

# L'AVENIR DE LA PONDÉRATION: D'UNE FORMULE THÉORIQUE A UNE PRATIQUE DE LA DÉMOCRATIE

## EL FUTURO DE LA PONDERACION: DESDE UNA FORMULA TEORICA HACIA UNA PRACTICA DE LA DEMOCRACIA

Jérémy MERCIER<sup>1</sup>

*"L'avenir arrivera-t-il? Il semble qu'on peut presque se faire cette question quand on voit tant d'ombre terrible. (...) Faut-il continuer de lever les yeux vers le ciel?"<sup>2</sup>.*

Si l'on se propose, dans un premier temps, d'examiner les fondements de la théorie de la pondération forgée spécifiquement par le courant "néoconstitutionnaliste" sous l'angle des conflits de droits fondamentaux, notamment par la formule du poids, on souhaitera souligner, dans un second temps utile, l'appui théorique que confère cette construction à la pratique de la démocratie dégagée par la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Évidemment, à la suite des travaux de R. Alexy, une telle théorie a pu définitivement se développer afin de décrire les pratiques juridictionnelles en partant du présupposé que les règles de droit sont différentes des principes de droit, en ayant bien moins de pouvoir d'irradiation. En effet, tandis que les règles s'appliqueraient par l'opération de la subsomption, les conflits entre principes ne pourraient être résolus que par

---

<sup>1</sup> jmercier@u-paris10.fr - Docteur en droit public - Université Paris Ouest Nanterre - Centre de Théorie et Analyse du Droit (2015) & Dottore di ricerca in Filosofia del diritto e Bioetica giuridica - Università degli studi di Genova - Istituto Tarello (2015). Pour sa précieuse relecture, je tiens à exprimer mon entière gratitude à Victoria Roca.

<sup>2</sup> HUGO, Victor, *Les Misérables* (1862) (préface de Ch. Baudelaire), tome III, Paris, Libr. Gén. Française, 1972, p. 30. Cité par CANÇADO TRINDADE, Antonio A., voto razonado, §20, Corte IDH., *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

l'intermédiaire de la pondération<sup>3</sup>. Par l'usage de ce substantif, une très grande partie de la philosophie du droit contemporaine entend mettre en valeur la possibilité, pour les juges, de trouver un «équilibre de forces contraires»<sup>4</sup> poussées par les principes lors de l'interprétation, mais également une «modération», une «mesure» respective permettant d'obtenir une «réponse juste, correcte et conforme au Droit»<sup>5</sup>. Protéger les droits fondamentaux à l'ère contemporaine relève donc d'une technique d'équilibre et de pondération dans l'interprétation, à partir d'une évaluation de valeurs contenues dans les conflits de droits fondamentaux<sup>6</sup> (§I). Nous pourrions voir en quoi, de la théorie à la pratique, une telle pondération ou activité de balancement permet de consolider la pratique de la démocratie, en particulier dans la jurisprudence continue de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (§II).

## § I.

### FORMULER LA PONDÉRATION

L'horizon indépassable de la pondération est, ainsi que le retiennent les néoconstitutionnalistes, celui des droits fondamentaux comme principes chargés de valeurs, contenant des valeurs, et sujets à «optimisation»<sup>7</sup>. Cette théorie donne une

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti*, chap. 3 «Il costituzionalismo principialista», §3.4 «Regole e principi. Una proposta ridefinitoria»: «Per Robert Alexy, invece, i “principi sono precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi” e che da essi, a seconda delle circostanze del caso, sono derivabili volta a volta regole sulla base della loro ponderazione o bilanciamento; al contrario “le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate”, sicché “se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede”». Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, a loro volta, identificano la differenza tra principi e regole nel fatto che “i principi configurano il caso in forma aperta, mentre le regole lo fanno in forma chiusa”. E Gustavo Zagrebelsky distingue le regole dai principi sulla base del fatto che solo le prime e non anche i secondi prevedono fattispecie in esse sussumibili. In tutti i casi, ciò che accomuna queste diverse connotazioni delle due classi di norme è il ruolo centrale associato alla ponderazione dei principi, in opposizione all'applicazione di cui sono invece suscettibili le regole, e perciò la tesi che sono oggetto di ponderazione anziché di applicazione, perché concepiti non come regole ma come principi tra loro virtualmente in conflitto, i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti.»

<sup>4</sup> «Pondération», in *TLFi*.

<sup>5</sup> ATIENZA, Manuel, «Carta sobre la ponderación», in ATIENZA, Manuel, GARCIA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, p. 95: «Nuestros derechos - los Derechos del Estado constitucional - incorporan, en mi opinión, muchos recursos de los que puede (debe) valerse el jurista que opera en ellos para lograr casi siempre una respuesta correcta: una respuesta justa y conforme con el Derecho».

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 70; PRIETO SANCHIS, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», in *Doxa* 23, 2000, p. 164

<sup>7</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, trad. it. Leonardo Di Carlo de *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1994, p. 106: «1.2. Principi come precetti

représentation de la structure de l'ordre juridique fondée sur la différence de contenu et de forme entre les règles et les principes, mais aussi sur la différence dans l'application de ces derniers, en passant par la reconstruction d'une méthode rationnelle spécifique visant à légitimer le balancement entre principes et droits fondamentaux. Il convient, dès lors, de revenir sur les prétentions de la rationalité de la pondération autour de la «formule du poids» (A) afin de mesurer en quoi elle pourrait être conçue comme une pratique plus subjective (B).

### A. – LA PONDÉRATION: UNE FORMULE

Après avoir ainsi rappelé les deux thèses décisives du néoconstitutionnalisme, à savoir 1) la connexion droit-morale et 2) la différence entre les règles et les principes, M. Barberis relève que «la troisième thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme concerne la distinction entre application de règles et application de principes: les premières seraient appliquées (seulement) par subsomption, les seconds (seulement) par balancement ou pondération»<sup>8</sup>. Tandis qu'en effet l'application d'une règle reviendrait à opérer une déduction tirée d'une règle existante, la pondération consisterait à assumer la confrontation des principes qui résisteraient nécessairement à toute opération déductive, du fait même de leur caractère vague, généralement flou et ouvert. M. Barberis illustre cette idée en expliquant un tel conflit autour de l'exemple de l'avortement, cas par ailleurs fréquemment cité pour illustrer ce conflit entre un «droit à la vie du fœtus» et un

---

*di ottimizzazione*. Il punto decisivo per la distinzione tra regole e principi è che i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione, precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*), caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità giuridiche. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti»; *Ib.*, «La teoria del discurso y los derechos fundamentales», in MENENDEZ, Agustín José, ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 41: «La ponderación consiste estrictamente en concretar como haya de realizarse el mandato de optimización a la vista de principios contrapuestos»; HUSSON-ROCHCONGAR, Céline, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, préface de Giorgio Malinverni et Patrick Wachsmann, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 903 sur l'optimisation des principes selon Zagrebelsky.

<sup>8</sup> BARBERIS, Mauro, «Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?», trad. fr. P. BRUNET, J. MERCIER, *REVUS-Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2015, n°25, Ljubljana, Klub Revus, 2015 (version en ligne: <http://revus.revues.org/3208>).

«droit à la santé de la femme». A l'exemple de R. Alexy, les néoconstitutionnalistes pensent en effet qu'un conflit de ce type peut être résolu par une procédure rationnelle permettant de refléter un «ordre objectif de valeurs» (en all. *objektive Wertordnung*) inclus dans les droits fondamentaux et de rendre au mieux la «justice du cas concret». Lorsque le juge est ainsi confronté à des cas tragiques, ce qui peut être aussi le cas pour le juge administratif, la théorie de la pondération lui permet de justifier rationnellement des sacrifices entre principes mis en balance. D'un côté, elle remplit un rôle de résolution des cas tragiques, d'un autre elle sert de méthode permettant une synergie des valeurs lors de conflits<sup>9</sup>. Les valeurs en conflit sont alors conçues comme des propriétés inhérentes aux principes qui émergeraient de situations au cours desquelles un juge se rendrait compte de lacunes axiologiques à combler en recourant à des principes. Par ce moyen, les juges des cours nationales<sup>10</sup> et/ou supra-nationales peuvent recourir à la formalisation mise en place par R. Alexy comme justification interne des décisions autour de la «formule du poids» (1) afin de garantir une argumentation mise en balance selon la priorité des droits fondamentaux (2).

