

# ANNALES DE DROIT DE LOUVAIN

Les cadres du jugement juridique  
par Olivier De Schutter

Tiré à part du numéro

2 / 1998

REVUE TRIMESTRIELLE

# Les cadres du jugement juridique (\*)

par Olivier DE SCHUTTER

Assistant au Centre  
de Philosophie du Droit  
de la Faculté de Droit  
de l'U.C.L.

## Introduction

Les droits fondamentaux sont partout. Ils invitent les relations familiales à un voyage sans destination. Ils colonisent le droit des médias. Ils entrent dans les écoles et les prisons. Ils contribuent à codifier les rapports entre employeurs et travailleurs, et entre travailleurs et syndicats. Ils garantissent la sphère où l'individu conduit des activités intimes, mais également celles, publiques, où il s'épanouit en nouant des rapports avec autrui. Ils influencent les politiques d'immigration de nos États, aussi bien que la façon dont ils protègent l'environnement. L'hypertrophie des droits fondamentaux, la diversité toujours plus grande des situations auxquelles ils vont trouver à s'appliquer, constituent la grande lame de fond du développement contemporain du droit. Personne n'en aperçoit encore la fin. Et le juge, gardien de leurs promesses, reçoit entre ses mains un pouvoir dont l'extension récente est à la mesure de celle des droits qu'il a mission de garantir.

(\*) Conformément à la tradition de ces *Annales*, ce texte est une version écrite de la présentation orale qui a été faite de la thèse de doctorat soutenue le 27 mars 1998, sous le titre *Fonction de juger et droits fondamentaux*. Je remercie très vivement, pour la qualité de leur lecture et des interrogations qu'ils ont bien voulu m'adresser, les professeurs G. Horsmans, président du jury, J. Lenoble, promoteur de la thèse, J. van Compernelle et J. Verhoeven, membres du comité de lecture, F. Sudre et W. van Gerven, membres du jury. Alors qu'il en reprend bien quelques thèmes, le présent texte n'est absolument pas fidèle à la thèse dans son ensemble, qu'il m'a paru au-dessus de mes forces de résumer dans le nombre restreint de pages dont je dispose ici.



## CHAPITRE PREMIER. — Le jugement juridique comme pondération des intérêts

### Section I<sup>re</sup>. — Examen de proportionnalité et pondération des intérêts

La montée de la méthode de la pondération des intérêts a accompagné cette prolifération des droits, et la multiplication des contextes dans lesquels ils sont aujourd'hui invoqués. Certes, la référence à l'exigence d'un rapport de proportionnalité entre l'objectif que poursuit la restriction apportée à un droit fondamental et l'ampleur de cette restriction obscurcit-elle encore l'identité de la transformation à l'œuvre. Cette exigence se voudrait attentive seulement au rapport entre les moyens mis en œuvre et la fin poursuivie. Pourtant, elle-même doit s'inscrire dans le cadre d'une épreuve plus large, qui consiste à vérifier si un équilibre a été respecté entre l'ensemble des intérêts en présence. Cette épreuve déborde une conception purement instrumentale de la proportionnalité. Elle en renouvelle la signification.

C'est là une proposition essentiellement normative. Elle traduit le refus que l'invocation de tout intérêt public, même si celui-ci est légitime et apparaît en lui-même suffisamment important — correspondant à un « besoin social impérieux » dans le vocabulaire de la Cour européenne des droits de l'homme (1), à un « objectif d'intérêt général » dans celui de la Cour de justice des C.E. (2), ou bien à un « compelling state interest » dans celui de la Cour suprême des Etats-Unis (3) —, puisse justifier que soit apportée une restriction de n'importe quelle ampleur au droit en cause, pourvu que le même objectif ne puisse être réalisé par des voies apportant des restrictions moins sévères. La jurisprudence tend à admettre pour sa part qu'il n'est pas suffisant de vérifier l'admissibilité d'une restriction à travers une épreuve essentiellement instrumentale, portant sur la légitimité du but poursuivi, le

(1) Voy. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Worm c. Auriche* du 29 août 1997, § 47; arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, § 43.

(2) C.J.C.E., 13 juillet 1989, *H. Wachauf*, 5/88, Rec., p. 2609 (pt 18). Parfois la référence est beaucoup plus vague : l'arrêt *Hoechst* évoque des « raisons justifiées par la loi » (C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec., p. 2919 (pt 19)).

(3) Voy. par ex. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), ou *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978). Lorsque le caractère fondamental du droit en cause est moins clairement établi, un intérêt public simplement « important » ou « substantiel » peut suffire à justifier la restriction. Voy. par ex. *Central Hudson Gas v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) (liberté d'expression dans un contexte commercial).

caractère approprié des moyens choisis et la nécessité d'y recourir (4). Qu'il s'agisse ou non d'une exigence logique (5), la référence à une « substance » du droit garanti, à laquelle la restriction y apportée ne pourrait porter atteinte (6), ou bien même la définition explicite de l'examen de la proportionnalité comme exigeant du juge qu'il mette en balance les différents intérêts en jeu (7), traduisent en tout cas l'insuffisance d'une conception instrumentale du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux.

Deux phénomènes ont encouragé l'abandon de la conception instrumentale de l'examen de proportionnalité, et l'évolution vers un contrôle juridictionnel qui prend la forme d'une pondération des intérêts en présence. Le premier phénomène est celui de l'extension du champ d'applicabilité des droits fondamentaux aux rapports dits interindividuels, noués entre des particuliers plutôt qu'entre le particulier et l'autorité publique. Lorsque l'intervention reprochée à celle-ci vise à régler une situation de conflit de droits, la légitimité de l'objectif qu'elle poursuit ne peut être appréciée qu'au terme d'une mise en balance des droits en opposition : la référence à l'examen de proportionnalité ne suffit pas alors à définir la méthode du contrôle, puis-que l'appréciation de la légitimité du but poursuivi suppose au préalable la recherche d'un équilibre entre ces droits antinomiques (8).

Le second phénomène est celui du développement de l'Etat-providence. Imaginaire ou réel, le retrait de celui-ci auquel nous assistons depuis le début des années '80 nous aura du moins laissé en héritage, intacte, l'idée que les formes d'intervention étatique peuvent être multiples, diversifiées, et surtout qu'elles ne connaissent pas de limite naturelle ou donnée *a priori*.

(4) Est par exemple significative d'un glissement vers un examen contextualisé, qui prend la forme d'une pondération des intérêts en présence, l'évolution du régime de l'interruption médicale de grossesse en droit constitutionnel américain : comp. avec *Roe v. Wade*, précité, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), et *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

(5) En faveur d'une telle position, W. VAN GERVEN, « Het proportionaliteitsbeginsel », in : *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen. Een studie aangeboden aan prof. Dr. M. Storme*, Story-Scientia, 1995, p. 1.

(6) Pour des exemples : Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A n° 44, § 55 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guérin c. France* du 29 juillet 1998, à paraître, § 37 (les limitations au droit d'accès à un tribunal « ne peuvent (...) en restreindre l'exercice d'une manière ou à un point tels qu'il se trouve atteint dans sa substance même. Elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ») ; C.J.C.E., 13 décembre 1979, *L. Hauer*, 44/79, Rec., p. 3727, 3747 (pt 23) ; C.J.C.E., 10 janvier 1992, *R. Kühn*, C-177/90, Rec., I-35 ; C.J.C.E., 8 avril 1992, *Commission c. Allienne*, C-62/90, Rec., p. I-2575 (pt 23) ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *X c. Commission des C.E.*, C-404/92 P, Rec., p. I-4737 (pt 18).

(7) Cour eur. D.H., arrêt *C. c. Belgique* du 7 août 1996, §§ 31-32 ; à la Cour suprême des Etats-Unis, voy. ainsi *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 165 (1973).

(8) Voy. ainsi, par exemple, Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 47.

Cela jette la suspicion sur les justifications que l'Etat prétend donner des restrictions qu'il impose aux droits fondamentaux, lorsque ces justifications s'adossent à un contexte qu'il présente comme échappant à sa maîtrise. Sous le paradigme de l'Etat-providence, il devient de plus en plus difficile à l'Etat de prendre prétexte de certaines situations, afin de fonder sur la nécessité de les régler les restrictions qu'il apporte aux droits fondamentaux. Ces situations — indigence des plus démunis, encombrement du rôle des tribunaux, surpopulation pénitentiaire —, l'Etat a contribué lui-même à les créer ; à tout le moins, il aurait pu en empêcher la survenance en prenant à temps les mesures nécessaires : sous la seule réserve qu'elles aient été suffisamment prévisibles, l'on répondra à l'Etat qui avance des justifications fondées sur l'existence de telles situations qu'il lui revenait de remédier à ces situations derrière lesquelles, à présent, il prétend s'abriter. Si le contexte dans lequel a lieu l'intervention de l'autorité publique l'oblige à apporter une restriction à un droit garanti, alors que la restriction est d'une particulière ampleur, c'est dorénavant ce contexte qu'il va appartenir à l'Etat de modifier. Les interventions de l'autorité publique ne sont plus limitées à une liste finie des fonctions légitimes de l'Etat : celui-ci ne peut plus se réfugier derrière un contexte, dont il a la maîtrise, pour apporter des limitations aux droits dont il a la garde.

Ces deux phénomènes relèvent d'une même dissolution de la frontière entre le privé et le public, et dans l'abandon de l'idée qu'il existerait un rapport « naturel » de l'Etat à la société (9). L'internationalisation des droits de l'homme a eu sa part dans le rejet de cette conception du rôle de l'Etat, qu'on pourrait dire prépolitique. Elle a en effet contribué à faire apercevoir, notamment au juge international qui s'y trouve directement confronté, la diversité des formes d'intervention de l'Etat dans la vie économique et sociale. Ainsi va-t-on considérer avec méfiance les affirmations de l'Etat suivant lesquelles telle situation d'arrière-plan se serait imposée à lui, plutôt qu'il n'aurait à assumer la responsabilité de sa création.

Du syllogisme à la pondération des intérêts : telle est donc l'évolution que subit la fonction de juger, spécialement dans le domaine des droits fondamentaux (10). La métaphore de la balance (« balancing of interests ») a servi à décrire la pratique que cette évolution aboutit à nous assigner. Mais le droit a toujours été peuplé de métaphores qui, d'abord conçues pour libérer

l'esprit, finissent par l'asservir. Dû à la plume du juge B. Cardozo (11), l'aphorisme convient particulièrement ici. Non seulement parce qu'alentour, l'on constate de façon croissante, y compris même parmi les professionnels du droit, un scepticisme à l'égard de la motivation de la décision de justice qui prétend réaliser un équilibre entre l'ensemble des intérêts en jeu. Mais aussi parce que notre situation présente toutes les apparences d'un trilemme, dont aucune des branches ne peut vraiment nous satisfaire.

## Section II. — Le trilemme de la pondération des intérêts

On peut décrire la circulation entre ces branches à partir des différentes attitudes que le juge entretient vis-à-vis de la méthode à laquelle, à présent, il est tenu de recourir. La première branche du trilemme a son origine dans l'idée que la recherche d'un tel équilibre des intérêts en présence serait nécessairement subjective. Cette branche nous fait déboucher sur une forme de décisionnisme : dès lors qu'il rompt avec l'idée que la pondération des intérêts doit pouvoir prétendre à l'objectivité, la tendance du juge est de s'en remettre à son intuition, au détriment de la réflexivité de sa démarche. Au contraire, dès lors qu'il postule l'objectivité de la pondération des intérêts, le juge s'expose à emprunter la deuxième branche du trilemme : concevant son raisonnement comme l'aboutissement d'un calcul, d'un bilan ou d'une analyse des coûts et des bénéfices, il aboutit à subsumer sous une échelle commune des valeurs incommensurables, au détriment d'autres valeurs que sa technique de computation s'avère incapable d'intégrer. Enfin, le juge qui reconnaît la nécessité de rompre avec le décisionnisme, mais qui est conscient en même temps de l'impossibilité de faire figurer sous une échelle de mesure unique la diversité des intérêts en présence, est conduit à se replier sur une position formaliste dont, précisément, la pondération des intérêts devait le contraindre à sortir. Dans la troisième branche du trilemme, le juge renoncera à fonder sa décision sur la recherche d'un équilibre entre les intérêts en jeu, cette recherche étant jugée finalement illusoire : au terme d'une reformatisation de la pondération des intérêts, qui passe par l'établissement de typologies et de critères, le juge fondera plutôt son dispositif sur le respect d'une règle qui prétend anticiper, aussi bien sur l'identité de ces intérêts que sur leur poids respectif dans les situations litigieuses (12).

(11) « Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it » (*Berkey v. Third Avenue Railway*, 244 N.Y. 84, 94 (1926)).

(12) Cette reformatisation est excellemment mise en lumière, à propos de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, par R. NAGEL, « The Formulaic Constitution », 84 *Mich. L. Rev.* 165 (1985).

(9) Pour des développements, O. DE SCHUTTER, « 'State Action' et 'Drittwirkung' : du différend en droit », *R.I.E.J.*, n° 28, 1992, p. 73.

(10) Pour une analyse qui excède ce seul domaine, voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in : *Nouveau itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.



Ce trilemme se donne, ainsi, comme un cercle : il nous fait retourner au Modèle de la Règle dont la pondération des intérêts devait nous extirper (13). Mais la forme du trilemme importe au fond assez peu ; tenter d'y échapper est ce qu'il faut.

### Section III. — La méthode du jugement juridique et ses cadres

C'est afin de trouver une issue qu'il nous a paru devoir lier la réflexion sur la technique du raisonnement judiciaire, et notamment sur la place qu'y occupe la pondération des intérêts, à la réflexion portant sur la transformation des conditions procédurales dans lesquelles s'exerce la fonction de juger, sous l'influence de l'exigence d'effectivité. Il s'agissait par conséquent de compenser un doute, lié à la transformation de la *méthode* du contrôle juridictionnel, par une réflexion portant sur les *cadres* de ce contrôle. Ce déplacement requerrait de substituer, à l'étude des formules par lesquelles s'exprime l'épreuve de la balance des intérêts, une étude portant sur les dimensions procédurales de la fonction de juger — et à s'intéresser ainsi, plutôt qu'à ce qu'énonce le juge, à ce qu'il réalise en fait. C'est la thèse réaliste d'une pluralité des objets du litige qui a fourni le lien entre ces deux ordres de réflexions.

## CHAPITRE II. — La pluralité des objets du litige

La pluralité des objets du litige vient de ce que, même au contentieux des droits subjectifs, la garantie due au droit subjectif violé ou gravement menacé n'est pas en fait l'unique objet du litige. Celui-ci fournit encore au juge la possibilité de contraindre l'adversaire du titulaire de droits subjectifs

(13) C'est ainsi que l'on peut rendre compte de l'hésitation, relevée en doctrine, entre le « définitional balancing » et l'« *ad hoc* balancing ». Voy. T.A. ALENIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », 96 *Yale L.J.* 943, 948 (1987). Mais de nombreux auteurs, avant et après ALENIKOFF, ont formulé en des termes semblables le même dilemme que doit rencontrer la jurisprudence avec le recours au « balancing ». Voy. not. L. HENKIN, « Infailibility Under Law : Constitutional Balancing », 78 *Colum. L. Rev.* 1022, 1027-1028 (1978) ; M. NIMMER, « The Right to Speak from Times to Time : First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy », 56 *Calif. L. Rev.* 935, 942 (1968) ; J.H. ELY, « Flag Desecration : A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis », 88 *Harv. L. Rev.* 1482, 1500-1502 (1975) ; K.M. SULLIVAN, « Post-Liberal Judging : The Roles of Categorization and Balancing », 63 *U. Colo. L. Rev.* 293 (1992). Voy. aussi F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990, pp. 666-668 ; et, du même auteur, *La loi des juges*, Paris, éd. O. JACOB, 1997, pp. 224-225. On revient sur ce problème ci-après, au moment où l'on aborde les difficultés liées à la méthode de la pondération des intérêts (problèmes c) et d)).

qui se présente devant lui, au respect de l'obligation que lui impose le droit objectif. L'action en justice tend ainsi, non seulement au respect du droit subjectif invoqué par le demandeur, mais également au maintien de la légalité : introduite par le demandeur pour des motifs initialement égoïstes, dont la condition de l'intérêt à agir va d'ailleurs servir à vérifier la réalité, elle va bénéficier finalement à la collectivité des personnes qui, par rapport à l'adversaire, se situent dans un même rapport de droit. De plus, la solution qui sera donnée au litige va influencer la solution qui sera apportée ultérieurement à des litiges suffisamment semblables. Une telle répercussion en aval a lieu, quelle que soit la richesse ou la maigreur de la motivation de la décision de justice, et que l'on aille puiser la norme née de la solution donnée au litige dans l'énoncé de cette motivation (à partir des motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif) ou dans l'identification de la règle que le juge a suivie même tacitement (à partir d'une comparaison des faits de la cause avec le dispositif de la décision de justice). Ces différences séparent les différents modèles du précédent judiciaire. Elles confèrent à la doctrine du *stare decisis* son caractère manipulable. Elles ne mettent pas en cause la réalité de l'influence qu'exerce la solution donnée au temps t sur le litige au temps t + 1 : au contraire, elles illustrent la diversité des voies par lesquelles pareille influence s'effectue.

