

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Loïc AZOULAI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Donner des conclusions à cette Journée est tâche doublement impossible. Impossible de conclure tant la matière traitée fut riche et variée, et tant furent diverses les manières de l'aborder. Illégitimité à clore un colloque portant et, plus que cela, promouvant le « pluralisme juridique » si l'on prend au sérieux une expression dont la meilleure définition est peut-être qu'elle se rapporte à un effort d'invalidation du pouvoir du dernier mot, c'est-à-dire à une tentative de suspension/suspicion du pouvoir du dernier interprète. Pas de dernier mot donc et, prenant certaines libertés, revenons aux premiers mots, écrits pour l'annonce de ce colloque. Il y a quelques mystères dans les mots de son titre. L'un d'eux est plus intrigant que les autres : celui de « charnières ». Car il a le mérite de nous plonger au cœur du paradoxe de cette journée. Comment des systèmes juridiques, dont nous supposons qu'ils sont des ensembles de normes juridiques reliées entre elles et reposant sur une source autonome, peuvent-ils admettre l'existence d'éléments de même nature placés en dehors d'eux et assurant cependant la communication entre eux ? Si les droits fondamentaux sont bien des charnières entre les systèmes, il s'ensuit que, faisant partie de ces systèmes, ils sont aussi déjà extérieurs à eux. Le paradoxe, c'est qu'une norme, fût-elle aussi éminente qu'un droit fondamental placé au sommet de la hiérarchie des normes dans un système donné, puisse, par-delà son appartenance exclusive à ce système, créer de la communication avec d'autres systèmes de droit. Les droits fondamentaux sont traités comme des objets paradoxaux, circulant entre les systèmes juridiques, forçant chacun d'eux à sortir de lui-même, les faisant communiquer entre eux. Dès l'annonce qui inaugure ce colloque, les participants auront donc bien perçu que ce qui intéresse ses organisateurs, ce n'est pas tant le problème de la nature et du statut des droits fondamentaux ni même tellement celui des coopérations formelles ou informelles entre leurs autorités d'application, mais plutôt le problème de *la communication juridique*. Nous interrogeons les droits fondamentaux pour trouver ce qui dans les systèmes de droit contemporains les transporte hors d'eux-mêmes, les rapproche ou les éloigne d'eux-mêmes – je ne dis pas : les dépasse, car ce que nous cherchons est peut-être bien ceci : un principe de transformation des ordres juridiques qui ne gît pas en un ordre de valeurs transcendantes simplement posées là.

Il ne saurait être tout à fait hasardeux d'avoir fait le choix des droits fondamentaux pour servir de véhicules à cette communication. Nous savons qu'il y a sur la scène théorique actuelle d'autres candidats sérieux au rôle de véhicules

LOÏC AZOULAI

intersystémiques : pensons aux principes du droit économique mondialisé, les droits universels de la libéralisation des marchés, ou aux principes généraux d'un droit administratif globalisé, garanties communes à tous les Etats de droit. Une grande partie de la pensée juridique contemporaine est à la recherche de l'inter-juridicité, mais tous les auteurs n'ont pas fait le choix du même instrument. Si l'on est prêt à admettre que le choix retenu par nos contributeurs n'est pas seulement l'effet d'une spécialisation disciplinaire, alors il faut se demander : en quoi les droits fondamentaux, prérogatives essentielles à la protection des sujets de droit et à leur coexistence dans une société bien ordonnée, sont-ils les instruments privilégiés d'une communication entre systèmes juridiques ? Mais aussi, dès lors : quel type de communication est engendré par ce genre de règles ? Quelle forme de communication impliquent-ils et pour qui ?

I. LA CHARNIERE ET L'ANCRAGE

Le problème des droits fondamentaux tels qu'ils ont été envisagés dans cette journée est qu'il est demandé aux contributeurs de rendre compte à la fois : de la manière dont ils occupent une place formelle éminente dans la hiérarchie des normes de leur ordre d'appartenance ; de la manière dont ils se trouvent eux-mêmes assujettis à d'autres exigences, parfois de même nature, parfois de nature différente, dans les ordres concurrents ; de la manière dont ces règles et les ordres auxquels elles appartiennent communiquent les uns avec les autres ; des conditions dans lesquelles, dans certains cas comme dans celui de la jurisprudence de la Cour internationale de justice, bien qu'étant reconnus comme des normes fondamentales dans leur ordre, ils ne reçoivent pleine application que dans des ordres concurrents. Quels caractères de règle juridique peuvent permettre de rendre compte d'une telle série de phénomènes contradictoires ? Il paraît ressortir des contributions présentées que les droits fondamentaux peuvent prétendre à représenter cet objet problématique à deux titres bien distincts.