### 1. La formule du «poids»

Cette formule part du présupposé selon lequel il est possible d'attribuer un «poids» aux principes, et de «mesurer» rationnellement le degré d'affectation de chacun d'eux en rapport au cas concret. C'est à ce titre qu'elle entre dans la catégorie d'une méthode d'argumentation contemporaine offrant de bonnes raisons pour l'action, en ce qu'elle invite à justifier par la rationalité logico-mathématique des données qui pourraient être pourtant considérées comme relevant d'un ordre métaphysique par un sceptique radical. En intervenant sur ces données, une telle méthode intervient sur la réalité de chaque contentieux et sur la liberté des justiciables en tentant de maximiser cette dernière. Par l'utilisation d'une telle formule, l'interprétation juridictionnelle peut correspondre à la mise en oeuvre d'une activité «pragmatiquement orientée du droit» et d'une théorie du droit<sup>11</sup>. Cette

---

<sup>9</sup> PINO, «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 56, n°1, 2011, pp. 965-997.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentacion juridica, op. cit.*, p. 249 souligne en quoi la théorie d'Alexy peut être considérée comme «une rationalisation de l'utilisation du principe de proportionnalité par les Cours constitutionnelles européennes».

<sup>11</sup> POZZOLO, Susanna, RAMOS DUARTE, Ecio Oto, *Neoconstitucionalismo e positivismo juridico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, Sao Paulo, Landy, 2006, p. 83;

formule (en all. *Gewichtsformel*) entend reconstruire l'utilisation de l'argument de la «proportionnalité» lors de conflits, au motif d'assurer une transparence encore plus totale sur les conflits en jeu. La pondération (*Abwägung*), selon R. Alexy, en tant que troisième sous-ensemble du contrôle de proportionnalité<sup>12</sup>, reposant sur l'identification du noyau même des droits fondamentaux, est ainsi considérée comme une technique valide et valable pour trouver l'issue la plus juste qui soit à la confrontation entre libertés fondamentales: il s'agit du contrôle de stricte proportionnalité (en all., *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*).

La formule du «poids» établie par R. Alexy est, comme on le sait, la suivante:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Elle détermine un quotient, qui est le résultat du degré d'affectation des principes à un cas concret ( $I_i/I_j$ ), du poids abstrait des principes en jeu ( $W_i/W_j$ ) et de la sécurité des différentes appréciations empiriques faites par les juges ( $R_i/R_j$ )<sup>13</sup>. Elle vise à mettre en perspective les différences d'importance et de hiérarchie des valeurs en termes de privilège d'un principe sur un autre<sup>14</sup> lors de cas où un choix de valeurs doit être opéré. Qu'il s'agisse de décisions concernant la prévention du tabagisme<sup>15</sup>, le principe de secret de la correspondance dans le cadre pénitentiaire<sup>16</sup>, la liberté d'opinion et de religion dans le cadre de l'administration<sup>17</sup>, la Cour allemande n'a, en l'occurrence pour R. Alexy, eu de cesse de réaliser un tel balancement entre principes,

---

POZZOLO, Susanna, «Apuntes sobre 'neoconstitucionalismo'», in Fabra Zamora & Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 1, Mexico: UNAM 2015, pp. 363-405; Id., «Uno sguardo distaccato (e disincantato) sul neocostituzionalismo» (ms).

<sup>12</sup>ALEXY, Robert, «Constitutional Rights and Proportionality», *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 22 (2014), Ljubljana, Klub Revus, pp. 51-65.

<sup>13</sup>ALEXY, Robert, *ibid.*, p. 55; Id., «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», in *Ratio Juris*, núm.16, pp. 433-449.

<sup>14</sup>GARCIA AMADO, Juan Antonio, «Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas mas o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy», in CARBONELL, Miguel, GARCIA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 391.

<sup>15</sup>BverfGE 95, 173.

<sup>16</sup>BverfGE 33, 367 (383)

<sup>17</sup>BverfGE 28, 243 (261); 32, 40 (46); 48, 127 (159); 33, 303 (339).

en construisant une échelle «faible (l), modérée (m) ou élevée (s)»<sup>18</sup>, permettant d'attribuer un poids «objectif» aux principes sous la forme d'un règle de pondération. S'il est encore possible, selon R. Alexy, de renforcer cette formule<sup>19</sup>, il n'en reste pas moins qu'indépendamment de toute formalisation, la théorie de la pondération permet de mieux rendre compte du contrôle de proportionnalité. Prenons deux principes en conflit  $P_i$  (liberté d'expression) et  $P_j$  (dignité). Pour R. Alexy, le poids de  $P_i$  en relation avec  $P_j$  sera le résultat du produit de l'importance du poids abstrait et de la sécurité des appréciations empiriques du principe de la liberté d'expression *avec*, à son tour, l'importance de  $P_j$ , de son poids abstrait, de la sécurité des appréciations empiriques du principe de dignité. Si le poids concret de  $P_i$  en relation avec  $P_j$  est plus grand que le poids concret de  $P_j$  en relation avec  $P_i$ , le conflit sera résolu en privilégiant  $P_i$ , et vice-versa.

Dans l'affaire du journal *Titanic* du 25 mars 1992<sup>20</sup>, relative à la qualification d'«assassin né», dans une première édition, d'un militaire de réserve paraplégique qui avait réussi à honorer ses devoirs militaires, avant de le qualifier, dans une deuxième édition, d'«estropié», la Cour constitutionnelle allemande, saisie par ledit journal a en effet permis de montrer en quoi la pratique judiciaire a besoin de pondération, selon un «contrôle de proportionnalité stricte». En effet, pour mesurer une telle mise en balance et les lésions portées aux droits fondamentaux, encore faut-il que le conflit soit créé par les juges en recourant à une comparaison de valeurs. Ainsi que l'explique R. Guastini, une «relation de valeur est alors créée» par le juge constitutionnel «au moyen d'un jugement comparatif de valeur, c'est-à-dire au moyen d'un énoncé ayant la forme logique: «Le principe P1 a plus de valeur que le principe P2». Une hiérarchie axiologique est alors établie, qui consiste à attribuer à l'un des deux principes en conflit un «poids», une «importance» éthico-politique, supérieure par rapport à l'autre»<sup>21</sup>. En l'espèce, la liberté d'expression et la protection de l'honneur. Dans une telle mesure, la formule du poids intervient comme une

<sup>18</sup> ALEXY, Robert, «The Weight Formula», in Jerzy STELMACH, Bartosz BROŻEK, Wojciech ZAŁUSKI (eds.), *Studies in the Philosophie of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow, Jagiellonian University Press. 2006, pp. 9-27.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 653:

$$\frac{GP_i, jC = IP_iC - GP_iA - SP_iC}{WP_jC - GP_jA - SP_jC}$$

<sup>20</sup> BVerfGE 86, 1.

<sup>21</sup> GUASTINI, Riccardo, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présent. par V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, p. 240.

reconstruction *a posteriori* mettant en lumière certains des fondements de relations de valeurs créées par le juge.

Elle n'est pas une conciliation puisqu'elle n'a pas pour but d'accorder ou de mettre à égalité deux principes en conflit. Elle consiste, plutôt, en l'établissement d'une hiérarchie permettant au juge, à un instant précis, de définir le critère de «justice», en conséquence de l'application des deux principes dans un cas particulier et concret<sup>22</sup>. La pondération est donc garante d'un système tout entier de protection de l'État constitutionnel. Elle est un mécanisme de résolution de conflits constitutionnels pour des principes qui sont alors des moyens de véhiculer, sans conteste, des déclinaisons de la morale et des valeurs dans le monde juridique<sup>23</sup>.

La pondération et/ou la pesée ou le «balancing» est le reflet d'une incompatibilité plus considérable en conflits tant les principes ne fonctionnent jamais sur la règle du «tout ou rien» mais sont un «devoir-être *prima facie*». La garantie juridictionnelle de la Constitution est ici renforcée par le mécanisme de la pondération qui apporte une légitimité axiologique de ses normes et principes fondamentaux, permettant à la philosophie du droit de justifier ou passer au crible cette technique d'interprétation sous un angle rationnel<sup>24</sup>, en évacuant ainsi tout arbitraire et toute appréciation partielle du juge.

