

C a h i e r s   E u r o p é e n s

N°8

MORALE(S)  
et  
DROITS EUROPEENS

Sous la direction de  
S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU, P. MADDALON

IREDIES

EDITIONS PEDONE  
13 RUE SOUFFLOT 75005 PARIS FRANCE

PARIS 1

## AVANT-PROPOS

L'objet du présent ouvrage est de s'interroger sur la place et sur le rôle de la morale dans le développement des droits européens (droit de l'Union européenne et droit européen des droits de l'homme, principalement). L'intérêt du sujet nous apparaît évident. La consécration des valeurs de l'Union européenne, le débat sur les origines religieuses de l'Union, le développement de normes et de jurisprudences qui ont une incidence sur les références et les conceptions de la famille, de la « normalité » d'un type de vie sexuelle, sur le statut de la femme et des minorités, mais aussi le développement de compétences de l'Union en matière d'environnement, de bioéthique ou d'immigration, la multiplication des références morales dans la jurisprudence européenne (dignité humaine, épanouissement personnel, etc.), imposent d'examiner quel rapport s'instaure aujourd'hui entre droit et morale dans les systèmes juridiques des deux organisations européennes. Par ailleurs, l'articulation croissante de l'activité des deux Cours européennes et la proximité de certaines interprétations jurisprudentielles justifient une analyse conjointe des deux corpus de normes.

On aura vite compris à la lecture des contributions ici rassemblées que l'ouvrage, bien que ne négligeant pas la philosophie, ne constitue pas un ouvrage de philosophie du droit, qui proposerait une réflexion sur la définition, sur la nature et sur les fonctions ontologiques ou épistémologiques des rapports entre Droit et Morale en qualité de concepts. Kant mettait en garde sur les risques de porosité entre les deux disciplines, les juristes s'y entendant très peu et étant particulièrement non qualifiés pour établir ce qui est juste, bien ou bon<sup>1</sup>. On leur demandera uniquement de savoir repérer ce qui est droit<sup>2</sup> ; et ce n'est pas faire œuvre de paresse intellectuelle mais de lucidité<sup>3</sup>. Le présent ouvrage ne tranchera

---

<sup>1</sup> « Le juriste érudit recherche les lois (...) non dans la raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison ; car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est une question que les juristes doivent refuser d'entamer, comme contraire au bon sens » : E. KANT, *Le conflit des Facultés*, Paris, Vrin, 1988, p. 23.

<sup>2</sup> « Définir le droit n'est pas la tâche du juriste mais celle du philosophe. Du premier, on attend seulement – ce qui n'est pas rien ! – qu'il déclare *ce qui est* droit ; le second, seul, a compétence pour nous dire *ce qu'est* le droit » : A. SÉRIAUX, « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit », in *Définir le droit*, I, Droits, 1989, p. 85.

<sup>3</sup> On renverra, pour l'accès à la réflexion sur les rapports entre Droit et Morale, en particulier à : P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDJ*, 1982, pp. 275-294 ; D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale : aspects contemporains*, Paris, Dalloz, 2011, 248 p. ; J. HABERMAS, *Droit et morale*, Paris, Seuil, 1996, 91 p. ; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, London, Stanford University Press, 1963, 88 p. ; P. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1982, pp. 334-353 ; P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 625 ; C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 1990, 825 p. ; O. PFERSMANN,

pas la question de la fonction des juristes. Mais il assume une ambition plus modeste. Les auteurs réunis n'ont ainsi pas cherché à faire émerger une définition générale de la morale, si celle-ci est possible : la morale est donc délibérément abordée au pluriel (*Morale(s)*)<sup>4</sup>. Les auteurs n'ont pas non plus tenté de dresser une théorie générale des rapports entre le droit européen et la morale. Leur objectif a été, d'abord, de décloisonner la morale des domaines dans lesquels elle est le plus souvent abordée et analysée. Ils ne traitent donc pas exclusivement du droit des droits de l'homme, mais insèrent le sujet dans des domaines où la question se pose avec moins d'évidence, par exemple en droit de la concurrence ou en droit du marché intérieur. Le thème de la morale conduit ensuite à se saisir de questions sociopolitiques de première importance en raison, notamment, de l'extension et de l'approfondissement des compétences de l'Union. On assiste, par exemple, à la constitution d'usages par des associations qui mobilisent la morale pour contester ou au moins orienter les choix politiques opérés par les institutions européennes<sup>5</sup>. L'ouvrage mêle donc des aspects juridiques, sociologiques, philosophiques et inclut une dimension de théorie du droit.