### Section I<sup>re</sup>. — Pluralité des objets du litige et argumentation juridique

Le droit subjectif, l'obligation qu'impose le respect du droit objectif, enfin le précédent judiciaire, constituent alors les trois objets du litige introduit au contentieux des droits (14). Un premier motif de nous intéresser à la question de la pluralité des objets du litige, c'est-à-dire d'adopter l'idée de cette pluralité comme grille d'analyse du matériau que fournit la jurisprudence, est qu'avec cette question s'ouvre le registre de l'argumentation qui se tient devant le juge. L'on pressent qu'il doit être possible d'analyser sous cet angle, d'un point de vue qu'on pourrait qualifier de structural, les arguments avancés par les parties. Ces arguments viendraient se répartir alors en trois catégories. Les uns prendraient pour point de départ la garantie du droit subjectif du demandeur en justice. Les autres envisageraient l'action en justice qu'il a introduite comme l'exercice d'une compétence visant à contraindre au respect de la légalité, dont le « contrôle » gagne à la « vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits », suivant l'expression fameuse par laquelle le juge communautaire fonde l'applicabilité

(14) A tenté de comprendre sous un angle proche la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : S. BANDES, « The Idea of a Case », 42 *Stan. L. Rev.* 227 (1990).

directe (15). Les autres encore, verraient dans l'action en justice l'occasion d'une transformation du droit, par la médiation de la doctrine du *stare decisis*. Il est facile à qui porte sur la jurisprudence un regard extérieur de mêler ces registres : son imagination ne peut qu'y gagner. Mais la position du juge est autrement délicate, lorsqu'à se situer dans tel genre de justification, il est conduit à une motivation et à un dispositif différents de ceux auxquels, s'il avait fait un choix différent, il aurait pu aboutir.

Notre impression est 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 objet (l'obligation imposée en vertu du droit objectif), et enfin au troisième objet (dans le genre de la cause significative, le précédent judiciaire). Parmi les éléments pertinents de ce contexte, figurent en tout cas 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 de la contestation ; l'identité de la juridiction devant laquelle le litige est porté — la valeur de précédents des décisions rendues par les juridictions supérieures pouvant conduire dans leur cas à un déplacement du centre de gravité du litige, l'interprétation jurisprudentielle dont le litige fournit l'occasion venant à en constituer l'enjeu véritable — ; enfin, 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*, venant par exemple encourager un déplacement de l'objet du litige, qui portera moins sur le droit subjectif que sur l'obligation qu'impose le respect du droit objectif, voire sur le précédent judiciaire dont la formulation est attendue du juge —. Une difficulté supplémentaire résulte en outre de ce que, si tel litige a bien un certain centre de gravité, celui-ci peut n'être identifié qu'une fois atteint un équilibre réflexif entre l'identification préalable de la question litigieuse et la réponse qu'elle reçoit : 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.

Ce premier motif de nous intéresser à la question de la pluralité des objets du litige est encore relativement mineur. Si cette question mérite de fournir le fil conducteur d'une étude de la jurisprudence, c'est surtout pour deux

(15) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Tariefcommissie*, 26/62, *Rec.*, p. 1.

autres motifs. Nous allons voir tout d'abord, que la pluralité des objets du litige permet de mieux définir les obstacles que rencontre aujourd'hui le recours à la méthode de la pondération des intérêts. Parfois, elle permet de contourner les difficultés que la méthode pose ; parfois, elle aide à identifier les difficultés qu'on pourrait avoir la tentation d'ignorer. Ensuite, nous verrons que la pluralité des objets du litige permet de relier la question de la méthode de la pondération des intérêts, qui concerne la motivation de la décision de justice, à la question de la transformation des procédures d'adjudication, qui concerne les modalités suivant lesquelles le litige s'achemine vers sa solution. Nous n'abordons dans la suite de ce chapitre que le lien entre pluralité des objets du litige et pondération des intérêts : c'est dans le chapitre consacré aux effectivités que l'on tentera de construire le lien avec la question procédurale de la représentation.

## Section II. — Pluralité des objets du litige et pondération des intérêts

On peut apercevoir l'utilité de la perspective que fournit la pluralité des objets du litige pour la compréhension de l'opération de pesée des intérêts à partir d'un rappel des obstacles que celle-ci rencontre. Pas moins de quatre obstacles se présentent. Les deux premiers obstacles peuvent être partiellement surmontés à travers l'idée de la pluralité des objets du litige. Au contraire, les deux derniers obstacles paraissent avoir leur source dans le fait de cette pluralité. Plus exactement, l'on prend la mesure de ces deux derniers obstacles si l'on tient compte du fait que la définition de l'équilibre entre les intérêts en présence prend appui, explicitement ou non, sur une norme dont l'application en une espèce déterminée va influencer la solution donnée à des espèces ultérieures — c'est-à-dire que ces deux obstacles n'apparaissent qu'en raison du troisième objet que comprend le litige.

### § 1<sup>er</sup>. — PONDÉRATION DES INTÉRÊTS ET PERSPECTIVISME

On peut qualifier de *perspectivisme* le premier obstacle sur lequel bute la méthode de pondération des intérêts. L'obstacle réside dans la circonstance que, lorsque les parties au litige diffèrent entre elles par la taille — la personne physique venant s'opposer, par exemple, à l'entreprise, au syndicat ou à l'Etat —, l'équilibre entre les intérêts risque de ne pouvoir être identifié qu'au détriment soit de la partie de plus grande taille (en quoi l'intérêt de la grande organisation ou de l'Etat pourrait-il être affecté de façon significative par la reconnaissance de l'intérêt de l'individu au respect de son



droit ?) (16), soit, plus généralement, de la partie de plus petite taille (com-  
ment l'intérêt de l'individu pourrait-il se voir reconnaître un poids suffisant  
pour que cet intérêt l'emporte sur celui de la grande organisation ou de  
l'Etat ?). La difficulté avait été aperçue, déjà en 1921 par R. Pound (17), et  
puis de façon plus explicite par L. Frantz et Ch. Fried, lorsque ces auteurs  
ont voulu rendre compte de l'émergence du « balancing of interests » dans  
la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis relative à la liberté d'ex-  
pression (18). On la voit surgir, dans de rares instances isolées, dans la juris-  
prudence (19). Le plus souvent, elle demeure ignorée : la solution qui lui est  
donnée est prise aveuglément, sur la base de la représentation intuitive que  
le juge entretient de l'enjeu du litige porté devant lui (20).

Dans la description que suggère la métaphore de la balance des intérêts,  
la difficulté qu'on vient de mentionner s'analyse classiquement comme por-  
tant sur le choix des éléments qui vont figurer sur chaque plateau de la  
balance (21). Le travailleur s'oppose à son organisation syndicale : faut-il

(16) R. NAGEL, « Liberals and Balancing », 63 *U. Colo. L. Rev.* 319, 322 (1992).

(17) R. POUND, « A Survey of Social Interests », 57 *Harv. L. Rev.* 1, 2 (1943) (étude initiale-  
ment écrite en 1921).

(18) *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 126 (1959). Voy. les commentaires de  
Ch. FRIED, « Two Concepts of Interests : Some Reflections on the Supreme Court's Balancing  
Test », 76 *Harv. L. Rev.* 755 (1963) ; et L. FRANTZ, « Is the First Amendment Law ? A Reply  
to Professor Mendelson », 51 *Calif. L. Rev.* 729, 747-749 (1963).

(19) Une illustration nous est fournie par la position de M. J.-Cl. Soyer, membre français de  
la Commission européenne des droits de l'homme, dans l'opinion dissidente qu'il a émise à la  
suite du rapport du 12 octobre 1989 que la Commission a rédigé sur l'affaire *Moustakim c. Bel-  
gique*. Selon M. Soyer, en se bornant à considérer la proportionnalité « au travers des répercus-  
sions, toujours individuelles, de la mesure d'expulsion sur le requérant », la Commission aurait  
construit une balance qui « ne comporte en réalité qu'un seul plateau » : à aucun moment ne  
seraient prises en compte « les exigences de l'ordre public, en ce que celui-ci serait considéré sous  
son aspect collectif, c'est-à-dire extérieur à l'individu que l'expulsion frappe » (§§ 3-4 de l'opinion  
diss.).

(20) Dans le vocabulaire de la psychologie cognitive, l'on dira ainsi que le juge ignore les  
biais qui affectent l'appréciation qu'il porte sur la situation portée devant lui, qui ont leur source  
dans la possibilité d'en effectuer des « cadrages » différents. Voy. gén. A. TVERSKY et D. KAHNE-  
MAN, « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice », in : J. ELSTER (ed.), *Rational  
Choice*, New York Univ. Press, New York, 1986, pp. 123-142.

(21) La même question se pose, même si l'on demeure dans le cadre, plus classique, de l'exa-  
men de proportionnalité compris comme épreuve purement instrumentale. Elle est alors de  
savoir si la nécessité de la mesure qu'elle doit être appréciée dans le cas d'espèce individuel,  
au regard de la situation propre de l'individu dont le droit subit une restriction, ou au regard  
de la mesure elle-même, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'une mesure générale, pour l'ensemble des  
cas d'application qu'elle recouvre. L'hésitation porte ici sur le degré de contextualisation que  
l'épreuve de la proportionnalité impose à l'auteur de la mesure qu'elle.

Un seul exemple l'illustrera. Dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown*, la Cour européenne des  
droits de l'homme aboutit au constat de non-violation du droit au respect de la vie privée des  
requérants, poursuivis pénalement pour des pratiques sado-masochistes, en considérant notam-  
ment que l'Etat peut prendre en compte « non seulement la gravité des dommages réellement  
causés (...) mais également (...) le préjudice potentiel inhérent aux actes en question » (arrêt pré-

mettre en balance l'intérêt du travailleur individuel et celui du syndicat ? Si  
c'est là préjuger la solution de la pesée des intérêts avant même de l'effec-  
tuer, faut-il mettre en balance l'intérêt de l'ensemble des travailleurs affiliés  
au syndicat avec l'intérêt de celui-ci ? Ou bien faut-il au contraire égaliser  
les intérêts dans l'autre sens, réduire donc l'intérêt du syndicat au lieu  
d'agrandir celui de son membre individuel, et mettre en balance l'intérêt du  
syndicat à apporter telle restriction déterminée à tel d'entre ses affiliés avec  
l'intérêt individuel de celui-ci, sans tenir compte de l'intérêt du syndicat à  
apporter la même restriction à l'ensemble de ses affiliés ?

L'idée de la pluralité des objets du litige invite d'abord à adopter ici un  
vocabulaire différent. A la référence au mythe d'une balance, qui réaliserait  
pour le juge la pesée dont il serait dispensé de devoir rendre compte lui-  
même, elle va substituer une discussion visant à délimiter les objets du litige.  
L'action que le travailleur introduit contre son syndicat réclame la garantie  
de son droit subjectif ; en même temps, elle réclame du syndicat qu'il res-  
pecte pleinement les obligations que lui impose le droit objectif, et elle est  
ainsi non seulement au bénéfice du seul travailleur individuel, mais dans  
l'intérêt collectif des travailleurs, affiliés comme lui audit syndicat. Ce  
simple déplacement constitue déjà un gain de réflexivité. Il permet en effet  
d'envisager l'obstacle perspectiviste comme un conflit qui oppose les repré-  
sentations différentes que les parties entretiennent de l'enjeu du litige (22).  
Aux yeux du travailleur individuel, ce litige porte sur le respect de son droit  
subjectif ; au regard du syndicat, il porte sur la licéité d'une règle d'organi-  
sation interne ou d'une politique qui affecte, non seulement le travailleur  
qui a introduit l'action, mais également l'ensemble des affiliés, dont l'intérêt  
collectif peut-être requiert précisément ce dont le travailleur individuel se  
plaint. De façon caractéristique, le conflit entre ces « cadrages » différents  
d'une même situation implique que certains faits, pertinents pour une partie,  
sont dépourvus de pertinence pour la partie opposée. La question de savoir  
si la situation de l'ensemble des autres travailleurs est comparable à celle du

ciité, § 46). La nécessité de la restriction est ici évaluée au niveau de généralité auquel se situe  
la loi pénale ; elle est plus contestable si elle est étudiée du point de vue des requérants eux-  
mêmes, dès lors que « leurs blessures n'étaient pas graves et qu'ils n'avaient pas eu besoin d'un  
traitement médical » (*id.*).

(22) La controverse apparaît alors comme l'envisagement, dans un autre contexte, D. Schön et  
M. Rein. Ces auteurs prennent les positions adoptées par différentes parties dans une contro-  
verse comme « resting on underlying structures of belief, perception, and appreciation, which we  
call 'frames' : We see policy controversies as disputes in which the contending parties hold  
conflicting frames. Such disputes are resistant to resolution by appeal to facts or reasoned argu-  
ment because the parties' conflicting frames determine what counts as a fact and what argu-  
ments are taken to be relevant and compelling » (D. SCHÖN et M. REIN, *Frame Reflection.  
Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies*, New York, Basic Books, 1994, ici  
p. 23). Sur les faits pertinents pour la solution du litige dans la perspective de la pluralité de  
ses objets, voy. ci-dessous, chap. III, sect. V, § 2.

requérant est, selon l'organisation syndicale, décisive. Elle importe peu en revanche au travailleur individuel : celui-ci peut refuser d'apercevoir pourquoi la restriction apportée à son droit pourrait être justifiée par la licéité d'une restriction identique, imposée aux droits d'autres travailleurs ; et il n'y a aucun motif de s'attendre à ce qu'il s'élève spontanément au-dessus de sa situation individuelle, pour atteindre une meilleure compréhension de ce qui est l'enjeu du litige pour l'ensemble des travailleurs que le syndicat regroupe (23).

L'obstacle perspectiviste a sa source dans la difficulté de régler le conflit qui oppose différentes façons de cadrer l'enjeu du litige. Mais le gain que représente l'idée de la pluralité des objets du litige va au-delà de cette seule lucidité supplémentaire. Car elle introduit en outre une exigence de réflexivité, dans l'identification des intérêts eux-mêmes. La métaphore de la balance des intérêts prend ces intérêts comme donnés, et comme lésés d'avance d'un poids qu'il suffirait au juge de reconnaître. Au contraire, si l'on se représente le litige comme comprenant plusieurs objets, dont chacun intéresse un cercle différent de personnes, l'on est conduit à une conception délibérative de l'opération de pesée des intérêts (24). Une telle conception prend acte de la capacité qu'ont ces intérêts de se réviser, une fois mis en contact dans le cadre du procès. Pareille révision est en effet encouragée, dès lors que les porte-parole des différents intérêts que le litige oppose sont invités, non seulement à tenir compte des intérêts que la partie adverse prétend mettre en avant, et de la nécessité de réaliser un équilibre entre ces intérêts en opposition, mais également des intérêts dont, en raison de la pluralité

(23) Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, précité.