## 2. Le balancement : une illusion ?

Selon J. J. Moreso, la rationalité de la pondération est emblématique, à juste titre, de ce renouveau de l'argumentation et de l'interprétation constitutionnelle, dont témoigne l'analyse de R. Alexy et du cas *Titanic*<sup>25</sup>. A partir de cet exemple, les cinq étapes qu'il détermine pour obtenir une solution rationnelle à un cas de conflit peuvent être soulevées. Tout d'abord, il convient, selon J. J. Moreso, de 1) délimiter

---

<sup>22</sup> GUASTINI, Riccardo, *ibid.*, p. 241.

<sup>23</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 225: «Il principio è il *medium* nel quale troviamo un'apertura "teoretica" al valore e un'apertura "pratica" alla regola; è il *medium* attraverso il quale il mondo dei valori entra in quello giuridico e il mondo giuridico si apre ai valori».

<sup>24</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007, p. 54.

<sup>25</sup> MORESO, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», in Miguel Carbonell y Pedro P. Grández (coord.), *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 59 sq.

scrupuleusement le problème de droit - le problème normatif. En l'espèce, dans l'affaire *Titanic*, il s'agit des effets d'une information médiatique sur les personnes; ensuite, 2) d'identifier les droits en conflit, les principes *prima facie* mis en collision. Ici, la liberté d'expression et le droit à l'honneur; puis 3) d'examiner des cas paradigmatiques lors de conflits similaires; 4) d'établir ensuite les caractéristiques normatives permettant logiquement de résoudre le problème dans l'ensemble de son champ (par la positive, par la négative. Par exemple: qu'est-ce que le droit impose de faire si l'information est vraie? Qu'en est-il si l'information était erronée?, etc.); et enfin, selon J. J. Moreso, il convient 5) de formuler des règles de résolution du conflit (Si *x* est vérifié en l'espèce alors *y*, etc.)<sup>26</sup>. Évidemment, le juge est tenu de suivre ces cinq étapes à l'occasion de conflits entre principes pour rendre une décision qui soit la plus motivée, rationnelle et juste possible.

C'est ce que J. J. Moreso précise encore récemment: «la justification en droit consiste à montrer un standard universel et applicable qui fait correspondre une solution normative à un cas. Cela étant, pour être en mesure d'y parvenir, il est nécessaire que les juges soient des personnes vertueuses, sensibles à la *forme* des circonstances du cas d'espèce (et capables de déterminer un registre argumentatif adéquat) et dotés d'une sagesse pratique à même de déterminer les propriétés prépondérante et, pour cette raison, pertinentes dans les circonstances concrètes et particulières»<sup>27</sup>. L'activité de pondération (le «balancing») impose une telle capacité, une telle recherche pratique, particulièrement utile pour le juge. Il s'agit de ce que J. J. Moreso nomme le «spécificationnisme»: celui-ci consiste en une recommandation faite au juge de se représenter une application comparée des droits fondamentaux en raison de la variété de ses cas possibles et de ses antécédents<sup>28</sup>.

A son tour, M. Atienza se réfère avec intérêt à la topique du *Titanic* pour expliquer en quoi le «schéma alexyen, de façon plus ou moins détaillé (...) a été

---

<sup>26</sup> MORESO, José Juan, *ibid.*, p. 67

<sup>27</sup> MORESO, José Juan, «Moral Complications and Legal Structures», Frankfurt 2014), mis en ligne le 22 avril 2015: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2596376](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596376) : «Legal justification consists in showing a universal and applicable standard that correlates a case with a normative solution. However, in order to be able to get this result, it is necessary that judges be virtuous persons, sensitive to the *shape* of the circumstances of the situation (and able to ascertain an adequate universe of discourse), and endowed with practical wisdom so as to determine the *salient*, and for this reason, relevant properties, in the concrete and particular circumstances».

<sup>28</sup> MORESO, José Juan, «Ways of solving constitutional Rights, proportionality and specificationism», *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 1, marzo de 2012, pp. 31- 46.



accueilli par de nombreuses cours latino-américaines»<sup>29</sup>. Selon M. Atienza, à très juste titre, «la "formule du poids", avec ses assignations de valeurs numériques, de multiplications, de quotients, etc. n'est pas autre chose qu'un usage métaphorique du langage mathématique, qui n'apporte [toutefois] rien en termes de rigueur, mais qui peut contribuer à la confusion»<sup>30</sup>. Une telle formule «complique la vie inutilement» alors même que les problèmes de conflits de droits peuvent être plus simplement résolus par l'argumentation.

L'importance d'un tel paradigme interprétatif large, établissant une reconstruction rationnelle de la pondération n'a de cesse de se retrouver dans les décisions des cours, jusqu'à se référer directement aux auteurs concernés. Le thème de la pondération et de la collision s'est diffusé sur les différents continents. Dans la mesure où il consiste en une mise en balance des intérêts en jeu dans les principes reconnus comme droits fondamentaux<sup>31</sup>, de nombreuses jurisprudences contemporaines confirment cette nouvelle réalité<sup>32</sup>. Lorsque les cours entendent motiver une telle opération d'optimisation des principes, elles s'en réfèrent souvent à R. Alexy lui-même. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Chili, dans son arrêt du 6 août 2010, cite des passages de la *Théorie alexyenne*: «les principes sont entendus comme «mandats d'optimisation», dont la «divulgaration en cas de conflit doit être abordée par le critère de la pondération»<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> ATIENZA, Manuel, GARCIA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación, Un debate sobre la ponderación, op. cit.*, p. 15 sq. Il cite cette réception au Pérou (affaires PROFA, calle de las pizzas, azucareras del norte, etc.).

<sup>30</sup> ATIENZA, Manuel, GARCIA AMADO, Juan Antonio, *ibid.*, p. 21: «Lo que él llama la "formula del peso", con sus asignaciones de valores numérisos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es mas que un uso metaforico del lenguaje matematico, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusion».

<sup>31</sup> MENGONI, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 118: «Il giudice deve trovare da sé la regola di decisione ponderando gli interessi in gioco alla stregua di criteri extrasistematici, tra i quali [...] i principi morali». Cf. BVerfGE 7, 198 (210) sur la «pondération des biens».

<sup>32</sup> Notamment, outre par la jurisprudence de la Cour IDH, par les jurisprudences de la Cour suprême du Canada, d'Israël, de la Cour constitutionnelle de Colombie, et de la Cour EDH.

<sup>33</sup> Cette optimisation des principes est clairement cité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Chili, notamment dans son arrêt du 6 août 2010, n° 1710-2010: «Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de norma de derecho fundamental y derecho fundamental: "Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso". Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios "aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles", o sea entendidas como "mandatos de optimización", mientras que "las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible", concluyendo: "Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o

L'intérêt de la formule du poids et de la formule de la pondération est fondamental notamment dans le cas d'un contrôle sur des libertés individuelles: il permet d'offrir une motivation des décisions plus rationnelle et plus transparente<sup>34</sup>, au sens d'une motivation permettant de comprendre de façon plus précise les limites du conflit concerné. Le «poids concret», le «degré d'affectation» (lésion) et la «sécurité des appréciations empiriques» mis en balance conduisent à mêler balancement, intégration ou substitution des principes d'un point de vue abstrait autant que d'un point de vue concret. C'est la raison pour laquelle cette «formule du poids» est indissociable d'une politique interprétative par valeurs<sup>35</sup> car la théorie des principes est aussi une théorie des valeurs<sup>36</sup> qui intègre, justement, ces dernières<sup>37</sup>.

A cet effet, c'est parce que les principes contiennent des «préceptes *prima facie*», et non des préceptes définitifs (en all. *definitive Gebote*)<sup>38</sup>, qu'une telle collision et formule est rendue possible. Lors d'une telle mise en oeuvre, les juges s'appuient sur des concepts «axiologiques» (en all. *axiologische Begriffe*) pour rendre compte du contenu de justice qu'il y a à apprécier dans tel ou tel cas, plutôt que pour formuler un contenu du droit en termes de contraintes, d'obligation ou de devoir-être<sup>39</sup>. En ce sens, la «formule du poids» représente une alternative incontestablement rationnelle, quoi que très solitaire, aux «idées des droits fondamentaux» ou aux «images-guide» sur les droits fondamentaux que le législateur serait amené à réaliser. Selon R. Alexy,

---

un principio" (Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87)» et plus loin: «NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación». (<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1479>).

<sup>34</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, op. cit., p. 54.

