



SORBONNE STUDENT LAW REVIEW

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE

2019

Volume 2, n° 2

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnestudentlawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les
différents contributeurs - 2019

Publié en ligne le 29 novembre 2019.
Published online on the 29th of November 2019.

Editor-in Chief - Rédacteur en chef

Paul Heckler

Editors - Éditeurs

Jessica Balmes

Virginie Kuoch

Reading Committee - Comité de lecture

Lisa Aerts
Vincent Bassani
Alexis Bouillo
Anne-Charlotte Cervello
Camille Gendrot

Sarah Gharios
Brook Kidane
Giuliana Marino
Viveca Mezey
Marianna Paschou

Guillaume Pinchard
Estelle Richevilain
Matthieu Ruquet

Secretary-General - Secrétaire général

Valentin Pinel le Dret

Advisory Board - Comité scientifique

Mathias Audit
Laurent Aynes
Ludovic Ayrault
Tristan Azzi
Ségolène Barbou des Place
Charlotte Beaucillon
Julie Benetti
Didier Boden
Pierre Bonin
Eleonora Bottini
Chahira Boutayeb
Sara Brimo
Pierre Brunet
Paul Cassia
Loic Cadiet
Emanuel Castellarin
Marie-Xavière Catto
David Chilstein
Thomas Clay
Christel Coton
Marie-Anne Cohendet
Philippe Delebecque
Joan Divol

Philippe Dupichot
Xavier Dupré de Boulois
Vivienne Forrest
Bénédicte Fauvarque-Cosson
Jenny Frinchaboy
Jérôme Gotié
Daniel Guttman
Jérémy Houssier
Emmanuel Jeuland
Andreas Kallergis
Yann Kerbrat
Evelyne Lagrange
Yves-Marie Laithier
Elise Le Gall
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
François-Xavier Lucas
Jean Matringe
Anne-Catherine Muller
Christine Neau Leduc
Sophie Nicinski
Nobert Olszak
Etienne Pataut

Fabienne Peraldi-Leneuf
Anne Pimont
Ioannis Prezas
Lukas Rass-Masson
Bertrand Reau
Olivier Renaudie
Raphaële Rivier
Thierry Revet
Judith Rochfeld
Marilyne Sadowsky
Ruth Sefton-Green
Denys Simon
David Soldini
Jean-Marc Sorel
Philippe Stoffel-Munck
Fanny Tarlet
François-Guy Trébulle
Pascal de Vareilles-Sommières
Pierre-Yves Verkindt
Michel Verpeaux
Nicolas Warembourg

Strategical support - Soutien stratégique

Éléonore Claret

Amélie Collin-Ruelle

Valentin Depenne

Layout - Mise en page

Paul Heckler Virginie Kuoch

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

EDITORIAL: IT IS TIME FOR A CHANGE	1 - 3
ÉDITORIAL: « LE CHANGEMENT, C'EST MAINTENANT »	5- 7

Paul Heckler

Visiting Professors at the Sorbonne Law School – Professeurs invités de l'École de droit de la Sorbonne

LE JUS <i>PUBLICUM</i> RÉGIONAL : entre traditions et « avant-gardes » juridiques	9 - 31
---	--------

Pr. Grenfieth de Jesús Sierra Cadena (Université du Rosario)

LES STRATÉGIES JUDICIAIRES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR POUR RÉDUIRE LA PAUVRETÉ ET LES INÉGALITÉS	33 - 65
---	---------

Pr. Carlos Bernal (Cour constitutionnelle de Colombie)

Cycle « Droit et science »

VARIATIONS SUR LA « SCIENCE DU DROIT »	67 - 79
--	---------

Pr. Pierre Brunet (École de droit de la Sorbonne)

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT FACE À L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE	81 - 92
---	---------

Adeline Paradeise (École de droit de la Sorbonne)

Article

INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: legitimacy challenges and prospects for future reforms	93 - 129
--	----------

Yannis M. Bourgois (École de droit de la Sorbonne)