(24) C'est une telle conception que préconise notamment F. Michelman (F. MICHELMAN, « The Supreme Court, 1985 Term — Foreword : Traces of Self-Government », 100 *Harv. L. Rev.* 4, 34 (1986) ; comp. M.J. RADIN et F. MICHELMAN, « Pragmatist and Poststructuralist Critical Legal Practice », 139 *U. Pa. L. Rev.* 1019, 1037 (1991), où s'exprime un changement de position). Dans sa monographie de 1986 cependant, cet auteur estime que la contextualisation qu'implique la pondération des intérêts présente l'avantage que la victoire ou la défaite d'une partie n'est jamais d'une grande ampleur, ne préjugeant pas le résultat d'autres conflits semblables (p. 34 : « The balancing test (...) solicits further conversation, by allowing for resolution of this case without predetermining so many others that one 'side' experiences large-scale victory or defeat »). Cette appréciation rejoint les récents travaux de C. Sunstein, qui l'ont conduit à préconiser le recours à une argumentation juridique aussi contextualisée que possible de façon à confier au législateur, plutôt qu'au juge, le soin de trancher les controverses majeures d'une société pluraliste (C. SUNSTEIN, « Incompletely Theorized Arguments », 108 *Harv. L. Rev.* 1733 (1995), et *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford Univ. Press, 1996). L'on doit pourtant répliquer à ces affirmations que la prise en compte du troisième objet du litige (l'élaboration d'une norme jurisprudentielle dont le litige fournit l'occasion), non seulement oblige les parties à une réflexivité dans leur argumentation dont elles seraient sinon dispensées, mais en outre peut résoudre le problème d'action collective qui a source dans l'opposition entre parties (sur ceci, voy. ci-dessous, p. 189).

lité des objets du litige, ils se découvrent les représentants. L'action qu'il introduit contre l'organisation syndicale dont il est membre érige le travailleur en représentant de l'ensemble des affiliés qui subissent la restriction dont il se plaint — mais peut-il seulement, alors, s'en plaindre de la même manière ? En outre, la solution qui sera donnée au litige que son action a entamée va guider la façon dont, à l'avenir, de semblables litiges seront tranchés, puisqu'elle va créer une présomption — au moins, une saillance — en faveur de la reproduction de la solution une fois adoptée : sachant cela, le travailleur peut-il maintenir la définition de son intérêt qu'il avait initialement donnée ?

Ces questions, l'idée de la pluralité des objets du litige ne prétend pas y apporter une réponse. Mais du moins incite-t-elle à les poser. Et l'on doit en souligner une conséquence spécialement remarquable : étant engagées, l'une et l'autre, dans la définition ensemble d'une norme commune — celle qui, sous la forme d'un précédent judiciaire, va émerger de la solution apportée au litige qui les oppose —, les parties sont contraintes de se transporter d'un rapport d'opposition entre elles à un rapport de coopération. Il s'agissait de rechercher un équilibre entre leurs intérêts opposés, en prenant appui sur un cadre supposé stable, qui permettait justement d'opérer la définition de cet équilibre : à présent les parties au litige se sont réappropriées ce cadre, elles prétendent saisir l'occasion du litige pour en opérer la révision de façon plus satisfaisante pour tous, et prévenir ainsi, autant que possible, la répétition du conflit qui vient de les opposer. Dans la distinction que propose M. Eisenberg (25), un tel déplacement conduit à substituer, au « by-product model » du précédent judiciaire, qui prend celui-ci comme un objet *dérivé* du litige, un « enrichment model », qui au contraire envisage le précédent judiciaire comme un objet du litige digne d'être considéré pour lui-même, directement et non de façon indirecte ou collatérale : la norme jurisprudentielle est analysée comme un bien public, dont la production suppose que les parties coopèrent entre elles et s'échappent de la situation du dilemme du prisonnier (26) où la contradiction du procès semblait devoir les placer. Or c'est en raison de ce déplacement qu'elle conduit à faire que la thèse de la pluralité des objets du litige permet de rencontrer, de façon homologue, le second obstacle qu'affronte la méthode de la pondération des intérêts.

(25) M. EISENBERG, *The Nature of the Common Law*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1988, p. 6.

(26) La théorie des jeux entend par là, à la suite de Luce et Raiffa (R.D. LUCE et H. RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, 1958), le jeu où la combinaison des stratégies purement individuelles des participants conduit, pour chacun d'eux, à un résultat suboptimal par rapport au résultat auquel ils pourraient parvenir en coopérant.



## § 2. — PONDÉRATION DES INTÉRÊTS ET INCOMMENSURABILITÉ

La doctrine qualifie d'*incommensurabilité* ce second obstacle. Dans la terminologie savoureuse du juge Scalia, il n'y a pas davantage de sens à s'interroger sur la question de savoir si tel intérêt public l'emporte sur tel droit de l'individu, qu'il n'y en aurait à se demander si telle pierre est plus lourde que telle ligne est longue (27) : la mise en balance des intérêts ne saurait prétendre à l'objectivité, dès lors qu'elle oppose des intérêts relevant chacun de sphères d'évaluation différentes, et dès lors dépourvues d'une norme commune d'évaluation.

A cette question classique (28), l'idée d'une pluralité des objets du litige doit permettre, encore, une tentative de réponse. Cette idée incite à une réappropriation explicite, par les parties que le litige oppose aussi bien que par le juge, de la norme qui sera dérivée de la solution finalement adoptée. Elle conduit ainsi à un déplacement de l'objet de notre quête : en raison même de cette incommensurabilité des intérêts qu'il faut mettre en balance, il ne va plus s'agir tant de *découvrir* lequel des intérêts en conflit a le poids le plus important, que d'*énoncer* explicitement l'aune à partir de laquelle ce poids sera déterminé, et le motif de préférer cette aune à une infinité d'autres possibles. La pluralité des objets du litige assigne aux parties dont les intérêts sont en conflit la mission de définir activement la norme sous laquelle, pour l'avenir, leurs rapports vont se placer. Dès lors, sans en nier aucunement la réalité, elle compense le fait de l'incommensurabilité. La difficulté de celle-ci, en effet, 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 ; 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 (29).

## § 3. — PONDÉRATION DES INTÉRÊTS ET LIEU DE DÉFINITION DE L'ÉQUILIBRE

Le troisième obstacle que rencontre la méthode de la pondération des intérêts a également sa source dans les perspectives concurrentes qui peu-

(27) *Bendix Autolite v. Miswesco Enters.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (opinion concordante du juge Scalia).

(28) Voy. par ex. C. SUNSTEIN, « Incommensurability and Valuation in Law », 92 *Mich. L. Rev.* 779 (1994), ainsi que le chap. 3 de son ouvrage *Free Markets and Social Justice*, New York, Oxford, Oxford Univ. Press, 1997 ; et le dossier qu'a consacré récemment à ce problème la *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, pp. 1169 ss. (1998).

(29) Une telle démarche se retrouve dans certains travaux de F. Schauer : F. SCHAUER, « Commensurability and Its Constitutional Consequences », 45 *Hastings L. J.* 785 (1994) ; et du même auteur, « Instrumental Incommensurability », 146 *U. Pa. L. Rev.* 1215 (1998).

vent être portées sur le litige, mais cette fois à partir des positions que suggèrent respectivement, d'une part, les situations individuelles des parties, d'autre part, la norme jurisprudentielle qui va se dégager de la solution donnée au conflit qui les oppose. La difficulté porte ici sur le lieu de définition de l'équilibre des intérêts en présence : ce lieu est-il l'instance individuelle, ou la norme qui sera issue de la solution donnée au litige ?

Le débat classique entre l'utilitarisme du cas d'espèce (*case-utilitarianism*) et l'utilitarisme de la règle (*rule-utilitarianism*) constitue la manifestation la plus connue de cette difficulté. Tandis que la première forme d'utilitarisme tend à maximiser les utilités en jeu dans la situation litigieuse individuelle, la seconde forme d'utilitarisme recherche la maximisation sur une échelle de cas litigieux, comprenant l'ensemble des situations figurant sous le champ d'application d'une norme (30). Mais l'opposition entre ces deux conceptions de l'utilitarisme n'est qu'un exemple d'une difficulté qui affecte, de manière générale, la démarche conséquentialiste elle-même.

En situant l'équilibre des intérêts dans la norme qui, estime-t-on, l'incarne le mieux, l'on va être conduit à assimiler la pondération des intérêts à l'application d'une règle pourvue d'une justification autonome, c'est-à-dire indépendante des conséquences qui résultent de son application *dans le cas d'espèce*. On se prive alors de la contextualisation à laquelle voulait inciter la méthode même de la pondération des intérêts. Et l'on risque de laisser subsister certaines règles sans possibilité d'en mettre à l'épreuve la validité, en dépit des conséquences contestables qui résultent de leur application et qui, lors de la formulation initiale de la norme, n'avaient pas été prévues. A cette conséquence paraissent devoir conduire les compréhensions de la fonction des règles dans le jugement juridique qui voient dans celles-ci des raisons d'agir de second ordre, de nature à écarter la prise en considération, par le destinataire, d'un spectre plus ou moins important de raisons d'agir de premier ordre, qui se présentent spontanément dans telle situation déterminée (31). Au contraire, à partir de la présomption que la justesse de la règle

(30) Voy. surtout J. RAWLS, « Two Concepts of Rules », *Phil. Rev.*, vol. 64, 1955, p. 2. De façon significative, Rawls exhibe cette ambiguïté de la démarche utilitariste en se fondant sur l'exemple que fournit la démarche du juge. Chargé d'une fonction d'application de la règle plutôt que d'une fonction de justification, le juge aurait à s'abstenir de rechercher une optimisation au cas par cas, car cela mettrait en danger l'optimisation sur l'ensemble des cas que la règle voudrait réaliser.

(31) C'est le reproche que l'on peut adresser à la philosophie pratique de J. Raz, qui ne conteste cependant pas que sa transposition dans le contexte juridique puisse requérir des adaptations (J. RAZ, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979). Voy. surtout sur cet aspect de sa pensée J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Princeton Univ. Press, Princeton, New Jersey, 1990 ; et « Reasons for Action, Decision and Norms », in : J. RAZ (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford Univ. Press, 1978, pp. 128-143. Pour une critique, St. PERRY, « Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory », 62 *S. Cal. L. Rev.* 913 (1989).

découlerait de ce qu'elle a émergé de la recherche, chaque fois contextualisée, de la solution d'espèce la meilleure, on s'expose à ce que la règle soit excessivement dépendante de l'ordre dans lequel ces différentes espèces ont trouvé leur solution (32) ; en outre, l'on se prive de la possibilité de prévenir la répétition du conflit, par la formulation affirmative d'une règle qui, fournie à l'occasion du règlement dont le conflit fait l'objet, indique les critères sur base desquels il sera tranché à l'avenir, et ainsi incite les personnes intéressées à modifier leur comportement afin d'en tenir compte (33).

Ici, on voit l'idée de la pluralité des objets du litige, non pas indiquer une voie par laquelle permettre à la méthode de la pondération des intérêts de contourner les obstacles qu'elle rencontre, mais plutôt permettre l'identification de ces obstacles, et de prendre l'exacte mesure de leur importance. Le juge ne peut ignorer que le point d'équilibre auquel sa mise en balance des intérêts va aboutir, va guider la recherche de l'équilibre dans d'autres instances où le même conflit se reproduit. En même temps, il ne peut prétendre opérer cette identification de l'équilibre à partir d'une prise de position *a priori* sur quel équilibre serait désirable, puisque, par définition, l'équilibre ne peut résulter que d'une appréciation *a posteriori* du poids respectif des intérêts en jeu dans le cadre du conflit dont il est saisi. Le jugement juridique que doit ainsi prendre la forme d'un jugement de compromis, entre l'existence de contribuer à la définition d'une règle satisfaisante à travers un nombre *n* d'espèces litigieuses, et l'exigence, antinomique avec la première, de fournir à l'espèce individuelle qui a donné lieu au litige la solution la meilleure toutes choses bien considérées.

#### § 4. — PONDÉRATION DES INTÉRÊTS ET STABILISATION DES ATTENTES

C'est très précisément cette tension qui constitue le dernier obstacle de la méthode de la pondération des intérêts, cette fois si l'on envisage cette tension du point de vue de ses conséquences pour les destinataires. Ceux-ci n'ont pas simplement un intérêt à ce que, lorsque telle restriction est apportée à leurs droits fondamentaux, le conflit soit tranché dans le respect du meilleur équilibre des intérêts en présence. Ils ont aussi intérêt à pouvoir

(32) Pour une formalisation de cette difficulté, qui tend à montrer que la succession de décisions *ad hoc* chaque fois optimales peut aboutir à un résultat sub-optimal, voy. C.C. VAN WEIZSÄCKER, « Notes on endogenous change of tastes », 3 *Journ. of Econ. Theory* 345 (1971).

(33) Sur ce point, F. EASTERBROOK, « The Supreme Court, 1983 Term — Foreword : The Court and the Economic System », 98 *Harv. L. Rev.* 4 (1985). Cette affirmation a suscité une controverse entre L. Tribe et F. Easterbrook (L. Tribe, « Constitutional Calculus : Equal Justice of Economic Efficiency ? », 98 *Harv. L. Rev.* 592 (1985) ; F. EASTERBROOK, « Method, Result, and Authority : A Reply », 98 *Harv. L. Rev.* 622 (1985)) ; la controverse ne paraît cependant pas affecter l'essentiel de la proposition de ce dernier, mais plutôt les modalités de sa mise en œuvre.

planifier leurs activités, et poser des comportements, en connaissant exactement les conséquences juridiques qui s'y attachent et les garanties qui les entourent.

C'est là ce qu'atteste la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle exige que la restriction apportée à tel droit garanti par la Convention européenne de sauvegarde non seulement soit conforme au droit interne, mais également ne soit imposée qu'en vertu d'une réglementation suffisamment accessible et précise, de manière à permettre au citoyen de prévoir, « en s'entourant au besoin de conseils éclairés (...), à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de la nature à dériver d'un acte déterminé » (34). Dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, le doctrine dite de la « vagueness », qui permet au juge de considérer contraire à la Constitution telle intervention de l'autorité publique en raison simplement de l'insuffisance de sa forme, indépendamment même de la question de savoir si le mode d'exercice de tel droit est constitutionnellement protégé, remplit cette même fonction (35). A travers l'exigence d'une précision suffisante de la réglementation qui apporte une restriction à un droit garanti, ces doctrines visent l'une et l'autre à éviter qu'une définition excessivement floue de la frontière entre le comportement permis et le comportement interdit — ou bien, dans d'autres contextes, entre l'activité susceptible de faire l'objet d'une mesure de surveillance et l'activité à laquelle une telle mesure ne peut au contraire s'appliquer (36) —, ne conduise à une forme d'auto-censure dans le chef des titulaires des droits garantis, rançon du « chilling effect » — de l'effet de dissuasion — que crée l'incertitude sur le régime juridique applicable : ainsi que le formule le juge

(34) Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A n° 30, § 49.

(35) La jurisprudence de la Cour suprême définit la doctrine comme requérant « that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory treatment » (*Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 357 (1983)). En doctrine, l'on signalera surtout R. Post, « Reconceptualizing Vagueness : Legal Rules and Social Orders », 82 *Cal. L. Rev.* 491 (1994), ainsi que J. WALDRON, « Vagueness in Law and Language : Some Philosophical Issues », 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994).

(36) La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi eu l'occasion de noter que, dans le cas particulier des mesures de surveillance secrète, « l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence. Néanmoins, la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance » : à défaut, la loi serait incapable de « fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire » (Cour eur. D.H., arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, Série A n° 82, § 67).



Marshall, la valeur d'une épée de Damoclès tient à ce qu'elle pende au-dessus des têtes, et non pas à ce qu'elle tombe (37).

Les obligations dont ces doctrines imposent le respect sont adressées initialement à l'auteur de la réglementation qui fournit sa base légale à la restriction apportée aux droits fondamentaux. Mais le juge, gardien de ces droits, ne peut quant à lui les ignorer. Il doit inscrire son ouvrage au sein d'une tension entre — d'un côté — la nécessité d'une contextualisation poussée de sa décision, attentive à réaliser un équilibre entre l'ensemble des intérêts en présence, et — de l'autre côté — la nécessité de fournir, aux titulaires de ces droits comme aux autres autorités, un cadre juridique suffisamment stable, qui rende possible l'exercice épanoui des droits fondamentaux. La méthode de la pondération des intérêts nous fait bien sortir d'une application rigide de la règle, à la fois irréaliste et indésirable par ses conséquences ; elle ne nous dispense pas pour autant d'être attentifs aux exigences de la sécurité juridique. Celle-ci était menacée jadis, par l'application mécanique d'une règle devenue inadaptée à des hypothèses que son auteur n'avait pas prévues ; elle l'est à présent, par une contextualisation de la décision de justice qui rend périlleuse toute anticipation sur le travail du juge (38).

Et il ne paraît nullement suffisant, ainsi que le suggérait K.N. Llewellyn (39) et aujourd'hui J. Habermas, de rencontrer cette menace par une conception différente de la sécurité juridique, reposant non pas sur la « sécurité de résultat », mais sur la certitude que « dans la procédure, ne seront décisives pour la décision judiciaire aucune raison arbitraire, mais uniquement des raisons recevables » (40). Une telle conception ne paraît pas pouvoir se substituer à la conception classique de la sécurité juridique tant que le juge se représentera sa fonction comme étant de faire application, à l'espèce qui lui est soumise, des règles qui préexistent à son jugement : l'in-

(37) *Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134, 231 (1974).