<sup>35</sup> VIGNUDELLI, Aljs, *Interpretazione e costituzione, Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1014-1015: «Certamente per il neocostituzionalismo il bilanciamento potrà assumere un rilievo notevolissimo, e lo assumerà fra l'altro, anche (e proprio) perché il neocostituzionalismo propone una politica interpretativa che tale rilievo garantisce al bilanciamento. Altrettanto certamente, tuttavia, neppure in un'ottica neocostituzionalistica si potrebbe sostenere la reciproca, ossia che la politica interpretativa "per valori" si giustifica (o anche solo s'argomenta) grazie al bilanciamento, il quale appunto resta conseguenza, non causa della prima, e neppure tecnicamente un elemento di quest'ultima, pur essendo - ovviamente - un elemento della più vasta politica del diritto neocostituzionalista».

<sup>36</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 39.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert, *ibid.*, p. 49.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert, *ibid.*, p. 120.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert, *ibid.*, p. 163.

la pondération permet de renverser la perspective de mise en oeuvre du droit en parlant de «décisions axiologiques»<sup>40</sup> rendues par les juges.

A l'inverse donc du modèle argumentatif basique que représente la subsomption, selon lequel, comme le rappelle M. Atienza notamment, «il s'agit d'établir si des faits déterminés tombent ou non sous la description d'une norme et si oui ou non elle entraîne des conséquences juridiques»<sup>41</sup>, la pondération est bien une technique régie par la formule du poids en trois étapes: 1) constater des principes contenant des valeurs en conflits qui demandent un ajustement; 2) établir la priorité d'un principe ou d'une valeur sur tel(le) autre; 3) construire une règle qui traduit en termes déontiques cette priorité. La formule du poids permet d'opérer un tel passage dans la mesure où elle rend possible, idéalement, l'amélioration de l'ordre juridique<sup>42</sup>. Autrement dit, lors de conflits entre droits et libertés fondamentaux, la pondération peut bien être «la manière de résoudre l'incompatibilité *prima facie* entre normes (...)»<sup>43</sup>. Une telle affirmation ne cesse d'être confirmée par la pratique tant les juges se représentent les principes juridiques, c'est-à-dire ici les droits de l'homme, comme nécessairement liés à des exigences de «justice matérielle»<sup>44</sup>, de conscience collective, d'intérêt général<sup>45</sup> et/ou d'équité<sup>46</sup>.

Loin de prétendre qu'un tel exercice argumentatif ne permettrait pas de garantir l'objectivité des décisions rendues à cet effet, C. Bernal Pulido reprend cet ensemble de thèses afin d'affirmer la conception de solidité conceptuelle de la pondération et du recours au standard de la proportionnalité selon lequel, «les avantages obtenus par l'intervention dans un droit fondamental doivent compenser les sacrifices qu'elle implique pour son titulaire et pour la société en général»<sup>47</sup>. Si la proportionnalité est, à ce titre, considérée comme la limite des limites des droits

---

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, *ibid.*, p. 597.

<sup>41</sup> ATIENZA, Manuel, «Argumentacion y legislacion», in MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 96 - 97.

<sup>42</sup> PINO, Giorgio, «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», *op. cit.*, p. 15.

<sup>43</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, «En torno a la formula del peso», in MENÉNDEZ, Agustin José, ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *La argumentacion y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>44</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, p. 210 «I principi come criteri di validità»; Id. & MARCENÒ, Valeria, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*

<sup>45</sup> Que l'on pense, en termes d'intérêt général, à l'interprétation du juge administratif lors des référés, par exemple.

<sup>46</sup> GUILLERMO PORTELA, Jorge, «Los principios juridicos y el neoconstitucionalismo», *Dikaion*, 2009, n°18, p. 37.

<sup>47</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux en Colombie au prisme du droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 54 sq, ici p. 59.

fondamentaux, c'est-à-dire comme une restriction importante faite aux restrictions que l'État (néo)constitutionnel apporte aux droits fondamentaux<sup>48</sup>, elle est néanmoins un élément crucial dans la pratique.

## **B. – LA PONDÉRATION: UNE PRATIQUE DE LA PRUDENCE JURIDICTIONNELLE**

La pondération et la «formule du poids» jouent une fonction pratique en plus d'une fonction théorique. On peut, naturellement, considérer à juste titre avec L. Ferrajoli qu'une telle formule n'en reste pas moins empreinte d'un certain «déficit de rationalité» qu'il convient de combler par une théorie conséquente permettant de renforcer la confiance envers les cours et les juges, dans une période où les Parlements peuvent connaître de lourdes difficultés de représentation démocratique. Là se situe l'un des premiers éléments, à notre avis, permettant de penser que des développements d'une nouvelle philosophie du droit en Amérique latine sont à venir. Mais il faut aussitôt noter que la pondération joue une fonction pratique indéniable en mettant en lumière la définition conflictuelle ou conflictualiste des droits fondamentaux. En tant que composante du principe de proportionnalité<sup>49</sup>, la pondération tire sa rationalité de l'impératif de raisonabilité qu'elle intègre<sup>50</sup>. C'est là une de ses thèses «en positif» plutôt qu'«en négatif» qui légitime par là même le point de vue interne à adopter sur les droits fondamentaux<sup>51</sup> et la conception selon laquelle les principes, pourvus d'une normativité plus faible que les règles de droit, doivent être balancés: la pondération permet alors d'agir comme souci de motiver davantage les décisions (1). L'État constitutionnel implique donc de s'interroger sur la conscience qu'ont les juges de la construction éthique à laquelle ils concourent car elle intervient aussi, d'autre part, comme un souci d'objectivité (2).

### ***1. La pondération : souci de motivation***

La pondération étant une technique distincte de l'argumentation logico-

---

<sup>48</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *ibid.*, p. 73.

<sup>49</sup> MORESO, Juan José, «Moral complications and legal structures», *op. cit.*

<sup>50</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro, «Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción», in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°34 (2011), p. 297.

<sup>51</sup> PINO, Giorgio, «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», *op. cit.*

formelle<sup>52</sup>, elle se fonde sur une nouvelle théorie de l'argumentation supposant des raisons pour l'action différentes de celles provenant des règles de droit: des raisons non excluantes en confrontation<sup>53</sup>. M. Atienza propose habilement de recourir à un modèle de «pondération sans caractère discrétionnaire» pour prévenir toute critique de pouvoir arbitraire des juges, et celle-ci consisterait en l'attribution d'un poids à chaque élément de la balance permettant de choisir un «ensemble de biens»<sup>54</sup>. De surcroît, une telle pondération est effectivement considérée, du point externe, comme une méthode unique - «la seule» reconnaît J. A. Garcia Amado<sup>55</sup> - à pouvoir doter les décisions des cours constitutionnelles de l'apparence de l'objectivité lors de conflits entre droits fondamentaux. Les juges se trouvent ainsi déculpabilisés, à bon escient, quant à cet art de la pondération et/ou de la proportionnalité, autrement appelé «jurisprudence de la médiété»<sup>56</sup>, nouvelle méthode (ou renaissance) de la «raison éthique»<sup>57</sup>.

La pondération est ainsi devenue un élément clé des juges constitutionnels, à l'échelle internationale, qu'ils soient allemands, canadiens, colombien, européen, interaméricain ou sud-africain, à l'occasion de conflits entre droits fondamentaux. Elle consiste en une rationalisation transparente pour systématiser les «bonnes réponses correctes»<sup>58</sup>, en valorisant les raisonnements judiciaires.

En tant que «pesée des principes constitutionnels»<sup>59</sup>, la pondération permet d'atteindre une meilleure motivation par une «justice au cas par cas» et elle permet

---

<sup>52</sup> RODRIGUEZ ITURBE, José B., «Los derechos humanos. Entre deseos particulares y bienes fundamentales?», in Gabriel MORA RESTREPO, Vicente Fabian BENITEZ ROJAS (coord.), *Retos del derecho constitucional contemporaneo*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 37.

<sup>53</sup> ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 91.

<sup>54</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentacion juridica*, op. cit., pp. 438-439: «Seria discutible si en algun caso esta justificado que los jueces crean reglas a partir simplemente de directrices, esto es, que lleven a cabo una «ponderacion discrecional». Por supuesto, en lo que he llamado «ponderacion entre principios» (ponderacion sin discrecionalidad) las directrices juegan un papel, en cuanto contribuyen a la asignacion de peso a cada uno de los elementos del balance, o incluso porque uno de esos elementos puede consistir esencialmente en una directriz; pero en ninguno de estos dos supuestos se trataria de la «concrecion de un objetivo», sino de optar por uno u otro conjunto de bienes; precisamente por eso no habria «discrecionalidad», en el sentido estricto de esta expresion».