EDITORIAL: IT IS TIME FOR A CHANGE

Our readers can rest assured: the title of this editorial does not constitute a form of support for the political movement of a former French president who, as a candidate, had made it his slogan. In fact, what was in French a strangely catchy rhyme (“*le changement, c’est maintenant*”) takes on a completely different meaning when spoken in 2019. From a simple political formula, it has become the expression of a geopolitical observation. Climate crisis, political instability in certain states or regions, or social upheavals are some of the examples of this movement of transformation, the stakes of which are considerable. In this context, it may be difficult for lawyers to find their place and give meaning to their field. This is particularly true for students and young researchers, a category to which the author of these lines belongs and which is particularly affected by these developments. Lawyers, we are told, do not like change, which they perhaps associate with legal uncertainty that they consider problematic or even dangerous. This point of view is sometimes summarised by a peremptory formula borrowed from a former dean of the Paris faculty, according to whom “every lawyer is a conservative”¹. In our opinion, this is not the function of the law. Over Georges Ripert's statement, we favour another one from the man whom, as then Secretary of State for Public Education of the Vichy government, he had shamefully revoked. Upon receiving his Nobel Peace Prize, René Cassin stated that “not to implement the measures already worked out, even if they are insufficient, would be playing into the hands of those who wish to block any progress. I do not believe there will be any ‘nights of August fourth’ in this tense and bitter world of uneasy transition. We must seize every opportunity to strengthen its unity”². The role of lawyers is not to oppose change, but to accompany, guide and direct it, which first of all implies to understand it. Such is the theme under which this issue of the Review is placed, an issue shorter than the previous ones, but according to the obviously biased opinion of its Editor-in-Chief, just as interesting. Understanding change means, above all, having a relevant analytical framework to understand socio-political phenomena in law. This is precisely the purpose of the contribution of Grenfieth de Jésus Sierra Cadena, Professor of Public Law and Legal Theory at the University of Rosario (Colombia). His study takes a critical look at the main theoretical

¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 8.

² R. Cassin, "The Charter of Human Rights", Speech at the Nobel Conference, 11 December 1968, available online: <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1968/cassin/26132-rene-cassin-conference-nobel/>.

currents of constitutional law in the context of globalisation and proposes the construction of a regional *jus publicum* based on “the coordination, the orderly harmonisation of legal values and traditions based on a dialogue of judges excluding any legal or economic dogmatism”. Understanding change also requires being able to understand its extra-legal modalities, even when they present a certain degree of complexity and expertise. This is particularly true in environmental law, where the development of a relevant regime is based entirely on the fundamentally evolving state of scientific knowledge. It is to this subject that Adeline Paradeise, doctoral student at the Sorbonne Law School, dedicates her contribution. Her article is part of a series on the theme of law and science that emerged from a conference organised last January at the Sorbonne, the following contributions of which will be published in the next issue. If it is impossible for the law to ignore science, should we go further and consider that the law itself is a science? This statement is obviously very divisive and can be declined into as many forms as there are authors to think about the concept. Synthesising the state of the art in this field is not an easy task and proposing an outcome is even less so. Yet, such is the aim of the contribution of Pierre Brunet, Professor at the Sorbonne Law School, who offers as an overture to the law and science cycle his “Variations on the ‘science of law’”. The role of the law is also to be a driving force for change. This is precisely the purpose of a contribution by Carlos Bernal, judge at the Constitutional Court of Colombia, who develops here the judicial strategies of transformative constitutionalism in terms of reducing poverty and inequality. This article translated into French by Arnaud Martin, lecturer at the University of Bordeaux, should obviously be read in parallel with Professor de Jésus Sierra Cadena’s contribution. This vision of a dynamic constitutionalism in the service of social progress, which in passing develops a constitutional doctrine of the “Global South” that does not always find the resonance it deserves on the old continent, is a source of inspiration for the lawyer. Change is certainly about transforming, but it is also about reforming. This is the guiding idea behind the contribution of Yannis M. Bourgeois, a graduate of the Sorbonne Law School, who has chosen a prime target: the legitimacy challenge of international investment arbitration. The author proposes here a realistic and concrete approach to the structural and material weaknesses of the subject in order to propose reforms that are often essential.