(38) Voy., par exemple, le point de vue qu'adoptent à cet égard les juges Baka et van Dijk dans leur opinion dissidente commune à l'arrêt rendu le 21 octobre 1997 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Boujlifa c. France* : il serait selon ces juges « souhaitable que la Cour abandonne son approche casuistique pour adopter une position claire sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les immigrés de la 'deuxième génération' constituent une catégorie particulière d'étrangers » et qu'elle précise que des raisons très sérieuses doivent être avancées pour justifier leur expulsion au regard du second paragraphe de l'article 8 (...). Nous regrettons que le présent arrêt n'apporte ni aux autorités nationales ni aux victimes potentielles de futures expulsions la certitude et la clarté auxquelles elles ont droit ».

(39) K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston-Toronto, Little, Brown & Co., 1960, p. 180.

(40) J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. fr. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997 (orig. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992), p. 242.

terprétation du droit étant une pratique éminemment collective, les théories qui prétendent la décrire présentent, en effet, une capacité auto-réalisatrice — les praticiens y adhèrent parce qu'ils les croient vraies, mais leur vérité vient justement de l'adhésion qu'elles obtiennent (41). En outre, une telle conception alternative de la sécurité juridique ne tient pas suffisamment compte de la difficulté qu'il peut y avoir à s'entendre sur ce qui constitue une « bonne raison », dans le contexte d'une société irréductiblement pluraliste, et que caractérise la coexistence de plusieurs mondes de justification (42) — dans les termes de Lyotard, l'hétérogénéité des jeux de langage (43). Enfin, elle suppose que l'objectivité de la pondération des intérêts peut résulter de la simple exigence procédurale d'une discussion, alors que les seules vertus de la discussion ne suffisent pas à rencontrer les obstacles qu'on vient d'indiquer : conflit entre des perspectives opposées portées sur le litige, incommensurabilité des intérêts en présence, coexistence de deux manières de définir l'équilibre entre eux suivant qu'on se place du point de vue de l'espèce singulière ou de la règle qui en sera issue.

## § 5. — CONCLUSION

On vient de rappeler quelques-uns des obstacles que rencontre la montée de la pondération des intérêts, spécialement dans la jurisprudence des droits fondamentaux où, notamment, la menace que la méthode fait peser sur la sécurité juridique est le plus gravement ressentie. L'énumération qu'on a faite est naturellement sommaire. Du moins illustre-t-elle que l'idée de la pluralité des objets du litige permet d'identifier ces obstacles, et parfois, de nous orienter vers la recherche de leur solution. Or, si le thème de la pluralité des objets du litige a guidé notre étude de la jurisprudence, c'est aussi parce qu'à travers la question de la représentation qu'il amène à poser, il permet de lier la discussion portant sur la méthode de la pondération des intérêts à la discussion portant sur la transformation des cadres du contrôle

(41) K. Llewellyn du reste, ne prétendait pas nier le poids qu'exerce, sur le raisonnement judiciaire lui-même, une représentation de la fonction de juger qui voit dans le jugement juridique un jugement déclaratoire du droit existant. Voy. K.N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », 30 *Colum. L. Rev.* 431, 450 (1930). Evoquant la conception traditionnelle, K. Llewellyn écrit que : « ... such a tradition contains a tendency to verify itself ». Les éconistes hétérodoxes offrent aujourd'hui la formalisation la plus achevée du concept de théorie auto-réalisatrice : voy. P.-A. CHIAPPORI, « Anticipations rationnelles et conventions », in : A. ORLEAN (dir.), *Analyse économique des conventions*, Paris, P.U.F., 1994, p. 61, spéc. pp. 69-74.

(42) Parmi les études classiques portant sur cet aspect de notre situation, voy. surtout M. WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983 ; L. BOLTANSKI & L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

(43) J.-Fr. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 1979.

juridictionnel. Les effectivités, amenant un brouillage de la distinction requise entre contentieux de la légalité et contentieux des droits, appellent la thèse de la pluralité des objets du litige. Mais elles font également surgir cette question de la transformation des cadres du contrôle juridictionnel. La pluralité des objets du litige fournit ainsi le maillon qui permet d'enchaîner la méthode du raisonnement judiciaire à ses contextes procéduraux.

### CHAPITRE III. — Les effectivités

On peut définir de façon un peu moins approximative cette fonction que remplit l'idée de la pluralité des objets du litige, en rappelant la destination de notre trajet.

Il nous faut réfléchir les moyens de compenser la déformalisation du droit par la transformation des procédures à travers lesquelles il est appliqué. Mais afin de définir les procédures qui sont souhaitables, et afin d'identifier les mécanismes qui, dans l'évolution que connaît aujourd'hui le contentieux des droits fondamentaux, paraissent mériter d'être approfondis, il nous faut d'abord identifier exactement les intérêts que la solution du litige va affecter. Prendre en compte la pluralité des objets du litige est une façon de progresser dans cette direction : d'une approche réaliste des effets du litige, l'on peut passer ainsi à une approche réaliste des représentations dont le litige doit être le siège.

#### Section I<sup>re</sup>. — Pluralité des objets du litige et représentation

En formulant l'exigence d'un lien entre l'identité des intérêts que la solution donnée au litige va affecter, d'une part, la représentation de ces intérêts dans les procédures à travers lesquelles la solution est adoptée, d'autre part, notre démarche s'inscrit à la suite des travaux de philosophie morale et politique dont l'ambition est de fonder la validité de la norme sur l'exigence que ses destinataires ont ou auraient pu, exerçant leur autonomie, vouloir s'y subordonner. La théorie du droit judiciaire n'est évidemment pas insensible à pareille exigence. Une des traces les plus visibles qu'y a imprimées la pluralité des objets du litige est d'ailleurs, de façon notable, dans la pluralité des effets qui sont reconnus à la décision de justice — autorité de la chose jugée, force obligatoire (à laquelle correspond en *common law* la doctrine du *collateral estoppel*), autorité de la chose interprétée. La coexistence de ces doctrines, au sein même du seul contentieux des droits, manifeste que les objets du litige sont pluriels. La différence entre elles, quant à leur degré de formalisation, révèle la hiérarchie implicite qui range ces objets. Mais ces

doctrines ont un point commun qui est fondamental, au sens premier du terme. Comme cela apparaît bien lorsque l'étendue de l'autorité de la chose jugée est limitée à ce qui a 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. En cet endroit, l'on voit la théorie du droit judiciaire rejoindre l'intuition de philosophie morale ou politique à laquelle on vient de faire allusion : la pluralité des objets du litige est un terrain propice à une telle intersection.

Plutôt qu'à travers les doctrines qu'on vient de rappeler, c'est à travers la question des effectivités que nous avons voulu souligner le lien entre l'identité des intérêts affectés par la décision de justice et leur représentation processuelle. La forme du pluriel convient aux effectivités, tant les manifestations sous lesquelles elles apparaissent sont diverses. Dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, l'exigence d'effectivité a conduit les juridictions fédérales à étendre leurs compétences, tantôt par rapport à l'Exécutif fédéral, tantôt par rapport aux autorités des Etats, afin de garantir certains droits fondamentaux en dépit des transformations de structure que cette garantie a paru requérir : tel fut le cas, spécialement, lorsqu'il a fallu réaliser l'intégration de la minorité Noire des Etats-Unis, dans les domaines scolaire, économique, ou politique (44) ; tel fut le cas également lorsque l'interdiction des traitements inhumains et dégradants — « cruel and unusual », ainsi que l'exprime la Constitution des Etats-Unis — a conduit le juge à se substituer aux autorités pénitentiaires, ou bien aux autorités étatiques ou fédérales dont la réalisation de pareilles réformes dépendait, afin de rendre les conditions de détention plus conformes aux exigences déduites de la Constitution (45). Ces interventions du juge fédéral américain se caractérisent par un souci d'adapter ses compétences à ce que requiert la garantie effective des droits placés sous sa garde, plutôt que d'accepter que ces droits subissent des restrictions, voire même se trouvent privés de garantie juridic-

(44) Voy. not. *Brown v. Bd of Educ.* (« *Brown I* »), 347 U.S. 483 (1954) ; *Brown v. Bd of Educ.* (« *Brown II* »), 349 U.S. 249 (1955) ; *Green et al. v. County School Bd.*, 391 U.S. 430 (1968) ; *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd of Educ.*, 412 U.S. 1 (1971) ; *Milliken v. Bradley* (« *Milliken I* »), 418 U.S. 717 (1974) ; *Milliken v. Bradley* (« *Milliken II* »), 433 U.S. 267 (1977).  
(45) Voy. not. *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678 (1978) ; *Pugh v. Locke*, 406 F.Supp. 318 (M.D. Ala. 1976), aff'd sub nom. *Newman v. Alabama*, 559 F.2d 283 (5th Cir.), rev'd in part and remanded sub nom. *Alabama v. Pugh*, 438 U.S. 781 (1978) ; *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981) ; *Lewis v. Casey*, 116 S. Ct. 2174 (1996).



tionnelle, en raison de l'impossibilité pour le juge de les garantir dans le cadre de ses compétences.

La jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes met en lumière le souci de celle-ci d'aller au-delà de la doctrine de l'applicabilité directe, et de se servir de l'instrument puissant de la réponse rendue sur renvoi préjudiciel afin d'imposer, non seulement que l'application du droit communautaire puisse prendre appui sur les procédures juridictionnelles mises à sa disposition par les ordres juridiques internes des Etats membres de l'Union européenne — telle est bien la définition de l'applicabilité directe —, mais encore que ces procédures soient adaptées, sur des points mineurs ou plus importants (droit de la preuve (46), protection juridictionnelle provisoire (47), responsabilité de la puissance publique (48), principes d'interprétation du droit interne (49)), afin de réaliser effectivement les promesses du droit communautaire. L'idée qu'il existerait, entre les mains de chaque juge en tant qu'il tire ses pouvoirs d'un ordre juridique postulé complet, un « droit commun » qu'il pourrait appliquer aux espèces dont il est saisi à défaut d'une règle plus précise applicable — c'est-à-dire l'idée d'une *lex generalis* que seraient incapables d'épuiser tout à fait les *leges speciales* plus particulières —, encourage non seulement l'extension de la doctrine de l'applicabilité directe (50), mais encore l'idée que, lorsque telle disposition procédurale régissant la compétence du juge fait obstacle à la pleine effectivité du droit communautaire, le juge pourrait procéder à une modification de la définition de ses propres compétences sans devoir attendre une intervention législative.

Enfin, quoique privée pour sa part du mécanisme du renvoi préjudiciel, la Cour européenne des droits de l'homme n'en a pas moins traduit dans sa jurisprudence l'exigence d'effectivité. Il faut en emprunter la description

(46) C.J.C.E., 8 novembre 1983, *Società San Giorgio*, 199/82, *Rec.*, p. 3595.

(47) C.J.C.E., 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433 ; C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415.

(48) C.J.C.E., 19 novembre 1991, *A. Francovich et al.*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-5357.

(49) C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, C-106/89, *Rec.*, p. I-4135.

(50) Pour des illustrations, puisées dans la jurisprudence relative à l'invocabilité des directives communautaires : C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.*, p. I-3941 ; ou C.J.C.E., 2 août 1993, *Marshall (« Marshall II »)*, C-271/91, *Rec.*, p. I-4367. Sur ceci, voy. Ph. ROPÈRE, « Sur les effets des directives du droit (social) communautaire », *R.T.D.E.*, 1991, p. 565. Une même démarche semble pouvoir caractériser les travaux de P. Pescatore. L'hypothèse d'un « droit commun » semble pouvoir rendre compte à la fois de la position de cet auteur sur l'applicabilité directe, d'une part, sur les extensions de la compétence de la Cour de justice des C.E., d'autre part. Voy. de cet auteur « The Doctrine of Direct Effect : An Infant Disease of Community Law », *E.L.Rev.*, 1983, p. 155 ; « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », *Kölnher Schriften zum Europarecht*, 1965, p. 520 ; et « Reconnaissance et contrôle judiciaire des actes du Parlement européen », *R.T.D.E.*, 1978, p. 581.

au vocabulaire du droit international public. On dira alors que la Cour a imposé aux Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde le respect d'obligations de prévention, venant doubler les obligations de résultat auxquelles ils étaient classiquement tenus. La violation de l'obligation de prévention constitue un délit d'événement, dont la réalisation suppose à la fois que l'événement à prévenir s'est réalisé et que l'Etat aurait pu l'éviter par un comportement différent (51). Alors que l'obligation de résultat impose à l'Etat de garantir tel résultat, ce dont l'Etat peut s'acquitter par exemple en ouvrant des voies de recours au particulier victime de telle violation de ses droits qui permettent d'en obtenir réparation (ce qui justifie la compréhension de la règle de l'épuisement des voies de recours internes préalable à la saisine du juge international comme règle de fond), l'obligation de prévention impose à l'Etat l'adoption de mesures raisonnables propres à éviter la nécessité même de réparer les conséquences de tel événement qu'il devait prévenir (ce qui conduit à comprendre la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme règle de procédure) (52). La superposition d'obligations de prévention aux obligations classiques de résultat conduit ainsi à imposer aux Etats parties à la Convention qu'ils procèdent à l'adaptation de leur droit interne : il leur faut adopter des mesures générales propres à garantir les personnes se trouvant sous leur juridiction contre le risque d'une violation de leurs droits (53).

Corrélativement dès lors, la Cour européenne des droits de l'homme invite à une extension des compétences des juridictions chargées, au sein des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, de garantir les droits et libertés que celle-ci énonce. C'est une telle invitation qu'adresse en effet la Cour lorsqu'elle impose le respect d'obligations dites « positives » à ces Etats. Ce développement ne signifie pas seulement que la Cour européenne des droits de l'homme dénie à ces Etats la possibilité de prendre prétexte de l'insuffisance des structures d'accueil de l'ordre juridique interne pour échapper au respect d'obligations internationales progressivement approfondies, affirmation qui va naturellement de soi dès lors qu'elle est

(51) *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, pp. 92-93. Voy. aussi R. AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, t. 68, 1939-II, p. 26, ici pp. 502-503.

(52) Comp., en ce qui concerne l'interprétation de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, la position de R. AGO (pour qui elle constitue une règle de fond : voy. son cours précité, p. 516) avec celle de Ch. De Visscher (pour qui la règle « affecte moins les conditions d'existence de la responsabilité que les conditions d'exercice de la réclamation » : Ch. De Visscher, « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 52, 1935-II, p. 368, ici p. 421).

(53) Parmi les arrêts marquants de cette évolution, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31 ; arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, Série A n° 32 ; arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, précité ; arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91.

faite par le juge international. Plus fondamentalement, l'émergence de la catégorie des obligations positives implique que le respect de la Convention suppose davantage que le fait de mettre à disposition des particuliers dont les droits ou libertés ont été violés des voies de recours propres à en effacer les conséquences : elle suppose, au-delà de mesures ponctuelles de réparation des droits ou libertés violés, l'adaptation des structures du droit interne, de façon à ce que soit écarté, pour l'avenir, le risque de violations. Pour autant que son ordre juridique interne veuille lui confier la garde des droits et libertés énumérés par la Convention, le juge interne voit s'étendre son pouvoir. Il pouvait réparer les violations portées à sa connaissance, dans les espèces individuelles qui lui sont soumises : à présent, il peut être tenu de se substituer au législateur ou à l'exécutif défaillants, lorsque ceux-ci n'ont pas pris les mesures générales par l'adoption desquelles l'Etat peut respecter son obligation internationale de prévention (54).

Sous l'apparence de leur diversité, ces phénomènes manifestent deux traits communs, d'ailleurs étroitement liés.

## Section II. — La rupture de l'interdépendance entre règles primaires et règles secondaires

Sur un plan théorique et général, ces effectivités peuvent s'analyser comme exprimant la reconnaissance de l'interdépendance entre les droits subjectifs garantis et les procédures à travers lesquelles en réclamer le respect, suivie d'un refus de subordonner la définition du contenu des droits aux limitations que ces procédures impliquent.