<sup>55</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderacion y sus partes. Critica de su escasa relevancia», in SANIN RESTREPO, Ricardo (ed.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporaneo*, Bogota, Legis, 2006.

<sup>56</sup> MASTOR, Wanda, «La part prudentielle dans l'œuvre jurisprudentielle (Aristote au Palais-Royal)», in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 267.

<sup>57</sup> ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, op. cit., p. 153.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald, «No right answer?», in RAZ, Joseph (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

<sup>59</sup> TUSSEAU, Guillaume, «Le pouvoir des juges constitutionnels», op. cit., p. 171; PINO, Giorgio, «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», op. cit.

également de renforcer une conception du «juge philosophe»<sup>60</sup>, ouvert à des interprétations guidées par la sagesse ou la prudence. Comme l'indique de son côté G. Zagrebelsky, le juge doit être dans le champ de la «iuris-prudentia» et non de la «scientia iuris», ce qui revient à dire qu'il appartient alors à ce dernier de mettre en oeuvre la prudence de juger par l'intermédiaire de la pondération. L'activité du juge est par conséquent à penser comme une nouvelle «phronēsis»<sup>61</sup> qui implique aussi, dans la pratique, une nouvelle éthique de jugement et une motivation amplifiée de ses décisions par un jugement «proportionné».

On retrouve cette thèse chez J. J. Moreso<sup>62</sup>. Au jugement que l'on pourrait qualifier de «scientifique» en appliquant à ce qualificatif différentes significations de rigueur excessive, d'aspect méthodique, instrumental et de froideur, s'opposerait le jugement «philosophique», au sens d'humain, de chaleureux, de vivant ou encore d'ouvert. Un jugement par pondération permet de comprendre que dans le champ du nouveau droit contemporain, comme c'est le cas en Amérique latine, «la parole-clé est la proportionnalité». Elle permet la «considération de chaque principe à l'intérieur d'une proportion avec les autres également pertinents. L'instrument du jugement n'est pas alors, dans ces cas, l'épée qui divise, comme le suggérerait l'iconographie traditionnelle de la justice qui vient du droit romain, mais bien plutôt la plume de la déesse égyptienne de l'équilibre universel, la déesse Ma'at»<sup>63</sup>.

La jurisprudence administrative ou constitutionnelle, qui plus est en matière de droits fondamentaux, ne doit plus dès lors être une simple et supposée «application» du droit, quelles qu'en soient d'ailleurs les subtilités. Elle devient, au contact des principes, pour ne pas parler du droit pénal ou du droit international, le résultat des interprétations par «balancement», «proportionnalité» et finalement

---

<sup>60</sup> ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, [2001], Mexico, Fontamara, réimpr. 2004, p. 147 rend ainsi hommage à son ami Genaro Carrío: «Termino proponiendo, en cierto modo, un modelo de juez filósofo. A algunos les parecerá un despropósito, pero yo le podría darles el nombre de no pocos grandes jueces que han sido también eminentes filósofos del Derecho».

<sup>61</sup> On renvoie sur cette notion à l'incontournable essai de AUBENQUE, Pierre, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963.

<sup>62</sup> MORESO, Juan José, «Moral complications and legal structures»: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2596376](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596376)

<sup>63</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 108: «La parola-chiave è proporzionalità, cioè considerazione di ciascun principio all'interno di una proporzione con gli altri, ugualmente rilevanti. Lo strumento del giudizio non è, in questi casi, la spada che divide, come suggerirebbe l'iconografia tradizionale della giustizia che viene dal diritto romano; è invece qualcosa che compone equilibri senza schiacciamento o tagli, come suggerisce la piuma delle dea egizia dell'equilibrio universale, la dea Ma'at».

aussi «compromis»<sup>64</sup>. Le juge contemporain doit, si l'on permet l'expression, être un juge au-delà du réel. Les motivations des décisions sont sensées «éclairer», «aiguiller» et/ou «sanctionner» le cadre légal et règlementaire<sup>65</sup> en ancrant celui-ci dans «le cadre et la mesure» des droits fondamentaux, des textes internationaux et de la Constitution. Mais c'est plus particulièrement au moyen de leur «raison pratique»<sup>66</sup> que les juges sont sensés toucher à la justice contenue dans le droit<sup>67</sup>.

Ainsi que le rappelle M. Atienza, «l'interprétation du Droit, de la Constitution, exige une philosophie morale et politique qui, en un certain sens, fait partie du Droit»<sup>68</sup>. Pour cette raison, le juge doit être conscient, dans ses motivations, que son rôle est loin d'être anodin. Au contraire, il incarne un autre type de raison. La pondération lui est utile pour comparer et distinguer abstraitement l'ensemble de ses motivations possibles.

## 2. La pondération : souci d'objectivité

En s'appuyant sur ce modèle comme modèle paradigmatique du droit public contemporain<sup>69</sup>, la pondération permet, dans la pratique du droit et dans son apparence donnée aux justiciables, de remplacer les formules rhétoriques lors du contrôle de proportionnalité («pas d'atteinte disproportionnée», etc.) en ajoutant et/ou précisant d'autres motivations, par l'ajout précis de justifications permettant de mieux comprendre le privilège accordé à un ou un autre principe lors des confrontations et collisions. Selon C. Bernal Pulido, la pondération doit justement être acceptée en ce que l'objectivité parfaite étant inatteignable dans les modèles normatifs, elle en est la clé la plus proche en matière de conflits entre droits fondamentaux, tant du point de vue de la rationalité théorique que de la rationalité

---

<sup>64</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 108 sq et p. 397.

<sup>65</sup> On fait référence à la théorie du juge constitutionnel comme «aiguilleur» (Louis FAVOREU, «Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics», *RDP*, 1967, p. 5 s. & Georges Vedel, «Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 149 s.), ou comme «gendarme» (CARCASSONNE, Guy, *La Constitution*, Seuil, 2009, §408, p. 301.

<sup>66</sup> ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, op. cit., p.131 sq.

<sup>67</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., p. 67 sq fait à ce titre référence au conflit légalité/légitimité d'Antigone.

<sup>68</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentacion juridica*, op. cit., p. 86: «La interpretacion del Derecho, de la Constitucion, exige una filosofia moral y politica, la cual, en algun sentido, forma parte del Derecho».

<sup>69</sup> JESTAEDT, Matthias, «El derecho público: una ciencia», trad. espagnole de Irmgard Kleine, in MONTEALEGRE, Eduardo (ed), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 26 sq.: «Le principe de proportionnalité (...) et, à travers lui, la pondération sont devenus les nouveaux paradigmes du droit public».

pratique<sup>70</sup>. C'est d'ailleurs du point de vue pratique que la pondération et sa formule du poids est efficace à l'ère contemporaine tant elle permet autant que possible la prévisibilité des décisions à venir, en illustrant lors de chaque cas concret les principes retenus selon une conception substantielle de la Constitution<sup>71</sup>. Si l'on resonge à la conception des cinq étapes formulée par J. J. Moreso<sup>72</sup>, on saisit encore plus clairement un tel enjeu: ne rien laisser au hasard de la subjectivité du juge afin de prévoir les réponses normatives apportés aux conflits de droit.

Cela étant, si la pondération est un standard argumentatif régulier visant à assurer une cohérence et une transparence lors de ces conflits, il n'en reste pas moins qu'elle met en lumière une vision indéniablement conflictualiste du droit, et c'est aussi la raison pour laquelle, s'il est difficile de faire l'économie à son encontre, comme face à toute interprétation du juge, d'une «analyse du statut de l'interprétation»<sup>73</sup>, il convient encore d'en montrer les effets pratiques en termes de garantie de la démocratie par les juges afin de résoudre les conflits de droit. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est, à ce titre, particulièrement symbolique de telles perspectives. Mieux encore, le philosophe du droit peut en tout état de cause la considérer comme le laboratoire juridictionnel idéal de cette mise en oeuvre.

## § II.

### UNE PRATIQUE VERS LA DÉMOCRATIE: LA JURISPRUDENCE PONDÉRÉE DE LA COUR INTÉRAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

L'harmonisation dans l'interprétation morale et/ou éthique des droits de l'homme par les juges de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par le biais

---

<sup>70</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Escritos de derecho constitucional y de filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 24 - 26.

<sup>71</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *ibid.*, p. 42.

