

AVANT-PROPOS

Mireille DELMAS-MARTY

Professeur au Collège de France

Ce livre a l'immense mérite d'aborder de front les transformations qui affectent les ordres et systèmes juridiques. Le monde a en effet changé à mesure que les interdépendances se sont accrues, d'un bout à l'autre de la planète, marquant, plus encore qu'à l'époque de Santi Romano, le débordement des systèmes juridiques identifiés aux Etats. D'autant que l'on voit émerger de nouveaux ensembles (normatifs et/ou institutionnels), parfois qualifiés d'espaces comme « l'espace » Schengen ou « l'espace » Kyoto, mais trop incertains et instables pour être définis comme des ordres ou des systèmes. Si l'on évoque à tout propos le thème de la « gouvernance mondiale », rien ne semble annoncer l'émergence d'un véritable système juridique universel qui serait conçu, ou concevable, sur le modèle d'un Etat mondial. Dans cette période de transition, c'est donc le mouvement qu'il faut étudier. Mais comment s'aventurer à penser un ordre en mouvement ?

Sans craindre de relever un tel défi, les organisateurs Edouard Dubout et Sébastien Touzé ont introduit une approche dynamique que l'expression inattendue de « charnière », définie comme une « attache articulée », illustre de façon astucieuse. Comme le souligne d'emblée leur rapport, les droits fondamentaux sont des charnières entre les ensembles juridiques, car ils remplissent une double fonction, d'une part statique (de liaison et de rattachement) et d'autre part dynamique (de régulation des flux normatifs).

Pour nécessaire, et même urgente, qu'elle soit, la pertinence d'une telle démarche doit reposer sur l'observation de pratiques suffisamment diversifiées pour être significative. C'est pourquoi la première partie (« Les droits fondamentaux et l'autorité des systèmes juridiques ») invite le lecteur à comparer dans leur relation aux systèmes régionaux, la CIJ et les juridictions pénales internationales, puis, au niveau régional à méditer sur la réception de l'arrêt *Kadi* de la CJCE, ainsi que sur les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le système onusien ; tandis que la seconde partie (« Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques ») nous fait voyager à travers l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Royaume Uni, les pays d'Europe centrale et orientale, les Etats-Unis et le Canada.

Même si l'on peut regretter la localisation exclusivement euro-américaine des exemples choisis et l'absence de dispositifs juridiques transnationaux comme le droit du commerce, de l'environnement ou de l'Internet, la diversité des champs

AVANT PROPOS

d'investigation et la précision des analyses éclairent déjà l'objectif annoncé. Un objectif double car il s'agit non seulement d'observer les interactions entre les ordres ou systèmes juridiques, mais aussi de proposer, à partir de ces observations, une réflexion sur le rôle des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique, et plus précisément leur rôle « dans cet ordonnancement non hiérarchique du multiple ». Autrement dit, l'ambition des auteurs est de faire en sorte que ces « deux grandes réflexions juridiques jusqu'alors distinctes se rejoignent ».

Ainsi tracée, la démarche se situe nécessairement sur un plan à la fois formel et axiologique. A première vue, ce qui intéresse les organisateurs, comme l'écrit Loïc Azoulai en conclusion, c'est moins la nature et le statut des droits fondamentaux que le « principe de transformation des ordres juridiques qui ne gît pas dans un ordre de valeurs transcendantes simplement posées là ». Autrement dit, il s'agit principalement d'un travail sur le formalisme juridique. Et c'est d'ailleurs ainsi que l'a compris Miguel Poiars Maduro, rapporteur général introduisant la seconde partie. Pour évoquer « L'interprétation du droit communautaire », il la situe « dans le contexte du pluralisme constitutionnel », ce qui l'amène à privilégier, dans sa théorie de la décision juridictionnelle, la relation avec les ordres constitutionnels nationaux, et à postuler « une identité des valeurs essentielles » ; en revanche il n'évoque pas, au-delà d'une « attention mutuelle », d'éventuels conflits de valeurs avec la CEDH ou les institutions onusiennes.

