

L'ÉTHIQUE DANS LA MOTIVATION DU JUGE EUROPÉEN

Elsa Deleage

C.N.R.S. Editions | « Société, droit et religion »

2015/1 Numéro 5 | pages 105 à 126

ISSN 2110-6657

ISBN 9782271086792

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-societe-droit-et-religion-2015-1-page-105.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour C.N.R.S. Editions.

© C.N.R.S. Editions. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

L'éthique dans la motivation du juge européen

Elsa Déléage

Introduction

« Reste la morale ou, pour parler comme les Grecs, l'éthique, où l'on cherche le souverain bien, c'est-à-dire l'objet auquel nous rapportons toutes nos actions, celui que nous désirons pour lui-même et non en vue de quelque autre chose, de sorte qu'en le possédant il ne nous manque plus rien pour être heureux¹. »

« Tel est aussi, autant qu'on en peut juger, le principe de cette division de la philosophie en trois parties, établie ou, pour mieux dire, reconnue par les sages ; car si la philosophie se partage en physique, logique et éthique, ou, pour employer des mots également usités, en science naturelle, science rationnelle et science morale, ce ne sont pas les philosophes qui ont fait ces distinctions, ils n'ont eu qu'à les découvrir². »

Si Saint-Augustin mène une réflexion sur la notion d'éthique au sein de son ouvrage *La Cité de Dieu*, c'est parce que cette notion structure la *polis*, y compris actuellement, comme l'illustre l'existence du Comité d'éthique en France. Évoquée au IV^e siècle avant Jésus-Christ par Aristote dans son *Éthique à Nicomaque*³, l'éthique suscite encore des polémiques chez les philosophes des XX^e et XXI^e siècles, si on se réfère aux écrits de John Rawls⁴, d'Hannah Arendt⁵ ou encore de Jacques Derrida⁶, même si toute comparaison est réductrice et donc problématique. Ces polémiques naissent du sens même de l'éthique, qui pose problème.

1. Saint Augustin, *La Cité de Dieu*, livre huitième, Chapitre VIII.

2. *Ibid.*, livre onzième, Chapitre XXV.

3. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Éd. Vrin, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1990, Livre X, Chapitre 10 *Éthique et politique*, p. 523.

4. Rawls J., *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, pp. 29-30.

5. Arendt H., *Responsabilité et jugement*, Paris, Éd. Payot & Rivages, Coll. Petite Bibliothèque Payot, 2009, 362 p.

6. Derrida J., *Passions*, Paris, Éd. Galilée, 1993, pp. 40-41.

Étudier l'éthique au sein de la motivation des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), c'est nécessairement mettre en lumière les apories de ce concept au cœur d'un système juridique supranational. Or selon Jacques Derrida, adopter cette démarche aporétique a pour effet de dégager une pensée du possible comme de l'impossible, liée à la déconstruction du concept. Le sujet ne présentant pas une dimension épistémologique, il ne s'agit pas d'étudier les multiples sens philosophiques que peut revêtir le terme *éthique*. Seul le sens générique de ce dernier importe.

L'éthique renvoie à la science morale et à la philosophie. Il s'agit d'un ensemble de règles qui se différencient des règles juridiques, de critères qui permettent d'agir librement tout en respectant autrui. Ces règles, contrairement à la morale, sont propres à un individu. Ce raisonnement critique se réfère davantage « aux conduites humaines et aux valeurs qui les fondent⁷ » plutôt qu'aux notions de Bien et de Mal, qui se rapportent au champ de la morale⁸ et de la religion⁹. Étudier l'éthique au sein de la jurisprudence européenne c'est démontrer que cette notion extra-juridique peut fonder une décision rationnelle et juridique. En effet, des liens consubstantiels entre l'éthique et les droits fondamentaux existent, la première étant le support des seconds. La question des fondements des droits présente une dimension métaphysique et juridique. Pourtant, si l'éthique légitime les droits de l'homme, elle justifie l'universalité de ces derniers, malgré ses apories.

La question de l'éthique dans la prise de décision du juge européen, étant un sujet large, se limite à une étude de cas de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Un corpus d'arrêts a été formé, suite à une sélection à partir de deux critères : leur objet – l'exercice de droits fondamentaux soulevant des questions éthiques – et leur date – les arrêts étudiés ont été rendus entre 1990 et 2013. Le champ de ce sujet ne porte donc pas sur la question de l'éthique dans la magistrature comme synonyme de code déontologique. Celle-ci existe bien, y compris au niveau européen, dont la résolution du 23 juin 2008¹⁰ adoptée par le Conseil de l'Europe et la CEDH

7. Définition de l'éthique fournie par le dictionnaire de l'Académie française.

8. La morale s'entend comme « Ensemble des règles, des principes selon lesquels on dirige sa vie, sa conduite, ses mœurs, considéré relativement au bien et au mal. » (Définition présente dans le dictionnaire de l'Académie française).

9. La religion s'entend dans un sens générique comme l'ensemble de pratiques, de croyances, de dogmes au service d'une foi, d'un culte.

10. Conseil de l'Europe, CEDH, *Résolution sur l'éthique judiciaire*, [en ligne], 23 juin 2008, [Réf. du 25 février 2014]. Disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_FRA.pdf

en est un exemple. Cette éthique recouvre un ensemble d'obligations à la charge des magistrats européens, l'indépendance, l'impartialité ou encore la discrétion, qui ne peuvent expliquer leur motivation au cœur du processus de décision juridictionnelle. Il ne s'agit pas non plus de traiter exclusivement du thème de l'éthique comme enjeu soulevé par l'exercice de certains droits fondamentaux¹¹, dont les droits à l'avortement, à l'euthanasie, à la gestation pour autrui, non reconnus par tous les États membres de l'Union européenne.

L'étude de l'éthique dans la motivation du juge européen soulève plusieurs enjeux ; les rapports entre morale et éthique au sein de l'ordre juridique, l'adaptation des conséquences de la loi aux circonstances, compte tenu des situations singulières. Surtout, la question de l'éthique dans la décision judiciaire révèle une conception de la personne ; cette dernière se distingue de l'animal, non pas du fait de sa raison, mais de sa capacité à ériger sa propre légalité. C'est dans cette démarche que l'éthique rejoint la préoccupation de sauvegarder les droits fondamentaux. La transparence et la publication des motivations des juges européens, y compris sur des fondements extra-juridiques, a pour finalité d'accroître la confiance des citoyens dans la CEDH, dont la légitimité est parfois discutée¹².

Le sujet abordé soulève la question suivante : la motivation du juge européen peut-elle reposer sur l'éthique alors qu'une incompatibilité de nature existe entre le droit, intangible, et l'éthique, soumise à des appréciations subjectives ?