En fonction des thèmes qu'ils ont choisi d'aborder, les auteurs ont eu à renseigner un certain nombre d'interrogations qui constituèrent un cahier des charges commun. La première consiste à localiser la morale en droit positif européen. Quels sont les normes, les techniques et les instruments juridiques qui abritent principalement la morale (traités, actes de droit dérivé, jugements, documents dépourvus de force obligatoire, etc.) ? Les références morales sont-elles plus nombreuses dans certains domaines et types de réglementations ? Existe-t-il des domaines où la référence morale n'est *a priori* pas pertinente ? Les différents types de contentieux (légalité, interprétation générale, responsabilité) ont-ils une influence sur le recours plus ou moins marqué à la rhétorique morale, le contentieux personnel de la responsabilité s'y prêtant mieux en principe que le contentieux des normes ? La réponse offerte par chaque contributeur permet de passer en revue le droit originaire et le droit dérivé des deux organisations et d'obtenir une première cartographie de la morale en droit européen. Cette étude ayant retenu une approche dynamique, qui s'efforce de saisir l'évolution des rapports du droit et de la morale depuis les années

---

« Morale et droit », in *Dictionnaire de culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Paris, PUF, 2003, 1652 p., pp. 1040-1047 ; J. PIAGET, « Les relations entre la morale et le droit », in *Etudes sociologiques*, Genève, Droz, 359 p., pp. 170-203 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, 424 p. ; R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse Poitiers, Société française d'imprimerie et de la librairie, 1916, 451 p. ; A.G. SLAMA, « Le nouvel ordre juridique moral », in *Droit et mœurs*, Droits, 1994, p. 38 ; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p.

<sup>4</sup> Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'affirme très clairement dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 : « on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la "morale" » : req. n° 5493/72, § 48.

<sup>5</sup> C'est particulièrement le cas de la coalition ALTER-EU, coalition d'associations qui bénéficie manifestement d'une influence croissante à Bruxelles. Voir notamment son rôle dans l'adoption du « Registre des représentants d'intérêts » de la Commission, dans la refonte du « Code de conduite des Commissaires » ou dans la démission de plusieurs eurodéputés soupçonnés de corruption.

## AVANT-PROPOS

cinquante, l'ouvrage permet de comprendre comment les droits européens se moralisent et si les références morales évoluent.

Les auteurs ont ensuite cherché à comprendre comment l'argument moral est reçu ou manié par l'autorité publique. Il est ainsi fait état des techniques d'établissement du fait 'moral' dans le processus de production du droit (expertise, *amicus curiae*, lobbying, etc.). Les questions posées étaient nombreuses. Comment le juge reçoit-il la donnée morale ? Est-on en présence d'un débat sur ces données ou sont-elles reçues comme des postulats ? Sont-elles fiables ? Ces questions permettent ainsi de s'interroger, en particulier, sur la neutralité et sur l'impartialité de la fonction juridictionnelle. Quels sont les contextes qui se prêtent particulièrement à la mobilisation de la rhétorique morale (liberté sexuelle, autonomie personnelle, droits de citoyenneté, etc.) ? Dans cette opération d'identification, il importe de saisir l'influence des acteurs : comment les Cours européennes se servent-elles de la morale ? Les avocats généraux opèrent-ils un usage particulier des références morales dans leurs conclusions ? Quelle est l'étendue de la justification morale des choix politiques et juridiques opérés par les producteurs des droits européens (conférences intergouvernementales, activités des institutions) ? A partir de quel moment une donnée morale constitue-t-elle une catégorie juridique (adoption d'un acte juridique, intervention d'une décision de justice, reconnaissance d'un droit (dignité, épanouissement personnel, etc.) ? Du côté des Etats, les arguments moraux sont souvent invoqués au support de la revendication d'un droit à la différence, ou à une marge d'appréciation dans l'application de la norme commune. Il convenait donc d'éclairer le statut de ces arguments tirés d'une morale nationale. Il faut également se demander si les deux organisations européennes entretiennent un rapport spécifique à la morale. En tant qu'organisations intergouvernementales, peuvent-elles poser la question morale comme le ferait un Etat ? Il s'agit donc de comprendre comment s'articule un discours moral européen – et donc nécessairement commun – qui puisse être envisagé comme compatible avec les conceptions morales d'Etats membres qui ne partagent pas tous les mêmes convictions.