La conséquence naturelle de l'interrelation entre les règles primaires, définissant le contenu des droits et des obligations des destinataires, et les règles secondaires, codifiant notamment les modalités procédurales de leur sanction (55) — spécialement par la définition des compétences des juridictions chargées de garantir le respect des droits invoqués devant elles —, est de faire dépendre la définition du contenu des droits de l'étendue des compétences de ses juges. Les transformations dans la fonction de juger qu'a

(54) Les suites réservées à l'arrêt *Marckx* dans l'ordre juridique belge fournissent l'exemple peut-être paradigmatique de la difficulté qui en résulte. Voy. not. F. RIGAUX, « Le partage d'attributions entre le législateur et le juge », *R.C.J.B.*, 1987, p. 5 (note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 mai 1985, et Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 6 mars 1986) ; K. RIMANQUE, « De nakoming van Staatburgse beslissingen : een taak voor regelgevers en rechters », in : *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Veltz*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1349 ; et P. LEMMENS, « De moezame tenuitvoerlegging van het arrest Marckx in de Belgische rechtsorde », *N.J.C.M.-Bulletin*, 17/6, p. 673.

(55) Dans la terminologie de H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, 11th ed., 1981, p. 92 (trad. fr. M. VAN DE KERCHOVE et J. VAN DROOGHENBROECK, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, ici pp. 119-120).

impliquées l'exigence d'effectivité dans le chef des juridictions fédérales américaines, les restrictions progressivement apportées à l'autonomie procédurale des Etats membres de l'Union européenne par la Cour de justice des Communautés européennes, soucieuse d'assurer la garantie effective des droits attribués par l'ordre juridique communautaire, enfin le refus de la Cour européenne des droits de l'homme de restreindre la portée des obligations imposées par la Convention européenne de sauvegarde afin de préserver les ordres juridiques internes des Etats parties de bouleversements trop importants, et imposés au surplus, parfois, à l'initiative du juge — ces tendances manifestent une même ambition, où l'on peut puiser une définition de l'effectivité : à l'attitude qui consiste à ne reconnaître aux droits qu'une portée qui soit compatible avec les procédures à travers lesquelles leur respect est revendiqué, elles substituent en effet une attitude qui admet la nécessité de transformer ces procédures, afin de faire produire aux droits l'effet utile auquel ils prétendent.

L'effectivité rompt, ainsi, avec la forme de fétichisme institutionnel qui la précédait. Mais ses insuffisances en sont l'exact envers. Une fois que la définition du droit subjectif n'est plus puisée dans ce qu'il est possible d'obtenir de la part du juge, puisque ce qu'il est possible d'en obtenir peut toujours s'étendre pourvu qu'on accepte d'élargir ses compétences, cette définition s'ouvre : la question se pose alors de savoir comment la reformer — comment faire cesser la spirale qui, d'une définition du droit subjectif à présent autonome des modalités institutionnelles à travers lesquelles en garantir le respect, conduit à modifier ces procédures, pour en retour enrichir le droit subjectif de virtualités dont on ne pouvait le soupçonner détenteur. Nul mieux qu'O. Fiss n'a mis en lumière cette difficulté (56) : si l'on envisage l'adjudication comme l'opération consistant dans l'octroi de tel remède judiciaire à la suite du constat de la violation de tel droit, le remède judiciaire (la forme de l'obligation dont le juge impose le respect à la partie qui a commis la violation) constitue la conclusion d'un syllogisme dont le droit subjectif violé est la mineure, et la fonction de juger la majeure ; mais si la majeure cesse d'être stable pour devenir au contraire mobile, la conclusion ne peut plus découler, univoque, de la mineure — la signification que reçoit le droit subjectif n'est plus donnée d'avance, mais va trouver sa signification dans le litige, en fonction de l'interprétation que le juge va donner des compétences qu'il a reçues.

(56) O. FISS, « The Supreme Court, 1978 Term — Foreword : Two Forms of Justice », 93 *Harv. L. Rev.* 1, 47 (1979).



### Section III. — L'élargissement de l'intérêt, envisagé comme condition du droit d'agir en justice

D'autres difficultés peuvent être identifiées si l'on cherche à donner une interprétation plus précise de ces effectivités, qui concernent le droit d'agir en justice (57). Cette façon d'envisager les effectivités s'impose d'elle-même, puisque les phénomènes qu'on a rappelés conduisent les juridictions suprêmes des ordres juridiques considérés à admettre un élargissement des conditions de reconnaissance du droit d'agir en justice, y compris, là où la distinction mérite d'être faite, au contentieux des droits ; et par suite à imposer, aux juridictions qui leur sont subordonnées en droit ou en fait, un pareil élargissement.

Le sens de cet élargissement est très net : le droit d'action en justice doit être reconnu non seulement en vue de la garantie de droits subjectifs violés ou gravement menacés, mais également, dans certaines limites qui vont être identifiées progressivement, en vue de la préservation de la légalité, laquelle constitue une condition de l'exercice effectif des droits reconnus. Dans le vocabulaire que suggère l'idée de la pluralité des objets du litige, le centre de gravité du contentieux passe, avec cette dimension de l'effectivité, du droit subjectif à l'obligation qui en est la contrepartie. Le droit subjectif est considéré comme ne bénéficiant d'une garantie effective que si peuvent être sanctionnés, non seulement les violations qui en sont commises, mais encore les manquements aux obligations qui placent le titulaire du droit subjectif sous la menace permanente d'une violation, ou lui interdisent d'exercer son droit dans des conditions suffisamment favorables.

Dans la jurisprudence américaine, cet élargissement des conditions du droit d'action en justice a porté à la fois sur la délimitation temporelle du *locus standi* — soit sur l'exigence que l'intérêt à agir soit né et actuel au moment de l'introduction de l'action — et sur sa délimitation spatiale — soit sur l'exigence que l'intérêt à agir soit suffisamment direct et individualisé, c'est-à-dire la conséquence de l'illégalité localisée avec une précision suffisante —. Ce développement a été inauguré par des arrêts datant du début des années 1970, pour connaître un coup d'arrêt, sinon un certain

(57) Dans les paragraphes qui suivent, la terminologie choisie n'est pleinement adéquate que si elle se réfère au contentieux des droits subjectifs. La complexité de la définition des compétences de la Cour de justice des C.E. exclut que la même terminologie puisse toujours s'appliquer à cette juridiction. La place manque ici pour développer les transformations qui marquent, *mutatis mutandis*, le contrôle du juge communautaire.

reflux, avec les arrêts *Los Angeles v. Lyons* de 1983 et *Lujan v. Defenders of Wildlife* de 1992 (58).

L'évolution a été moins spectaculaire dans les ordres juridiques européens ; pourtant, ici aussi, une même tendance profonde est à l'œuvre. On peut en voir des manifestations dans l'interprétation large de ses compétences que fait la Cour de justice des C.E. lorsque telle paraît constituer la condition pour qu'une question litigieuse puisse lui être soumise (59), ou lorsque le requérant ne pourrait agir en justice afin de faire contrôler tel acte qu'en ayant pris le risque de subir telle conséquence préjudiciable, risque qu'il pourrait être dissuadé de courir (60). Dans ces espèces, l'affirmation de l'interdépendance et du caractère complet des voies de recours prévues par les traités instituant les Communautés (61) sert à la Cour de justice des C.E., plutôt qu'à refuser l'extension de telle voie de recours en raison de l'existence d'autres voies de recours susceptibles de servir la même fin (62), à admettre la recevabilité du recours introduit auprès d'elle ou de la question qui lui est posée par voie préjudicielle, afin de pouvoir garantir la « Communauté de droit » contre les illégalités qui la menaceraient.

De même, l'émergence des notions de victime « virtuelle » (63) ou « potentielle » (64) dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui subordonne à la vérification de la qualité de « victime » du

(58) *Association of Data Processing Services Organizations v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970) ; *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U.S. 669 (1973) ; *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) ; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 112 S. Ct. 2130 (1992).

(59) Voy. par ex. C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, *Rec.*, p. 1339 (recevabilité d'un recours introduit contre un acte du Parlement européen, en dépit des termes de l'article 173 du traité CEE qui paraissent exclure un tel recours) ; C.J.C.E., 22 mai 1990, *Parlement européen c. Conseil*, C-70/88, *Rec.*, p. I-2041 (pt 16) (s'apprêtant à juger recevable le recours en annulation du Parlement européen tendant à la sauvegarde de ses prérogatives, la Cour note que « les circonstances (...) de la présente affaire ont (...) fait apparaître que [les] diverses voies de droit prévues par le traité CEEA comme par le traité CEE, pour utiles et variées qu'elles soient, peuvent se révéler inefficaces ou incertaines ») ; C.J.C.E., 15 décembre 1995, *U.R.S.F.A. et al. c. J.-M. Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921 (et les concl. rendues le 20 septembre 1995 par l'avocat général Lenz, pts 112 à 116) (recevabilité de la question préjudicielle interrogeant la Cour de justice des C.E. sur la compatibilité avec le traité C.E. des clauses de nationalité contenues dans les règles des associations de football professionnel).

(60) C.J.C.E., 18 mai 1994, *Codorniu SA*, C-309/89, *Rec.*, p. I-1885.

(61) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, *Rec.*, p. 1339, *ici* p. 1365 (pt 23).

(62) Par exemple, C.J.C.E., 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, C-188/92, *Rec.*, p. I-833.

(63) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A n° 161, § 90. La Cour utilise parfois pour désigner la même réalité l'appellation de « victime potentielle » : voy. Cour eur. D.H., arrêt *Paez c. Suède* du 30 octobre 1997, § 29.

(64) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Klass et al. c. Allemagne* du 6 septembre 1978, Série A n° 28, § 34 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, Série A n° 45, § 41 ; Cour eur. D.H., arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, Série A n° 142, § 33 ; Cour eur.

requérant la recevabilité des requêtes introduites auprès d'elle, relève de ce même mouvement (65). Chaque fois, le juge a admis d'élargir la définition de ses compétences afin que l'action en justice puisse, non seulement contribuer à la réparation des droits subjectifs violés ou à la préservation des droits gravement menacés, ou encore à l'annulation des actes affectant directement et individuellement le requérant — mais encore, même à l'initiative d'un particulier qui remplit dès lors une fonction de ministère public décentralisé, à la garantie de la légalité.

Envisagée ainsi dans le cadre du contentieux des droits subjectifs, l'effectivité entraîne d'abord une modification du rapport entre le droit subjectif, d'une part, et l'intérêt, comme condition d'action du droit d'agir en justice, d'autre part. Au contentieux des droits où l'intérêt à agir était compris comme espoir de droit subjectif, il s'en détache progressivement : le droit d'agir en justice, qui accompagnait le droit subjectif revendiqué dont il constituait la garantie nécessaire, à présent se prête à une analyse qui le prend comme compétence octroyée au demandeur en justice par l'ordre juridique positif, de contribuer par son action à la préservation de la légalité. L'expression latine de *locus standi* désigne le lieu où la personne se trouve, et la métaphore géographique vient au renfort d'une conception de l'intérêt à agir qui le conçoit nécessairement comme à la fois *présent*, c'est-à-dire né et actuel, et *localisé*, c'est-à-dire direct et individuel ; avec l'effectivité, il faut au contraire réfléchir par-delà la séparation des individus, vers ce qui les rassemble et qui en rend possible la possible la représentation collective (66).

Il en résulte deux difficultés. La première difficulté est qu'avec cette évolution, l'intérêt se trouve assigné à l'ordre du *fait* : détaché du droit subjectif, l'intérêt est du même coup privé de toute consistance proprement normative — comme s'il était possible à l'ordre juridique positif, l'ayant puisé à l'extérieur de lui-même, d'en simplement constater l'existence, sans avoir

D.H., arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998, § 29. Comp avec Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, § 57.

(65) Voy. E. WYLER, « Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. suisse de dr. inter. et de dr. eur.*, 1/1993, p. 3.

(66) Voy. J. VINING, *The Coming Age of Public Law*, New Haven & London, Yale Univ. Press, 1978, p. 181 (qui commente ainsi cette évolution : « How easy it was to assume that the purpose of courts was the defense of property and that individuals were separate. A litigant argued from a spot that, because it was geographical, no two could occupy at once. [Today], standing means standing for, representing, and in this there is no suggesting of necessary exclusivity and property or of the separatedness of men »).

à assumer aucune responsabilité dans sa création (67). La deuxième difficulté est dans la *représentation* que le demandeur en justice assure, ou n'assume pas, ou bien dans la représentativité qu'on peut réclamer de lui : si son action tend, plutôt qu'à la seule garantie de son droit subjectif ou par-delà cette garantie, à contribuer au maintien de la légalité, cette action ne l'intéresse plus lui seul — puisque son action engage un groupe de personnes, au bénéfice de qui le droit objectif a imposé le respect de l'obligation qu'il réclame, et dont l'intérêt collectif peut différer de l'intérêt individuel propre du demandeur, ou de la conception qu'il s'en fait.

Afin de surmonter ces difficultés, il paraît nécessaire d'avancer dans deux directions. Il s'agit d'abord de réfléchir sur une nouvelle conceptualisation de la notion d'intérêt, dans la fonction que cette notion remplit dans la théorie de l'action en justice. Il s'agit ensuite de s'interroger sur les étages de la représentation. Nous envisageons ces deux directions, brièvement, dans cet ordre.

#### Section IV. — Entre le droit subjectif et l'intérêt : l'autonomie

Afin de combler l'écart entre l'intérêt, notion que l'objectivation du contentieux des droits conduit à reléguer à l'ordre du fait, et le droit subjectif, notion proprement juridique, nous proposons de puiser dans la philosophie morale et politique, mais afin que le droit puisse se la réapproprier, la notion d'*autonomie*.

(67) Dans la doctrine de langue française, l'assignation de l'intérêt à l'ordre du fait est, plutôt qu'une conséquence de l'objectivation du contentieux des droits, le résultat de l'émergence du contentieux de l'excès de pouvoir parallèlement à la forme plus classique du contentieux des droits. Le travail de H. Motulsky a consisté précisément à dépasser l'opposition entre la thèse « subjectiviste », suivant laquelle le droit d'action en justice et le droit subjectif revendiqué au fond sont intimement liés, si bien que l'intérêt, comme condition du droit d'action, n'a pas d'indépendance véritable par rapport au droit subjectif, et la thèse « objectiviste », suivant laquelle le droit d'agir en justice serait au contraire à comprendre comme le droit d'agir en vue de la préservation de la légalité. Cette querelle est demeurée jusqu'à présent placée excessivement sous la dépendance des phénomènes juridiques que ses participants observaient. Tandis que la thèse « subjectiviste » était en faveur avant que les recours pour excès de pouvoir ne se développent, la montée de cette catégorie de recours a conduit les publicistes à proposer une théorie générale du rapport entre l'action en justice et le droit subjectif qui était susceptible de l'intégrer. En présumant comme distincts l'un de l'autre le droit d'action en justice et le droit subjectif revendiqué au fond, H. Motulsky a voulu proposer une théorie capable tout à la fois de rendre compte de ce qui spécifie le contentieux objectif — où il y a bien un droit d'action en justice, mais où ne se trouvent pas revendiquées la reconnaissance ou la garantie d'un droit subjectif du demandeur —, et de sauver la notion de droit subjectif de la réduction objectiviste à laquelle M. Hau-rouri, et à sa suite L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1927), paraissaient le condamner (H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 215).



A partir des travaux consacrés en philosophie politique à cette notion, l'on est conduit à définir l'autonomie essentiellement à partir de deux critères (68). Premièrement, comme certains aspects nouveaux de la vie privée (*privacy*) comprise comme possibilité pour l'individu de rechercher les conditions de son épanouissement personnel, l'autonomie garantit l'individu, plutôt que contre les restrictions apportées à sa liberté individuelle, contre l'imposition de certains modes de comportement uniformes à travers l'ensemble de la collectivité : nous sommes rendus attentifs ainsi, plutôt qu'aux obstacles que rencontre l'individu dans l'exercice de ses libertés, aux incitations qui le conduisent à aligner ses comportements sur certains modèles afin de les y rendre conformes (69). C'est justement le risque d'une telle uniformisation que peut créer la violation des obligations qu'impose le droit objectif : indépendamment de la question de savoir si ce non-respect conduit à la violation de tel droit subjectif, il crée en tout cas un risque de violation, qui dissuade son titulaire d'exercer son droit autrement qu'en alignant son comportement sur celui observé alentour. Et c'est ce même risque qu'entraîne l'absence de réglementations ou l'existence de réglementations trop peu précises, sur base desquelles il sera par conséquent impossible à qui le pose d'anticiper les conséquences de tel ou tel comportement. Deuxièmement, le contenu de la notion d'autonomie n'est pas susceptible d'une définition *a priori*, d'où toutes ses virtualités pourraient se déduire (70). L'autonomie garantit l'individu dans l'exercice qu'il prétend faire de ses droits subjectifs, c'est-à-dire qu'elle exclut non seulement que ces droits subjectifs soient violés — la notion même de droit subjectif suffit à cet égard —, mais

(68) Dans la thèse *Fonction de juger et droits fondamentaux*, c'est cependant une définition plus complexe qui a été préférée. Elle a été construite surtout au départ de J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

(69) En doctrine, voy. surtout J. RUBENFELD, « The Right of Privacy », 102 *Harv. L. Rev.* 737 (1989). Cet auteur décrit ainsi le passage de la conception classique de la vie privée à la vie privée comprise comme garantie d'autonomie : « Past privacy analysis has taken the act proscribed by the law at issue (...) and asked whether there is a 'fundamental right' to perform it. But the fundament of the right to privacy is not to be found in the supposed fundamentality of what the law proscribes. It is to be found in what the law imposes » (p. 739), c'est-à-dire dans « its positive aspect : the real effects that conformity with the law produces at the level of everyday lives and social practices » (p. 783). Dans la même perspective : L. HENKIN, « Privacy and Autonomy », 74 *Colum. L. Rev.* 1410, 1425 (1974) ; J. FEINBERG, « Autonomy, Sovereignty, and Privacy », 70 *Moral Ideals in the Constitution ?*, 58 *Notre Dame L. Rev.* 445, 446 (1983).