L'éthique ne remet pas en cause les normes juridiques ; elle permet au contraire d'apprécier la justesse et la légitimité de ces normes, surtout dans le cas de l'exercice des droits fondamentaux. L'étude de la jurisprudence européenne a fait apparaître que le juge se réfère nécessairement à des principes marqués d'extranéité juridique malgré sa soumission de ce dernier au principe de légalité (I). En raison de la singularité de chaque cas juridique et du parcours personnel de chaque juge, celui-ci se réfère à divers principes éthiques alors que l'ordre juridique européen se veut moniste (II). La mise en évidence de l'éthique comme fondement des décisions juridictionnelles européennes témoigne d'un renouveau de la rhétorique juridique au niveau supranational. On serait passé d'une *rhétorique de confrontation*, inspirée par

.....
11. Sénat, MM. Simon Sutour et Jean-Louis Lorrain, *Rapport n° 67 fait au nom de la commission des affaires européennes, L'éthique : une problématique européenne*, 59 p., [en ligne], déposé le 10 octobre 2013, [Réf. du 25 février 2014]. Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r13-067/r13-0671.pdf>

12. The Rt Hon David Cameron MP, *Speech on the European Court of Human Rights*, [en ligne], 25 January 2012, Disponible sur : <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>

Aristote et Quintilien, à une *rhétorique de décision*¹³. La rhétorique ne revêt alors pas un simple aspect contradictoire, mais elle présente un caractère résolutoire, dont les décisions de justice sont les illustrations. En effet, le juge tente de proposer la meilleure des décisions, « laquelle “*pro veritate habetur*” » (est considérée comme vraie)¹⁴ ». L'éthique comme fondement de la décision juridictionnelle oblige donc à s'interroger sur les ressorts de la décision jugée comme bonne par les parties. En effet, toutes les décisions ne peuvent se mettre sur le même plan en raison des enjeux soulevés, des droits en cause, de l'idéal de justice poursuivi. La décision juridictionnelle demeure donc « une opinion non scientifiquement démontrée¹⁵ ».

La référence nécessaire du juge à des principes marqués d'extranéité juridique

Le premier problème de droit qui apparaît à la lecture du sujet est celui de la légalité des décisions du juge européen prises à la fois sur des fondements éthiques, non avoués ou peu mis en avant, et sur des principes juridiques, mis en exergue. Pour répondre à cette question, il s'agit de comprendre dans quels cas le juge européen est amené à se référer à l'éthique alors qu'il dispose d'un arsenal de principes et de normes légitimes et *a priori* suffisantes (A). Cette référence, implicite ou explicite, ne risque-t-elle pas d'occulter le devoir d'impartialité qui incombe au juge européen, en vertu de la résolution européenne du 23 juin 2008¹⁶, et donc d'aboutir à une décision caractérisée par l'arbitraire subjectif (B) ?

Les limites des principes normatifs à appliquer par le juge européen

Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si le juge européen se réfère à l'éthique pour motiver sa décision, dans un second temps d'examiner les cas identifiés.

.....

13. Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Éd. de l'université de Bruxelles, Coll. UBLibre, 2012, pp. 8-9.

14. *Ibid.*, p. 10.

15. Villey Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Éd. PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 54.

16. Conseil de l'Europe, CEDH, *Résolution sur l'éthique judiciaire*, [en ligne], 23 juin 2008, [Réf. du 25 février 2014]. Disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_FRA.pdf

Il est incontestable que le juge européen s'appuie sur des principes éthiques, qui s'ajoutent aux principes juridiques, pour légitimer sa position, comme l'illustre l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*¹⁷. Deux couples, ayant des difficultés à concevoir un enfant, souhaitent obtenir un don de sperme pour le premier, et une fécondation *in vitro* avec don d'ovocyte, pour le second. Le droit interne autrichien interdit ces dons. Les requérants saisissent la CEDH au motif que la loi autrichienne sur la procréation artificielle viole l'article 8 de la Convention européenne, relatif à la vie privée et familiale. Si le juge de Gaetano partage l'avis de la majorité des juges de la Cour, c'est-à-dire la non violation des articles 8 et 14 de la Convention, il s'interroge sur leur interprétation et émet à cet égard des jugements relevant de l'éthique. En effet, il établit un lien de corrélation entre le principe de dignité et la valeur inhérente à la vie humaine. Il accorde ainsi une valeur sacrée à la dignité, qui légitime son refus d'interpréter l'article 8 de la Convention comme un article consacrant « un droit de concevoir un enfant à n'importe quel prix¹⁸. » Le juge de Gaetano distingue donc le droit au respect à la vie privée et à la vie familiale du droit de concevoir un enfant ; il rejette l'idée d'un droit à la conception non encadrée, car la volonté ou le désir d'avoir un enfant ne prime pas sur la dignité humaine. Il s'agit là d'une prise de position qui repose sur des principes éthiques, soit sur la dignité comme attribut inhérent à la personne, propre à sa qualité d'être humain. Or cette dignité se traduit par l'obligation faite à toute personne de respecter autrui, y compris l'embryon et l'enfant, c'est pourquoi il ne peut y avoir de « droit de concevoir un enfant à tout prix¹⁹ » selon le juge de Gaetano.

A contrario, reconnaître la procréation comme un droit entrant dans le champ d'application de l'article 8 a pour effet de dissocier la dignité humaine de la valeur sacrée attachée à la vie et à toute personne. Le juge considère alors que la procréation « a été réduite à une technique médicale ou de laboratoire²⁰ », au détriment de la dignité, notamment depuis l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*²¹. L'argument, avancé par la Cour, du consensus européen sur cette question est rejeté par le juge de Gaetano puisque le consensus n'a jamais été une des meilleures garanties de la dignité humaine. Au contraire, pour renforcer cette dernière il conviendrait de s'interroger sur chaque acte ou omission qui y porterait atteinte, comme la procréation artificielle, la congélation et la destruction des embryons humains. Le juge conclut en évoquant

.....
17. CEDH, *Affaire S.H. et autres c. Autriche*, du 3 novembre 2011, requête n° 57813/00

18. CEDH, *Affaire S.H. et autres c. Autriche*, du 3 novembre 2011, requête n° 57813/00

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. CEDH, *Affaire Dickson c. Royaume-Uni*, du 4 décembre 2007, requête n° 44362/04

l'incompatibilité entre la valeur de la dignité et certains actes commis sur toute personne, même si ceux-ci sont légitimés par la référence à la dignité. Cette interdiction ne signifie pas une négation des droits mais « une reconnaissance positive et un progrès de ceux-ci ».

Par cette motivation, on retrouve différents éléments qui relèvent de l'éthique. Le juge de Gaetano émet des préconisations quant à la conduite des juges, en refusant l'argument du consensus européen, et en rejetant l'idée d'un droit absolu à concevoir un enfant, argument avancé par les requérants. En outre, les arguments du juge de Gaetano traduisent une réflexion sur les fondements du « bien agir ». Il établit ainsi une hiérarchie entre la dignité de toute personne, au sommet, et le droit de concevoir, un droit subjectif. Cette démarche critique tente de répondre à la question suivante : comment protéger la dignité de l'enfant à naître ?