Il est vrai que le plan formel est particulièrement important, dès lors que la validité paraît s'affaiblir à mesure que les systèmes de droit s'internationalisent, car l'internationalisation du droit n'est pas une catégorie, comme le droit interne ou le droit international, mais un mouvement qui les transforme l'un et l'autre, l'un par l'autre, et du même coup fragilise l'ordre juridique devenu interactif (donc imprévisible) et évolutif (donc instable).

Mais la notion même de « droits fondamentaux », allant des libertés publiques en droit interne aux droits de l'homme en droit international, introduit inévitablement un débat sur la validité axiologique : selon qu'il s'agit de « renouer avec une forme de droit naturel », ou de s'inscrire dans une histoire particulière, les droits fondamentaux portent en eux une contradiction apparente entre leur fonction identitaire, liée à la diversité des cultures juridiques, et leur fonction universalisante, voire humanisante, qui tend sinon vers l'uniformité, du moins vers un rapprochement, une harmonisation : d'où l'image de « l'ancrage » qui, ajoutée par Azoulai à celle de la charnière, lui permet de souligner cette contradiction.

Il souligne aussi, dans sa conclusion, que la référence aux droits fondamentaux n'est pas la seule façon possible d'ordonner ordres et systèmes. Dans ce « retour du juste », d'autres références sont concevables. Sont ainsi énumérés les « principes du droit économique mondialisé », les « droits universels de la libéralisation des marchés », ou encore les « principes généraux d'un droit administratif globalisé » et les « garanties communes à tous les Etats de droit ». On pourrait ajouter les droits de l'humanité, ou le devoir de protéger

LES DROITS FONDAMENTAUX : CHARNIÈRES ENTRE ORDRE ET SYSTÈMES JURIDIQUES

l'environnement et, plus largement, les biens publics mondiaux. Mais il s'agit là de valeurs soit mondialisées, soit universelles, soit globalisées, où la tension entre le relatif et l'universel est beaucoup moins visible. Or c'est précisément cette tension, voire cette contradiction, inscrite au cœur des droits de l'homme, qui leur donne un rôle clé dans la mise en relation des ensembles juridiques.

Encore faut-il observer que la contradiction ne peut être résolue par une approche purement statique des ordres et systèmes juridiques. Dans une telle perspective, l'ordre ne peut être qu'unifié et étatique, ou interétatique, et le pluralisme ne peut être qu'un pluralisme de juxtaposition, donc désordonné¹. C'est pourquoi il est parfaitement logique de rejeter comme « compulsivement ordonnateur » tout effort d'ordonnement et d'exclure toute prétention à fonder un ordre mondial sur les droits de l'homme ; ou de les cantonner à un rôle subsidiaire, dans un système faiblement ordonné où « le doute profite au droit international privé »². Le problème est que cette représentation ne correspond plus que très partiellement aux pratiques observées.

En revanche, une approche dynamique montre comment les droits fondamentaux, appliqués progressivement et approximativement, avec des marges 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. 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.

Mais la difficulté d'une telle étude est aussi sémantique car la terminologie n'est pas neutre : la métaphore des fondations, ou des fondements, qui sous-tend la dénomination de droits « fondamentaux », est à l'évidence statique et appellerait en effet d'autres images que les charnières. Pour mieux expliciter la « théorie pluraliste », l'approfondissement des concepts (suggéré en conclusion) ne suffira pas. Envisagés comme concepts fondateurs, les droits fondamentaux restent en effet « ancrés » dans le particularisme de chaque tradition juridique. En revanche, si l'on considère les droits fondamentaux comme des processus, non pas fondateurs d'un ordre mondial inexistant, mais transformateurs des ordres juridiques, nationaux et internationaux, ils ont incontestablement – qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore – un effet dynamique qui pourrait annoncer un renouvellement du formalisme juridique.