Au titre d'abord de leur prétention à constituer des « règles universalisables ». Prétention de règles universalisables, plutôt que nature de biens universels ou simplement valeurs, qui apparaît cependant profondément ambivalente. Les études présentées dans cet ouvrage montrent que l'interprétation et l'application des droits fondamentaux donnent lieu d'abord à des phénomènes d'ancrage, avant de jouer le rôle de charnières. Les droits fondamentaux sont affectés d'une identité (historique, constitutionnelle, nationale) particulière. Ils sont enclos dans des énoncés dont les autorités instituées par l'ordre auquel ils appartiennent s'estiment les seuls interprètes autorisés. Ils sont souvent chargés d'une signification identitaire par les juridictions dont la fonction principale est, par titre constitutionnel ou par vocation institutionnelle, celle de les protéger. Ce qui arrive alors est d'autant plus frappant : c'est que ces règles subissent, dans de banales opérations d'interprétation, une épreuve d'universalisation. Epreuve qui est rarement fondée théoriquement : elle ne procède pas d'un consensus par recoupement ou d'une fondation intersubjective ; elle relève plutôt d'une sorte de spontanéité interprétative. Certains de nos auteurs ont parlé de « pragmatisme interprétatif ». Ici et là, en des régions éloignées, reviennent des conflits

LES DROITS FONDAMENTAUX : CHARNIÈRES ENTRE ORDRE ET SYSTÈMES JURIDIQUES

construits de manière analogue, reviennent des situations mettant en cause les mêmes intérêts fondamentaux, et pour lesquelles les mêmes catégories générales peuvent être mobilisées. C'est ce type d'expérience d'universalisation réflexive que font les cours régionales de protection des droits de l'homme, Cour européenne et Cour interaméricaine : l'on nous a donné, à leur propos, d'éloquents exemples d'échanges d'expérience et de transferts de qualification. Ainsi certaines juridictions trouvent dans les droits fondamentaux puisés à des sources extérieures des ressources de sens pour leurs propres énoncés, comme au Royaume-Uni où l'invocation du droit d'origine externe permet de redécouvrir les droits de *Common Law*. D'autres se servent de ces ressources comme des arguments pour la réaffirmation d'équilibres sociaux ou de valeurs proprement internes, ainsi que l'atteste le cas nord-américain.

A vrai dire, de telles expériences ne peuvent avoir lieu qu'à deux conditions qu'il faut rappeler. La première est qu'il se trouve un conducteur de sens : un organe, un juge, qui cherche à identifier le problème commun à des ordres différents et accepte de le formuler en termes de droits fondamentaux. Or, il peut y avoir, nos auteurs l'ont montré, soit indifférence des organes concernés à l'égard des ordres étrangers et des problèmes qu'ils traitent soit controverse sur la légitimité du juge à s'engager dans de telles recherches. La seconde condition est que soient conservés aux droits fondamentaux la qualité de catégories générales et, en quelque sorte, mobiles : *res nobilis*, mais *res mobilis*. Figés en valeurs nationales et immobiles, les droits fondamentaux perdraient tout potentiel de réflexivité, et toute comparaison de sens deviendrait interdite, il serait aisé d'en trouver l'illustration dans beaucoup des droits étudiés dans l'ouvrage.