Ce faisceau d'indices est également présent dans l'opinion dissidente émise par les cinq juges, Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria, dans la même affaire. Ces juges considèrent que le droit autrichien viole l'article 8 de la Convention européenne²². Tout d'abord, ils étudient le champ de cet article. Si originellement il concerne la vie privée²³, il couvre aussi le droit d'avoir un enfant ou non, depuis l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*²⁴ du 10 avril 2007. L'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 étend le champ de l'article 8 à la pratique de l'insémination artificielle, car cette pratique concerne la vie privée et familiale des intéressés. Dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*²⁵, la Cour considère que le droit à la conception et à la procréation médicalement assistées relèvent de la protection de l'article 8. Par ces arrêts, le champ de cet article a été considérablement étendu, de la sphère privée strictement entendue à toutes les actions qui s'y rattachent, dont la procréation et la reproduction.

.....

22. Art. 8 Droit au respect de la vie privée et familiale :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » in *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en italiques*, [en ligne], Disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

23. Le concept de vie privée porte sur la vie personnelle, par opposition à la vie publique. La vie privée ne concerne donc pas directement l'État, l'administration et les institutions publiques.

24. CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, du 10 avril 2007, requête n° 6339/05

25. CEDH, *Affaire S.H. et autres c. Autriche*, du 3 novembre 2011, requête n° 57813/00

Les juges mettent l'accent sur les enjeux éthiques associés à la question de la procréation médicalement assistée²⁶, enjeux non pris en compte par la législation de 1992. Or la Cour s'appuie sur la situation existante en 1992, sous-estimant les évolutions scientifiques et des mentalités sur ces questions. Ce paradoxe est mis en exergue par la référence au consensus européen et par la jurisprudence européenne²⁷. Ces différentes incohérences soulevées par les juges dissidents rendent, selon ces derniers, plus difficile la compréhension de la décision de la Cour. De plus, l'absence d'évolution du droit autrichien n'a pas entraîné, selon la Cour, une violation du principe de proportionnalité²⁸, inscrit à l'article 8 § 2 de la Convention. L'arrêt met en jeu l'identité d'une personne et d'un couple, et par conséquent des questions éthiques. Or l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004 précise dans ces cas que la marge d'interprétation de la législation par l'État « est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre "intime" qui lui sont reconnus²⁹ ». La notion d'intimité rejoint celle de dignité ; la seconde est en effet garantie par la première. Cette réflexion sur l'intimité, sous-jacente au débat sur la procréation assistée, pourrait relever de la conception de l'éthique proposée par Aristote, qui est une éthique dite « de la vertu » ; selon celle-ci, l'éthique consiste à agir conformément à la nature pour atteindre le bien.

Les juges dissidents critiquent l'argument du consensus européen au motif qu'il s'agit d'un concept flou, non fondé sur des critères précis – à partir de quand y-a-t-il consensus ? – et donc source d'insécurité juridique³⁰. Cette expression renvoie à l'idée d'une législation mieux adaptée aux évolutions

26. Concernant la question de la procréation assistée en droit français, voir CC, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; voir l'article L. 2141-1 du code de la santé publique et l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.

27. CEDH, *Yaşa c. Turquie*, du 2 septembre 1998, requête n° 22495/93 ; CEDH, *Maslov c. Autriche*, du 23 juin 2008, requête n° 1638/03

28. En droit français, le principe de proportionnalité est mis en exergue dans l'arrêt Benjamin rendu par le 19 mai 1933. La juridiction administrative a vérifié si la mesure de police prise est justifiée par rapport aux circonstances et proportionnée à la menace pesant sur l'ordre public. Il s'agit du premier véritable contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative.

29. CEDH, *Affaire Connors c. Royaume-Uni*, du 27 mai 2004, requête n° 66746/01

30. L'État de droit impose la stabilité, la publicité et l'invocabilité des normes s'appliquant aux relations entre les personnes, entre les institutions et entre les personnes et les institutions, il doit donc assurer la sécurité outils dont disposent les sujets du droit pour revendiquer leur droit. Le principe de sécurité juridique est également présent au niveau supranational, dans les ordres juridiques international et européen (voir PUISSOCHET Jean-Pierre, LEGAL Hubert, « Le principe de sécurité juridique

scientifiques et sociétales alors même que le droit autrichien, en l'espèce, n'est pas le reflet de cette évolution. Concernant la pratique de la procréation médicalement assistée, les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria légitiment cette pratique par deux motifs. D'une part, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 reconnaît le droit de toute personne de bénéficier du progrès scientifique³¹, ce qui s'applique aux pratiques de fécondation in vitro. D'autre part, ce même texte consacre l'obligation faite aux États d'assurer la santé physique et mentale de ses citoyens³². Or selon les juges dissidents, les pratiques de procréation médicalement assistée permettent de soigner les patients par une thérapie.

Enfin, les juges évoquent le cas des États ayant autorisé la procréation médicalement assistée, comme l'Espagne, la Belgique, le Danemark. Ils soulignent que cette pratique s'accompagne d'obligations à la charge des États, en veillant au respect des droits fondamentaux, et d'un contrôle au niveau européen en raison du caractère sensible des faits. Les États interdisant ces techniques médicales, en Ukraine notamment, tout en reconnaissant les enfants nés à l'étranger du fait de ces dernières, mettent en jeu, par ces politiques publiques, non plus l'intérêt de l'enfant, mais celui de la mère, sa santé notamment. Si les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska et Tsotsoria concluent à une violation de l'article 8 de la Convention, contrairement au juge de Gaetano, ils motivent leur décision par des principes éthiques. En effet, ces cinq juges mènent une réflexion plus générale sur la médecine reproductive en s'interrogeant sur le « bien agir » de la procréation médicale assistée. Leur éthique relève de l'école dite « conséquentialiste³³ » représentée par Jeremy Bentham³⁴. Celui-ci prône une démarche centrée sur les conséquences des actes pour identifier si une action est bonne. Les juges dissidents évoquent les conséquences de l'interdiction autrichienne à l'égard de la mère et du couple, tout en occultant la question du bien-être de l'enfant et de la filiation.

.....
 dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 11, décembre 2001).

31. Art. 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit : a) De participer à la vie culturelle ; b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ; c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. (...) »

32. Art. 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. (...) »

33. Soutour S. et Lorrain J.-L., *L'éthique : une problématique européenne*, Rapport d'information n° 67, (2013-2014), fait au nom de la commission des affaires européennes, [en ligne], déposé le 10 octobre 2013, Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r13-067/r13-067.html>

34. Ce philosophe du XVIII^e siècle pose les bases du libéralisme politique et conçoit le principe du panoptique, développé par Michel Foucault.