Il convenait ensuite de s'intéresser à la nature de l'argument moral. Est-on dans un registre de morale sociale, politique ou strictement individuelle ? De quel registre l'argument est-il issu (des convictions religieuses ou idéologiques, de la philosophie, de l'économie) ? Convient-il de distinguer entre les différents types de discours (idéologique, spirituel, éthique, déontologique) ? Faut-il limiter le registre moral aux cas où sont proposées des représentations dualistes du monde (bon/mauvais, pire/meilleur, bien/mal, faux/vrai, etc.) ? Quels sont ses producteurs (congrégations, églises, partis politiques, associations, syndicats, ONG, institutions politiques, juges, officines) ? Enfin, le thème conduisait à s'interroger sur les conséquences que pourrait avoir la moralisation du droit, ou d'une certaine forme de moralisation du droit (si l'hypothèse se vérifie), sur les mutations du droit contemporain, sur les fonctions de l'Etat et de l'organisation internationale, sur les rapports respectifs entre individu et autorité, entre droit et société.

S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU, P. MADDALON

A ces nombreuses questions, l'ouvrage ne donne pas de réponses définitives. Les contributions ici réunies raisonnent à partir d'exemples issus de la fabrique et de la pratique des droits européens, illustrant ainsi des tendances, dévoilant des tensions. En mettant l'accent sur ce qui fait la spécificité de la question morale dans le droit des deux organisations européennes, la réflexion offerte apportera, nous l'espérons, une contribution aux travaux juridiques sur la morale, nourrissant en particulier des réflexions sur sa définition et son articulation avec les notions de moralité, d'éthique, ou de valeurs en droit européen. Elle nourrira également les travaux de ceux qui tentent de penser la construction européenne dans un contexte élargi, non strictement positiviste.

S. BARBOU DES PLACES

R. HERNU

P. MADDALON

## TABLE DES MATIERES

Avant-propos	
Propos introductifs, <i>Rémy HERNU</i> .....	3
Les valeurs morales dans les travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme <i>Mouloud BOUMGHAR</i> .....	13
Les références à la morale dans les traités européens, <i>Rémy HERNU</i> .....	31
Morale et marge nationale d'appréciation des Etats dans la jurisprudence des Cours européennes, <i>Ségolène BARBOU DES PLACES et Nathalie DEFFAINS</i> .....	49
Le recours à la morale dans les conclusions des avocats généraux près la Cour de justice de l'Union européenne, <i>Chloé BERTRAND</i> .....	73
Le collectif ALTER-EU : un entrepreneur de morale à l'échelle européenne ? <i>Laurence JOURDAIN</i> .....	105
Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation, <i>Philippe MADDALON</i> .....	125
Les mutations des rapports entre morale et droits européens des brevets <i>Valérie VARNÉROT</i> .....	137
Produits stupéfiants et morale en droit européen, considérations à partir de l'arrêt <i>Josemans</i> <i>Emmanuelle CASENOVE-WADBLED</i> .....	167
Droit et morale dans la <i>Théorie pure du droit</i> de Hans Kelsen, <i>vade mecum</i> quasi positiviste <i>Romain LE BOEUF</i> .....	183



# C a h i e r s   E u r o p é e n s



Les conceptions de la famille, le type de vie sexuelle, la bioéthique, l'immigration, la nécessité de protéger l'environnement, les produits stupéfiants : les considérations morales ne manquent pas dans le droit de l'Union européenne et dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comment faire apparaître la morale dans ses différentes dimensions ? Il a été décidé de croiser les approches afin de diversifier les points d'entrée sur la question. Le recours à la morale est apprécié par branche du droit (les brevets, les droits de l'homme, le marché intérieur). Il est aussi identifié selon les sources (traité, jurisprudence) ou les discours (celui d'un collectif d'associations ou des avocats généraux). Il est encore approché dans sa dimension historique (les travaux préparatoires de la CEDH) comme théorique (à travers l'œuvre de Kelsen).

Il n'en ressort pas une définition de la morale mais un début de systématisation sur les modalités d'utilisation de la morale dans les droits européens. Il s'agit notamment de mesurer cette contradiction propre à l'échelon européen : comment se concilient les revendications morales spécifiques de chaque Etat avec un discours moral européen qui tend nécessairement vers une dimension commune ?

Cet ouvrage réunit les contributions de SEGOLÈNE BARBOU DES PLACES, CHLOÉ BERTRAND, MOULOUD BOUMGHAR, EMMANUELLE CASENOVE, NATHALIE DEFFAINS, RÉMY HERNU, LAURENCE JOURDAIN, ROMAIN LE BŒUF, PHILIPPE MADDALON, VALÉRIE VARNEROT.