiques internationaux :

Conventions :

Traité Bryan-Chamorro, Etats-Unis/Nicaragua, du 5 août 1914, entré en vigueur en 1916

Traité Canas-Jerez, Nicaragua/Costa Rica, signé à San José le 15 avril 1858

Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883
modifiée le 28 septembre 1979

Convention de Berne pour la Protection des œuvres littéraires et artistiques du 9
septembre 1886, modifiée le 28 septembre 1979.

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, <http://www.un.org/fr/documents/charter/>

Acte constitutif de l'Unesco, adopté à Londres le 16 novembre 1945, entré en vigueur en
1946, cf. <http://www.portal.unesco.org/fr>

Convention de Genève en matière de droit des réfugiés et des apatrides du 28 juillet 1951
(réfugiés)

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à
Rome 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 3
septembre 1953, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>

Convention Universelle sur le droit d'auteur (Universal Copyright Convention), signée à
Genève le 6 septembre 1952, révisée à Paris le 24 juillet 1971, <http://portal.unesco.org/fr>

Convention relative au statut des apatrides, adoptée à New York le 28 septembre 1954,
http://www2.ohchr.org/french/law/statut_apatriide.htm

Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT), du 30 octobre 1947,
http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47.pdf

*Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des
producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, signée à Rome le
26 octobre 1961,
<http://www.scpp.fr/SCPP/Home/LEGISLATION/Conventionsinternationalesurlesdroitsvoisins/ConventiondeRome/tabid/151/Default.aspx>

*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et
ressortissants d'autres Etats*, Conclue à Washington le 18 mars 1965,
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/i9/0.975.2.fr.pdf>

Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, <http://www2.ohchr.org/french/law/cerd.htm>

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf

Convention de Vienne en matière de Vente internationale de marchandises, du 11 avril 1980, <http://www.lexinter.net/Conventions%20Internationales/CONVENTION%20DE%20VIENNE%20SUR%20LES%20CONTRATS%20DE%20VENTE%20INTERNATIONALE%20DE%20MARCHANDISES.htm>

Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants, signé à Luxembourg le 20 mai 1980, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/105.htm>

Convention relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage, signée à Munich le 5 septembre 1980, <http://www.ciec1.org/Conventions/Conv18.pdf>

Convention relative aux Droits de l'Enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, <http://www.unicef.org/morocco/french/CDE.pdf>

Convention sur la diversité biologique, ouverte à la signature le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994, http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm

Accords Multilatéraux sur le Commerce des Marchandises qui comprend notamment l'Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce (Annexe 1A), l'Accord Général sur le commerce des services (Annexe 1B), l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (Annexe 1C). L'Annexe 2 est constituée par le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*. L'Annexe 3 est relative aux *Mécanismes d'examen des politiques commerciales*. Enfin l'Annexe 4 se compose de quatre Accords commerciaux plurilatéraux : l'Accord sur le commerce des aéronefs civils (Annexe 4a), l'Accord sur les marchés publics (Annexe 4b) l'Accord international sur le commerce laitier (Annexe 4c) et l'Accord international sur la viande bovine (Annexe 4d) : Cf. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997 sous l'égide du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/164.htm>

Protocole contre le clonage, Paris, 12 janvier 1998,
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/168.htm>

Protocole sur la transplantation, Strasbourg, 24 janvier 2002,
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/186.htm>

Protocole sur la recherche biomédicale, Strasbourg 25 janvier 2005,
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/195.htm>

Protocole sur les tests génétiques à des fins médicales, Strasbourg 27 novembre 2008,
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/203.htm>

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2010/C 83/02, JOUE C.83 du 30 mars 2010, pp.389-403

Déclarations :

Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris, le 10 décembre 1948 par la résolution 217(III) A de l'Assemblée générale des Nations Unies,
<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain et les droits de l'homme, adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 29^{ème} session de la Conférence générale de l'Unesco le 11 novembre 1997. L'Assemblée générale des Nations Unies adoptera cette déclaration par la *Résolution A/RES/53/152* du 9 décembre 1998, 53^{ème} session.

La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines adoptée à l'unanimité et par acclamation lors de la 32^{ème} Conférence générale de l'Unesco le 16 octobre 2003

Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée par acclamation lors de la 33^{ème} session de la Conférence générale de l'Unesco le 19 octobre 2005.

Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés le 25 juin 1993, I, §5, in *Les Nations unies et les droits de l'homme*, 1945-1999,

ACTES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

DOCUMENTS OFFICELS ONU

CDI

CDI, Rapport Annuel 1998, Chapitre VII State Responsibility, §220, disponible en ligne sur le site du Lauterpracht Center for International Law :

http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state_responsibility_document_collection.php#6

CDI, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, adoptées par la Commission du droit international à sa 58^{ème} session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251). Voir aussi le Rapport établi sous sa forme définitive par Martii Koskeniemi, du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) et le rectificatif du 11 août 2006 (A/CN.4/L.682/Corr.1)

CDI, Rapport relatif à la 61^{ème} Session, Rapport de la Commission du droit international, 4 mai – 5 juin et 6 juillet – 7août 2009, A/64/10, ONU, New York, 2010, pp.14-182

CDI, Rapport sur les travaux de sa 63^{ème} session du 3 Mai au 4 Juin et du 5 Juillet au 6 Août 2010, Doc. N°10 (A/65/10), pp.26-28 et 343-353

CDI Rapport de la CDI sur les travaux de sa 62^{ème} session 2010, Résumé thématique, établi par le Secrétariat, relatif aux débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa 62^{ème} session, Genève, 26 avril – 3juin et 4 juillet – 12 août 2011, A/CN.4/638, p.23-24

UNESCO

Recommandation de l'Unesco du 20 novembre 1974 relative à *la condition des chercheurs scientifiques*, adoptée par la Conférence générale 18^{ème} Session, du 19 au 23 novembre 1974

Proposition de recommandation *relative aux recherches sur les ADN hybrides* (manipulation des gènes), présentée par M. Hugosson et plusieurs de ses collègues, 28 avril 1978, Doc. 4173

Note explicative sur l'élaboration de l'avant projet d'une déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique, Doc. Unesco SHS/EST/05/CONF.203/4, Paris, 21 février 2005

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES

ECOSOC, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights : Globalization and its impact on the Full Employment of Human RIgths*. Preliminary Report, in accordance with

Sub-Commission resolution 1999/8 and Commission on Human Rights decision 2000/102 (E/CN.4/Sub.2/2001/10) Final Report Submitted in accordance with Sub-Commission decision 2002/105 (E/CN.4/Sub.2/2003/14)

Comité international de bioéthique

CIB, *Rapport du CIB sur le diagnostic génétique pré-implantatoire et les interventions sur la lignée germinale*, Paris, 24 avril 2003, rapporteur Hans Galjaard, SHS/EST/02/CIB-9/2 (Rev.3)

CIB, *Rapport du sur les Aspects éthiques des recherches sur les cellules souches embryonnaires*, BIO-7/00/GT-1/2 (Rev. 3), Paris, 6 avril 2001

CIB, *Rapport sur le diagnostic génétique pré-implantatoire et les interventions sur la lignée germinale*, Paris, 24 avril 2003, rapporteur Hans Galjaard, SHS/EST/02/CIB-9/2 (Rev.3)

CIB, *Rapport sur la thérapie génique humaine*, Paris, 20 octobre 1994, SHS-94/CONF.011/7, Rapporteurs Harold Edgar et Thomas Tursz,

CBDI, Comité directeur pour la bioéthique, *Rapport de la 36ème Réunion, Développement dans le domaine de la bioéthique dans les Etats membres, les autres Etats et les organisations internationales*, Strasbourg, 1^{er} juin 2007, CBDI/INF (2007)

OMC/ Documents officiels

Note du Secrétariat au Groupe de travail de la réglementation intérieure, " Les " critères de la nécessité " à l'OMC ", 2 décembre 2003, S/WPDR/W/27

OMC, Doc. G/SPS/R/10

OMC. Doc G/SPS/R/11

OMC Doc. G/SPS/GEN/204/Rev.5/Add.3

OMC, Doc. G/SPS/7/Rev.3

OMC, Doc. G/SPS/33

OMC, Doc. G/SPS/15

OMC, Doc. G/SPS/W/218

OMC Doc. G/SPS/GEN/204/Rev.8

CONSEIL DE L'EUROPE

Conseil de l'Europe, Affaires juridiques, *La recherche scientifique et le droit*, Actes du 10^{ème} Colloque de droit européen, 23-25 sept.1981