(70) En effet, ainsi que le note J. Rubinfeld qui décrit sous cet angle le développement de la *privacy*, une telle garantie « supposes that the very order of things in a free society may on certain occasions render intolerable a law that violates no express constitutional guarantee » (J. RUBENFELD, « The Right of Privacy », *op. cit.*, p. 737). Sur ce point l'autonomie est comme la liberté par rapport au droit subjectif, dans la spécification qu'en donne F. Rigaux : l'originalité de la « liberté » selon M. Rigaux « est de trouver en elle-même l'objet de sa propre spécification. Rien d'extérieur à elle ne la détermine, l'ordre juridique objectif se bornant à lui imposer des limites sans la prédéterminer » (F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1990, pp. 736-737).

encore que les conditions dans lesquelles il exerce son droit soient telles qu'en fait, ce droit ne présente plus pour lui d'utilité véritable.

Une telle conception de l'autonomie apparaît simultanément étroitement reliée au droit subjectif, à l'effectivité duquel elle contribue, et détachée de lui, puisqu'il peut y être porté atteinte même sans qu'il soit question d'une violation du droit subjectif. L'autonomie apparaît comme un *halo* du droit subjectif : elle vise à garantir les conditions de l'effectivité de celui-ci, dans l'exercice qu'en fait ou non le titulaire (71). Trois avantages peuvent être attendus de l'importation d'une telle notion dans la théorie de l'action en justice.

### § 1<sup>er</sup>. — L'AUTONOMIE ET LA NON-RÉDUCTION DE L'INTÉRÊT À L'ESPOIR DE DROIT SUBJECTIF

Premièrement, si l'on admet d'apprécier l'existence d'un intérêt à agir en justice à partir de la notion d'autonomie — le résultat espéré de l'action en justice sert-il cette valeur, ou bien de recevoir l'action en justice conduit-il au contraire à la menacer ? —, disparaît la fiction d'un intérêt apprécié « en fait », et dont il reviendrait au juge de constater l'existence ou l'inexistence sans s'expliquer sur les normes qui conduisent à son constat. En ce sens, l'appréciation de l'intérêt à agir au départ de la notion d'autonomie permet la réappropriation par le droit d'une prérogative dont l'objectivation du contentieux menaçait de le déposséder.

(71) Il paraît nécessaire de postuler une telle prérogative, indépendamment même de l'aspect — celui de l'intérêt à agir en justice — sous lequel on l'envisage ici. A l'extrême, l'abolition de la sphère de l'autonomie pourrait conduire à ce que l'individu dans certains cas ne puisse se plaindre des violations de ses droits subjectifs, dès lors qu'en adoptant tel comportement déterminé il aurait pu éviter de se placer dans la situation qui amène la violation. A défaut d'un concept proprement normatif de l'autonomie, par exemple, qui se place volontairement sous le champ d'application de la loi pénale, n'aurait plus la possibilité de se plaindre de l'atteinte à ses droits qui résulterait de l'application envers lui des sanctions qu'elle prévoit (comp. par ex. Commiss. eur. D.H., req. n° 12717/87, *O. Dupuis c. Belgique*, déc. du 8 septembre 1988, *D.R.*, 57, p. 196, spéc. p. 201 (« ... le requérant a fait un choix qui impliquait que sa cause soit soumise aux tribunaux militaires (...) il ne peut pas se plaindre d'une situation qu'il a lui-même contribué à créer et ne peut donc se prétendre victime d'une violation de l'article 6 due au prétendu caractère objectivement partiel des tribunaux militaires... »)). Une telle conséquence serait inacceptable et, en effet, absurde : elle aboutirait à ne permettre au juge de constater la violation d'un droit que dans les hypothèses, extrêmement rares, où l'individu qui s'en plaint n'aurait pu en tout cas, même en adoptant tel comportement déterminé, lui échapper. Certes, l'on doit admettre que le comportement de la personne qui se plaint d'une violation qu'elle aurait subie entre en jeu dans l'appréciation de cette violation. Mais un tel raisonnement, qui doit figurer dans l'évaluation de la proportionnalité de l'ingérence que subit le titulaire de droits, fait remplir son rôle à l'idée d'autonomie : conçu en termes formalistes au contraire, il fait perdre à cette idée toute signification.

Certes, le retour à l'identification de l'intérêt à un droit subjectif violé ou sur lequel pèse une menace imminente aurait ce même effet. Pourtant nous gagnons à substituer l'autonomie à une pareille identification. La notion d'autonomie permet en effet de désigner la capacité de l'individu de déployer certaines activités à l'abri d'un régime juridique qui garantit contre les atteintes portées à des droits subjectifs, c'est-à-dire non seulement sans que ses droits subjectifs soient effectivement violés, mais encore sans que la conduite de ces activités soit déterminée par le risque de subir de telles violations. Au contraire, la contraction de l'autonomie à l'exercice de droits subjectifs reconnus — soit l'abolition de l'autonomie comme sphère propre garantissant l'individu — ne permettrait pas un tel épanouissement de la liberté individuelle. Une telle contraction conduirait à ce que l'individu se voie interdire de mettre en cause certaines réglementations ou pratiques sans avoir été déjà affecté par l'adoption envers lui de mesures d'application : il n'aurait en effet aucun motif de se plaindre de ces réglementations ou pratiques, et de la menace qu'elles représentent pour lui, avant que violation ne soit consommée dans son chef.

En outre, rejeter la réduction de l'intérêt à l'espoir de droit subjectif et préférer à cette restriction l'importation de la notion d'autonomie, cela permet d'apprécier l'intérêt à agir en tenant compte de la pluralité des objets du litige, et donc de la pluralité des effets qu'il produit.

Dans sa définition traditionnelle, l'intérêt est le résultat que le demandeur espère de son action en justice. Mais ce résultat et cet espoir ne se laissent pas réduire au constat de violation du droit subjectif, et à l'affirmation que la violation doit cesser, ou être réparée. Même au contentieux des droits, le résultat de l'action est aussi dans l'affirmation de l'obligation due par l'adversaire, que lui impose le droit objectif. Et il est enfin, surtout si la cause est significative et si l'on se place au niveau des juridictions supérieures d'un ordre juridique, dans le précédent judiciaire dont l'action obtiendra l'affirmation, ou non. L'autonomie du demandeur individuel en justice suppose non seulement que les violations qu'il subit de ses droits subjectifs soient réparées, mais encore qu'il puisse exiger de son adversaire le respect de ses obligations, lorsque le non-respect de celles-ci crée le risque d'une violation des droits subjectifs — « potentielle », c'est-à-dire possible mais non certaine, ou « virtuelle », c'est-à-dire possible mais non encore réalisée. Enfin, elle peut aller jusqu'à impliquer que le demandeur en justice puisse réclamer du juge qu'il clarifie le droit applicable à sa situation, et lui per-

mette ainsi de déployer ses activités à l'abri d'un cadre juridique suffisamment connu (72).

§ 2. — NÉCESSITÉS ET LIMITES DE LA DÉCENTRALISATION  
DE LA COMPÉTENCE DE SURVEILLER LE RESPECT  
DE LA LÉGALITÉ

L'autonomie n'est pas seulement préférable à l'identification de l'intérêt à agir au droit subjectif violé ou gravement menacé ; elle est préférable également à l'intérêt envisagé comme pur fait. En effet, la fonction que remplit la notion d'intérêt à agir dans un ordre juridique est d'investir certains sujets de droit, pourvus de la capacité juridique requise, de la compétence d'agir en justice afin de garantir la préservation de la légalité (73). Or, l'assignation de l'intérêt à l'ordre du fait conduirait à reconnaître à toute personne le droit d'agir en justice afin de faire cesser certaines illégalités répandues sur un très grand nombre ou sur une masse indéterminée de personnes, s'il n'était pas requis, en plus, que l'intérêt soit soigneusement délimité sur les plans spatial (il faut que l'intérêt invoqué soit « direct » et « individuel » (que soient exclues les « generalized grievances »)) et temporel (il faut que l'intérêt invoqué soit « né » (« ripe ») et « actuel » (plutôt que « moot »)). Face à certaines illégalités massives, ces qualifications exigées de l'intérêt servent à éviter que toute personne quelconque puisse ester en justice afin de les faire cesser, en se présentant comme gardienne de la légalité, et en appréciant ainsi, sans contrôle d'aucune sorte sur la conception qu'elle s'en fait, les exigences qui en découlent. C'est une telle préoccupation qu'exprime, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence que le requérant soit bien « victime » de la mesure étatique dénoncée — met-il en cause une réglementation générale, il doit alors pouvoir « prétendre être affecté par les dispositions (...) autrement que comme n'importe quel citoyen » (74) —. C'est elle qui se traduit, dans la jurisprudence américaine dont on vient de rappeler les formulations auxquelles elle recourt, par l'usage qu'elle fait de la doctrine du *standing*. Et c'est encore

(72) La jurisprudence étudiée dans la thèse manifeste cependant une forte réticence à cet égard, qui aboutit en effet à faire remplir aux juridictions concernées une fonction consultative. Il en va ainsi également dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation du droit communautaire effectué vers la Cour de justice des C.E., en dépit de la spécificité de cette compétence : voy. not. C.J.C.E., 11 mars 1980, *P. Foglia* (« *Foglia I* »), 10479, *Rec.*, p. 745 ; et C.J.C.E., 16 décembre 1981, *P. Foglia* (« *Foglia II* »), 244/80, *Rec.*, p. 3045.

(73) C'est à adopter une telle perspective externe, c'est-à-dire du point de vue de l'ordre juridique entier plutôt que de l'action en justice individuelle, qu'incite l'objectivation du contentieux des droits.

(74) Commiss. eur. D.H., req. n° 7045/75, *X c. Autriche*, déc. du 10 décembre 1976, *D.R.* 7, p. 87.



une telle préoccupation qui explique que la Cour de justice des C.E. se soit jusqu'à présent refusée à admettre la recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes réglementaires du droit dérivé communautaire, en dépit de l'utilité qu'une telle possibilité présenterait, selon son propre aveu (75), en matière de droits fondamentaux.

On peut comprendre ce souci d'éviter une décentralisation aussi complète de la compétence de veiller au respect de la légalité, surtout dans les hypothèses où elle conduit à priver l'administration qui en est chargée (ministère public, autorité de surveillance, agence administrative) du pouvoir d'apprécier l'opportunité de poursuivre en justice, ou non, la sanction de l'illegalité. Soyons attentifs, cependant, aux conséquences qui en résultent. Lorsque telle politique publique ou telle réglementation générale donnent lieu à l'adoption d'actes suffisamment localisés, voire individualisés, le sujet que l'acte affecte peut invoquer un intérêt « direct » et « individuel » à en déclencher le contrôle judiciaire : il lui suffira de patienter jusqu'au moment où l'intérêt sera né. En revanche, à défaut que tels actes interviennent, la politique publique en cause, ou la réglementation, vont subsister, soit à défaut qu'existe une administration chargée de veiller au respect de la légalité qu'on les soupçonne d'enfreindre, soit à défaut pour une telle administration d'être incitée à intervenir (76). C'est en ce sens que la conception traditionnelle de l'intérêt à agir conduit à une présomption favorable au *status quo* : tant que ne sont pas intervenus certains actes suffisamment individualisés dans le chef de quelques-uns, l'arrière-plan sur fond duquel ces actes seront pris demeure à l'abri du contrôle juridictionnel (77). Au contraire, si l'on fonde la recevabilité de l'action en justice sur l'atteinte portée à la valeur d'autonomie, c'est afin de pouvoir prendre acte du fait que celle-ci peut être affectée, non seulement par l'adoption de certains actes touchant

(75) Voy. le Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, Luxembourg, mai 1995, pt 20.

(76) La relégation de l'intérêt à agir à l'ordre du fait (substitution du critère de l'« injury in fact » au critère du « legal interest » : *Association of Data Processing Services Organizations v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970)) intervient, dans la jurisprudence américaine, au moment même où plusieurs travaux viennent dénoncer l'emprise des groupes d'intérêt sur les agences administratives chargées normalement de les contrôler et d'en réguler les activités (voy. J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State*, Boston, Houghton-Mifflin, 1967 ; M.B. PETERSON, *The Regulated Consumer*, Los Angeles, Nash Publ., 1971). Il y a là, bien davantage qu'une coïncidence historique, une complicité entre la dénonciation de l'incapacité des agences administratives à remplir adéquatement leurs tâches de régulation, et l'élargissement des conditions du droit d'agir en justice du bénéficiaire des législations (en matière d'environnement, de protection des consommateurs, et de discrimination raciale) dont ces agences étaient censées surveiller le respect.

(77) C. Sunstein est sur ce point particulièrement lucide. Voy. C. SUNSTEIN, « Standing and the Privatization of Public Law », 88 *Colum. L. Rev.* 1432 (1988) ; C. SUNSTEIN, « What's Standing After Lujan ? Of Citizen Suits, 'Injuries', and Article III », 91 *Mich. L. Rev.* 163 (1992) ; C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1993, pp. 88-90.

de manière suffisamment directe et individuelle le demandeur en justice, mais encore en raison de l'existence d'un contexte défavorable à l'épanouissement de l'individu, au-delà du respect de ses droits subjectifs ou de l'absence d'adoption à son égard d'actes administratifs illégaux. Apprécier l'intérêt à agir en justice au départ de la valeur d'autonomie, c'est ainsi prendre en considération que l'individu peut avoir intérêt à bénéficier d'un contexte juridique présentant certaines qualités, sans que cela conduise pour autant à une décentralisation complète de la compétence de poursuivre en justice la sanction des illégalités.

### § 3. — NÉCESSITÉS ET LIMITES DE LA SUBSTITUTION PROCESSUELLE

L'autonomie suppose un équilibre entre la maîtrise de l'individu sur les actions en justice qu'il introduit, d'une part — c'est un tel idéal d'« autodétermination » sur lequel, dans la doctrine américaine relative au *standing*, L. Brilmayer insiste particulièrement (78) —, et la nécessité qui s'impose parfois, d'autre part, d'admettre une forme de substitution processuelle. Celle-ci peut s'imposer même au contentieux des droits subjectifs, soit lorsque le titulaire du droit en cause se trouve dans l'impossibilité d'agir en justice, soit lorsqu'il ne le peut que dans des conditions très défavorables en raison des dimensions collectives qu'implique l'action en justice individuelle.

Dans la première hypothèse, l'on admettra qu'au titulaire du droit violé ou gravement menacé, mais incapable d'agir pour en réclamer le respect, puisse se substituer un tiers particulièrement bien situé — « next friend » dans la jurisprudence américaine (79), « victime indirecte » dans la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme (80).

(78) L. BRILMAYER, « The Jurisprudence of Article III : Perspective on the 'Case or Controversy' Requirement », 93 *Harv. L. Rev.* 297, 311 (1986) (« The doctrine (...) also reflects the ideal of self-determination. It holds that litigation may only be initiated by an individual with a 'personal stake' in the dispute — that is, by someone with personal and not merely external preferences about the outcome »).