L'étude de la motivation de juges partageant une position opposée, à partir d'un cas précis, l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, démontre que les principes éthiques appuient la décision du juge de manière explicite, que ce soit pour conclure à la violation ou non d'un droit fondamental. L'éthique semble donc consubstantiellement liée aux droits fondamentaux et à l'État de droit.

L'éthique au sein de l'État de droit

La présence de la notion d'éthique au sein des ordres juridiques occidentaux, traduit l'existence de limites inhérentes au positivisme juridique et donc aux principes normatifs³⁵. Or l'utilisation de principes non juridiques par le juge européen ne risque-t-elle pas d'aboutir à l'émergence de décisions marquées par l'arbitraire subjectif car ne reposant pas sur des fondements juridiques ?

Le fonctionnement de l'État de droit repose sur une application souple des normes, qui résulte de la marge d'appréciation des normes par le juge, afin d'éviter un culte du droit et des règles ne prenant pas en compte la personne. Les États occidentaux se sont reconstruits autour de la notion d'État de droit après la Seconde Guerre Mondiale³⁶. Si ce fondement garantit les droits et les libertés fondamentales, il contribue à la fois à la primauté du droit sur des principes extra-juridiques qui protègent eux aussi ces droits – dont l'éthique – et à l'émergence d'un État des droits³⁷, expression de revendications individualistes, sources de tensions et de remise en question de l'État de droit.

Tenter de cerner le contenu de l'État de droit semble, comme cela l'a été pour l'éthique, une gageure, puisque ce principe de gouvernance ne constitue pas un isolat juridique mais un concept en interaction avec de nombreux autres concepts, dont l'État libéral et l'État démocratique. En outre, si un consensus existe autour de la soumission de l'État aux normes juridiques, il y a polémique concernant les normes en question ; s'opposent en effet les tenants de la thèse de l'autolimitation³⁸ à ceux de l'hétérolimitation³⁹. Ce désaccord doctrinal met

35. Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Éd. de l'université de Bruxelles, Coll. UBLibre, 2012, p. 13.

36. Chevallier Jacques, « État de droit », p. 388, in Andriantsimbazovina Joël (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Éd. Puf, Coll. Quadrige, 1074 p.

37. Carlier Jean-Yves, « De l'État de droit à l'état des droits », in *Journal des procès* n° 213, 20 mars 1993, Rubrique « Mots pour le dire », pp. 39-44.

38. L'un des tenants de la thèse de l'autolimitation est Carré de Malberg. (Voir Carre de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Éd. du CNRS, 1985, 2 vol.).

39. Les tenants de la thèse de l'hétérolimitation sont Hauriou et Duguit, notamment.

en exergue le caractère dual du système juridique européen et le dialogue entre ordres juridiques nationaux et européen, leurs emprunts respectifs⁴⁰. Ainsi, l'État de droit est présent à la fois dans les textes de droit européen et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les textes européens se réfèrent explicitement à l'État de droit⁴¹ ou implicitement, à ses éléments constitutifs, dont le principe d'égalité⁴², l'indépendance de la justice et des tribunaux⁴³. La jurisprudence de la Cour européenne s'appuie également sur ce principe, notamment dans trois arrêts ; dans le premier arrêt *Bellet c/ France*⁴⁴, la cour affirme le principe de prééminence du droit. Dans le second arrêt *Salabiaku c/ France*⁴⁵, les juges européens établissent un lien de corrélation entre la prééminence du droit, élément constitutif de l'État de droit, et le droit de chacun à un procès équitable. Enfin, dans le troisième arrêt, *Huwig c/ France*⁴⁶, si le principe de la prééminence du droit est affirmé, il nécessite d'encadrer la fonction juridictionnelle ; le pouvoir d'appréciation du juge ne peut être subjectif au motif qu'il se fonde sur le droit. Ainsi, le principe de légalité n'accorde pas au juge un pouvoir d'interprétation des textes qui soit arbitraire. Concernant un autre principe constitutif de l'État de droit, le principe de proportionnalité, la Cour européenne a rendu les arrêts *Emre I* et *Emre II*⁴⁷.

L'État de droit ne constitue pas seulement un concept théorique en vue d'atteindre un idéal démocratique, il est devenu un concept structurant des systèmes juridiques occidentaux. En effet, au nom de l'État de droit ou pour garantir l'État de droit, les États ont procédé à des réformes juridiques et institutionnelles qui ont abouti à la consécration de principes pluriels : le principe d'égalité de tous devant la loi, une justice accessible, le principe de la sécurité juridique, le principe de légalité par exemple. La démocratie est alors indissociable du droit et de sa primauté ; le droit est érigé comme

40. Santi Romano., *L'ordre juridique*, Paris, Éd. Dalloz, 1975, Coll. Philosophie du droit, p. 85.

41. Voir article I-2 « Les valeurs de l'Union » du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 29 octobre 2004, in Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). 16.12.2004, n° C 310, pp. 1-474, [en ligne], Disponible sur : <http://eurolex.europa.eu/JOhtml.do?uri=O:C:2004:310:SOM:FR:HTML>

42. Voir le chapitre III de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [en ligne], Disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf

43. *Ibid.*, voir le chapitre VI de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

44. Voir le paragraphe 36 de l'arrêt : CEDH, *Bellet c/France*, 4 décembre 1995, [en ligne], Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62507>

45. Voir le paragraphe 28 de l'arrêt : CEDH, *Salabiaku c/France*, 7 octobre 1988, [en ligne], Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62127>

46. Voir le paragraphe 26 de l'arrêt : CEDH, *Huwig c/France*, 24 avril 1990, [en ligne], Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62184>

47. Voir le paragraphe 85 de l'arrêt : CEDH, arrêt *Emre c. Suisse* (N° 2), 11 octobre 2011, [en ligne], Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-106796>

principe directeur de l'organisation de la communauté politique. Cette primauté du droit s'appuie sur des textes de droit dont la Constitution ; c'est pourquoi l'État de droit est de façon immarcescible lié au constitutionnalisme⁴⁸. La primauté du droit est légitimée par sa finalité, lutter contre l'arbitraire et protéger les droits des personnes. Le droit est alors un intermédiaire incontournable des relations entre les citoyens et l'État, l'administration et les institutions.

Un des éléments constitutifs de l'État de droit, surtout dans le cas français, est le principe de légalité. Ce principe, effectif grâce au juge et au droit administratif, est présenté comme un des leviers permettant de lutter contre l'arbitraire et les atteintes aux droits fondamentaux. Pourtant, comme l'a mis en évidence Danièle Lochak⁴⁹, ce système juridique n'est pas sans faille. En effet, le droit administratif ne repose pas sur une contrainte extérieure car le droit est la création de l'administration elle-même. En outre, elle ne peut respecter le principe de légalité qu'elle impose à ses administrés car ce dernier conduit au blocage de son activité. À cela s'ajoutent des rapports inégaux entre l'administration et les administrés rendus légaux par des principes juridiques tels que le privilège du préalable, l'emprise, la voie de fait. Cette inégalité atteint son paroxysme avec l'adage « Ouvrage public mal planté ne se détruit pas⁵⁰. » Enfin, à l'échelle internationale, l'interprétation et l'application stricte des normes a contribué à l'instauration de régimes violant les droits fondamentaux, dont l'Apartheid en Afrique du Sud ou le régime national-socialiste en Allemagne.