Proposition de Recommandation *relative à la protection de l'humanité contre les manipulations génétiques et l'insémination artificielle*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, présentée par M. Elmquist et plusieurs de ses collègues, 31 janvier 1980, Doc. 4493

Recommandation 934 (1982) *relative à l'ingénierie génétique*, adoptée le 26 janvier 1982 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Conseil de l'Europe, Recommandation 1046 *relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission de la science et de la technologie, M. Morf, rapporteur, 12 septembre 1986 et Rapport *sur l'utilisation d'embryons humains morts à des fins industrielles et commerciales*, M. Haase, rapporteur, Doc. 5460, 17 septembre 1985

Conseil de l'Europe, Recommandation 1240 *relative à la protection et la brevetabilité des produits d'origine humaine*, adoptée le 14 avril 1994

GEE, Avis n°16, du 7 mai 2002, *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, Rapporteurs Linda Nielsen et Peter Whittaker

UE

LEGISLATIONS, REGLEMENTATIONS ET RESOLUTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

DIRECTIVES

Directive 75/319/CEE du Conseil, du 20 mai 1975, *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques*, JOCE L 147 du 9.6.1975, p. 13-22

Directive 91/412 CEE de la Commission du 23 juillet 1991, *établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication pour les médicaments vétérinaires*, JOCE L 228 du 17 août 1991, pp.70-73

Directive 93/39 CEE du Conseil, du 14 juin 1993 *modifiant les directives 65/65CE et 75/318/CEE et 75/319/CEE concernant les médicaments*, JOCE L214 du 24 août 1993, pp.22-30

Directive 93/40/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 *modifiant les directives 81/851/CEE et 81/852/CEE concernant le rapprochement des législations des états membres relatives aux médicaments vétérinaires*, JOCE L214 du 24 août 1993 pp.31-39

Directive 93/41 CEE du 14 juillet 1993, *abrogeant la directive 87/22 portant rapprochement des mesures nationales relatives à la mise sur le marché des médicaments de haute technologie, notamment ceux issus de la biotechnologie*, JOCE n°L214 du 24 août 1993, p.40

Directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, *relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, JOCE L 213, du 30 juillet 1998, pp.13-21

Directive 2001/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite des essais cliniques de médicament à usage humain*, JOCE 1er mai 2001, L.121/34.

Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, *instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain*, JOCE, L311 du 28 novembre 2001, pp.67 et s.

Directive 2001/20 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite des essais cliniques de médicaments à usage humain*, JOCE L121 du 1 mai 2001, pp.34-44

Directive 2003/94 CE de la Commission, du 8 octobre 2003, *établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain*, JOCE L.262, du 14 octobre 2003, pp.22-26

Directive 2004/9 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004 *concernant l'inspection et la vérification des bonnes pratiques de laboratoire (BPL)*, JOCE L.50 du 20 février 2004, pp.28-43

Directive 2004/10 CE du Parlement et du Conseil du 11 février 2004 *concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des principes de bonnes pratiques de laboratoire et au contrôle de leur application pour les essais sur les substances chimiques*, JOCE L.50, du 20 février 2004, pp.44-59

Directive 2005/28 CE de la Commission du 8 avril 2005 *fixant des principes et des lignes directrices détaillées relatifs à l'application de bonnes pratiques cliniques en ce qui concerne les médicaments expérimentaux à usage humain, ainsi que les exigences pour l'octroi de l'autorisation de fabriquer ou d'importer ces médicaments*, JOCE, L.91, du 9 avril 2005, pp.13-19

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008 sur *Certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, JOUE L136 du 24 mai 2008, pp.3-8

REGLEMENTS

Règlement CEE 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993, *établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments*, JOCE n°L214 du 24 août 1993, pp.1-21

Règlement CE n°1662/95 de la Commission, du 7 juillet 1995, *établissant certaines modalités de mise en œuvre des procédures décisionnelles communautaires en matière d'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain et vétérinaire*, JO n°L158 du 8 juillet 1995, p.4-5

Règlement CE n°467/2001 du Conseil du 6 mars 2001 *interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des Talibans d'Afghanistan et abrogeant le règlement CE 337/2000*, JOCE L139 du 9 mars 2001, pp.1-23

Règlement du Conseil de l'Union européenne n°881/2002, du 27 mai 2002 *instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans, et abrogeant le règlement CE n°467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Talibans d'Afghanistan*, JOCE L.139, pp.9-22

Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, JOCE n°L157, du 9 juin 2006, p.1-7

RESOLUTIONS

Résolution *sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique* du 16 mars 1989, Parlement européen, Doc. A2-327/88, JOCE n°C96 du 17 avril 1989

Résolution *sur la fécondation artificielle in vivo et in vitro* du 16 mars 1989, Parlement européen, Doc. A2-372/88, JOCE n°C96 du 17 avril 1989

Résolution *sur le clonage de l'embryon humain* du 28 octobre 1993, Parlement européen, JOCE, du 22 novembre 1993, n°C315/224

Résolution sur le clonage humain, Parlement européen, le 15 janvier 1998, JOCE du 2 février 1998, n°C34/164.

LEGISLATIONS ET REGLEMENTATIONS ETRANGERES

Belgique:

Loi Belge relative à la recherche sur les embryon *in vitro*, du 11 mai 2000, Texte adopté en séance plénière et soumis à la sanction royale n°50-2182/009

Arrêté Royal du 12 août 1994 et la Loi du 7 mai 2004 relatifs aux expérimentations sur la personne humaine

Danemark

La loi du 28 mai 2003: *Act on the biomedical research ethics committee system*, entré en vigueur le 1^{er} juin 2003

Royaume-Uni

The Medicines for Human Use (clinical trials) Regulations 2004

<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1031/contents/made>

Allemagne

Ambassade de France en Allemagne, "Eléments récents d'information sur la bioéthique en Allemagne", Berlin, le 23 février 2009, disponible sur le site des Etats généraux de la bioéthique:

http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/base_documentaire/international/allemande_bioethique.pdf

LEGISLATION ET REGLEMENTATION FRANCAISE

Loi n°83-607 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée *Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, JORF du 9 juillet 1983

Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF du 14 août 2004

Loi n°2004-800 relative à la bioéthique, du 6 août 2004, JOFR du 7 août 2004

Loi n°96-516 du 14 juin 1996 tendant à créer un *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, JORF du 15 juin 1996

Loi n°96-517 du 14 juin 1996 tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer un *Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques*, JORF du 15 juin 1996

Loi 2011-814, relative à la bioéthique, du 7 juillet 2011, JOFR du 8 juillet 2011

Loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application l'article 61-1 à la Constitution*, JORF du 11 décembre 2009

Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, JORF du 25 février 1983

Comité de bioéthique français

CCNE, Avis n°72, *Réflexion sur l'extension du diagnostique pré-implantatoire*, 4 juillet 2002, Paris

CCNE, Rapport: *Recherche médicale et respect de la personne*, rédigé par Lucien Sève, la Documentation Française, 1988, p.32

CCNE, Avis n°72, *Réflexion sur l'extension du diagnostique pré-implantatoire*, 4 juillet 2002, Paris

OPECST, Rapport de l'Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, CLAEYS (A.) et HURIET (C.), *L'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Paris, Assemblée nationale – Sénat, 1999

DECISIONS DES JURIDICITONS NATIONALES ET INTERNATIONALES

JURIDICTIONS NATIONALES ÉTRANGÈRES:

U.S. Supreme Court, *Bendix Autolit Cort . V. Midwesco Enterprises, Inc., et al.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J., diss.)

Cour d'Appel du Canton de Bale-Ville, jugement du 18 septembre 1968, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXVI, 1969-1970, p.89.