(79) *Whitmore v. Arkansas*, 110 S. Ct. 1717, 1727 (1990) (dans le contexte d'une action d'*habeas corpus* introduite au nom et pour compte d'un détenu condamné à mort, la Cour suprême impose, d'une part, que ledit détenu n'ait pas renoncé explicitement à introduire un recours contre sa condamnation (la renonciation doit être éclairée : « knowing, intelligent, and voluntary waiver »), d'autre part, que le « next friend » soit « truly dedicated to the best interests of the friend »).

(80) La « victime indirecte » peut alléguer la violation des droits d'autrui lorsque, d'une part, elle a un « intérêt personnel justifié à ce qu'il soit mis fin à la violation », et que, d'autre part, il existe « un lien particulier et personnel entre elle-même et la victime directe » (H. DELVAUX, « La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », rapport au *Cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1982, p. 35, ici p. 63).

La seconde hypothèse est plus complexe. L'idée d'une pluralité des objets du litige conduit à envisager que le résultat de l'action en justice peut s'analyser comme l'acquisition de certains biens collectifs, puisqu'aussi bien, non seulement le respect de l'obligation qu'impose le droit objectif, mais encore la formulation d'une norme jurisprudentielle, peuvent figurer dans ce résultat. Or, de tels biens collectifs sont acquis au bénéfice non uniquement de qui en poursuit l'acquisition (c'est-à-dire du demandeur individuel en justice), mais également d'une collectivité de personnes (à qui va bénéficier l'affirmation de l'obligation due en vertu du droit objectif, ou la formulation du précédent judiciaire). Cette situation crée un problème d'action collective. Lorsque l'obligation est due envers un grand nombre de personnes, qui ont chacune un intérêt égal à ce qu'elle soit respectée, laquelle d'entre elles va consentir l'investissement qu'implique l'introduction de l'action en justice afin d'obtenir que l'obligation soit imposée dans le dispositif de la décision de justice ? Lorsque la norme jurisprudentielle va bénéficier à une masse, quel individu de cette masse va chercher à en provoquer la formulation ? La substitution processuelle, spécialement par le groupement qui va agir dans l'intérêt collectif, peut s'imposer ici, dès lors qu'elle permet de surmonter ces problèmes d'action collective.

Que la substitution processuelle vise à surmonter l'impossibilité de fait dans laquelle se trouverait le titulaire du droit subjectif d'agir en justice pour en réclamer la garantie ou bien qu'elle vise à surmonter les difficultés qui tiennent au caractère collectif des biens que l'action poursuit, qu'elle conduise à la substitution à l'individu d'un proche ou bien d'un groupement, chaque fois, s'impose la nécessité de définir un équilibre entre — d'un côté — la maîtrise de l'individu qui en est titulaire sur son droit subjectif, et — de l'autre côté — les avantages que la substitution processuelle comporte. Le point d'équilibre entre ces deux exigences ne peut être défini que de façon contextuelle. Il dépend de l'identité du droit en cause : ce droit est-il à la libre disposition de l'individu qui en est titulaire, ou bien sa préservation sert-elle la collectivité, ce qui conduira à le faire relever de l'ordre public (81) ? Il est fonction de la nature des rapports entre le titulaire du droit et la personne, individu ou groupement, qui va se substituer à lui : cet individu, ce groupement, vont-ils agir en vue de la protection du droit subjectif du titulaire en tenant compte de ce qui est dans son intérêt véritable ? Il dépend enfin de la situation dans laquelle se trouve placé le titulaire du droit subjectif : son impossibilité d'agir est-elle absolue, les difficultés d'action collective sont-elles insurmontables ?

(81) Sur cette question, voy. par ex. F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in : P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39.

Un des aspects importants du débat philosophique de l'autonomie concerne précisément la question des limites du paternalisme, c'est-à-dire de l'imposition à un individu de certaines contraintes qui se prétendent justifiées par l'intérêt propre de cet individu (82). Le dernier motif de considérer l'intérêt à agir au départ de la valeur d'autonomie est dès lors qu'une telle façon de l'apprécier fournit une norme à partir de laquelle apprécier la licéité de la substitution processuelle, et les conditions auxquelles une telle substitution peut être jugée compatible avec le libre arbitre de la personne.

#### § 4. — CONCLUSION

La référence à l'autonomie doit rendre possible une réappropriation par le droit d'une prérogative — l'« intérêt » — que l'objectivation du contenu des droits tend à reléguer à l'ordre du fait. Si c'est un tel rôle qu'on veut lui voir jouer, l'identification de ces multiples tâches de l'autonomie ne constitue nullement pour elle un handicap, mais plutôt un atout. L'autonomie se définit non seulement à partir des caractéristiques que lui reconnaissent les philosophes politiques, mais également au départ de ces fonctions qu'elle doit remplir dans un ordre juridique qui accepterait de l'importer en son sein : mieux ces fonctions sont identifiées, dès lors, plus elles sont nombreuses — et plus une telle importation peut s'avérer efficace, pour la réappropriation juridique de l'intérêt à agir en justice.

### Section V. — La représentation de l'intérêt collectif par le groupement

Dès lors que la garantie de son droit subjectif ne constitue pas l'unique objet du litige, l'action en justice du demandeur individuel engage des intérêts collectifs qui se distinguent de son intérêt individuel propre. Or l'on ne peut attendre du demandeur qu'il assume lui-même la représentation de ces intérêts collectifs. Le mécanisme de la *class action* tend, précisément, à permettre de contrôler la représentativité du demandeur — qualifié alors de « representative plaintiff » —, lorsque, des questions de droit ou de fait émanant communes aux membres de la classe dans leur ensemble (« questions of law or fact common to the class »), il demande à être certifié comme

(82) G. Dworkin définit le paternalisme comme « interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced » (G. DWORKIN, « Paternalism », *The Monist*, vol. 56, 1972, p. 64, ici p. 65). Sur cette question, voy. aussi B. GERT & Ch. CULVER, « Paternalistic Behavior », *Phil. & Pub. Aff.*, vol. 6, 1976-1977, p. 45 ; et D. REGAN, « Justifications for Paternalism », in : J.W. CHAPMAN (ed.), *The Limits of Law — Nomos XV*, Chicago Univ. Press, 1974, p. 189.



tel (83). Mais là où l'institution est inconnue, ou que ses conditions ne sont pas réalisées, l'on peut encourager par d'autres voies la représentation au procès des intérêts collectifs que l'action en justice individuelle engage. C'est dans la participation des groupements à la solution du litige qu'on va en rechercher la solution (84).

Deux enseignements paraissent pouvoir se dégager de l'étude des modalités à travers lesquelles les groupements peuvent être associés à la solution du litige. Les évolutions à l'œuvre mettent d'abord en lumière l'indissociabilité des différents objets du litige. Elles montrent ensuite que l'appréciation de l'intérêt du groupement à l'intervention ou au dépôt d'observations d'*amicus curiae* subit les conséquences de cette indissociabilité. C'est à expliciter ces enseignements qu'on consacre un premier paragraphe (§ 1<sup>er</sup>). Ensuite, l'on va relier la définition du rôle des groupements dans le procès à la question de la pluralité des objets du litige. Ce sera non plus afin d'envisager la représentation *politique* que le groupement peut assurer des intérêts absents du procès ou insuffisamment représentés, mais afin de prendre en compte la représentation, au sens cette fois *épistémologique*, des faits pertinents pour l'identification de la solution du litige (§ 2).

#### § 1<sup>er</sup>. — PLURALITÉ DES OBJETS DU LITIGE ET MODES DE PARTICIPATION DES GROUPEMENTS AU PROCÈS

Il y a lieu de procéder ici négativement, c'est-à-dire au départ de la distinction reçue dans la théorie générale du droit judiciaire entre, d'une part, l'intervention, d'autre part, l'introduction d'observations d'*amicus curiae*. Au-delà de ce que l'intervenant seul, normalement, aura la qualité de partie au procès, ce qui justifie qu'il puisse être lié par l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision, la différence entre les deux institutions est double. Elle tient d'abord aux conditions de recevabilité qui, respectivement, sont exigées. Tandis que l'intervention n'est normalement recevable que si la partie intervenante a pu démontrer avoir un intérêt à la solution du litige, l'*amicus curiae*, pour sa part, se présente au contraire comme désintéressé : la fonction de l'*amicus curiae* consiste à éclairer la religion de la juridiction appelée à statuer, et c'est la qualité des informations dont il dispose, ou bien son expertise dans le domaine où le litige est né, qui justifient que ses observations soient prises en considération. Ensuite, l'intervention se distingue de

(83) Dans la thèse *Fonction de juger et droits fondamentaux*, un chapitre est consacré à l'étude de ce régime, dont une description précise ne peut être envisagée ici.

(84) On laisse ici de côté la question de l'action ou du recours d'intérêt collectif. Il suffit d'indiquer que la prise en compte de la pluralité des objets du litige peut favoriser la réflexion sur la substitution processuelle du groupement à l'individu qui en titulaire, y compris lorsqu'il s'agit de réclamer en justice le respect de ses droits subjectifs. C'est cette direction que la thèse a suivie.

l'introduction d'observations d'*amicus curiae* par l'objet du litige sur lequel, respectivement, les deux institutions se greffent. L'intervenant fait valoir un intérêt à la solution du litige, c'est-à-dire tantôt à la garantie du droit subjectif revendiqué, tantôt à l'affirmation que telle obligation est due en vertu du droit objectif. L'association au procès de l'*amicus curiae* peut se justifier par son apport à la solution du litige — solution ainsi délimitée par le dispositif de la décision de justice —, mais également par l'utilité que présentent ses observations pour le choix des motifs de la décision, c'est-à-dire pour l'identification de la norme jurisprudentielle formulée à l'occasion du litige.

Mais les évolutions dont nous sommes témoins brouillent, précisément, l'analytique de cette distinction. Dans le chef des juridictions fédérales des États-Unis, l'*amicus curiae* a progressivement occupé une position de plus en plus adversariale dans le procès à la solution duquel il est associé : désintéressé à l'origine, il apparaît aujourd'hui davantage partisan, spécialement dans les litiges qui, alors qu'ils ont leur source dans des rapports purement interindividuels, comprennent en fait des enjeux collectifs (85). L'*amicus curiae* avait pour fonction exclusive de contribuer à éclairer la religion de la cour : à présent, il reçoit mission de garantir la représentation au procès des parties dont l'issue peut affecter les intérêts, ou bien d'assurer que la décision tiendra compte de certains intérêts diffus d'un grand nombre de personnes inorganisées, lorsque les parties au litige n'en assurent pas une représentation adéquate. Une véritable continuité s'installe ainsi, entre l'intervention *sensu stricto*, que régissent les *Federal Rules of Civil Procedure*, et l'introduction d'observations d'*amicus curiae*, que les règlements applicables abandonnent largement au juge le soin d'apprécier l'opportunité. Et l'on assiste au déclin de la croyance, largement idéologique, selon laquelle le principe du contradictoire garantirait par lui-même l'émergence de l'ensemble des arguments pertinents sur lesquels le juge doit fonder sa décision. Cette perte d'échancéité de la séparation entre les deux institutions a accompagné l'objectivation du contentieux des droits. Pareille objectivation, en effet, signifie tout à la fois que se fait jour la nécessité d'assurer la représentation d'un plus grand nombre d'acteurs, notamment collectifs, au procès qui affecte leurs intérêts, et que le principe dispositif, qui laisse entre les mains des parties au litige la maîtrise de celui-ci, doit céder face à cette exigence — puisqu'avec cette évolution du contentieux, ce qui s'installe en

(85) En doctrine, les meilleures études sur cette question sont COMMENT, « The Amicus Curiae », 55 *Nw. U. L. Rev.* 469 (1960) ; S. KRISLOW, « The Amicus Curiae Brief : From Friendship to Advocacy », 72 *Yale L. J.* 694 (1963) ; St. YEAZELL, « Intervention and the Idea of Litigation : A Commentary on the Los Angeles School Case », 25 *U.C.L.A. L. Rev.* 244 (1977) ; M. LOWMAN, « The Litigating Amicus Curiae : When Does the Party Begin after the Friends Leave ? », 41 *Am. U. L. Rev.* 1243 (1992).

somme, c'est un espace entre les intérêts des parties au litige, et ceux sur lesquels le juge est amené à se prononcer en fait.

Un même brouillage a lieu dans le cadre du contentieux porté devant la Cour de justice des Communautés européennes. Il est plus discret. Cela tient à deux facteurs. D'une part, lorsque la Cour de justice se prononce en réponse à une question préjudicielle, si les Etats membres, la Commission européenne et — lorsque l'acte dont la validité ou l'interprétation est en cause en émane — le Conseil des Ministres de l'Union européenne peuvent déposer des mémoires ou des observations écrites devant la Cour, cette possibilité est refusée aux personnes privées. C'est là ce qui résulte de la formulation de l'article 37, al. 2, du Statut de la Cour, qui ne reconnaît le droit d'intervention qu'à « toute (...) personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige », alors que la coopération entre juridiction nationale et juge communautaire que prévoit la procédure préjudicielle est considérée comme non contentieuse. D'autre part, alors que, ainsi qu'on vient d'y faire allusion, l'intervention est prévue par le Statut de la Cour, en revanche celui-ci ne prévoit aucune possibilité d'associer le groupement à la solution du litige, en l'autorisant à déposer des observations d'*amicus curiae* désintéressé — ou bien intéressé, plus précisément, seulement à ce que la décision du juge communautaire soit la mieux informée possible. C'est donc ici non pas à un croisement que l'on a assisté, entre deux institutions initialement distinctes et entre lesquelles une continuité se serait progressivement installée. Ce qui a eu lieu, plutôt, c'est l'extension de l'intervention à une hypothèse qui n'avait pas été envisagée à l'origine : celle du dépôt d'observations par le groupement qui veut, par là, contribuer à la qualité de la décision du juge communautaire, mais qui n'a aucun intérêt propre dans la solution sur laquelle le litige va déboucher (86). Ici également, la reconnaissance de cette nouvelle fonction de l'intervention peut s'interpréter comme la reconnaissance que parmi les enjeux du litige, figure la motivation qui sera retenue à l'appui de la décision de justice, et que les parties au litige (il s'agit dans le recours direct en annulation du requérant individuel, d'une part, de l'auteur de l'acte entrepris, d'autre part) peuvent ne pas assurer une représenta-

(86) Voy. spéc. l'ordonnance du 12 juillet 1993, non publiée, par laquelle la Cour de justice des C.E. admet l'intervention de la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme, qui « vise à soutenir les conclusions du requérant en tant qu'elles tendent à l'annulation de la décision [de refus d'embauche] et, spécialement, à obtenir des dommages et intérêts, au motif que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aurait été violé ». Pour l'arrêt, C.J.C.E., 5 octobre 1994, *X c. Commission des C.E.*, précité, n. 6. Dans la même affaire, le Tribunal de première instance des C.E. avait au contraire rejeté la demande d'intervention de la Ligue belge des droits de l'homme (T.P.I., ord. du 13 février 1990, *X c. Commission des C.E.*, aff. jtes T-121/89 et T-13/90 (arrêt du 18 septembre 1992, *Rec.*, p. II-2195)).

tion adéquate des intérêts que la décision va affecter, en raison de la diversité des objets qu'elle comprend.

Enfin, il est possible de mettre à jour le même phénomène à la Cour européenne des droits de l'homme. A vrai dire, le brouillage des institutions respectives de l'intervention et de l'introduction d'observations d'*amicus curiae* se manifeste déjà dans les confusions terminologiques qui affectent la matière. Ce que la Convention européenne de sauvegarde révisée (87) appelle à présent « tierce intervention » à son article 36, prévoit la possibilité pour la « personne intéressée » de « présenter des observations écrites » ou de « prendre part aux audiences », à condition d'y être invitée par le président de la Cour « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » : un tel régime mêle, on le voit, les deux registres, puisqu'à la fois paraît formulée l'exigence d'un intérêt personnel de l'intervenant à la solution du litige, et que l'intervention peut être autorisée dès lors que la cour semble devoir bénéficier des informations que l'intervenant peut lui fournir. La confusion est encore renforcée par la terminologie qu'utilisent les *Aperçus des activités de la Cour européenne des droits de l'homme*, qui évoquent pour leur part les *amici curiae*. Dans la pratique de l'intervention à la Cour européenne des droits de l'homme, se côtoient encore les deux institutions, subordonnées pourtant à ce régime unique : tandis qu'une première génération d'interventions a servi essentiellement à garantir les intérêts non représentés par les parties au litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme — requérant individuel et Etat défendeur, dans l'hypothèse classique de la requête individuelle — contre les effets du dispositif de la décision de la Cour, des interventions d'une seconde génération, devenues à présent largement majoritaires, ont plutôt servi à différentes organisations non gouvernementales à contribuer au développement du droit de la Convention européenne de sauvegarde en harmonie avec le droit international des droits de l'homme, ainsi qu'à informer la Cour européenne des droits de l'homme de certaines situations qu'elle pourrait ignorer, ou à proposer desquelles elle pourrait manquer l'informations objectives (88).