<sup>72</sup> Cf. supra, MORESO, «Alexy y la aritmética de la ponderación», *cit.*, note 25 : 1) délimiter le problème normatif, 2) identifier les droits en conflit, 3) examiner des cas paradigmatiques lors de conflits similaires, 4) établir les caractéristiques pour résoudre le problème dans l'ensemble de son champ, 5) formuler des règles de résolution du conflit.

<sup>73</sup> MAGNON, Xavier, «Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel: réflexions et tentative de reconstruction», in FAVOREU, Louis (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 243.



de la pondération, permet de révéler la mise en oeuvre d'un balancement entre principes au fondement de la démocratie, que les juges s'efforcent de consolider. Celle-ci fait figure d'élément significatif du nouveau droit et d'une nouvelle philosophie du droit au XXIème siècle en Amérique latine, en tant qu'elle représente un paradigme international de résolution des conflits pour protéger le «contenu minimum essentiel»<sup>74</sup> des droits de l'homme, selon l'ancien président de la Cour, A. Cançado Trindade, une «véritable *révolution juridique* (...). Une révolution qui vient donner finalement donner un contenu éthique aux normes tant de droit public interne que de droit international»<sup>75</sup>. La décision *Kimel vs. Argentina* du 2 mai 2008 peut notamment, à cet effet, être considérée comme un cas emblématique. Devant apprécier un conflit entre la liberté d'expression et la protection de l'honneur et de la dignité, tous deux garantis en tant que principes par la Convention (arts. 13 et 11), les juges ont eu recours, selon la doctrine, au «test de pondération»<sup>76</sup>. Ils ont indiqué que les sujets qui étaient portés alors à leur connaissance possédaient une «transcendance ou un intérêt général» justifiant la meilleure délibération possible<sup>77</sup>. Quant à savoir quel principe entre les deux principes en conflit aurait le dessus, un tel résultat devait dépendre «de la pondération qui se fait au travers d'un jugement de proportionnalité»<sup>78</sup>. En l'occurrence, la décision *Kimel vs. Argentina* témoigne d'une telle nouvelle approche contemporaine du droit, et donc à terme de la théorie du droit en Amérique latine, dans la mesure où les juges ont rappelé les contours de la théorie de pondération (A), tout en insistant sur le rôle moteur de la Cour pour garantir la société démocratique (B).

---

<sup>74</sup> COURTIS, Christian, «Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista», en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 23; ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 33.

<sup>75</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, *op. cit.*, p. 12: «Una verdadera *revolución jurídica*, a la cual tenemos el deber de contribuir. Esta revolución viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional».

<sup>76</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Del Estado Constitucional al neoconstitucionalismo. El sistema interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias*, Quito, Edilex, 2011, p. 193: «No nos quepa duda que la Corte IDH recurre al test de ponderación que los hemos estudiado en los trabajos del Prof. Roberto Alexy de la Universidad de Kiel (Alemania) o en los del Prof. Carlos Bernal Pulido de la Universidad Externado de Bogotá (Colombia), el mismo que se desarrolla en aplicación del principio de proporcionalidad y sus sub principios o test, como los de idoneidad y necesidad del medio o procedimiento al que se recurre (por ej. La ley y la sanción), la de examinar si existen otros medios igualmente eficaces, y la aplicación finalmente del principio de proporcionalidad propiamente dicho, mediante la ponderación de los principios».

<sup>77</sup> Cour IDH, *Kimel vs. Argentina*, 2 mai 2008, § 16: «Por otra parte, la Corte resalta que los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general».

<sup>78</sup> Cour IDH, *ibid.*, § 51: «La prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad».

## A. – LE «TEST DE PONDÉRATION»

Ainsi, dans cette décision, les juges ont eu à s'intéresser à un conflit en matière de liberté d'expression et de la presse. En effet, M. Eduardo Kimel, journaliste et écrivain, publia un livre sur l'histoire politique argentine du "Massacre de San Patricio" concernant l'assassinat de cinq religieux en 1976. Critique de la version officielle donnée par les autorités au sein desquelles figuraient un juge fédéral ayant instruit le dossier, celui-ci assigna le journaliste en justice pour calomnie et le fit condamner à un an de prison et une amende de vingt mille pesos. Saisie de l'affaire, la Cour IDH a toutefois mis l'accent sur une critique journalistique d'intérêt public quant à l'exercice du pouvoir judiciaire durant la dictature militaire en Argentine. Par son raisonnement, la Cour a construit une échelle relative aux degrés d'affectations des principes en jeu (1) lui permettant d'assumer plus largement la construction d'un «test de pondération» (2).

### *1. Analyser les degrés d'affectation des principes*

En effet, si la décision *Kimel vs. Argentina* est intéressante, outre son aspect historique permettant de reconstruire un événement ayant eu lieu dans une période qui comme la dictature, a confisqué la liberté d'expression, c'est également en ce qu'elle est liée à l'intérêt que marquent les juges quant à mesurer l'entière affectation des principes lors des conflits. Tout d'abord, la calomnie réputée du juge fédéral explicitement nommé dans le livre de M. Kimel est présentée (§42-44) en parallèle avec l'exigence des droits et principes fondamentaux reconnus dans la Convention de ne pas être sacrifiés les uns aux autres. Cela étant, il ne faut pas penser que le droit à la liberté d'expression, comme tout autre droit, serait purement absolu. En effet, la Cour précise que même si tous les individus placés sous le système interaméricain doivent bénéficier du plein exercice de la liberté d'expression, des considérations en matière de dignité peuvent impliquer «des limites aux ingérences des particuliers et de l'État» (§55). Dès lors, la Cour avance sa méthode pour analyser au mieux la réponse à donner à un tel conflit: (i) vérifier si la qualification pénale des délits d'injures et de calomnie a affecté la légalité stricte qu'il faut observer en restreignant la liberté d'expression», (ii) étudier «si la protection de la réputation des juges

correspond à une finalité légitime de la Convention et si elle détermine, en l'espèce, l'idoneité de la sanction pénale»; (iii) évaluer la nécessité de telle mesure, et (iv) analyser la stricte proportionnalité de celle-ci, c'est-à-dire savoir si la sanction imposée à M. Kimel a garanti de façon large le droit à la réputation du fonctionnaire public mentionné par l'auteur du livre»<sup>79</sup>.

Sur le premier point la Cour conteste la qualification pénale des faits et de ses conséquences contraires aux articles 9 et 13.1 de la Convention. Sur le second point, elle retient que la protection de la réputation des juges correspond bien à une finalité de la Convention mais, troisièmement, elle note que, du point de l'idoneité de la sanction pénale, une disproportion manifeste est à relever, ayant abouti à la privation de la liberté du journaliste. C'est pourquoi elle souligne triplement cette structure permettant de mieux confronter les principes entre eux:

Pour le cas qui nous occupe, la restriction devra parvenir à une satisfaction importante du droit à l'honneur et à la dignité sans réduire à néant le droit à la libre critique (...). Pour effectuer cette pondération, il faut analyser i) le degré d'affectation de l'un des biens en jeu, en déterminant si l'intensité de cette affectation est grave, intermédiaire ou modérée; ii) l'importance de la satisfaction du bien contraire, et iii) si la satisfaction de l'un justifie la restriction de l'autre. Dans certains cas, la balance penchera vers la liberté d'expression et dans d'autres à la sauvegarde du droit à l'honneur et à la dignité.<sup>80</sup>

En interrogeant le contrôle de la stricte proportionnalité de la mesure appliquée à M. Kimel, et en mesurant les diverses affectations des principes entre eux, la Cour en a conclu, dans les circonstances de l'espèce, que «l'affectation de la

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 58: «Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión».

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 84: «Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra».

liberté d'expression de M. Kimel a été manifestement disproportionnée, en étant excessive par rapport à l'affectation réputée du droit à l'honneur dans le cas d'espèce»<sup>81</sup>. Dès lors, elle a pu engager la responsabilité et à la culpabilité de l'État argentin dans la violation du droit à la liberté d'expression du journaliste, droit consacré dans la Convention.

Il est symbolique qu'une telle méthode d'interprétation diffusée et mise en oeuvre par la Cour IDH reprenne ainsi littéralement les mêmes formulations que lors du «test de pondération» pratiqué par les cours internes, dont par exemple celle de Colombie ou celle d'Allemagne. L'une des implications majeures de cette interprétation revient donc, à l'égal de ce qu'elle représente pour les cours internes qu'entend par ailleurs guider la Cour de San José, à faire de la pondération la principale méthode d'application du droit comme résolution de conflits.