Federal Insurance Court, *M c. Caisse cantonale genevoise de compensation et Commission cantonale de recours en matière d'AVS*, Genève, jugement du 19 décembre 1994, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol.6, 1996, p.629

Cour Fédérale Suisse, *X c. Office fédéral de police*, jugement du 14 juillet 1983, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XL, 1984, p.151

Cour Fédérale Suisse, jugement du 10 juillet 1991, *Revue suisse de droit international et européen*, vol.2, 1992, p.553

Supreme Court, *S.L.G. v. Public Prosecutor*, jugement du 1 juillet 1985, *Netherland Yearbook of International Law*, vol. XVII, 1986, p.281

Allemagne

Arrêt *Lüth* du 15 janvier 1958, BverfGE 7

JURIDICTIONS FRANÇAISE:

DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCAIS

Conseil Constitutionnel, Décision 2000-433DC, du-27-juillet-2000, *concernant la Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2000/2000-433-dc/decision-n-2000-433-dc-du-27-juillet-2000.452.html>

Conseil Constitutionnel Décision °2004-498,DC, du 29 juillet 2004 *concernant la loi relative à la bioéthique*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004-498-dc/decision-n-2004-498-dc-du-29-juillet-2004.903.html>

Conseil constitutionnel Décision 2009-595DC, du 3 décembre 2009 *concernant la Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, <http://www.conseil->

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-595-dc/decision-n-2009-595-dc-du-03-decembre-2009.46691.html

JURIDICTIONS CIVILES

Tribunal Civil de Lille, le 18 mars 1947. *Dalloz* 1947, Jur. pp.507 et s

TGI, 13 février 1969, *Office des mineurs de Ravensburg c. Eyler*, *Annuaire français de droit international*, Vol. XVI, 1970, p.831

TGI de Paris, 1^{ère} Ch., 4 oct. 1995, *Leibowich c/ Laboratoires Glaxo*, D. 1996 jup. p.28, note S. GROMB, JCP 1996 II 22615, note A. LAUDE, L. PITET, " Le respect de la loi Huriet Serusclat du 20 décembre 1988 modifiée destinée à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ", LPA, 8 nov. 1995, n°134, p.14

Cour de Cass. ch. Crim., 3 juillet 1969, *JCP*, 1970, 16447

Cour de Cass., 19 mars 1997, *R.T.D.C.*, 1997, p.675

Cour de cass., *Arrêt Perruche*, 17 juin 2000, n°99-13. 701, *Dalloz* 2000, I.R., p.295

Cour Cass, Ch. Soc, 24 Février 2000, n°97-17.802

Cour de Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, *Préfet Erignac*, *Dallioz* 2001, p.885

Cour de Cass., Civ. 1^{ère}, 20 février 2001

Cour de Cass., 19 juin 2003, D. 2003, n°27, IR, p.1809 ; D. 2003, n°34, p.2326

Cour de Cass., 6 novembre 2007, n°06-85.821

Cour de Cass, Civ. 1^{ère}, arrêts n°128, 129 et 130, du 6 février 2008

Cour de Cass., 1^{ère} Ch., section B, 17 octobre 2008

Cour de Cass. Ch. Crim., 24 février 2009, n°08-84.436

Cour de Cass, 1^{ère} Ch. Civ., 14 janv. 2010, n°08-21.683

Cour de Cass, Civ. 1^{ère}, arrêts n°369, 370 et 371 du 6 avril 2011

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

CA Paris du 8 mai 1973 n°72-11.251

CA Paris, Ch. 11 section B, 1^{er} Mars 1996, n°3747-95

CA Versailles, 1^{ère} Ch. Section 2, 9 octobre 1998, n°7661/96

CA Paris, Ch. Corr.12, section B, 22 janvier 2004, n°03/05864

CA Amiens, 1^{ère} Ch., section 1, 21 octobre 2004, n°02/04761

CA Dijon, 23 mars 2004, n°02/01449

CA Aix n Provence, Ch. Corr. 7A, 19 Mai 2008, n°657M2008 ;

Conseil d'Etat:

CE, Ass, 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*, n°11604

CE, *Ministère des Affaires sociales c Syndicat CGT de la société GRIFFINE-MARECHAL*, du 11 juillet 1990, rec. Lebon p.215

CE, *Commune de Morsang sur Orge*, 27 octobre 1995, rec. Lebon p.372

CA. Paris, 9 juin 1998, *Donyyoh et Senanayaké*, concl. M. HEERS, *RFDA*, 1998, 1231.

CE, 26 octobre 2001, *Senanayaké*, *AJDA*, 2002, pp.259 et s, note Deguerque

CE, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise - Commune de Fresnières - communauté de communes du pays des sources*, du 19 septembre 2008, n°301151 et 301180

CE, sous-section 1 et 6 réunies, 18 juin 2007, n°294699

CE, Ass plén., 2 juillet 1993, M. Milhaud, conclusions D. KESSLER, *RFDA* 1993, pp.1002

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Central American Court of Justice

CACJ, Costa-Rica c. Nicaragua, 1916, *AJIL* n°11, 1917, pp.181 et s

CACJ, El Salvador c. Nicaragua, 1917, *AJIL* n°11, 1917, pp.674 et s

Cour Permanente de Justice Internationale

CPJI, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, jugement du 30 août 1924 (Grèce c. R.U.), Série A, n°2, p.6

CPJI, *Avis consultatif* du 8 décembre 1927, CPJI, Série B, n°14, p.23

CPJI, affaire *Oscar Chinn*, Royaume Uni c. Belgique, jugement du 12 décembre 1934, Série A/B, n°63, p.65

CPJI, Affaire de la *Compagnie électrique de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), jugement du 4 avril 1939 (exceptions préliminaires), Série A/B, n°77, pp.64 et s.

CPJI, Affaire de la *Compagnie électrique de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), jugement du 4 avril 1939 (exceptions préliminaires), Série A/B, n°77, p.76
Opinion Dissidente du juge Jonkheer van Eysinga, in CPJI, affaire *Oscar chin*, jugement du 12 décembre 1934, Série A/B, n°63, p.131

Opinion Dissidente du juge M. Schücking, in CPJI, affaire *Oscar chin*, jugement du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n°63, p.148

Cour internationale de justice

CIJ, Avis du 28 mai 1951 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* CIJ, Recueil, 1951, p.23

CIJ, *Affaire du Sud-ouest africain*, Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud, CIJ Rec. 1962, p.343

CIJ, Avis consultatif, *Certaines dépenses des Nations-Unies*, 20 juillet 1962, CIJ Rec. 1962, pp.168-170

CIJ, *Affaire du Cameroun Septentrional*, République du Cameroun c. Royaume-Uni, CIJ *Mémoires, plaidoiries et documents*, Rec. 1963, pp.33-34

CIJ, *Affaire du Sud-ouest africain* (deuxième phase), Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud, CIJ Rec. 1966, p.29

CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Belgique c. Espagne, deuxième phase, Rec.1970, p.32, §34

CIJ, affaire relative au *Timor oriental* (Portugal c. Australie), CIJ Recueil 1995, p. 102

CIJ, affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1996, p. 595

CIJ, Avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 1996, Rec. p.266

CIJ, Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, 25 Septembre 1997 (Hongrie/Slovaquie), Recueil 1997, pp. 5–241

CIJ, 27 juin 2001, *Affaire LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis), Rec. 2001

CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête, 2002), République Démocratique du Congo c. Rwanda, Compétence et recevabilité de la requête, ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ *Recueil* 2002

CIJ, avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les Territoires palestiniens occupés*, 2004, Rec. 2004-I, pp.156 et s

CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), Rec. 2004

CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002), compétence et recevabilité, Rec. 2006, p.27

CIJ, *Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, p.20

CIJ, Avis consultatif du 22 juillet 2010, *Indépendance du Kosovo*,

Opinion dissidentes

Opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice, CIJ *Rec.* 1962, pp.548 et s

Opinion Dissidente du juge Winiarski, CIJ *Rec.* 1962, pp.453 et s.

Tribunal de première instance et Cour de Justice de l'Union Européenne

TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c. Commission*, aff. T-51/89, Rec. II, p.309, point 42

TPICE, Arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation c. Conseil*, Affaire T-306/01 ; et *Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, aff. 9/56

CJCE, arrêt *Plaumann*, du 15 juillet 1963, aff. 25/62

CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73

CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74

CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75

CJCE, 11 mars 1980, *Foglia*, aff. 104/79

CJCE, 26 octobre 1983, *Hauptzollamt Mainz c. Kupferberg and Cie KG*, aff. 104/81

CJCE, arrêt du 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. 60/84 et 61/84

CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, aff. 12/86

CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85

CJCE, 21 avril 1988, *Pardini*, aff. 338/83

CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, aff. 352/85

CJCE, 21 septembre 1989, "*Hoechst*", aff. 46/87 et 227/88

CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89

CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des CE c. Pays-Bas*, aff. C-353/89

CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89

CJCE, 16 juil. 1992, *Lourenço Dias*, aff. C-343/90

CJCE, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93

CJCE, du 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff.. C-13/94,

CJCE, 27 octobre 1997, *Bouchereau*, aff. C-30/70

CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, aff. C-185/95

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97

CJCE, 17 juin 1999, *Socridis*, aff. 166/98

CJCE, 7 sept. 1999, *Beck et Bergdorf*, aff. C- 355/97

CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise c. Conseil*, aff. C-149/96

CJCE, *B. Connolly c. Commission des CE*, du 6 mars 2001, aff. C-274/99

CJCE, *Pays-Bas c. Conseil de l'Union européenne et Parlement européen*, du 9 octobre 2001, aff.. C-377/98

CJCE, arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, aff. C-112/00

CJCE, *Omega Spielhallen- und utomatenaufstellungs GmbH / maire de la Ville de Bonn*, du 14 octobre 2004, aff. C-36/02

CJCE, 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, aff. C-377/02

CJCE, *ASML Netherlands BV*, arrêt du 14 décembre 2006, aff. C-283/05

CJCE, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, du 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05P et C-415/05P

CJCE, renvoi préjudiciel, *Olivier Brüstle c. Greenpeace eV*, du 18 octobre 2011, aff. C-34/10

Cour européenne des droits de l'homme

Commission EDH, *X. c. la Norvège*, décision du 29 mai 1961, Recueil des décisions vol.6, pp.180-181

CEDH, arrêt *Wemhoff c. RFA*, du 27 juin 1968, requête n°2122/64

CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, du 23 juillet 1968, requêtes n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/62, 2013/62, 1994/63 et 2126/64, Série A, n°6, pp.30 et s.