Face aux dérives de l'État de droit et du principe de primauté du droit, précédemment énoncées, il convient de s'interroger sur la nature des rapports entre l'État de droit et l'éthique. Il est incontestable qu'il s'agit de deux modes de régulation sociale. Mais sont-ils complémentaires, antagonistes et lequel prend appui sur l'autre ? Le droit peut-il se substituer à l'éthique ? Peut-on concevoir une communauté politique fondée uniquement sur le droit et se caractérisant par l'absence de principes éthiques ?

Dans le cas de la France, l'éthique n'est pas absente du système juridique. Ainsi, le Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie

48. Ce courant doctrinal développe l'idée d'une rationalisation des phénomènes politiques constitutive à la place suprême de la Constitution dans la hiérarchie des normes, théorisée par Hans Kelsen. (Voir Poirmeur Yves, Rosenberg Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », [en ligne], Disponible sur : http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/poirmeur_al.pdf)

49. Voir p. 44 in Lochak Danièle, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », pp. 41-55, in Revue *Pouvoirs* n° 46 « Droit administratif. Bilan critique », 1988.

50. Sabliere Pierre « Voie de fait et régularisation de l'emprise », in *AJDA*, 2002, pp. 1229-1232.

et de la santé (CCNE), créé par décret⁵¹ le 23 février 1983 par le Président de la République François Mitterrand, prend position sur les questions de l'assistance médicale à la procréation, de l'expérimentation sur l'homme, de la recherche sur l'embryon humain, de l'accès à l'information génétique, ou encore de la notion de consentement. Le Comité dispose d'un pouvoir consultatif, c'est ainsi qu'il s'est prononcé sur l'exposition « Exposition anatomique de vrais corps humains, Our body. À corps ouvert », en rendant le 23 novembre 2007 un avis défavorable. Or l'ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance de Paris précise que « si la délibération du Comité national d'éthique relève évidemment de l'ordre juridique et du droit souple, il ne peut être pris en considération par le juge des référés que si la reconnaissance du droit "dur" le requiert⁵². » Face aux limites de l'action du CCNE, liées à ses pouvoirs restreints et à la multiplication – mise en exergue par les médias – des questions éthiques, le législateur a modifié ses compétences par la loi du 7 juillet 2011⁵³. L'éthique devient alors une notion structurante de l'ordre juridique français, en étant consacrée au chapitre II du Code de la santé publique⁵⁴.

Au niveau européen, l'équivalent du Comité français est le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE). Si le GEE ne bénéficie pas de statut précis au sein des traités de l'Union européenne, il influence néanmoins la prise de décision des institutions européennes sur les questions éthiques. Il a ainsi rendu récemment un avis sur l'éthique des technologies de sécurité et de surveillance⁵⁵. Son existence illustre la coexistence d'un droit souple et d'un droit rigide au sein du système juridique européen, et de la nécessité de ne pas dissocier droit et éthique.

La jurisprudence de la CEDH traduit l'incertitude et le doute de la période actuelle face aux questions éthiques, comme l'avortement, l'euthanasie. En effet, le droit s'est substitué à la morale dans les États européens sécularisés,

51. Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (JO du 25 février 1983).

52. Pastor Jean-Marc, « Le tribunal de grande instance de Paris interdit l'exposition de cadavres à des fins privées. Ordonnance rendue par Tribunal de grande instance de Paris n° 09/53100, 21 avril 2009 », in *A/DA*, 2009, pp. 797-802.

53. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, [en ligne], Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

54. Code de la santé publique, Chapitre II : Éthique, des articles L1412-1 à L1412-6, [en ligne], Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

55. Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, Avis n° 28, 20 mai 2014, 165 p., « L'éthique des technologies de sécurité et de surveillance », [en ligne], Disponible sur : http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/opinion_28_securityandsurveillance-technologies.pdf

le juge et le législateur deviennent alors les organes qui définissent ce qui est bien et mal. Ce sont eux qui construisent un consensus éthique, alors même que le droit ne présente pas de dimension métaphysique ; il ne s'interroge pas sur les questions ontologiques, contrairement à l'éthique. Pourtant, le droit ne s'entend pas comme un concept purement juridique, il présente aussi une dimension politique, car il résulte d'une conception particulière des rapports entre l'État, les individus, la société civile et le marché. Le principe de primauté du droit ne signifie donc pas la subordination de la communauté politique à une règle juridique technique, mais un droit au service de cette même communauté, ce qui se traduit par l'adoption de principes éthiques tels que la transparence, les principes de déontologie des juges pour lutter contre la corruption au sein des institutions.

L'étude des rapports entre État de droit, système juridique et éthique a permis de mettre en évidence que, malgré le phénomène de sécularisation et d'autonomie du droit, la norme émerge de la confrontation de discours sur des questions éthiques. Le mode d'élaboration des principes juridiques ne résulte donc plus du processus exclusif du législateur⁵⁶.

De l'éthique aux principes éthiques dans l'ordre juridique européen

L'identification des éléments relevant de l'éthique dans la motivation des juges est d'autant plus difficile que ces derniers ne se réfèrent pas explicitement à l'éthique et qu'ils proposent une conception de l'éthique différente selon leur parcours personnel et selon le cas qui leur est soumis (A). Néanmoins, ces principes éthiques tendent à chaque fois à renforcer le système de garantie des droits fondamentaux, que l'on pourrait qualifier alors d'éthique universelle (B).

L'identification problématique des éléments relevant de l'éthique

Parfois, le juge, sans motiver sa décision par des principes éthiques, est amené à écouter les motifs des parties, dont ceux par exemple des représen-

56. Portier Philippe et Feuillet-Liger Brigitte, *Droit, éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Éd. Bruylant, Coll. Droit et Religion, 2012, 476 p.

tants des grandes religions. L'argumentation de ces dernières illustre la collision des principes éthiques et dogmatiques.

Le droit à l'avortement constitue un des droits qui soulève des enjeux éthiques et donc qui donne lieu à des divergences entre les juges européens, notamment dans l'arrêt *R.R. c. Pologne*⁵⁷ rendu par la CEDH le 26 mai 2011. Les faits sont distincts de l'affaire *Tysic c. Pologne* ; la crainte d'une malformation irréversible du fœtus pose problème, mais non la santé de la patiente. Cette dernière souhaite pratiquer une amniocentèse en vue d'un examen génétique pour identifier une éventuelle malformation fœtale. Or l'examen n'a eu lieu qu'à sa 23^e semaine de grossesse et les résultats ont été rendus deux semaines plus tard. Le fœtus était atteint du syndrome de Turner, mais le délai pour avorter était dépassé. Le juge Bratza considère qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention⁵⁸, relatif au droit au respect de sa vie privée. Depuis l'affaire *Tysic c. Pologne*⁵⁹, l'article 8 est interprété par les juges européens comme l'obligation faite aux États d'instaurer des mécanismes effectifs d'un avortement légal.