## 2. Un «test de pondération»

Dans la décision bioéthique *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica* de 2012, la pondération est *de facto* considérée comme le moyen le plus optimal pour protéger la vie humaine avec l'impératif de protection de l'intimité personnelle de la femme. Le jugement de pondération devant se réaliser, en l'espèce, «entre le droit à la vie de la mère et le droit à la vie de l'embryon»<sup>82</sup>, la Cour ne fait pas autre chose que de confirmer l'hypothèse selon laquelle le droit contemporain tire sa nouveauté de nouvelles méthodes d'interprétation.

De même, dans l'arrêt *Caso Escher y otros vs. Brasil*, une telle pondération est envisagée comme un rôle important de l'État qui doit «pondérer entre la protection de la vie privée de l'individu et le bien commun»<sup>83</sup> et, plus encore, démontrer par la motivation de ses décisions, que tous les enjeux de protection juridique «ont été

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 94: «La afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso».

<sup>82</sup> Cour IDH, *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, 28 avril 2012, § 262: «Por ejemplo los de la potencial vida humana», lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer - la cual no puede entenderse como un derecho absoluto» et § 270: «El juicio de ponderación debía realizarse entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del embrión».

<sup>83</sup> Cour IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 6 juillet 2009, § 121: «El Estado debe ponderar entre la privacidad del individuo y el bien común».

ponderés»<sup>84</sup>. A la pondération jurisprudentielle mesurant et analysant les degrés d'affectation de tel ou tel principe, doit suivre la pondération des intérêts de l'État en termes de principes programmatiques à poursuivre pour le bien commun.

Au surplus, c'est avec la décision *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* que les juges de San José rappellent la nécessité du «test de pondération» et de ses conditions de «satisfaction». Afin de configurer l'État en un État de droit pleinement légitime, le balancement des droits est un outil habile autant que fondamental pour prendre en considération tous les intérêts en jeu, et les mettre en balance<sup>85</sup>. C'est en cela que la Cour IDH joue aussi un rôle important en matière de garantie de la démocratie par le droit, sur lequel une nouvelle philosophie du droit latino-américaine pourrait s'étoffer.

## B. – GARANTIR LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

La Cour interaméricaine n'a pas simplement, en effet, pour tâche de configurer le passage d'un État légal ou parlementaire à un État réellement constitutionnel dans la région, mais elle doit encore façonner le respect plus profond des réquisits d'une société démocratique. Ceci ne peut être réalisé que par la garantie de la pondération comme instrument du pluralisme des valeurs (1) et de choix de société démocratique (2).

### 1. *L'instrument du pluralisme*

Comme le précisent les juges dans leur première décision historique rendue contre l'État du Paraguay, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, la prise en compte de critères

---

<sup>84</sup> Cour IDH, *ibid.*, § 139: «La motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión».

<sup>85</sup> Cour IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 février 2012, §106: «El Estado señaló que “en relación a la ‘adecuación’ que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] el haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas» et, par exemple, § 199: «el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso».

relatifs au pluralisme démocratique et à l'intérêt public doivent entrer dans l'activité d'interprétation du juge qui pondère des principes<sup>86</sup>. Ainsi, c'est dans le contexte électoral des élections présidentielles dans cet État que M. Canese, candidat critique des dérives de corruptions de son adversaire J. Carlos Wasmosy - qui gagnera les élections - avec l'ancien dictateur Alfredo Stroessner, fut condamné pour «diffamation» et privé de sortie du territoire. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que les organes judiciaires du Paraguay auraient dû prendre en considération le fait que M. Canese tenait de telles déclarations dans le contexte d'une campagne électorale à la Présidence de la République sur des questions d'intérêt public. A ce titre, une pondération des juges paraguayens devait être faite «en accord avec les principes du pluralisme démocratique», entre «le respect aux droits ou à l'honneur d'autrui avec la valeur qu'a, dans une société démocratique, le débat ouvert sur des thèmes d'intérêt ou de préoccupation publique».

En ce sens, en condamnant l'État du Paraguay pour n'avoir pas observé «les réquisits de légalité, de nécessité et de proportionnalité, nécessaires dans une société démocratique»<sup>87</sup>, la Cour associe bien pondération des droits fondamentaux et maintien du pluralisme et de la démocratie. La pondération est, pour les juges, garante de l'État de droit en plus des exigences démocratiques. Elle est ainsi hissée à un rang hiérarchiquement supérieur dans les critères d'interprétation des droits fondamentaux.

En se fondant justement sur cet arrêt, la motivation de la décision *Fontevicchia and D'amico vs. Argentina* en matière de pondération entre la vie privée et la liberté d'expression<sup>88</sup> est éclairante: «l'exercice de chaque droit fondamental doit se faire en

---

<sup>86</sup> Cour IDH, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, 31 août 2004, § 105: «El Tribunal estima que en el proceso seguido contra el señor Canese los órganos judiciales debieron tomar en consideración que aquel rindió sus declaraciones en el contexto de una campaña electoral a la Presidencia de la República y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático. En el presente caso, el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública».

<sup>87</sup> *ibid.*, § 135: «La Corte concluye que el Estado aplicó una restricción al derecho de salir del país del señor Ricardo Canese sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual violó el artículo 22.2 y 22.3 de la Convención Americana».

<sup>88</sup> Cour IDH, *Fontevicchia and D'amico vs. Argentina*, 29 novembre 2011, § 50: «En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene

respect et en protégeant les autres droits fondamentaux» selon un «processus d'harmonisation». L'État a un rôle considérable à jouer lors de ces conflits puisqu'il lui appartient de paramétrer l'harmonisation de tels droits. Un tel rôle est alors décisif tant il permet de donner sens et concrétion à des principes «programmatiques» qui déterminent des choix de société.

## **2. La pondération: choix de démocratie et de société**

Ainsi, donner le privilège à tel ou tel principe sur tel autre, garantis par la Convention, peut aussi permettre à une communauté de vivre dans la garantie de ses droits. C'est la thématique topique sur laquelle revient la Cour dans sa décision *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* en précisant au sens large que le critère de pondération permet de comprendre en quoi «les membres de la Communauté Xákmok Kásek ont souffert de diverses atteintes à leur identité culturelle»<sup>89</sup>.

En effet, l'État du Paraguay était, en l'espèce, considéré comme responsable de violations des droits à la vie, à l'intégrité personnelle et aux droits de l'enfant envers les membres de cette Communauté indienne en vendant les deux-tiers de leur territoire du "Chaco" pour financer la guerre de la Triple Alliance à la fin du XIXème siècle. Au fur et à mesure, les indiens Xákmok Kásek furent continuellement limités et confinés dans le déroulement de leur mode de vie et leur droit à subsister à l'intérieur de leurs terres traditionnelles. Les chefs de la communauté engagèrent alors un recours administratif afin de récupérer celles-ci mais il fut ignoré par l'État qui ne respecta ni leur droit à la propriété ni leur droit à bénéficier de garanties juridictionnelles. Selon la Cour IDH, citant en cela l'arrêt *Castillo Páez Vs. Perú*, la Convention qui constitue un pilier de la société démocratique, doit éclairer la balance des droits en question qui met l'accent sur la vulnérabilité du peuple indien. En cela, la pondération des droits fondamentaux joue le rôle de promotion démocratique.

---

que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención».

<sup>89</sup> Cour IDH, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 août 2010, § 182: «En suma, este Tribunal observa que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek han sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran, lo cual representa una violación del artículo 21.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma. Estas afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente "productiva" de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas».

Comme le précise la Cour, il n'est pas suffisant d'évaluer les droits. Il faut encore les évaluer selon les enjeux démocratiques contemporains, en tenant compte d'impératifs correspondants: ainsi, pour le droit à l'alimentation qui en l'espèce était bafoué par l'État du Paraguay, il est important de veiller à l'accessibilité, à la disponibilité et à la soutenabilité de celle-ci tout en vérifiant qu'elle permet de satisfaire aux normes quotidiennes en matière d'alimentation<sup>90</sup>.