Mais il y a une autre manière de faire des droits fondamentaux les moyens adéquats d'une communication entre systèmes juridiques : c'est de leur reconnaître le caractère de « règles relationnelles », structurées comme des rapports entre normes. La structure relationnelle se conçoit ici de deux manières : d'une part, les droits fondamentaux sont généralement tenus pour des règles de protection minimale, susceptibles de dépassement par des règles de protection supérieure, ce qui est parfois formalisé dans un principe de coexistence de sources de protection d'origines distinctes, tel que le prévoient par exemple les articles 53 de la Convention européenne des droits de l'homme et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; d'autre part, ils sont entendus comme des règles capables de supporter des limitations, dont la portée est établie en fonction des circonstances de chaque espèce, sans pour autant de ce fait s'annuler devant une règle contraire. Ces deux caractères complémentaires attesteraient la nature « ouverte » et « pondérable » des droits fondamentaux que Robert Alexy nous a habitués à associer à tout principe. La catégorie des principes permet, en apparence, de mettre en contact immédiat des normes d'origines différentes et, dès lors, d'envisager la distinction des ordres juridiques sous les traits d'une grande opération de conciliation entre principes. L'« espace des droits fondamentaux » est un espace de transaction qui n'a pas le souci des origines.

LOÏC AZOULAI

La dogmatique des droits fondamentaux peut donc se comprendre comme l'inventaire des techniques qui transforment des règles en rapports : disons des « charnières ». Mais, là encore, il ne faut point oublier l'ancrage. Les rapports de normes s'inscrivent toujours dans des contextes institutionnels et procéduraux particuliers. La garantie des droits est assurée « *dans le cadre de la structure et des objectifs* » de chaque ordre particulier, par des organes juridictionnels conscients de leur pouvoir. Il n'en résulte pas seulement que les conflits de droits demeurent toujours un rapport de forces et le résultat d'un jeu de préférences. Il en résulte surtout que les équilibres entre droits s'établissent, dans chaque ordre, en fonction de contraintes liées à des règles de compétence, à des contextes procéduraux et à des « registres normatifs » ainsi que l'a rappelé l'un des auteurs de cet ouvrage. Droit individuel ou bien collectif, c'est souvent affaire de circonstances, de contexte et de point de vue.

II. LA COMMUNICATION ENTRE SYSTEMES JURIDIQUES

Ayant admis que les systèmes juridiques peuvent communiquer par les droits fondamentaux, reste à se demander de quel type de communication il s'agit. Nous sommes habitués, presque conditionnés, à une manière d'envisager cette question en termes de *rapports de systèmes*. Suivant cette représentation, les relations que chaque système entretient avec les systèmes étrangers sont déterminées de l'intérieur des systèmes eux-mêmes. Les systèmes juridiques ne communiquent pas entre eux à proprement parler, mais ils construisent des règles capables de refléter et d'assimiler le contenu des règles appartenant à des systèmes différents. Chaque système se dédouble et construit un jeu de miroirs où les règles étrangères qui se réfléchissent reçoivent leur portée du système qui les reçoit. Les rapports de systèmes se traduisent par la construction interne d'un système général de références et de renvois. L'accès à la norme juridique étrangère repose sur une expérience de dédoublement propre à chaque ordre. La contribution de Véronique Champeil-Desplats est une remarquable tentative de formaliser ce système de renvois.

Nous savons que cette construction revêt deux formes distinctes dans la dogmatique classique. D'après la représentation moniste, le droit étatique est un sous-ensemble du système international. Les règles externes contenues dans des actes internes s'incorporent en tant que telles dans le système national. Pour être direct et automatique, l'accès des règles externes n'en demeure pas moins l'effet d'une représentation propre au droit concerné. Les règles incorporées conditionnent alors la validité ou l'applicabilité des règles d'origine purement interne dans le même champ. Dans la représentation dualiste, il en va tout autrement : le droit étatique est formellement complet, mais il peut accepter de s'articuler au système étranger par un mécanisme de réception qui lui est propre. Les règles étrangères ne sont pas assimilées. Au mieux, l'Etat s'équipe de ses propres voies internes en vue d'éliminer les conséquences d'une contrariété avec les règles externes qu'il a jugées dignes d'être reçues. Au Royaume-Uni, le *Human Rights Act* est un bon exemple d'un équipement de la sorte, porté à sa plus grande efficacité.