En revanche, le juge Bratza rejette la violation de l'article 3 de la Convention⁶⁰, qui interdit tout traitement inhumain et dégradant. Selon lui, les faits ne s'apparentaient pas à des sévices ou des conditions de détention dégradantes, même s'il admet le comportement odieux et la stratégie d'obstruction des médecins. Il légitime sa position par une comparaison entre l'affaire soumise et les disparitions forcées à partir du critère du comportement des autorités, volontairement évasives sur le sort des disparus. Le juge Bratza rejette cette comparaison qui met, sur le même plan, deux comportements ayant eu lieu dans des contextes différents. Il établit une distinction, voire une hiérarchie, entre le comportement des médecins et celui des autorités responsables des disparus. Il fait donc intervenir des valeurs personnelles qui lui permettent de juger différemment certaines pratiques humaines présentant des similitudes.

57. CEDH, *Affaire R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011, requête n° 27617/04.

58. ARTICLE 8 Droit au respect de la vie privée et familiale : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

59. CEDH, *Affaire Tysic c. Pologne*, 20 mars 2007, requête n° 5410/03.

60. ARTICLE 3 Interdiction de la torture : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Le juge De Gaetano émet également une opinion partiellement dissidente de la décision rendue par la Cour, sur la question de la violation de l'article 8. Ce juge considère qu'il y a eu un glissement de l'objet à traiter : il ne s'agissait pas de l'effectivité ou non du droit à l'avortement, puisque l'État polonais le consacre en droit interne. Selon le juge, la question soulevée en l'espèce était la suivante : la prise en charge de la requérante était-elle attentatoire à ses droits fondamentaux ? Le juge De Gaetano reconnaît l'existence d'une « succession de tergiversations de la part des professionnels de la santé concernés » alors même que ces derniers auraient pu exercer leur droit à l'objection de conscience. À cet argument, le juge ajoute l'obligation faite aux médecins de répondre à la détresse et à l'angoisse de la patiente. Or ces deux arguments reposent sur des valeurs : ainsi, le droit à l'objection de conscience ne figure pas dans la Convention européenne, y compris à l'article 9⁶¹, souvent invoqué dans les arrêts relatifs à ce droit⁶². En outre, la détresse et l'angoisse ne constituent pas des critères juridiques. Le juge se réfère donc dans sa motivation à un système de valeurs qui lui est propre.

Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁶³, la décision des juges européens évoque explicitement la position de la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles, ce qui illustre l'imbrication des questions éthiques et de la religion. En l'espèce, un particulier souffre d'une sclérose latérale amyotrophique, une maladie neurodégénérative. Cette personne souhaite choisir le moment et les modalités de sa mort, malgré son empêchement à commettre elle-même l'acte de se suicider. Or le droit anglais sanctionne le fait d'aider autrui à se suicider. La requérante saisit la CEDH au motif que les pouvoirs publics anglais refusent de ne pas poursuivre son mari s'il l'aidait à mettre fin à ses jours. La CEDH considère que la position des autorités anglaises ne viole ni l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme relatif au droit à la vie, ni l'article 3 de cette même

61. ARTICLE 9 Liberté de pensée, de conscience et de religion : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

62. CEDH, *Grande Chambre, Bayatyan c. Arménie*, du 7 juillet 2011 ; décision de la Commission, *G.Z. c. Autriche*, requête n° 5591/72, 2 avril 1973 ; CEDH, arrêt de Grande Chambre, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000.

63. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n° 2346/02

convention, qui interdit tout traitement inhumain ou dégradant. La cour motive sa décision par l'impossibilité de reconnaître aux États l'obligation positive de cautionner des actes qui ont pour finalité de mettre un terme à la vie, car cette obligation violerait l'article 3 de la Convention.

La question de l'euthanasie et du suicide assisté soulève de nombreux enjeux, dont l'enjeu éthique ; c'est pourquoi la Cour a également recueilli le témoignage de la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles⁶⁴. Celle-ci avance que la vie humaine est un don de Dieu ; c'est pourquoi porter atteinte à cette vie, y compris dans le cas d'un suicide assisté, constitue une atteinte à Dieu. En outre, le suicide et l'euthanasie ne relèvent pas des choix moralement acceptables, y compris dans les démocraties libérales laïques, d'après l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les articles 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ce rejet de l'euthanasie n'est donc pas propre à une religion particulière mais à une éthique universelle. De plus, selon le rapport de 1994 sur la vie⁶⁵, les personnes demandant le suicide sont majoritairement des personnes souffrant de dépression. Reconnaître le suicide assisté fragiliserait donc davantage les personnes vulnérables, selon la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre, qui s'appuie sur l'étude de la mortalité effectuée par le gouvernement néerlandais en 1990 pour légitimer sa position. À cela s'ajoute le problème éthique soulevé au sein du corps médical. Quelle devrait être l'attitude de ce dernier confronté à une demande de suicide assisté ? Devrait-il tenter de dissuader le patient en lui proposant des soins palliatifs qui souvent soulagent sa souffrance ? Au contraire, devrait-il le soutenir dans sa démarche d'euthanasie ?

Dans une note de février 2014⁶⁶, la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles revient sur le débat de l'euthanasie et du suicide assisté. Elle aborde d'abord l'expression de « suicide assisté » qui, selon elle, trahit le malaise entourant cette pratique qui porte atteinte à la dignité de

64. La Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles est l'assemblée permanente des évêques catholiques et des Ordinaires des deux pays membres. La Conférence se compose des archevêques, des évêques et des évêques auxiliaires des 22 diocèses présents en Angleterre et au Pays de Galles, de l'évêque des Forces, de l'éparque apostolique de l'Église ukrainienne en Grande-Bretagne, de l'ordinaire de Notre-Dame de Walsingham, et du préfet apostolique des îles Falkland.