(87) C'est-à-dire en tant qu'amendée par le Protocole n° 11 portant restructuration du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998.

(88) La place manque évidemment pour développer ces points, ou bien pour commenter la jurisprudence qui illustre les affirmations qu'on tient. Qu'il soit permis de renvoyer à O. De SCHUTTER, « Sur l'émergence de la société civile dans le droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.I./E.J.I.L.*, 1996, p. 372, ainsi qu'à L.-E. PETRIU et O. De SCHUTTER, « Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 1996, p. 145.



§ 2. — PLURALITÉ DES OBJETS DU LITIGE  
ET FONCTION DES GROUPEMENTS DANS LE PROCÈS

On peut identifier avec davantage de précision le rôle que peuvent remplir les groupements dans le procès, au regard des plusieurs objets que celui-ci comporte. Afin d'opérer cette identification, il est utile de montrer en quoi la pluralité des objets du litige modifie les rapports noués entre le droit et le fait dans le litige, et comment elle conduit à admettre la pertinence de certains faits auxquels les parties soit n'ont qu'un accès imparfait — puisqu'elle n'ont pas une connaissance intime de ces faits, comme elles en ont au contraire des faits de la cause —, soit n'ont qu'un accès inégal — en raison de leur différence de taille, qui rompt la corrélation entre le droit subjectif et l'obligation qui lui correspond —. Le groupement peut tenter alors de compenser ces imperfections, et d'égaliser ces ressources.

La théorie classique de la doctrine du *stare decisis* se fonde sur l'idée que la contradiction dont le procès est le siège permet de faire émerger un précédent doté d'une formulation adéquate, et fondé sur une connaissance suffisante des situations qu'il sera appelé à régir. Comme on l'a déjà noté, cela se marque, du point de vue de l'extension du précédent, par le fait que l'étendue de la chose interprétée est circonscrite par ce qui, étant nécessaire au sein de la décision de justice à l'adoption de son dispositif, peut être présumé avoir été débattu entre les parties, et qu'ont dès lors été exprimés devant le juge l'ensemble des arguments en faveur ou à l'encontre de telle ou telle interprétation (89). Mais la théorie classique du précédent définit aussi les limites de la doctrine : c'est en raison de ce que le précédent est formulé à l'occasion d'un litige auquel ne sont pas parties les sujets qui en sont destinataires, que sa force normative, parfois contestée dans son principe même, apparaît en tout cas sous la forme d'une présomption toujours réfutable.

Il est utile de joindre ces deux aspects — extension et poids normatif — du précédent judiciaire. Chacun de ces aspects trouve sa justification dans

(89) Ce lien a été souligné par le Chief Justice Marshall dans les termes suivants : « It is a maxim, not to be disregarded, that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit, when the very point is presented for decision. The reason for this maxim is obvious. The question actually before the court is investigated with case, and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated » (*Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821) (notre accent)). Sur ce fondement, voy. aussi *Church of the Kukulbi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 113 S. Ct. 2217, 2247 (1993) ; et, en doctrine, K. GREENAWALT, « Reflections on Holding and Dictum », 39 *Jour. Legal Educ.* 431, 434 (1989) ; M. DORF, « Dicta and Article III », 142 *U. Pa. L. Rev.* 1997, 2002 (1994).

l'idée que la norme jurisprudentielle valide naît de l'échange argumenté dont le procès est le siège. Mais, tandis que la délimitation du précédent à travers la doctrine de la *ratio decidendi* se fonde sur l'idée que la contradiction du procès permet d'attendre la stipulation de normes qui seront valides pour tous, en revanche, la faiblesse de la force normative qu'on lui reconnaît peut s'expliquer dès lors que la contradiction a lieu entre des parties qui ne sont pas nécessairement représentatives de l'ensemble des intérêts que le précédent va affecter, et dans un contexte — celui de l'espèce à l'occasion de laquelle le précédent est formulé — qui, aux restrictions classiques qui tiennent à notre incapacité de prévoir d'avance tous les cas possible d'application de la règle, vient ajouter le risque d'un biais. Le risque de biais résulte du caractère *dérivé* du produit du litige que constitue la norme jurisprudentielle (90). Il tient ainsi à la dissymétrie entre les objets du litige : au contenu des droits, la question litigieuse est d'abord formulée comme étant celle de savoir si les droits subjectifs du demandeur ont été violés, et seulement accessoirement si le défendeur a pleinement respecté les obligations que lui impose le droit objectif, ou si le litige fournit l'occasion de la formulation d'un précédent, et lequel.

La dépendance dans laquelle le précédent se trouve placé par rapport au contexte où il est initialement formulé par le premier juge, se manifeste sur le plan méthodologique de façon spectaculaire lorsque, en amenant devant le juge à qui l'application du précédent est demandée des éléments pertinents du contexte dans lequel l'application a lieu, les parties réclament de lui qu'au vu de ces éléments, le précédent soit écarté, soit parce qu'il apparaît avoir été incorrectement formulé (*overruling*), soit parce que le champ d'applicabilité qui lui a été initialement reconnu apparaît ensuite trop étendu (*distinction*). Une telle démarche suppose la présentation au juge de données de fait — par exemple d'ordre économique ou social, ou relatives à l'état des mentalités dans une population —, dont la prise en compte incite le juge à tenir compte des particularités du contexte dans lequel cette application est réclamée.

Or, c'est un même élargissement du cadre factuel du débat juridique qui est requis lorsque la question posée au juge est celle de la nécessité ou de la proportionnalité de telle mesure, qui a été appliquée à telle personne en violation alléguée de ses droits, mais que l'auteur de la mesure prétend justifier en affirmant l'adéquation de la mesure à l'ensemble des situations qu'il

(90) Le risque de biais se laisse parfaitement déduire du constat par lequel W. Douglas commente son article de 1949 consacré à la doctrine du *stare decisis* : « Most lawyers, by training and practice, are all too apt to turn their interests and their talents toward the *finding* not the *creating* of precedents » (W. DOUGLAS, « Stare Decisis », 49 *Colum. L. Rev.* 735, 735 (1949) (notre accent)).

visait à régler. L'histoire de la technique juridique nous fait à cet égard un enseignement significatif. C'est dans l'affaire *Muller v. Oregon* de 1908 que la Cour suprême des Etats-Unis va être amenée pour la première fois de façon explicite à se prononcer sur une question de constitutionnalité en fonction des éléments de fait pertinents du contexte dans lequel la législation étatique qu'elle trouve à s'appliquer. Dans cette affaire, la technique du « mémoire économique et social » (91) a servi à évaluer si, en adoptant la réglementation querellée, le législateur étatique n'avait pas commis dans la liberté contractuelle reconnue par *Lochner v. New York*, une ingérence disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi — en l'espèce, la protection de la femme — (92). Cette démarche conduit à évaluer la violation alléguée au droit subjectif de l'individu au départ d'une appréciation de la proportionnalité de la mesure générale qui touche, non seulement cet individu, mais également d'autres personnes situées de façon semblable par rapport à elle ; c'est-à-dire qu'elle est une conséquence du passage du premier objet au deuxième objet du litige. Or c'est, du point de vue de la méthode, une même démarche qui est requise lorsqu'il s'agit, dans la doctrine du *stare decisis*, de faire rétroagir l'application sur la justification : la règle qui a été justifiée — le précédent qui a été formulé — n'est pas placée pour autant à l'abri de la révision, car l'application peut faire apparaître que les prévisions

(91) L'appellation donnée à des mémoires (« Brandeis briefs ») recourant à des données économiques et sociales a son origine dans l'affaire *Muller v. Oregon*. Le mémoire de l'avocat Louis D. Brandeis incitait la Cour à affirmer la constitutionnalité d'une loi de l'Etat d'Oregon limitant le nombre d'heures pendant lesquelles les femmes pouvaient être employées dans certaines occupations, en dépit du principe de la liberté contractuelle à laquelle l'arrêt *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), avait reconnu une valeur constitutionnelle. Dans un passage liminaire de son arrêt, après avoir décrit que le mémoire de L. Brandeis comprend des références à de nombreuses autorités non juridiques tendant à justifier une protection particulière de la femme, la Cour suprême note que si les questions de constitutionnalité dont elle est saisie « are not settled by even a consensus of present public opinion », néanmoins : « ... when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge » (*Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412, 421 (1908)). Sur cette technique, voy. not. les deux notes, « The Presentation of Facts Underlying the Constitutionality of Statutes », 49 *Harv. L. Rev.* 631 (1936) ; et « Social and Economic Facts — Appraisal of Suggested Techniques for Presenting Them to the Courts », 61 *Harv. L. Rev.* 692 (1948) ; et K. KARST, « Legislative Facts in Constitutional Litigation », 1960 *Sup. Ct. Rev.* 75 ; ALFANGE, « The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law », 114 *U. Pa. L. Rev.* 637 (1966) ; SHAMAN, « Constitutional Fact : The Perception of Reality by the Supreme Court », 35 *U. Fla. L. Rev.* 236 (1983) ; et S. BRYDEN, « Brandeis' Facts », 1 *Const. Commentary* 281 (1984).

(92) H. BIKLE contraste la méthode de raisonnement suivie dans *Muller* avec celle, davantage formaliste, qui caractérise *Lochner v. New York*, où selon l'auteur la Cour suprême a tranché la question de fait sous-jacente « just as it deals with the usual question of law, as a matter dependent upon reasoning and precedent, and not upon facts disclosed upon the record » (H.W. BIKLE, « Judicial Determination of Questions of Facts Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action », 38 *Harv. L. Rev.* 6, 12 (1924)).

sur lesquelles ses auteurs s'étaient fondés étaient incorrectes, ou bien que le contexte qui conduisait à admettre la validité de la règle s'étant modifié, la règle elle-même doit être revue.

Telle est l'homologie des méthodes : chaque fois, à côté des faits immédiats de la cause (« adjudicative facts »), c'est-à-dire des faits ayant donné lieu à la contestation et dont il revient aux parties de fournir la preuve, deviennent pertinents les « legislative facts », c'est-à-dire ces faits sur l'anticipation desquels repose la formulation de la norme jurisprudentielle ou l'adoption de la mesure générale que l'action individuelle veut remettre en cause (93).

A cet égard, le rapport que le juge entretient au fait n'est pas différent, suivant qu'il entreprend d'évaluer le poids normatif du précédent, ou suivant qu'il veut apprécier si telle mesure d'applicabilité générale n'est pas excessive ou disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Ce qui revient dans le premier cas à vérifier si la juridiction qui a formulé le précédent a bien procédé à partir d'une appréciation correcte de la situation d'environnement à laquelle le précédent est applicable, consiste dans le second cas à vérifier si l'autorité qui a adopté la mesure n'a pas agi de façon déraisonnable, ou bien n'a pas négligé de considérer que le même objectif pouvait être poursuivi au moyen d'une mesure moins restrictive de la liberté en cause. Chaque fois, il va ainsi falloir au juge s'élever au-dessus de la situation propre des parties devant lui, soit pour mieux appréhender la situation de l'ensemble des personnes situées *comme elles* par rapport au précédent judiciaire qui prétend s'appliquer, soit afin de porter une appréciation sur la mesure générale prise par l'une des parties (Etat ou autre grand acteur collectif) et qui affecte, non seulement la partie adverse, mais encore un ensemble de personnes avec lesquelles elle a noué un même rapport de droit. Dans les deux cas aussi, à la dimension rétrospective d'une telle évaluation — le juge qui a formulé le précédent, l'autorité qui a adopté telle mesure, ont-ils procédé à une appréciation correcte de la situation qu'ils prétendaient régler ? — se combine avec une dimension prospective, qui fait appel à l'imagination d'alternatives — le précédent gagnerait-il à être formulé autrement pour l'avenir, des mesures alternatives sont-elles à même de réaliser l'objectif poursuivi par la mesure contrôlée à moindre coût pour les intérêts auxquels elle porte atteinte ? —.

(93) K. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », 55 *Harv. L. Rev.* 364 (1942). C'est chez Kenneth Davis qu'est formulée la distinction entre « adjudicative facts » et « legislative facts ». C'est sur cette distinction également que reposent L. WALKER et J. MONAHAN dans leurs études consacrées au rôle des sciences sociales dans l'adjudication : J. MONAHAN & L. WALKER, « Social Authority : Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 (1986) ; L. WALKER & J. MONAHAN, « Social Facts : Scientific Methodology as Legal Precedent », 76 *Cal. L. Rev.* 877 (1988).



Par là se dessinent les rôles que peuvent jouer les groupements dans le procès. Leur premier rôle sera d'éclairer le juge sur le contexte général auquel les parties n'ont qu'un accès partiel. Car si le juge sait le droit, il dépend d'aides extérieures pour appréhender le fait ; avec la place accrue que prend dans son raisonnement le fait normativement pertinent — ainsi peut-on traduire l'expression de « legislative fact » —, il doit recourir à des experts, ouvrir l'accès au prétoire à des groupements représentatifs, ou bien solliciter de ces mêmes groupements des observations d'*amici curiae*. Le second rôle du groupement pourra être de proposer des alternatives à la règle que son application conduit à mettre à l'épreuve : il s'agira de suggérer la substitution de tel précédent à tel autre, ou bien de formuler, à la place de telle mesure dont la nécessité ou la proportionnalité sont douteuses, le contenu d'autres mesures également aptes à réaliser l'objectif qu'elle poursuit. Le rapport entre le fait et le droit se transforme. Celui-ci n'est plus simplement appliqué à celui-là, qu'il régit. La norme jurisprudentielle dépend de la justesse des anticipations qu'elle a faites : son poids normatif lui est subordonné. La mesure générale dont l'individu met en cause la licéité ne sera jugée admissible que si l'appréciation des faits sur lesquels elle se fonde ne s'est pas avérée inexacte. Avec la pluralité des objets du litige, deviennent pertinents des faits que le contentieux des droits subjectifs, classiquement, soit ne fait pas figurer dans le débat contradictoire du procès — le juge va fonder la norme jurisprudentielle qu'il crée sur ce qui lui paraît de sens commun —, soit dont la détermination est abandonnée aux parties — alors qu'elles se trouvent, en face de ces faits pertinents, dans une position d'incertitude manifeste, l'acteur de grande taille pouvant manipuler la divulgation des seules informations qui lui sont le plus favorables —.

### Conclusion

Tels sont quelques-uns des traits caractéristiques de l'évolution que subit, aujourd'hui, le contentieux des droits fondamentaux. Le choix de les mettre en exergue est délibéré. Il s'agit pour nous de compenser les doutes liés à l'étendue qu'a prise la méthode de la pondération des intérêts par la révision du cadre procédural du contentieux. C'est au départ d'une prise en compte de la pluralité des objets du litige qu'il a semblé possible d'avancer dans cette tâche. La pluralité des objets du litige est une thèse réaliste quant aux effets que produit le litige et, dès lors, quant aux motivations qui peuvent animer le demandeur en justice, aussi bien que quant à l'identité des intérêts que la solution du litige va affecter. Dès lors que la diversité de ces motivations excède les prévisions de la notion classique d'intérêt à agir, il fallait concevoir une notion d'intérêt qui, sans qu'elle se trouve reléguée pour

autant à l'ordre du fait, néanmoins soit plus riche le simple espoir de droit subjectif. C'est à cette fin qu'il a été fait appel à la notion d'autonomie. Dès lors que les intérêts que la solution du litige va affecter non seulement ne sont pas ceux uniquement des parties au litige, mais encore ne se laissent pas réduire aux intérêts que touche le dispositif de la décision de justice, il faut mettre l'accent sur les mécanismes procéduraux dont l'accentuation paraît de nature à devoir réconcilier les dimensions procédurales de l'action en justice avec une compréhension réaliste de ses enjeux substantiels.

C'est ainsi qu'une réflexion portant sur les cadres de la fonction de juger peut venir au secours d'une réflexion sur la méthode du raisonnement judiciaire : l'impasse où se trouve celle-ci, dont les hésitations qui entourent la pondération des intérêts ne constituent qu'une trace spécialement visible, à elle seule commande qu'on l'élargisse au contexte procédural dans lequel elle se place.