Beyond these substantial considerations, the title of this contribution takes on a special character for the author of these lines, who is writing here his last editorial. He will therefore be forgiven for taking this opportunity to pay special tribute to his predecessor who, three years ago, initiated this project and led the publication of the first issue. With an incredible strength

of character, an undeniable talent and a capacity for work that we envy, he succeeded in transforming a concept that had been mentioned so many times without any form of implementation (as good ideas always are) into a concrete reality. The reader may not have any idea of the task accomplished, but those who, like us, have witnessed it and modestly contributed know that they are greatly indebted to him. After carrying the burden of Editor-in-Chief and then Secretary-General, he is now definitively leaving this Review. May he be, on behalf of all the contributors, deeply thanked. After having been directed by its creator, then by one of its founding members, the Review will now be directed by a collaborator who joined us along the way. This change is welcome: it shows the ability of the publication to exist beyond its creators. Moreover, I am left with no doubt as to her qualities, which she has demonstrated to a very large extent in her role as Editor. I therefore wish her and the editorial team she has formed the best of luck!

The existence of this issue is the result of the will and energy of its collaborators, in particular the members of the Editorial Committee who surrounded me and gave me unflinching support, as well as the members of the Reading Committee who carry out their work with an absolute rigour. I sincerely thank all of them. I shall obviously not forget our Scientific Committee and the Sorbonne Law School and in particular its director and the administrators of the external relations department, without whom this review would simply not be possible.

I wish to end this long editorial by thanking the contributors with whom I have worked over the past three years and who have left the Review to pursue other objectives. I will now join them in this path: it is time for a change.

Paul Heckler
Editor-in-Chief

ÉDITORIAL : « LE CHANGEMENT, C'EST MAINTENANT »

Que nos lecteurs se rassurent : le titre de cet éditorial ne constitue pas une forme de soutien au courant politique d'un ancien président qui, alors candidat, en avait fait son slogan. Il faut dire que cette rime étrangement accrocheuse prend un sens tout différent lorsqu'elle est prononcée en 2019. De simple formule politique, elle est devenue l'expression d'un constat géopolitique. Crise climatique, instabilité politique de certains États ou certaines régions, révoltes sociales sont quelques-uns des exemples de ce mouvement de transformation dont les enjeux sont considérables. Dans ce contexte, il peut être difficile pour les juristes de trouver leur place et de donner un sens à leur matière. Ce constat est sans doute particulièrement vrai pour les étudiants et jeunes chercheurs, catégorie (dont fait partie l'auteur de ses lignes) qui est particulièrement touchée par ces évolutions. Le juriste, nous dit-on, n'aime pas le changement, qu'il associe, peut-être, à une insécurité juridique qu'il juge problématique, voire dangereuse. Ce point de vue est parfois résumé par une formule péremptoire empruntée à un ancien doyen de la faculté de Paris, selon laquelle « tout juriste est un conservateur »¹. Là n'est pas, selon nous, la fonction du droit. À l'affirmation de Georges Ripert, nous préférons celle de celui qu'alors Secrétaire d'État à l'instruction publique du gouvernement de Vichy, il avait honteusement révoqué. À l'occasion de la remise de son prix Nobel de la paix, René Cassin affirmait : « Ce serait faire le jeu de ceux qui ne veulent aucun progrès que de ne pas valoriser les projets déjà faits, même insuffisants. Je ne crois pas aux “nuits du 4 août” dans ce monde tendu et dur qui est en pleine transition. Il faut saisir au vol toute occasion de renforcer son unité »². Le rôle du juriste n'est pas de freiner le changement, mais de l'accompagner, de le guider, de l'orienter, ce qui suppose en premier lieu de le comprendre. C'est donc sous ce thème qu'est placé le présent numéro de la revue, plus court que les précédents, mais selon l'avis évidemment biaisé de son rédacteur en chef, tout aussi intéressant. Comprendre le changement, c'est avant tout disposer d'une grille d'analyse pertinente pour appréhender les phénomènes sociopolitiques en droit. Voilà précisément l'objet de la contribution de Grenfieth de Jesús Sierra Cadena, Professeur de droit public et de théorie juridique à l'Université du Rosario (Colombie). Son étude porte un regard critique sur les principaux courants théoriques du droit constitutionnel dans le cadre du phénomène de mondialisation et propose la construction d'un

¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 8.