La pondération, en tant que balancement des droits en conflit, implique ainsi selon les juges interaméricains, de préciser les enjeux de société et de civilisation en les mettant en rapport avec les principes guidant de telles orientations. Il en va de même lorsque, dans cet arrêt, la Cour s'intéresse à l'examen des conditions sanitaires et éducatives. Ainsi, en tant que standard interprétatif, la pondération peut être aussi considérée comme le meilleur standard démocratique pour assurer l'équilibre des droits dans l'État contemporain. C'est dans cette mesure que l'on peut parler de nouveauté d'un droit contemporain dans l'approche de l'interprétation des droits fondamentaux, impliquant, dès lors, une nouvelle philosophie du droit qui y sera adaptée. En reprenant le modèle dworkinien de l'argumentation par «principes»<sup>91</sup> et en se faisant presque l'incarnation du modèle Hercule<sup>92</sup>, les juges de la Cour IDH ouvrent à leur tour un nouveau paradigme: ils doivent veiller à la démocratie en pondérant.

En cela, la pondération doit permettre de prendre en compte l'effectivité des droits et non pas seulement leur reconnaissance positive. Ainsi que l'ont rappelé à plusieurs reprises des décisions relatives à l'effectivité des droits de la défense<sup>93</sup>, la reconnaissance d'un droit importe peu tant que celui-ci n'est pas véritablement effectif, comme l'imposent les critères de l'État de droit dans une société démocratique au sens de la Convention. En l'espèce, la décision *Castañeda Gutman vs.*

---

<sup>90</sup> *ibid.*, § 198: «Valorar la accesibilidad, disponibilidad y sostenibilidad de la alimentación otorgada a los miembros de la Comunidad y determinar si la asistencia brindada satisface los requerimientos básicos de una alimentación adecuada».

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, trad. du 4<sup>ème</sup> tirage de *Taking Rights Seriously* [1984] par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, trad. révisée et présentée par Françoise Michaut, préface de Pierre Bouretz, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 1995, p. 155: les «principes sont les fondements principaux de la justification politique».

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald, *ibid.*, p. 196: «Hercule doit organiser la justification par les principes à chacun de ces niveaux de façon à ce qu'elle soit cohérente avec les principes considérés comme apportant une justification aux niveaux supérieurs».

<sup>93</sup> Cour IDH, *Castillo Páez Vs. Perú*, 3 novembre 1997. Serie C No. 34, § 82; *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas, 4 juillet 2006. Serie C No. 149, § 192; *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. 19 septembre 2006. Serie C No. 151, § 131.



*Estados Unidos Mexicanos* mobilise plusieurs de ces différents aspects. En utilisant les critères relatifs à la proportionnalité mais aussi en se référant à des exigences de pondération des principes, la Cour rappelle que «les droits politiques sont des droits de l'homme d'une importance fondamentale (...) qui rendent possible le jeu démocratique»<sup>94</sup>. D'autre part, les juges soulignent en quoi ces droits favorisent plus largement le renforcement de la démocratie<sup>95</sup>: les droits politiques et la jurisprudence de la Cour permettent, dès lors, de trouver la meilleure solution «pondérée» possible, tenant compte, au surplus, de la « réalité de la conscience humaine » des interprètes<sup>96</sup>. Cela revient à dire que la pondération est donc liée à des exigences démocratiques téléologiques: il s'agit, pour les juges interaméricains, de maximiser l'effectivité des droits fondamentaux en assurant pleinement l'effectivité de la démocratie. Ce n'est donc seulement que par la démocratie que le droit devient Droit<sup>97</sup>, et ceci d'autant que les Parlements et les mécanismes parlementaires latino-américains peuvent ou pourraient ne pas nécessairement inspirer aux peuples la confiance démocratique nécessaire. Il revient alors, sous cette forme, à l'indépendance du juge latino-américain de se saisir de ce rôle, et il convient que celui-ci dispose, dès lors, naturellement, des meilleures techniques d'interprétation que peut lui procurer une philosophie du droit de la pondération.

En ce sens, tantôt large technique de balancement, tantôt technique de proportionnalité stricte et technique de promotion de la démocratie, la pondération permet d'affirmer le rôle jurisprudentiel de la Cour IDH. Cela peut être pour implanter davantage les effets de ses décisions dans les cours constitutionnelles locales<sup>98</sup>. Cela peut être aussi pour promouvoir également, à l'équivalent de la Cour

---

<sup>94</sup> Cour IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 6 août 2008, § 140: «Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático».

<sup>95</sup> Cour IDH, *ibid.*, § 141: «Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”».

<sup>96</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio A., voto razonado, §20: «En el campo del Derecho, bien más allá del positivismo jurídico, hay que tener presente la realidad de la conciencia humana».

<sup>97</sup> Carlos Bernal Pulido explique ainsi l'intégration du paramètre démocratique dans le jugement de pondération, pour illustrer la théorie de Robert Alexy: BERNAL PULIDO, Carlos, «Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy», in MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), *La ponderación en el derecho*, op. cit., p. 119.

<sup>98</sup> C'est ce qu'explique en particulier Iván Arturo Bazán Chacón en ce qui concerne le Pérou en dépit de certains obstacles: BAZÁN CHACÓN, Iván Arturo, «El impacto de la jurisprudencia de la Corte

européenne des droits de l'homme, l'institution juridictionnelle suprême du continent latino-américain comme une incontournable instance d'humanisation par le droit. Il reviendra ainsi à la théorie du droit contemporaine d'analyser, d'un côté, sans jugement de valeurs de telles variations jurisprudentielles en même temps que, d'un autre côté, d'affiner et améliorer les motivations utilisées par les juges sur la base de textes internationaux pour protéger les droits de l'homme dans des contextes politiques et humains spécifiques à la région. Ainsi que l'ont rappelé M. Atienza ou L. Ferrajoli, la théorie du droit peut et même *doit* s'ouvrir à une refondation incluant des points de vue sur le devoir être du droit et un engagement philosophique<sup>99</sup>, sans toutefois faire défaut à son caractère descriptif.

Dès lors, la philosophie du droit latino-américaine pourrait embrasser 1) un point de vue politique servant à enrichir « le Droit des États constitutionnels», 2) un point de vue sur le «raisonnement pratique» et la «lutte contre l'injustice»<sup>100</sup>, 3) une conscience enrichie du fondement et des enjeux de la pondération, 4) et une «doctrine hétéro-poïétique» pour combler les lacunes<sup>101</sup>.

---

Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una evaluación preliminar», *Ars boni et aequi* (Año 7 N° 2), pp. 283-317.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi, «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», in DI LUCIA, Paolo, *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, pp. 15-32.

<sup>100</sup> ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 322: «Sin embargo, desde el punto de vista político es clara que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales. Esos rasgos podrían formularse así: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario - además de las reglas- para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico y, en particular, de los de las sociedades contemporáneas avanzadas. 2) La tendencia a considerar las normas - reglas y principios -, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto - o no solo - en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto - o también - en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) La asunción del paradigma del constitucionalismo, lo que supone: a) entender la validez en términos sustantivos y no meramente formales (para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución); b) entender que la jurisdicción no puede verse en términos legalistas - de sujeción del juez a la ley -, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 7) la tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no solo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual», et p. 325: «Lo que da sentido al Derecho - y a ocuparse profesionalmente del Derecho - no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia».

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit., p. 923: «Per le dottrine etero-poietiche, invece, lo stato è un mezzo, legittimato unicamente dal fine di garantire i diritti fondamentali dei cittadini, e politicamente illegittimo se non li garantisce o peggio se li viola esso stesso» ;

Selon une telle perspective, la philosophie du droit latino-américaine améliorera encore davantage l'internationalisation du thème de la pondération en permettant aux juges de maximiser mieux encore l'application effective des droits de l'homme lorsque les Parlements sont momentanément défailants<sup>102</sup>. Veiller à la démocratie est l'objectif: cette philosophie du droit en est certainement le moyen le plus sûr face aux autoritarismes ou aux dérives populistes.

---

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti*, op. cit., §5.6: «Oggi, come mostrano i flussi migratori e la crescita della disoccupazione giovanile, quel nesso tra lavoro, proprietà e sopravvivenza che forma il principale postulato ideologico del capitalismo si è rotto in maniera irreversibile: non basta più la volontà di lavorare per ottenere un'occupazione. Di qui la stipulazione nelle odierne costituzioni, quali clausole fondamentali del patto di convivenza, dei diritti sociali positivi a prestazioni vitali, in aggiunta al diritto negativo alla vita da lesioni altrui. Di qui, in particolare, la necessità impellente, maturata in questi anni con la crescita della precarietà del lavoro e della disoccupazione, dell'introduzione, in aggiunta alla garanzia dei diritti sociali alla salute e all'istruzione, di un reddito minimo sociale *ex lege*, quale garanzia di quello che giustamente è stato chiamato il "diritto all'esistenza».