LES DROITS FONDAMENTAUX : CHARNIÈRES ENTRE ORDRE ET SYSTÈMES JURIDIQUES

Quel peut être l'effet de l'intervention des droits fondamentaux dans l'usage de ces différentes mécaniques ? On a vu, tout au long de cette Journée, la distinction entre système moniste et système dualiste subsister. Mais l'on a observé aussi, chose remarquable, une certaine convergence dans les réactions des systèmes étudiés. Au contact des droits fondamentaux, chaque système tend, quel que soit son mode de représentation, d'un côté, à accroître son ouverture et, de l'autre, à consolider sa clôture, selon des voies et des modalités qui lui sont particulières. Ce qui nous frappe dans la lecture de cet ouvrage, c'est donc ce mouvement double et simultané, vers la reconnaissance de la règle externe en tant qu'elle est étrangère et vers la reconnaissance d'une identité de système en tant qu'elle est singulière. On peut le montrer à partir de quelques exemples, tirés des contributions de l'ouvrage. Un système s'ouvre lorsqu'il s'oblige à prendre en considération des sources externes de protection individuelle, en dehors même des règles de réception qu'il a établies. De tels cas se trouvent dans les jurisprudences de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis. L'arrêt *Omega* de la Cour de justice des Communautés européennes du 14 octobre 2004 est un cas exemplaire de prise en considération du principe de dignité de la personne humaine tel que consacré par le droit constitutionnel allemand et, surtout, selon la conception particulière que ce droit se fait de la protection due à ce principe plutôt que selon celle que la Cour a pris l'habitude d'imposer aux principes qu'elle reçoit. Un autre cas d'ouverture se trouve dans la recherche spontanée d'une équivalence entre systèmes de protection, sous forme d'une présomption générale d'équivalence comme en Allemagne, ou plus simplement sous forme de d'une correspondance entre certains droits choisis, comme dans la jurisprudence administrative française ou dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole.

Mais, à côté de ces cas d'ouverture, il y a aussi, et dans les mêmes systèmes juridiques, des manifestations de clôture sous la pression de la prise en compte des exigences tirées des droits fondamentaux. La clôture par indifférence ou par présomption de conformité du droit interne aux sources étrangères se rencontre dans les deux jurisprudences nord-américaines. Mais la présence des droits fondamentaux se manifeste surtout par des replis identitaires. Ce repli sur un fonds de normes supposé irréductible et incommensurable, décrit le plus souvent comme « identité constitutionnelle », est le corollaire de l'ouverture et de l'équivalence des systèmes de protection dans le grand espace pluraliste précédemment décrit. Autant qu'ils communiquent par la prise en considération de droits fondamentaux venus d'ailleurs, autant les systèmes juridiques réagissent à cette ouverture par des clauses de réserve protégeant les principes essentiels qu'ils considèrent comme reflétant leur singularité absolue. Aussi pareille réserve est-elle profondément ambivalente : elle constitue à la fois la défense d'un modèle et un mode d'expression de l'une des identités concourant à l'affirmation de valeurs communes. Chaque système prétend maintenir son identité, tout s'estimant forcé de faire une part aux exigences extérieures et communes. Ainsi s'interprète, par exemple, l'arrêt *Kadi* de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 septembre 2008 qui place le droit communautaire dans une position semblable à celle de tout système national vis-

LOÏC AZOULAI

à-vis du système international. Par cet arrêt, la Cour affirme que le droit communautaire est un droit souverain, et non une simple composante du système international, et qu'il dispose dès lors d'une légitimité à affirmer de manière singulière l'existence de valeurs communes et universelles.

III. DES RAPPORTS DE SYSTEMES A UN SYSTEME DES RAPPORTS

L'intervention des droits fondamentaux fait peut-être plus que perturber la représentation classique en exhibant les articulations entre systèmes. D'un mot, l'on pourrait dire que l'on est passé d'un problème de rapports de systèmes à l'émergence d'un système de rapports. Mais ce n'est là qu'une manière de dire. Ce système de rapports, c'est un système de textes et de formules qui circulent entre des organes étrangers les uns aux autres, une activité qui a lieu entre des interprétations qui se renvoient les unes aux autres. Il ne s'agit donc en rien d'un super système normatif, tiers par rapport aux systèmes juridiques existants, mais plutôt d'un système de sens qui s'établit principalement par renvois et par différences entre des énoncés jurisprudentiels produits par des ordres juridiques distincts.