² R. Cassin, « La charte des droits de l'homme », discours à l'occasion de la Conférence Nobel, 11 décembre 1968, disponible en ligne : <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1968/cassin/26132-rene-cassin-conference-nobel/>.

jus publicum régional reposant sur « la coordination, l'harmonisation ordonnée de valeurs et de traditions juridiques à partir d'un dialogue des juges excluant tout dogmatisme juridique ou économique ». Comprendre le changement suppose également d'être en mesure d'appréhender ses modalités extrajuridiques, y compris lorsque celles-ci présentent un certain degré de complexité et d'expertise. Cela est particulièrement vrai en droit de l'environnement, domaine dans lequel l'élaboration d'un régime pertinent repose intégralement sur l'état fondamentalement évolutif de la connaissance scientifique. C'est à ce sujet qu'Adeline Paradeise, doctorante à l'École de droit de la Sorbonne, consacre sa contribution. Celle-ci s'inscrit dans cycle sur le thème du droit et de la science issu d'une conférence organisée en janvier dernier à l'École de droit de la Sorbonne et dont les prochaines contributions seront publiées dans le prochain numéro. S'il est impossible pour le droit d'ignorer la science, faut-il pour autant aller plus loin et considérer que le droit est, lui-même, une science ? L'expression, évidemment, divise et se décline en autant de formes qu'il y a d'auteurs pour penser le concept. Synthétiser l'état de l'art dans ce domaine n'est pas chose aisée, proposer une issue l'est encore moins. Voilà pourtant l'exercice auquel se prête Pierre Brunet, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, qui nous offre, en ouverture du cycle *droit et science*, ses « Variations sur la “science du droit” ». Le rôle du droit est aussi d'être moteur du changement. Voilà précisément l'objet de la présentation de Carlos Bernal, juge à la cour constitutionnelle de Colombie, qui développe ici les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur en termes de réduction de la pauvreté et de l'inégalité. Cette contribution, traduite en français par Arnaud Martin, maître de conférences H.C.R. à l'Université de Bordeaux, doit évidemment être lue en parallèle de la contribution du Professeur de Jésus Sierra Cadena. Cette vision d'un constitutionnalisme dynamique au service du progrès social, qui développe en passant une doctrine constitutionnelle du « Sud global » qui ne trouve pas toujours d'écho qu'elle mérite sur le vieux continent, est une source d'inspiration pour le juriste. Changer, c'est certes transformer, mais c'est aussi réformer. Telle est l'idée directrice de la contribution de Yannis M. Bourgeois, diplômé de l'École de droit de la Sorbonne, qui s'est choisi une cible de choix : le défi de légitimité de l'arbitrage international de l'investissement. L'auteur propose ici une approche réaliste et concrète des failles structurelles et matérielles de la matière pour proposer des réformes souvent essentielles.

Au-delà de ces considérations substantielles, le titre de la présente contribution prend un caractère particulier pour l'auteur de ces lignes, qui écrit ici son dernier éditorial. On nous

pardonnera donc de saisir cette occasion pour rendre un hommage particulièrement appuyé notre prédécesseur qui, il y a trois ans, avait initié ce projet et dont il avait pris les rênes pour publier le premier numéro. Avec une incroyable force de caractère, un talent indéniable et une capacité de travail que nous lui envions, il était parvenu à transformer un concept tant de fois évoqué, mais jamais abouti (comme le sont toujours les bonnes idées) en une réalité concrète. Le lecteur n'a sans doute pas idée de la tâche accomplie, mais ceux qui, comme nous, en ont été témoins et y ont modestement contribué savent qu'ils lui en sont grandement redevables. À l'heure où il quitte définitivement la revue dont il fût rédacteur en chef, puis secrétaire général, qu'il en soit, au nom de l'ensemble des collaborateurs, profondément remercié. Après avoir été dirigée par son créateur, puis par l'un de ses membres fondateurs, la revue sera désormais dirigée par une collaboratrice nous ayant rejoints en chemin. Ce changement est bienvenu : il montre la capacité de la publication à exister au-delà de ses créateurs. Nous n'avons par ailleurs aucun doute sur ses qualités, qu'elle a très largement démontrées dans l'exercice de sa fonction d'éditrice. Nous lui souhaitons donc, ainsi qu'à l'équipe éditoriale qu'elle s'est constituée, bon vent !