CEDH, *Golder v. The United Kingdom*, du 21 février 1975, requête n°4451/70, Série A, n°18

CEDH, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, du 6 février 1976, requête n°5589/72, Série A, n°2,

CEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive c. Suède*, 6 février 1976, requête n°5614/72, Série A n°20

CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, requête n°5493/72, série A, n°24

CEDH, *Irlande v. United Kingdom*, 18 janvier 1978, requête n°5310/71, série A, n°25

CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, du 25 avril 1978, requête n°5856/72

CEDH, *Klass c. République Fédérale d'Allemagne*, du 6 septembre 1978, requête n°5029/71, Série A, n°28

CEDH, *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, requête n°6833/74, série A, n°31

CEDH, *Airey c. Irlande*, du 9 octobre 1979, requête n°6289/73, série A n°32

Commission EDH, rapport du 14 décembre 1979 relatif à l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume Uni*

CEDH, *Young, James et Webster, c. Royaume-Uni*, du 13 août 1981, requête n°7601/76 et 7806/77, Série A n 44

CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, requêtes n°7151/75 et 7152/75, série A, n°52, p.24

CEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, requête n°9532/81,

CEDH, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, du 23 avril 1987, requêtes n°21363/93, 21364/93, 21427/93

Com. EDH, *Affaire D. Norris et National Gay Federation c. Irlande*, du 26 octobre 1988, requête n°10581/83

CEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, du 21 février 1990, requête n° 9310/81, série A n°172

CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, requête n°10843/84, Série A, n 184

CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, affaire n° 57/1990/248/319, Série A, n°232-C

CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, du 25 juin 1992, requête n°13778/88, Série A, n°239

CEDH, *Open Door et Dublin Well Woman Ltd. c. Irlande*, du 29 octobre 1992, requête n°14234/88; 14235/88

CEDH, *Padovani c. Italie*, du 26 février 1993, requête n°13396/87, Série A, n°257-B

CEDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, du 9 décembre 1994, requête n°13092/87 et 13984/88, Série A, n° 301-A

CEDH, *Lopez et Ostra c. Espagne*, du 9 septembre 1994, requête no16798/90, Série A, vol. 303-C

CEDH, *Jersild c. Danemark*, du 23 septembre 1994, requête n°15890/89

CEDH, *Fischer c. Autriche*, du 26 avril 1995, requête n°16922/90, Série A, n° 312

CEDH, *Ronald Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, requête n°18896/91, Série A, n 336

CEDH, *Gustafsson v. Suède*, du 25 avril 1996 , requête n°15573/89

CEDH, *Matos et Silva Lda c. Portugal*, du 27 août 1996, requête n°15777/89

CEDH, *Buckley c. Royaume Uni*, du 25 septembre 1996, requête n° 27238/95, Rec. 1996-IV, p.1271 et s

CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête n°22414/93

CEDH, *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, du 18 décembre 1996, requête n°28635/95, 30171/96 et 34535/97, Reports 1996-VI

CEDH, *Z. c. Finlande*, du 25 février 1997, requête n°22009/93

CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, du 22 avril 1997, requête n°5528/72

CEDH, *Affaire Bowman c. Royaume-Uni*, du 19 février 1998, requête n° 24839/94

CEDH, *L.C.B. c. Le Royaume Uni*, du 9 juin 1998, requête n°23413/94, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, p.1403

CEDH, *Sheffield and Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, requête n°22885/93 et 23390/94, Reports 1998-V ;

CEDH, *A c. Royaume-Uni*, du 23 septembre 1998, requête n°25599/94, Rec. 1998-VI, pp.2692 et s

CEDH, *Chassagnou et autres c. France*, du 29 avril 1999, requêtes n°25088/94, 28331/95, 28446/95

CEDH, *Bladet, Tromso et Stenhaas c. Norvège*, du 20 mai 1999, requête n 21980/93

CEDH, *L.C.B. c. Le Royaume-Uni*, du 9 juin 1998, requête n°23413/94, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, p.1403

CEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, du 8 juillet 1999, requête n 23927/94 et 24277/94

CEDH, *Gerger c. Turquie*, du 8 juillet 1999, requête n 24919/94

CEDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, requête n°25803/94, Reports and Judgments and Decisions, 1999-V

CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, requête n°23144/93, Recueil des arrêts et décisions 2000-III, p.58

CEDH, *Witold Litwa v. Poland*, du 4 avril 2000, requête n°26629/95

CEDH, *Labita c. Italie*, du 6 avril 2000, requête n°26772/95

CEDH, *Kudla c. Pologne*, du 26 octobre 2000, requête n 30210/96

CEDH, *Quinn c. Irlande*, du 21 décembre 2000, requête n°36887/97

CEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, requête n°34720/97

CEDH, *Egmez c. Chypres*, du 21 décembre 2000, requête n°30873/96

CEDH, *Chapman c. R.U.*, du 18 janvier 2001, requête n 27238/95,

CEDH, *Coster c. R.U.*, du 18 janvier 2001, requête n 24876/94,

CEDH, *Hilal c. Royaume-Uni*, 6 mars 2001, requête n°45276/99, Rec. 2001-II ;

CEDH, *Prince Hans-Adam II von Liechtenstein c. Allemagne*, du 12 juillet 2001, requête n°42527/98

CEDH, *Gorzelik c. Pologne*, du 20 décembre 2001, requête n°44158/98

CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n°2346/02

CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, du 11 juillet 2002, requête n°28957/95, Reports 2002-VI

CEDH, *Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l'Allemagne*, du 12 décembre 2002, requête n°1988/02 et 1977/02

CEDH, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, du 13 février 2003, requête n 41340/98, 41342/98, 41 343/98 et 41344/98

CEDH *Ovidière c. France*, du 13 février 2003, requête n 42326/98

CEDH, *Mouisel c. France*, du 21 mai 2003, requête n°67263/01

CEDH, *Hatton and Others c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 2003, requête n°36022/97

CEDH, *Broniowski c. Pologne*, Grenade chambre, arrêt au principal du 22 juin 2004, requête n°31443/96

CEDH, *Van Hannover c. Allemagne* (n°1), du 24 juin 2004 , requête n°59320/00

CEDH, *Vo c. France*, du 8 juillet 2004, requête n°53924/00

CEDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, du 16 novembre 2004, requête n°4143/02, Reports 2004-X

CEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, du 24 février 2005, requêtes n 57947/00, 57948/00 et 57949/00

CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, du 24 février 2005, requête n°57942/00 et 57945/00

CEDH, *Siliadin c. France*, du 24 juillet 2005, requête n°73316/01

CEDH, *Leyla Sahin c. La Turquie*, du 10 novembre 2005, requête n°44774/98

CEDH, *H.K. c. Finlande*, du 26 septembre 2006, requête n°36065/97

CEDH, *Estamirov et autres c. Russie*, du 12 octobre 2006, requête n°60272/00 ;

CEDH, *Imakaïeva c. Russie*, du 9 novembre 2006, requête n°69480/01

CEDH, *Luluyev et autres c. Russie*, du 9 novembre 2006, requête n°69480/01

CEDH, *Behrami et Behrami c. France et Ruzdhi Saramiti c. France, Allemagne et Norvège*, du 2 mai 2007, requête n°71412/01 et n°78166/01