65. Rapport établi en 1994 par le groupe de travail sur la vie et le droit mis en place par l'État de New York, évoqué dans la note de synthèse établie par le Sénat français sur l'euthanasie, [en ligne], http://www.senat.fr/lc/lc49/lc49_mono.html#toc76, Consulté le 26 février 2014

66. Catholic Bishops' Conference of England and Wales, Department for Christian Responsibility and Citizenship, Catholic Trust for England and Wales, *Sense and nonsense on "Assisted Dying"*, février 2014, [en ligne], www.catholicnews.org.uk, Consulté le 26 février 2014

la personne et à ses droits. Elle ajoute que le suicide assisté, présenté comme le droit de chacun de mourir, pourrait pour les personnes fragilisées s'apparenter davantage au « devoir de mourir », c'est-à-dire à l'obligation faite aux personnes malades en fin de vie de se suicider pour alléger la souffrance de leur proche, et non la leur. En outre, le suicide assisté contredit la pratique des démocraties libérales qui tentent de prévenir les suicides, c'est pourquoi « le suicide assisté [n']est [rien d'autre que l'] avocat du désespoir ». Enfin, cette pratique traduit l'emprise par certaines personnes sur la vie et la mort, alors même que ces rapports de pouvoirs n'appartiennent qu'à Dieu, selon la Conférence des évêques. Cette dernière s'appuie sur les propos du pape François, qui défend la dignité des personnes malades et en fin de vie⁶⁷.

Le dogme catholique pense l'éthique à partir du concept de droit naturel. Ce dernier est défini par le pape Benoît XVI comme le « principe premier et fondamental celui de "faire le bien et éviter le mal"⁶⁸ ». Il présente à la fois une dimension éthique et morale. Par le droit naturel, l'homme devient responsable de ses actes, par conséquent « de ce droit découlent les autres principes plus particuliers, qui réglementent le jugement éthique sur les droits et les devoirs de chacun⁶⁹ ».

Le droit naturel est ainsi appréhendé par l'Église catholique, au XXI^e siècle, comme consubstantiel à la personne ; il contribue au développement de sa conscience morale⁷⁰ :

« Le droit naturel est la source dont jaillissent, avec les droits fondamentaux, également les impératifs éthiques qu'il est nécessaire de respecter⁷¹. »

Les droits de la personne sont indissociables du concept d'éthique. D'après l'Église catholique, l'éthique se comprend comme synonyme de vérité et plus exactement de recherche de la Vérité. C'est parce que le

67. François, *Message adressé aux catholiques en Irlande, en Écosse, en Angleterre et au Pays de Galles*, [en ligne], <http://radionotredame.net/2013/societe/dans-un-message-aux-catholiques-britanniques-le-pape-defend-la-vie-15211/>, Consulté le 26 février 2014

68. Benoît XVI, *Discours du Pape Benoît XVI aux participants au Congrès International sur la Loi Morale Naturelle, organisé par l'université du Latran*, 12 février 2007, [en ligne], <http://www.vatican.va>, Consulté le 17 avril 2012.

69. *Ibid.*

70. Voir la thèse suivante en droit public sous la direction du professeur Alain Laquière : *Déléage Elsa, Les droits de la personne selon l'Église catholique de 1891 à 2013*, soutenue le 19 novembre 2013.

71. *Ibid.*

droit naturel, « la *lex naturalis*⁷² », présente une dimension éthique que les hommes exercent ensemble leurs libertés en vue de rechercher la Vérité. En outre, l'éthique est définie par l'Église catholique comme l'exigence de justice, comme *unicuique suum*⁷³, ce qui implique selon elle l'adoption de politiques publiques marquées par l'idéal de justice et de solidarité. Les États adoptent des normes en vertu de principes qui s'imposent à eux car ils sont fondés sur le droit naturel. Cet ensemble de principes contraignants échappe à la logique du positivisme juridique. L'école du droit naturel s'oppose au positivisme juridique, qui selon l'Église catholique engendre une redéfinition des droits : ces derniers cessent d'être des droits naturels collectifs universels, ils deviennent l'expression d'intérêts individuels, très vite désuets.

Ces deux exemples, l'étude du droit à l'avortement et du droit à l'euthanasie à partir des arrêts *R.R. c. Pologne* et *Pretty c. Royaume-Uni*, illustrent, d'une part, la prise en compte de valeurs par le juge européen pour motiver sa décision et, d'autre part, l'imbrication entre ce système de valeurs, personnel, et d'autres systèmes impératifs, notamment religieux, qui se présentent comme universels, ce qui est le cas du catholicisme notamment.

Des principes extra-juridiques au service de l'éthique des droits fondamentaux

En se référant à l'éthique dans leur motivation pour justifier leur décision, les juges européens manifestent implicitement le besoin de trouver un autre fondement aux droits de l'homme. Comme Chaïm Perelman l'a souligné, « la recherche d'un fondement (...) suppose un doute, un désaccord, une contestation⁷⁴. » Or le fondement, enfin trouvé et tant espéré, peut être remis en cause. Au scepticisme doit donc se substituer l'absolutisme, c'est-à-dire la recherche d'un fondement incontestable, ce qui soulève la question suivante : la prise en compte d'éléments non juridiques dans la motivation des juges européens ne contribue-t-elle pas à redéfinir l'ordre juridique européen ?

La recherche d'un fondement aux droits de l'homme est consubstantielle à l'État de droit dans les sociétés occidentales contemporaines, à la philosophie du rationalisme, par rejet de la logique empirique. Le positivisme

72. *Ibid.*

73. Littéralement « à chacun le sien ».

74. Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Éd. de l'université de Bruxelles, Coll. UBLibre, 2012, p. 474.

juridique, théorisé par Hans Kelsen, a ainsi fondé les normes et les droits de l'homme sur le pouvoir législatif de l'État⁷⁵. Or les faits historiques, dont le système juridique hitlérien et ses atteintes aux droits fondamentaux, ont remis en cause le positivisme⁷⁶ comme fondement de ces droits. Au positivisme s'est substituée la référence accrue mais implicite au droit naturel⁷⁷, notamment à travers les principes généraux du droit⁷⁸. Le formalisme juridique désormais mis à mal, l'ordre juridique européen est alors marqué par le pluralisme et non plus le monisme. La pluralité des sources du droit européen révèle une nouvelle approche de l'homme comme personne, le système juridique supranational est donc marqué par une anthropologie qui pourrait être qualifiée de personnaliste – selon une approche chrétienne – ou sociale – selon une approche de l'anthropologie juridique défendue par Marcel Mauss.

Le risque de prendre en compte des principes extra-juridiques est d'aboutir à des droits de l'homme arbitraires, dont le fondement est irrationnel, non dépourvu de toute ambiguïté. Afin d'éviter ces dérives, Chaïm Perelman propose de substituer à la doctrine des droits de l'homme la doctrine des obligations de l'homme, « car chacun d'eux a l'obligation de respecter la personne humaine dans son propre chef comme dans celui des autres⁷⁹. » De plus, le caractère flou de certains textes juridiques relatifs aux droits accroît le pouvoir d'interprétation du pouvoir judiciaire et donc du juge. Ainsi, « il n'y a de droit que là où il y a des juges pour le dire⁸⁰. » L'existence des positions divergentes des juges européens révèle l'absence

75. *Ibid.*, p. 477.