L'existence de ce numéro est le résultat de la volonté et de l'énergie déployée par ses collaborateurs, en particulier les membres du comité éditorial qui m'ont entouré et m'ont apporté un soutien infailible, ainsi que des membres du comité de lecture qui effectuent leur travail avec une implacable rigueur. Qu'ils en soient tous sincèrement remerciés. Nous n'oublions évidemment pas les membres de notre comité scientifique ainsi que l'École de droit de la Sorbonne et notamment son directeur et les administratrices du pôle des relations extérieures, sans qui cette revue ne serait tout simplement pas.

Nous terminons ce trop long éditorial en remerciant les collaborateurs avec lesquels nous avons travaillé durant ces trois dernières années et qui ont quitté la revue pour poursuivre d'autres objectifs. Il est temps, désormais, de les rejoindre dans cette voie : « le changement, c'est maintenant ».

Paul Heckler
Rédacteur en Chef

LE IUS PUBLICUM REGIONAL
entre traditions et « avant-gardes » juridiques

Grenfieth de Jésus Sierra Cadena*

Table des matières

ABOUT GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA.....	11
A PROPOS DE GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA	12
INTRODUCTION.....	13
1. LES «AVANT-GARDES» : STANDARDISATION ET SIMPLIFICATION D’UNE REALITE JURIDIQUE COMPLEXE	14
1.1. LA CONSTITUTIONNALISATION DU PROJET REGIONAL.....	15
1.2. LE <i>GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW</i>	19
1.3. CONSTITUTION ET ADMINISTRATION GLOBALE.....	21
1.4. AU-DELA DE LA STANDARDISATION ?.....	23
2. LA TRADITION : PRESERVATION DE LA MEMOIRE JURIDIQUE PARMIS LA COORDINATION-HARMONISATION DES PLURALISMES REGIONAUX.....	24
2.1. LA CIRCULATION DES TRADITIONS JURIDIQUES	25
2.2. REVISITER LE POSITIVISME JURIDIQUE A L’ECHELLE REGIONALE : UN « AVANT-GARDE » DE CONTINUTE JURIDIQUE ET NON DE RUPTURE CONSTITUTIONNELLE	26
2.3. DE LA MEMOIRE DES SINGULARITES VERS L’ALTERITE DU PLURALISME JURIDIQUE : UN MODELE SUPRANATIONAL INCLUSIF	29

Abstract

Working on globalisation is a trend in scientific research. It affects the legal world, in both public and private law. This paper does not try to determine whether there is a globalisation of public law but instead, gives a critical approach about two phenomena: the internationalisation of constitutional law and the well-known Global administrative law, which aims to universalise the concept of accountability. These concepts are reductive as they seem to ignore legal traditions. In this paper, I argue that in order to build a regional Ius publicum, we have to emphasise on national features and on coordination, an organised harmonisation

* Professeur de Droit Public et Théorie Juridique, Directeur du Master Professionnel en Droit administratif et Directeur du Département de Théorie Juridique. Université du Rosario-Bogota-Colombie. Professeur invité à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2018-2019.

of values and legal traditions, and based on judicial dialogue. Legal and economic orthodoxy should be excluded.

Résumé

Les questions relatives à la globalisation font l'objet d'innombrables travaux scientifiques. Elles irriguent le monde juridique, que ce soit dans les disciplines de droit privé que de droit public. Plutôt que de répondre à la question de savoir si mondialisation du droit public il y a, l'article se propose d'apporter un regard critique sur deux phénomènes que l'on retrouve en droit public : l'internationalisation du droit constitutionnel et la naissance d'un Global administrative law reposant sur l'universalisation du principe d'accountability. Ces courants doctrinaux sont réducteurs dans la mesure où ils semblent ignorer des concepts juridiques traditionnels. Ainsi, dans le but de construire un Ius publicum régional, l'accent doit être mis, non pas sur ces deux concepts dont l'objectif est la standardisation, mais sur les spécificités juridiques nationales, « la coordination, l'harmonisation ordonnée de valeurs et de traditions juridiques à partir d'un dialogue des juges excluant tout dogmatisme juridique ou économique ».