CEDH, *Evans c. Royaume Uni*, du 10 avril 2007, arrêt de la 4^{ème} Section de la Cour du 7 mars 2006, requête n°6339/05, §43 et s

CEDH, *Baysayeva c. Russie*, du 5 avril 2007, requête n°74237/01

CEDH, *Affaire Bitiyeva et X c. Russie*, du 21 juin 2007, requêtes n°57953/00 et 37 392/03

CEDH, *Alikhadzhiyeva c. Russie*, du 5 juillet 2007, requête n°68007/01

CEDH, *Musayev et autres c. Russie*, du 26 juillet 2007, requêtes n°57941/00, 58699/00 et 60403/00

CEDH, *Affaire Musayev et autres c. Russie*, du 26 juillet 2007, requêtes n°57941/00, 58699/00 et 60403/00

CEDH, *Kukayev c. Russie*, du 15 novembre 2007, requête n°29361/02

CEDH, *Khamila Isayeva c. Russie*, du 15 novembre 2007, requête n°6846/02

CEDH, *Tanguiyeva c. Russie*, du 29 novembre 2007, requête n°57935/00

CEDH, *Dickson c. R.U.*, du 4 décembre 2007, requête n°44362/04

CEDH, *Zubairaiev c. Russie*, du 10 janvier 2008, requête n°67797/01

CEDH, *Khatsiyeva et autres c. Russie*, du 17 janvier 2008, requête n°5108/02

CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, du 12 février 2008 , requête n°21906/04

CEDH, *Campos Damaso c. Portugal*, du 24 avril 2008, requête n°17107.

CEDH, *Gekhayeva et autres c. Russie* du 29 mai 2008, requête n°1755/04

CEDH, *Betayev et Betayeva c. Russie*, du 29 mai 2008, requête n°37315/03

CEDH, *Sangariyeva et autres c. Russie*, du 29 mai 2008, requête n°1839/04

CEDH, *Ibragimov et autres c. Russie*, du 29 mai 2008, requête n°34561/03

CEDH, *Utsayeva et autres c. Russie*, du 29 mai 2008, requête n°29133/03

CEDH, *Takhayeva et autres c. Russie*, du 18 septembre 2008, requête n°23286/04

CEDH, *Akhmadova et Akhmadov c. Russie*, du 25 septembre 2008, requête n°20755/04 (non définitif)

CEDH, *Lyanova et Aliyeva c. Russie*, du 2 octobre 2008, requête n°12 713/02 and 28440/03 (non définitif)

CEDH, *Albekov et autres c. Russie*, du 9 octobre 2008, requête n°68216/01 (non définitif)

CEDH, *Salatkhanov c. Russie*, du 16 octobre 2008, requête n°17945/03

CEDH, *Osman v. Royaume Uni*, du 28 octobre 2008, requête n°23452/94

CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008, requête n°34503/97

CEDH, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, du 21 avril 2009, requête n°68959/01

CEDH, *Financial Times Ltd et autres c. R.U.*, du 18 décembre 2009, requête n 821/03

CEDH, *Taffin et contribuables associés c. France*, du 18 février 2010, requête 42396/04,

CEDH, *A, B et C c. Irlande*, arrêt du 16 décembre 2010, requête n° 25579/05

CEDH, *Barata Monteiro da Costa Nogueira et Patricio Pereira c Portugal*, arrêt du 11 janvier 2011, requête n°4035/08

CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 2011, requête n°55721/07

CEDH, 2° section, *Association Rhino et autres c. Suisse*, 11 octobre 2011, requête n° 48848/07

CEDH, *S.H. et Autres c. Autriche*, du 3 novembre 2011, requête n 57813/00

CEDH, *Van Hannover c. Allemagne (n° 2)*, du 7 janvier 2012, requête n 4066/08 et 6041/08

CEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne*, du 7 février 2012, requête n°39954/08

CEDH *Assunção Chaves c. Portugal*, 31 janvier 2012, requête 61226/08

Opinions dissidentes CEDH

Opinion dissidente du Juge Meyer *in* Cour EDH *Z c. Finlande*, 1997-I , 323, 357-358

Opinion dissidente de M. Martinez, partagée par M. Campinos, jointe au rapport rendu le 10 novembre 1987 dans l'affaire *Tre Traktörer AB c. La Suède*, req. n°10873/84, Série A, n°159, p.36

Opinion dissidente jointe par M. le Juge Martens à la Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Boughanemi c. La France* du 24 avril 1996, op. cit., p.613, pt. 4. Quoique de manière plus édulcorée en la forme, le juge Martens avait déjà émis une critique identique du raisonnement de la Cours dès ses premières applications. Ainsi affirmait il dans l'opinion concordante qu'il joignit à l'arrêt *Beldjoudi c. La France* du 26 mars 1992 (op. cit. p.37)

Opinion dissidente de M. Martinez, partagée par M. Campinos, jointe au rapport rendu le 10 novembre 1987 dans l'affaire *Tre Traktörer AB c. La Suède*, req. n° 10873/84, Série A, n° 159, p.36

Opinion dissidente du Juge Meyer *in* CEDH *Z c. Finlande*, 1997-I, 323, 357-358

Déclaration commune des Président Costa et Skouris, Réunies le 17 janvier 2011 au siège de la CJUE à Luxembourg, disponible sur le site de la CEDH, Communiqué de Presse du Greffier de la Cour n°075: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D - 4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf)

OMC

GATT, *Etats-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du groupe spécial, 7 novembre 1989, L6439 – 36S/386,

GATT, *Thaïlande – Restriction à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* (Thaïlande – Cigarettes), rapport du groupe spécial, 7 novembre 1990, DS10/R – 37S/214

GATT, *Etats-Unis – Restriction à l'importation de thon* (Thon I), rapport du groupe spécial distribué le 3 septembre 1991, non adopté, DS21/R ;

GATT – Etats-Unis – *Restriction à l'importation de thon* (Thon II), rapport du groupe spécial distribué le 16 juin 1994, non adopté, DS29/R ;

OMC, *Etats-Unis – Normes concernant l'essence ancienne et nouvelle formule*, rapport du groupe spécial, 29 janvier 1996, WT/DS2/R, Rapport de l'Organe d'appel distribué le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R

OMC, CE – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés* (CE – Hormones), Rapport du groupe spécial délivré le 18 août 1997, WT/DS26/R et Rapport de l'Organe d'appel délivré le 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R

OMC, Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Etats-Unis – Crevettes), rapport du groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R et rapport de l'organe d'appel 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R

OMC, Corée – *Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, WT/DS161/R, WT/DE169/R, rapport de l'organe d'appel, 10 janvier 2001, WT/DS161/1B/R, WT/DS169/AB/R, §160-161

OMC, Etats-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume Uni*, Rapport de l'Organe d'appel 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, §42

OMC, Communauté Européenne – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Communauté Européenne – Amiante), rapport du groupe spécial 18 septembre 2000, WT/DS135/R et rapport de l'organe d'appel, 5 avril 2001, WT/DS135/AB/R

OMC, Etats-Unis – *Mesures affectant la production et la vente de cigarettes au clous de girofle*, Rapport du Groupe spécial distribué le 2 septembre 2001, WT/DS406/R

OMC, CE – *Désignation commerciales des Sardines* (CE – Sardines), Rapport du groupe spécial délivré le 29 mai 2001, WT/DS231/R et Rapport de l'Organe d'appel délivré le 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R

OMC, Communautés européennes – *Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, Rapport du groupe spécial du 7 mars 2003, WT/DS219/R

OMC, Communautés européennes – *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, , Rapports du groupe spécial des 12, 13 et 14 mai 2003, WT/DS291/292/293/R

OMC, Japon – *Mesures visant l'importation des Pommes* (Japon – Pommes), Rapport de l'Organe d'appel distribué le 26 novembre 2003, WT/DS245/AB/R

OMC, Communautés européennes – *Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, Rapport du groupe spécial du 15 mars 2005, WT/DS174/R

OMC, Chine – *Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, Rapport du groupe spécial distribué le 12 août 2009, WT/DS363/R, Rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 janvier 2010, WT/DS363/AB-R

CIRDI

CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID case No. ARB/96/1, 17 février 2000, 15 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n°72, p.192

CIRDI, *Metalclad Corporation c. Etats Unis du Mexique*, affaire n°ARB(AF)/97/1, décision du 30 août 2000

CIRDI, *S.D.Myers, Inc. c. Canada*, (13 novembre 2000) décision partielle, 232. *International Legal Materials* n°408

CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) contre les États-Unis du Mexique* CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/1, décision du 16 décembre 2002, pp. 39 à 67, spé. p.59

CIRDI, *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, Affaire n°ARB(AF) 02/2, 29 mai 2003

CIRDI, *Aucoven c. Venezuela*, affaire n°ARB/00/5, 23 septembre 2003

CIRDI, *MTD c. Chili*, affaire n°ARB/01/7, 4 juin 2004

CIRDI, *CMS c. Argentine*, affaire n°ARB/01/8, 12 mai 2005

CIRDI, *Azurix Corp c. Argentine*, n°ARB/01/12, 14 juillet 2006

CIRDI, *LG and E c. Argentine*, affaire n°ARB/02/1, Decision on Liability Award, 3 octobre 2006

Actes des tribunaux du CIRDI relatifs à la réception des amici curiae

Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae et Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, in *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19, respectivement du 19 mai 2005 et du 12 février 2007

Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, in *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/17, 17 mars 2006

Procedural Order N°5, in *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (Claimant) v. United Republic of Tanzania (Respondent)*, ICSID Case No ARB/05/22, 2 février 2007

TRIBUNAUX AD HOC

Iran-USA Claims Tribunal, *Tippetts, Abbet, McCarthy, Stratton v. TAMS/Affa Consulting Engineers of Iran et al.*, decision of June 29, 1984; 6 Iran-United States Rep., pp. 219 et s.; p. 225 (1984-II)

Iran-USA Claims Tribunal, *Phelps Dodge Corp. et al. v. Iran*, 10 Iran-U.S.Cl. Trib. Rep. pp. 121 et s, (1986-I).

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS	pIII

INTRODUCTION GÉNÉRALE	p1

1. L'anthropocentrisme méthodologique du droit international de la bioéthique	p15
2. La bioéthique : vecteur d'une ontologie unitaire du concept Droit	p21
3. La Dialecticité et l'internormativité comme caractéristiques constitutives du droit international de la bioéthique	p26

PARTIE 1 : LES CONTRADICTIONS NORMATIVES : LA STRUCTURE DYNAMIQUE DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE	p31

TITRE 1 : LES CONFLITS DE VALEURS ET LES CONFLITS DE DROITS : LES CONTRADICTIONS INTERNES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE	p35

CHAPITRE 1 : L'INTERNORMATIVITÉ ET LES CONFLITS DE VALEURS : DES RELATIONS STRUCTURANTES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE	p37

<i>Section 1 : L'interdépendance et la complémentarité des principes bioéthiques : l'internormativité comme caractère essentiel du droit de la bioéthique</i>	p38

<u>§1. La multiplicité et l'interdépendance des principes bioéthiques : le fait du pluralisme éthique et juridique</u>	p40

A. Les divers aspects du pluralisme en droit international de la bioéthique	p41

1. Le pluralisme normatif : le droit de la bioéthique au carrefour de la science, de l'éthique et du droit	p43

2. Pluralisme juridique et « plurijuridisme » en droit international de la bioéthique	p45

B. Des principes multiples et interdépendants : entre contradiction et complémentarité	p48

<u>§2. L'internormativité : moteur d'une dynamique non linéaire du système normatif de la bioéthique</u>	p51

A. La dynamique internormative du droit international de la bioéthique	p52

1. Définitions	p52

2. Internormativité externe et internormativité interne	p54

<i>a. Internormativité externe</i>	p54

<i>b. Internormativité interne</i>	p55

B. L'internormativité : facteur principal de l'évolution non linéaire du droit de la bioéthique	p56

<i>Section 2 : La relation dialectique entre les principes de dignité et d'autonomie : la structure axiologique contradictoire du droit de la bioéthique</i>	p58

<u>§1. Éléments de définition des principes de dignité et d'autonomie</u>	p60

A. La dignité humaine	p60

1. L'apparition et la maturation du concept de dignité	p60
2. La consécration du principe juridique de dignité en droit international	p66
3. La fonction et la portée du principe juridique de dignité humaine	p70
B. L'autonomie de la personne	p73
1. Définitions du principe d'autonomie en doctrine	p73
2. Le principe d'autonomie en droit international de la bioéthique	p75
<i>a. Le recueil du consentement de la personne sur laquelle porte l'intervention médicale ou la recherche</i>	p77
<i>b. La liberté de la recherche : le droit à connaître et le droit à expérimenter</i>	p81
<u>§2. La relation dialectique de la dignité et de l'autonomie : la structure axiologique du droit de la bioéthique</u>	p87
A. La dialectique : un outil logique pour penser les contradictions du droit de la bioéthique	p87
1. La philosophie dialectique	p87
2. La catégorie logique essentielle de la dialectique : la contradiction	p91
B. La contradiction dialectique de la dignité et de l'autonomie : structure axiologique du droit international de la bioéthique	p93
1. La personne humaine : l'unité dialectique de l'être digne et de l'agir autonome	p94
2. La structure axiologique contradictoire du droit international de la bioéthique	p96
Conclusion Chapitre 1	p99

CHAPITRE 2 : LES CONFLITS DE DROITS EN BIOÉTHIQUE OU LA RÉSURGENCE DES CONFLITS DE VALEURS p103

<i>Section 1 : Les logiques éthiques contradictoires du droit international de la bioéthique</i>	p104
<u>§1. Le dualisme éthique au fondement du droit de la bioéthique : Éthique relativiste et Éthique objectiviste</u>	p106
A. Deux éthiques contradictoires	p107
1. Des postulats opposés	p107
2. Des logiques contraires	p108
<i>a. L'éthique relativiste et la logique procédurale</i>	p109
<i>b. L'éthique objectiviste et la logique substantielle</i>	p111
B. Le dualisme interprétatif du droit de la bioéthique : les agencements alternatifs et antinomiques des principes bioéthiques	p112
1. Des agencements alternatifs	p113
2. Des agencements antinomiques et critiqués	p114
<i>a. Des agencements antinomiques</i>	p114
<i>b. Des agencements critiqués</i>	p117
<u>§2. Les Déclinaisons logiques du conflit d'éthiques</u>	p123
A. Logique procédurale contre logique substantielle	p124
B. Logique subjective/logique objective	p127
C. Logique individuelle/logique Collective	p132

Section 2 : Les conflits de valeurs au fondement d'une typologie des conflits de droits	p141
<u>§1 : Les conflits de droits</u>	p144
<u>§2. Les différents types de conflits de droits</u>	p148
A. Les conflits directs : la conciliation des droits subjectifs, objectifs et collectifs	p150
1. Les conflits de droit subjectifs	p152
2. Les conflits entre un droit subjectif et un droit objectif	p153
3. Les conflits entre un droit subjectif et un droit collectif	p159
B. Les conflits par renvoi : l'ambivalence du rapport des règles substantielles et des règles procédurales	p165
1. Le rapport ambivalent entre des règles substantielles et procédurales du droit international de la bioéthique	p166
<u>a. La dualité de fonction des règles du droit international de la bioéthique</u>	p167
<u>b. Le rôle ambigu des règles procédurales : entre garantie et dénaturation des droits fondamentaux</u>	p168
2. Un conflit de droit induit par la contradiction entre les règles substantielles et procédurales	p174
Conclusion Chapitre 2	p179
Conclusion Titre 1	p181

TITRE 2 : LES CONFLITS DE NORMES ET LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES INTERNATIONAUX : LES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

p189

CHAPITRE 3 : LA BIOÉTHIQUE : UNE DISCIPLINE PROMOTRICE D'UNE APPROCHE SUBSTANTIALISTE DES CONFLITS DE NORMES JURIDIQUES

p189

Section 1 : Le cadre conceptuel des conflits de normes en droit international public	p190
<u>§1. Les normes du droit international et leurs interactions</u>	p191
A. Problème préliminaire : l'absence de hiérarchie des sources formelles des normes en droit international et l'absence de législateur centralisé	p191
B. Les normes du droit international et leurs propriétés	p193
1. Typologie fonctionnaliste des normes du droit international	p193
2. La normativité relative des normes juridiques internationales	p194
<u>a. La consécration du Jus cogens et des obligations erga omnes</u>	p194
<u>b. La fragmentation du droit international public</u>	p197
<u>c. La soft law</u>	p200
C. Les interactions entre les normes du droit international	p202
1. L'accumulation ou la réconciliation des normes	p203
2. Le conflit	p207
<u>a. Conditions préalables : le recoupement des champ d'application</u>	p208
<u>b. Le concept de conflit de normes : un problème de définition</u>	p210
<u>§2. Causes et natures structurelles des conflits de normes : des éléments de typologie</u>	p214