C'est pourquoi les deux plans (d'une part le plan axiologique qui renvoie à l'humanisme, de l'autre le plan formel qui évoque le formalisme) s'enchevêtrent. En analysant successivement les droits fondamentaux « vecteurs imparfaits de la construction d'une identité matérielle commune des ordres juridiques », puis les droits fondamentaux « remparts fragiles de la préservation d'une identité formelle singulière de l'ordre juridique », elle marque une double tension commun/singulier et matériel/formel. Mais pour saisir le pluralisme ordonné dans toute son ampleur, il faut aussi envisager l'hypothèse inverse : le cas où les

¹ Voir Mathias FORTEAU, « Plaidoyer pour un pluralisme désordonné »

² Voir Louis d'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé »

AVANT PROPOS

droits fondamentaux sont soit le rempart d'une identité matérielle singulière, soit le vecteur d'une identité formelle à vocation commune.

En d'autres termes, il faut admettre que la question du commun ne se pose pas seulement en termes de valeurs communes et d'identité matérielle autour de ces valeurs. Elle passe aussi par un renouvellement du formalisme qui est déjà à l'œuvre, comme en témoignent les divers processus d'ordonnement observables : coordination par entrecroisement, harmonisation par rapprochement, unification par hybridation³.

Il faut sans doute aussi considérer que le repli sur l'identité singulière d'un ordre juridique ne se limite pas à l'identité formelle. Il est fréquent, même à l'échelle européenne et *a fortiori* à l'échelle mondiale, que ce repli repose sur une identité matérielle qui renvoie à des valeurs purement nationales, comme le montre l'ampleur de la marge nationale d'appréciation reconnue par la CEDH dans certains domaines, notamment ceux qui touchent à la morale et à la religion. C'est dire l'importance du champ à explorer et la complexité des questions qui restent à résoudre.

Au-delà de ce livre, l'analyse appellerait sans doute un approfondissement de cette complexité qui semble inhérente à tout ordonnancement pluraliste : à la fois interactif et évolutif (voir notamment les exemples cités par Laurence Burgorgue-Larsen), le pluralisme ordonné rompt avec la simplicité (au moins théorique) d'un ordonnancement unifié, hiérarchisé et stable, tel qu'on le connaît dans le droit interne, que le droit international traditionnel ne remet pas en cause.

Le principal problème, bien repéré par la théorie des systèmes, est que la *complexité* affaiblit nécessairement la *complétude*, qui suppose un système de normes prises dans un ordonnancement strictement hiérarchique, et réduit inévitablement la *cohérence*, qui implique un ordre fait de valeurs homogènes. C'est la « loi des 3 C », dégagée du théorème de Gödel⁴ et transposée des ensembles mathématiques aux autres ensembles formels⁵ : plus la complexité augmente, plus la complétude (qui commande la prévisibilité) et la cohérence (qui en matière juridique conditionne la légitimité) diminuent.

Autrement dit, la complexité met en cause les deux propriétés - complétude et cohérence - qui caractérisent l'idéal des systèmes juridiques dans la conception moderne. Il est théoriquement possible de retrouver ces propriétés en revenant

³ Voir « Les processus d'interaction », in *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, pp. 39-138 ; *Les chemins de l'harmonisation pénale*, SLC 2008.

⁴ D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach, Les brins d'une guirlande éternelle*, Interéditions, 1985, p. 19 sq.

⁵ V. J.-M. CORNU, « Une régulation complète et cohérente dans un monde complexe, la tragédie des 3 C », in *Gouvernance de l'Internet*, coord. F. MASSIT-FOLLEA, Vox internet, rapport 2005, MSH, 2006, p. 119 ; M. DELMAS-MARTY, « La tragédie des 3 C », Préface in *Droit et complexité - Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, dir. M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PEDROT, Presses Université de Rennes, 2007, pp. 7-12.