76. Le terme *positiviste* désigne les juristes appartenant au « positivisme juridique, théorie qui nie l'existence du droit naturel et ne reconnaît au droit positif d'autre fondement que la convention. » d'après le dictionnaire de l'Académie française. Tous les juristes ne sont pas des positivistes, tels est le cas des juristes catholiques. Par positivisme, Michel Villey désigne « tout l'ordre juridique [qui] procède de l'État et se trouve enfermé dans des lois. », in VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Éd. PUF, 1983, p. 8.

77. La complexité de cette notion a été soulignée dans plusieurs articles dont celui de Trigeaud (Jean-Marc), « Le droit naturel, fondement des droits de l'homme, une approche de théologie du droit », pp. 21-40, in Onorio (J.B. d', dir.), *Droits de Dieu et droits de l'homme*, Paris, Éd. Téqui, 1989, 215 p. Le *droit naturel* désigne une « règle considérée comme conforme à la nature de l'homme ou des choses et à ce titre reconnue comme de droit idéal » (in Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Éd. PUF, Coll. Quadrige, 2001, p. 569.).

78. Parmi les principes généraux dégagés par la CJCE se trouvent l'État de droit, le principe de sécurité juridique, le principe de non-discrimination, le droit à un procès équitable, l'interdiction de la double sanction.

79. Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Éd. de l'université de Bruxelles, Coll. UBLibre, 2012, p. 485.

80. *Ibid.*, p. 487.

d'un consensus au sein de l'ordre juridique européen quant à la question des droits de l'homme. Ces divergences reflètent le pluralisme culturel non uniformisé par les institutions européennes ; c'est pourquoi certains théoriciens considèrent que « l'existence d'un ordre juridique international relève de l'utopie à défaut d'une communauté internationale suffisamment homogène du point de vue culturel et moral⁸¹. » Or ce consensus, pensé comme le postulat d'un ordre juridique efficace, nécessite un processus d'éducation long, centré sur les mêmes valeurs et sur le même passé commun des États membres. Ces derniers partagent, au contraire, des traditions religieuses, philosophiques et idéologiques différentes, source d'une richesse nécessaire à la survie des institutions européennes car elles permettent un dialogue réflexif perpétuel. La question se pose alors de savoir si les droits de l'homme constituent une éthique en soi.

Certains droits fondamentaux, comme le droit au respect de la dignité humaine, sont des principes éthiques, ce qui contribue à leur universalité. Or l'universalité des droits fondamentaux est remise en cause⁸² au motif qu'il s'agit de droits propres à la culture occidentale, marqués notamment par les héritages gréco-romain et chrétien. Pourtant, en démontrant que ces droits fondamentaux relèvent de l'éthique, il est possible de légitimer ces derniers comme un noyau dur au cœur de l'humanité ; par conséquent leur caractère universel ne peut être nié. Au contraire, le relativisme culturel⁸³ contribue à ancrer les droits dans un contexte spatio-temporel précis qui empêche d'en faire un principe actif au cœur de toute communauté politique. L'enjeu du débat entre relativisme et universalisme des droits de l'homme est leur fondement. En effet, ces droits sont consacrés dans divers textes de droit national, international et européen, surtout depuis la Seconde guerre mondiale, qui a mis en lumière les limites du système juridique positiviste. Pourtant, cette consécration présente certaines limites, dont la question du champ des droits de l'homme, qui permettent au relativisme de contester à la fois la suprématie de l'homme et des droits. Ainsi, ce courant considère que les droits de l'homme reposent sur le postulat de l'indépendance et de la primauté de l'homme alors même que celui-ci est créé par Dieu et agit en répondant de ses actes devant Dieu. En outre, l'universalité ne concernerait pas

81. *Ibid.*, p. 489.

82. Hoffmann Florian, Ringelheim Julie, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », p. 114, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, n° 52, pp. 109-142.

83. Kuyu Camille, « Le relativisme », pp. 841-843, in Andriantsimbazovina Joël (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Éd. Puf, Coll. Quadrige, 1074 p.

l'ensemble des droits mais une notion éthique, la sauvegarde de la dignité humaine.

S'il est incontestable que le juge prenne en compte des éléments extra-juridiques, dont l'éthique, si ce processus de décision contribue au pluralisme juridique, alors la question se pose du sens que l'on donne au terme *droit*.

Conclusion

Les écrits d'Eschyle, notamment dans son *Orestie*⁸⁴, mettent l'accent sur le droit, sur la responsabilité des personnes, dont le législateur, au cœur de la communauté politique. Il ne peut y avoir de système juridique légitime sans engagement car le droit est « une normativité essentiellement active⁸⁵ », selon les termes d'Ismaïl Kadaré ; c'est-à-dire qu'il est imbriqué par essence dans le pouvoir et dans son exercice. Pour éviter les abus de ce dernier, le droit ne peut être réduit à un construit normatif. Afin de répondre à une certaine réalité sociale, il s'articule nécessairement avec des principes extra-juridiques, dont l'éthique.

Le droit positif est en effet un des divers modes de régulation sociale, qui s'articule avec d'autres systèmes normatifs, dont l'éthique ou encore les impératifs religieux. Ce dialogue traduit donc l'existence d'un pluralisme normatif et d'une inter-normativité⁸⁶. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait apparaître ainsi la reprise de principes éthiques au sein des décisions judiciaires, dont le principe de responsabilité. Si en philosophie, ce principe trouve son fondement dans la dette que chaque individu contracte en venant au monde et en vivant au sein de la communauté politique – comme « responsable de sa vie et comme débiteur d'un héritage immémorial⁸⁷ » – il traduit en droit le rejet du mouvement individualiste, qui se concrétise par la revendication de nouveaux droits catégoriels, non universels.

84. Eschyle, *L'Orestie*, Éd. L'Arche, Coll. Scène ouverte 2013, 120 p. (3 vol.).

85. Kadaré Ismaël, *Eschyle ou l'éternel perdant*, traduit de l'albanais par Alexandre Zotos, Paris, Fayard, 1988, p. 28.

86. Voir p. 10, in Rocher Guy, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éd. Thémis, 1996, 341 p.

87. *Ibid.*, voir p. 308.

L'étude de l'éthique comme source du droit pose des problèmes de méthode. En effet, les sources du droit sont souvent appréhendées d'un point de vue formel – textes, coutumes, jurisprudence. Or cette méthode exclut toute référence à l'éthique, qui pourtant permet de renforcer la légitimité de la norme juridique ou de la décision juridictionnelle, surtout au niveau supranational. À la contrainte se substituerait désormais la rhétorique, si on adopte la logique des sources du droit non exclusivement formelles comme déterminant l'autorité du droit. Dans cette perspective, l'ontologie du système juridique européen se fonde sur la publicité du raisonnement juridique. Celle-ci tente de mettre fin aux inconvénients de la logique positiviste, dans une perspective démocratique, sans nier les différences culturelles mais en aboutissant à un consensus autour de valeurs clairement identifiées, comme la dignité. C'est peut-être là le début de l'émergence d'une éthique européenne.