A. Les causes des conflits de normes	p214
B. Les différentes typologies des conflits de normes en doctrine	p217
Section 2 : La bioéthique et l'approche substantialiste des conflits de normes	p219
<u>§1. L'approche substantialiste des contradictions normatives</u>	p220
A. La prise en compte résiduelle des objectifs contradictoires des normes dans la définition du conflit de normes	p221
1. Le cloisonnement formaliste de la définition du conflit de normes	p221
<i>a. Approche fonctionnaliste formelle des normes et de leurs relations</i>	p222
<i>b. Le conflit conçu comme une contradiction antagonique</i>	p223
2. Les autres types de contradictions normatives du droit international	p225
B. L'approche substantialiste : un élément décisif de l'étude de la cohérence systémique du droit international	p226
1. Les faiblesses du jus cogens et du droit objectif	p228
2. Les contradictions non antagoniques ou « conflits potentiels » : des relations d'interprétation spécifiques	p229
<u>§2. Les contradictions normatives : facteur d'un changement qualitatif dans l'état du système juridique international</u>	p231
A. La contradiction : une passerelle entre les normes	p231
B. Des phénomènes d'émergence dans le système juridique international	p234
Conclusion Chapitre 3	p237

CHAPITRE 4 : LA CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES INTERNATIONAUX : ÉTUDE DES CONTRADICTIONS ENTRE LE SYSTÈME DES DROITS DE L'HOMME ET CELUI DE L'OMC p243

Section 1 : L'hétérogénéité des ensembles normatifs du droit international : comparaison du système des droits de l'homme et du système de l'OMC	p245
<u>§1. Hétérogénéité des structures formelles et institutionnelles des sous-systèmes du droit international</u>	p245
A. Le droit de l'OMC : un « Self Enforced Regime » (SER)	p247
B. Le droit international de la bioéthique : un non-SER	p253
<u>§2. Hétérogénéité matérielle et axiologique des sous-systèmes du droit international</u>	p258
A. Le droit de l'OMC et le droit de la bioéthique : des champs d'application différents, mais connectés	p258
1. Des champs spécifiques	p258
2. Des champs d'applications connectés	p260
B. Des objectifs complémentaires et contradictoires	p263
1. Les objectifs de l'OMC et du droit de la bioéthique	p264
2. Complémentarité et contradiction des objectifs des deux systèmes	p267
3. Une communauté axiologique partielle	p270

Section 2 : Les contradictions entre systèmes juridiques spécialisés : l'exemple des relations entre le droit de l'OMC et le droit international de la bioéthique p273

§1. Les contradictions de systèmes normatifs : des contradictions complexes et

<u>atypiques</u>	p275
A. Les conflits complexes	p275
B. Des conflits atypiques	p277
<u>§2. Aspect dynamique du développement de la contradiction entre droit de l'OMC et droit international de la bioéthique</u>	p281
A. L'OMC et le traitement de la contradiction systémique	p281
1. Le rôle de l'ORD vis-à-vis de la cohérence externe du droit de l'OMC	p281
<i>a. Une compétence limitée par les normes procédurales du système</i>	p282
<i>b. L'adoption d'une définition restrictive des conflits de normes</i>	p286
2. L'ORD : l'instance de régulation de la portée des exceptions générales aux principes du droit de l'OMC	p289
<i>a. L'ORD détermine les conditions de validité des exceptions générales</i>	p290
<i>i. La nécessité de la mesure incompatible : une condition spécifique à l'article XX a) et b)</i>	p292
<i>ii. Les conditions de validité communes à toutes les exceptions de l'article XX</i>	p298
<i>b. L'ORD interprète les concepts indéterminés pour circonscrire le champ des exceptions générales</i>	p303
<i>i. Les concepts indéterminés</i>	p303
<i>ii. L'influence des concepts indéterminés sur la portée des exceptions générales et sur l'attribution de la charge de la preuve</i>	p305
B. Le droit international de la bioéthique et l'OMC : une alliance institutionnelle	p309
<u>§3. Effet de la contradiction complexe droit de l'OMC/droit de la bioéthique sur le système juridique international</u>	p312
A. L'absorption : une figure aliénante de l'accumulation normative	p314
B. Les conséquences de la contradiction intersystèmes sur la structure et le fonctionnement de l'ordre juridique international	p319
Conclusion Chapitre 4	p323
Conclusion Titre 2	p329
Conclusion Partie 1	p337

PARTIE 2 : LES MÉTHODES DE NEUTRALISATION ET DE RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

p345

TITRE 3 : LA FONCTION DES PROCÉDURES EN DROIT DE LA BIOÉTHIQUE : LÉGITIMATION DES DÉCISIONS ET NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES

p347

CHAPITRE 5 : LES MÉTHODES PROCÉDURALES DE NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DANS LA PRODUCTION ET L'APPLICATION NON CONTENTIEUSE DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

p349

Section 1 : Les instances de la neutralisation des contradictions du droit international de la bioéthique

p351

<u>§1. Les comités d'éthique : institutions polymorphes de préparation et d'évaluation des contenus normatifs du droit de la bioéthique</u>	p354
A. L'institutionnalisation des comités d'éthique : des organes originaux et polymorphes	p355
1. La composition des comités d'éthique	p358
2. Le statut atypique et pluriel des comités d'éthique	p360
B. La fonction normative des comités d'éthique : l'élaboration et l'évaluation des contenus normatifs du droit de la bioéthique	p363
1. Le caractère provisoire des normes du droit international de la bioéthique	p363
<i>a. L'évaluation et la révision des normes du droit de la bioéthique</i>	p364
<i>b. L'expérimentation législative en matière de droit de la bioéthique</i>	p366
2. La fonction normative des comités d'éthique	p369
<i>a. L'évaluation, l'élaboration et l'adaptation des éléments normatifs substantiels et procéduraux du droit de la bioéthique</i>	p369
<i>b. Le consensus comme procédure décisionnelle</i>	p373
<u>§2. Les instances de la neutralisation procédurale des contradictions par l'interprétation et l'application non contentieuse des normes du droit de la bioéthique</u>	p378
A. Les autorités administratives indépendantes dans la régulation européenne des produits de santé : instances du contrôle non contentieux des normes du droit de la bioéthique	p380
1. Les agences sanitaires en Europe : un réseau concurrentiel de mise en œuvre des procédures européennes d'AMM	p382
<i>a. Les agences sanitaires : des autorités indépendantes administrant les procédures d'AMM</i>	p383
<i>b. La mise en concurrence des procédures européennes et des agences nationales par les acteurs contrôlés</i>	p387
2. Les fonctions quasi normatives et quasi juridictionnelles des agences de sécurité sanitaire	p391
<i>a. La fonction principale : L'application et l'interprétation non contentieuses du droit de la bioéthique</i>	p392
<i>b. La fonction latente : la neutralisation procédurale des contradictions normatives</i>	p394
B. La gouvernance invisible : Le rôle des comités de l'OMC dans l'interprétation des concepts indéterminés	p398
1. Le comité SPS : une structure administrative de mise en œuvre de l'accord SPS	p399
2. Les fonctions du comité SPS	p401
<i>a. L'échange d'information et la construction de la confiance entre les acteurs</i>	p401
<i>b. La promotion de l'harmonisation des normes nationales et internationales</i>	p404
<i>c. Les fonctions normatives du comité</i>	p406
Section 2 : La procédure comme technique de neutralisation des contradictions et de légitimation des décisions et de l'action publique dans la domaine de la bioéthique	p409
<u>§1. L'approche sociologique : la procédure comme système social</u>	p413

A. La participation de certains destinataires à la décision publique : un apport nécessaire et ambigu	p418
1 La nécessaire participation des destinataires de la décision publique aux procédures décisionnelles	p419
2 La fonction politique des participants aux procédures décisionnelles	p424
B. La procédure comme outil de neutralisation des contradictions	p428
1 la normativité disciplinaire de la procédure : outil de transformation de la personnalité des participants	p428
2 la dynamisation des conflits entre les intérêts et la neutralisation des contradictions éthiques	p435
<u>§2. Approche normativiste : la fonction duale des règles de résolution des conflits de normes</u>	p437
A. Typologie des règles de conflits de normes	p437
1. Les règles générales de résolution des conflits de normes	p438
2. Les règles spéciales de résolution des conflits de normes	p441
B. La fonction duale des règles de conflits	p445
1. La neutralisation anticipée des conflits potentiels	p445
2. La clôture autopoïétique des systèmes juridiques	p447
Conclusion Chapitre 5	p457