Concrètement, il y a perturbation de la représentation classique des rapports de systèmes quand un juge renvoie à ou s'engage dans d'autres discours que ceux qui fondent sa compétence et sa légitimité. Il en est ainsi quand la Cour suprême des Etats-Unis se laisse « contaminée » par des mémoires produits par l'Union européenne dans une affaire *Lawrence* de 2003 ; quand les juges internationaux se laissent influencer par des textes qu'ils n'ont pas vocation à appliquer ; ou quand le Conseil d'Etat français ne sort de son rôle constitutionnel et prétend qu'il lui revient d'interpréter lui-même une directive communautaire conformément aux droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, dans une affaire *Conseil national des barreaux* jugée le 10 avril 2008. Il est vrai que, s'il le fait, c'est aussi que la Cour de justice a élaboré une doctrine de la « délégation » qui confère aux autorités nationales le pouvoir d'interpréter non pas seulement le droit national mais aussi bien les règles communautaires applicables dans un sens conforme aux exigences des valeurs communes aux ordres européens. Tout cela atteste une transformation profonde des relations entre systèmes, où ce qui compte n'est plus tant la signification originelle de la norme, ni même l'auteur de la norme interprétée, mais la position de l'interprète appelé à appliquer le droit invoqué : la juridiction la mieux placée, en fonction des circonstances, est celle qui lui donnera sa signification de norme. Cette signification sera affaire de place dans le système d'accueil tout autant que de contenu : quand la Cour de justice des Communautés européennes accueille les droits fondamentaux d'origine nationale, elle leur assigne une place qui peut être opposée à celle qu'ils occupent dans leurs systèmes d'origine : les droits sociaux, constitutionnellement protégés en Suède, sont reconnus en tant que droits protégés par le droit communautaire mais relégués au rang d'exceptions au principe de libre prestation de services, dans un arrêt *Laval* rendu le 18 décembre 2007. N'est-ce pas là, dans ce grand jeu de transformation et d'assignation, que l'on peut voir le « droit sans auteur »,

LES DROITS FONDAMENTAUX : CHARNIÈRES ENTRE ORDRE ET SYSTÈMES JURIDIQUES

évoqué par E. Dubout et S. Touzé en tout début de Journée, empruntant l'expression à S. Cassese ?

Reste que ce droit sans auteur a tout de même besoin d'un agent, fût-il anonyme : ce qui est décrit de part en part de cet ouvrage est une activité de juge, ce sont des jurisprudences qui interagissent. Pourquoi faire reposer tout le poids de la communication juridique sur des juges et des jurisprudences ? Voilà le grand impensé de notre Journée d'études. Il faut bien supposer qu'il doit se trouver en eux des ressources particulières, une aptitude à la communication et à l'intersubjectivité, les ressources d'une raison pratique universalisante. Il est vrai que ces ressources peuvent manquer aux acteurs politiques : le protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au Royaume-Uni et à la Pologne est là pour en témoigner. Mais certains juges les refusent tout aussi bien, le juge américain Scalia s'est distingué par cela. Jean-François Flauss a donc eu raison de réintroduire dans le débat les « éléments prosaïques » : c'est que beaucoup dépendra, en fin de compte, de la personnalité des juges et des communautés qu'ils accepteront de former.

Toute cette construction repose en dernière instance sur l'expérience de présupposés partagés, sur le présupposé d'un socle de valeurs communes. Ce présupposé forme un « cadre herméneutique » commun, ainsi que l'a qualifié Miguel Poiars Maduro. Mais, pour en reconnaître l'importance, il ne faudrait point oublier la grande leçon de Paul Ricœur : ce cadre, comme tout champ herméneutique, est « en lui-même brisé ». Car, si tout dépend d'interprétations, il n'y a pas de règles d'interprétation unifiante. A chaque autorité son interprétation, à chaque interprétation sa signification. Ce qui est à décrire n'est donc pas le socle des principes communs, mais le champ herméneutique lui-même et ses règles de structuration. Un champ est pluraliste non pas tant parce qu'il crée des valeurs disputables, mais d'abord parce qu'il renonce à la conceptualisation des problèmes juridiques en termes de rapports de systèmes, et qu'il conduit à considérer la structure concrète des relations entre systèmes plutôt que les termes complexes de ces relations. Or, la théorie pluraliste n'accède pas encore clairement à la compréhension de cette structure. Elle est au mieux, aujourd'hui, une justification des nouveaux rapports de voisinage que tend à développer le monde juridique contemporain ; on peut espérer qu'à approfondir son approche, ses concepts et ses présupposés, elle en devienne l'une des méthodes d'analyse.