LES DROITS FONDAMENTAUX : CHARNIÈRES ENTRE ORDRE ET SYSTÈMES JURIDIQUES

vers un système parfait et clos sur lui-même ; mais ce choix, préconisé par le courant « souverainiste », ou à l'inverse par le courant « universaliste radical », ne correspond pas aux pratiques actuelles dont l'observation révèle un souverainisme débordé et un universalisme à la fois impuissant et contesté. En pratique la complexité paraît inéluctable dans une vision que certains nomment déjà « postmoderne ». Quelle que soit l'étiquette, la complexité permet le pluralisme en préservant, sinon l'indépendance absolue, du moins une certaine autonomie des systèmes nationaux et en évitant à la fois l'intégration uniformisante – qui supprime toute diversité et implique un risque d'hégémonie – et l'absence d'intégration – qui laisse sans réponse pertinente les problèmes globalisés. La question est donc de savoir si la complexité n'empêche pas de parvenir à un véritable « ordre juridique » qui non seulement préserverait le pluralisme, mais conserverait au moins une partie des propriétés des systèmes modernes en se donnant les moyens de corriger l'incomplétude et l'incohérence. Plusieurs pistes sont déjà entrouvertes.

L'incomplétude peut être compensée par des principes, comme la subsidiarité et la complémentarité, et des techniques juridiques, comme la marge nationale d'appréciation ou l'équivalence fonctionnelle, qui permettent de réintroduire de la rigueur, de la prévisibilité et de la sécurité juridique, sans supprimer le pluralisme. Les travaux sur la logique floue qui repose sur la référence à une échelle graduée, montrent qu'à la condition d'être motivée dans son ampleur, et appliquée avec la même rigueur d'une affaire à l'autre, la notion de marge peut contribuer au renouvellement du formalisme⁶ : à défaut de conformité absolue, le contrôle doit alors porter, comme le souligne Miguel Poiares Maduro, sur la compatibilité.

Encore faut-il qu'il y ait un contrôle externe. Quand la marge nationale d'appréciation est accordée aux Etats par le juge international, par exemple la CEDH, le contrôle est exercé du dehors par le juge européen, de façon plus ou moins rigoureuse selon l'ampleur de la marge et la précision de la motivation ; en revanche quand les juges se reconnaissent à eux-mêmes (souvent de façon implicite) une marge, soit nationale, s'il s'agit des cours constitutionnelles, soit européenne, s'il s'agit de cours régionales comme la CJCE (par ex dans l'affaire *Kadi*), l'absence de contrôle externe crée le risque d'incompatibilité et finalement de désordre, par refus de toute hiérarchie.

Il est vrai que, notamment dans cette affaire *Kadi*, la référence aux droits fondamentaux de l'Union européenne peut être comprise comme une tentative pour réduire l'incohérence d'un ordre juridique qui impose simultanément aux Etats 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 UE et CESDH). En somme, pour améliorer la cohérence, on a sans doute besoin de ces jeux d'interprétations croisées. A condition d'être suffisamment encadrés, ils permettent d'articuler ordres et systèmes autour des

⁶ *Le flou du droit*, PUF, 1986 et préface à la deuxième édition, coll. Quadrige, 2004 ; M.L. IZORCHES, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction », RSC 2006. 25 ; également *Le pluralisme ordonné*, précité, pp. 96-07 et 273-274.

AVANT PROPOS

valeurs inscrites dans les instruments de protection des droits fondamentaux, mais aussi d'assurer l'équilibrage avec d'autres intérêts, comme la libéralisation des marchés.

Ce qui nous ramène au rôle des acteurs : en l'absence de tout Législateur mondial, la montée en puissance des juges, nationaux et internationaux, très présents dans cette étude, pose de façon aigue la question des garanties d'indépendance et d'impartialité. Elle invite aussi à la recherche de contre-pouvoirs, qu'il s'agisse des Etats, des organisations internationales, ou des acteurs non étatiques (opérateurs économiques, acteurs civiques et experts scientifiques)⁷. C'est dire l'ampleur du chantier ouvert par ce livre pionnier.

⁷ *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007.