CHAPITRE 6 : LES MÉTHODES PROCÉDURALES PARACONTENTIEUSES ET CONTENTIEUSES DE LA NEUTRALISATION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES p461

Section 1 : Les procédures parajudiciaires de neutralisation des contradictions normatives : les Modes alternatifs de résolution des litiges p462

<u>§1. Présentation critique des modes alternatifs de résolution des litiges</u>	p463
A. Les différents modes alternatifs de résolution des litiges	p464
B. L'usage social des modes alternatifs de résolution des litiges	p467
1. La médiation dans le contentieux médical	p468
2. La pratique des États : les MARL dans le contentieux interétatique	p470
<u>§2. Les MARL : des mécanismes de déformalisation du droit et de neutralisation des contradictions normatives</u>	p472

Section 2 : La neutralisation des contradictions normatives au cours de la procédure judiciaire p479

<u>§1. Les limites à la compétence du juge en matière de contradictions normatives</u>	p480
A. Les limites structurelles à la compétence du juge en matière de contradictions normatives	p481
1. Les limites à la compétence du juge international	p481
2. Les limites constitutionnelles à la compétence du juge interne	p484
B. Les limites procédurales à la compétence du juge	p485
C. L'autolimitation d'opportunité	p490
<u>§2. Le Paradigme interprétatif de la rationalité du législateur et sa conséquence : la présomption d'absence de conflits normatifs</u>	p490
A. Le paradigme interprétatif postulant la rationalité du législateur	p491

B. La présomption d'absence de conflits normatifs	p496
Conclusion Chapitre 6	p505
Conclusion Titre 3	p509

TITRE 4 : LES PROCÉDURES JURIDICTIONNELLES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET LA RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS NORMATIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

p517

CHAPITRE 7 : LES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE RÉOLUTIONS DES CONTRADICTIONS INTERNES DU DROIT DE LA BIOÉTHIQUE

p519

Section 1 : Le juge comme acteur de la régulation des rapports entre les droits fondamentaux

p522

§1. La résolution in concreto des conflits de droits fondamentaux par le juge européen des droits de l'homme

p523

A. La procédure contradictoire : facteur d'explicitation des conflits de droits fondamentaux

p525

B. L'effet horizontal de la CEDH : la diffusion du contentieux relatif aux conflits de droits fondamentaux

p528

1. Apparition de l'effet horizontal et conflits de droits fondamentaux : une boucle de rétroaction/causalité circulaire

p531

2. Les obligations positives de l'État

p534

3. La Trilatéralité du litige horizontal devant la CEDH : une contrainte procédurale sur la réception du conflit de droits

p536

§2. L'enrichissement et la mise en cohérence du système des droits fondamentaux

p539

A. Le dialogue des juges

p542

1. la technique du renvoi à titre préjudiciel en droit communautaire

p544

2. Le dialogue informel entre les juges

p547

3. Les Parties devant la Cour : intercesseurs d'un dialogue indirect entre les juges

p553

B. La pluralité des objets du litige

p555

C Déformalisation et contextualisation de la décision judiciaire

p564

D. Les autorités attribuées aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : outil de la mise en cohérence

p568

E. La construction d'une typologie des conflits de droits fondamentaux

p572

Section 2 : La multiplicité des méthodes de conciliation des droits fondamentaux comme source d'insécurité juridique

p576

§1. Les diverses méthodes de résolution des conflits de droits fondamentaux

p577

A. La balance des intérêts

p577

B. L'examen de la proportionnalité des moyens de mise en œuvre de la restriction

p582

C. La marge nationale d'appréciation

p585

D. Autres méthodes

p589

1. L'utilisation d'un principe interprétatif « matriciel »

p589

2. Le concept de noyau des droits fondamentaux

p593

3. La hiérarchisation des droits : une méthode écartée par la Cour	p594
<u>§2. La combinaison dialectique des méthodes de résolutions des conflits de droits : une source d'incertitude et d'insécurité juridique</u>	p596
A. La combinaison de diverses méthodes au sein d'une même approche des conflits de droits fondamentaux	p596
1. Les critiques portées contre les différentes méthodes et leur combinaison	p598
<i>a. Les critiques contre la mise en Balance des intérêts</i>	p601
<i>b. Les critiques contre l'examen de la Proportionnalité de la mesure restrictive</i>	p603
<i>c. Les critiques contre la marge nationale d'appréciation</i>	p605
2. Les critiques portant sur la combinaison des diverses méthodes	p608
B. Approche délibérative de la balance des intérêts et représentation des intérêts : le tournant procédural vers une démocratie judiciaire	p611
1. La procéduralisation : une approche délibérative de la résolution des conflits de droits fondamentaux	p612
2. La représentation des intérêts devant le juge européen des droits de l'homme : La fonction des groupements d'intérêts collectifs	p614
<u>§3. Le système juridique de la protection des droits fondamentaux en Europe : un système dynamique non linéaire</u>	p622
A. La reconfiguration des relations entre les droits fondamentaux : une évolution source d'insécurité juridique	p623
B. Les problèmes épistémologiques engendrés par cette évolution du système des droits fondamentaux	p628
C. L'évolution du système européen de protection des droits fondamentaux vers l'Effectivité : une dynamique non linéaire	p631
Conclusion Chapitre 7	p639

CHAPITRE 8 : LES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE RÉOLUTION DES CONTRADICTIONS EXTERNES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE p645

<i>Section 1 : Des méthodes d'interprétation classiques et des règles de conflits de normes inadaptées pour une multiplicité de juridictions</i>	p648
<u>§1. L'inadaptation des règles de conflits classiques et des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités</u>	p649
A. Des méthodes générales et abstraites	p649
1. Les règles coutumières et conventionnelles de résolution des conflits de normes	p650
<i>a. Les règles de résolutions des conflits verticaux de normes</i>	p650
<i>b. Les règles de résolution des conflits horizontaux de normes</i>	p651
2. Une gamme d'effets divers attribués à la résolution des conflits de normes par les méthodes classiques	p659
B. Des méthodes fondées sur des critères objectifs et destinées à résoudre les antagonismes radicaux	p661
1. Des critères de résolution objectifs	p662
2. Des méthodes conçues pour résoudre les contradictions antagoniques	p663
<u>§2. De multiples instances juridictionnelles compétentes pour la résolution des conflits de normes</u>	p670

A. La CIJ : Une instance de résolution des conflits à compétence générale privée de contentieux relatifs aux conflits de normes	p672
1. La compétence générale de la Cour	p672
2. L'absence de contentieux relatif aux contradictions non antagoniques du droit international	p674
B. Les organes juridictionnels des SER : Acteurs principaux de la résolution effective des conflits de normes	p677
1. La compétence des SER : appliquer les normes de leur système de référence	p678
2. Une compétence incidente en matière de résolution des conflits de normes	p682
 Section 2 : La proportionnalité, une méthode commune de résolution des conflits de normes	 p684
<u>§1. La méthode de la proportionnalité devant les organes juridictionnels des SER : Variations autour d'une méthode commune</u>	<u>p687</u>
A. La pragmatique contextuelle et la proportionnalité devant les organes juridictionnels des systèmes juridiques spécialisés	p687
1. La pragmatique contextuelle comme œuvre de légitimation	p688
2. La banalisation du test de proportionnalité devant les organes juridictionnels des SER	p696
B. Des utilisations du critère de proportionnalité qui aboutissent à des résultats divergents	p700
1. Variations de la mise en balance des intérêts	p700
2. L'inversion du rapport entre principe et exception d'un système à l'autre	p703
3. L'analyse de la déformalisation par la théorie des contraintes de Kennedy	p712
<u>§2. L'utilisation d'une méthode identique : facteur de prévention des conflits de systèmes</u>	<u>p714</u>
A. Les droits fondamentaux : une interface entre les SER en droit international public	p716
1. Les droits fondamentaux vecteurs de la communication entre systèmes juridiques spécialisés	p718
2. Les droits fondamentaux : source des conflits entre systèmes	p721
3. Les droits fondamentaux enjeux des rapports de pouvoir entre systèmes	p726
B. Une méthode commune : l'illusoire prévention des conflits de systèmes	p735
1. Le risque de critériologies contradictoires dans l'utilisation de la proportionnalité	p736
2. La constitutionnalisation des SER	p743
Conclusion Chapitre 8	p753
Conclusion Titre 4	p761
Conclusion Partie 2	p769
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 p781
 INDEX ANALYTIQUE	 p789
 BIBLIOGRAPHIE	 p797
 TABLE DES MATIERES	 p881