ABOUT GRENFIETH DE JESUS SIERRA DE CADENA

The author of this article, Grenfieth de Jesus Sierra de Cadena, is a Professor of public law and theory of law and is also director of the Professional Master's Degree in Administrative Law and director of the Department of Legal Theory at the University of Rosario-Colombia.

His Master II degree in public law at the University of Paris 2 Assas after a legal course in Colombia, and his thesis on “The pluralistic internationalisation of public law of regional integration: a comparison according to the case law of the ECJ and the EGC” under the direction of Professor Gérard Marcou at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, bear witness to its close links with France. His work in both French and Spanish focuses mainly on international human rights law, comparative constitutional law and comparative administrative law. These include a book in Spanish on the constitutional judge, *El Juez Constitucional: un actor regulador de las políticas públicas (El caso de la descentralización en Colombia)* published by te Universidad del Rosario in 2009 or an article comparing the principle of proportionality in the case law of the ECJ and the Court of Justice of the Andean Community.

The Sorbonne Student Law Review is pleased to publish an article by Professor Cadena on current legal issues for both publicist and the comparative lawyers, which are an extension of the topics covered in his thesis and academic publications. Through a study on several legal concepts born under the impetus of the phenomenon of legal globalization, such as the constitutionalization of international law or global administrative law, the author wonders whether it is possible to build a regional publicum jus, and if so, on what foundations?

Virginie Kuoch

Editor, Sorbonne Student Law Review

A PROPOS DE GRENFIETH DE JESUS SIERRA DE CADENA

L'auteur de cet article, Grenfieth de Jesus Sierra de Cadena, est professeur de droit public et théorie du droit, et est également directeur du Master Professionnel en droit administratif et directeur du Département de Théorie Juridique à l'Université du Rosario-Colombie.

L'obtention d'un master II de droit public à l'Université Paris 2 Assas après un cursus juridique en Colombie, et la rédaction d'une thèse sur « L'internationalisation pluraliste du droit public de l'intégration régionale : une comparaison d'après la jurisprudence de la CJUE et du TJCA » sous la direction du Professeur Gérard Marcou à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, témoignent de ses liens étroits avec la France. Ses travaux, en français et en espagnol, ont essentiellement pour objet le droit international des droits de l'homme, le droit constitutionnel comparé et le droit administratif comparé. Parmi ceux-ci, on peut citer un ouvrage en espagnol portant sur le juge constitutionnel *El Juez Constitucional : un actor regulador de las políticas públicas (El caso de la descentralización en Colombia)* publié chez Universidad del Rosario en 2009 ou encore un article comparant le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CJUE et du tribunal de justice de la communauté andine¹.

La Revue juridique de la Sorbonne est ravie de publier un article du professeur Cadena portant sur des problématiques juridiques actuelles, tant pour le publiciste que le comparatiste, et qui sont le prolongement des sujets abordés dans le cadre de sa thèse et ses publications universitaires. Au travers d'une étude sur plusieurs concepts juridiques nés sous l'impulsion du phénomène de mondialisation du droit tels que la constitutionnalisation du droit international ou encore le droit administratif global, l'auteur se demande s'il est possible de construire un *jus publicum regional*, et si cela s'avère possible, sur quels fondements ?

Virginie Kuoch

Éditrice, Revue juridique des étudiants de la Sorbonne

¹ G. de Jesus Sierra Cadena, « Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit communautaire », in *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, vol.15, n.2, pp. 127-158

INTRODUCTION

« C'est justement pour préserver ce qui est neuf et révolutionnaire dans chaque enfant que l'éducation doit être conservatrice ; elle doit protéger cette nouveauté et l'introduire comme un ferment nouveau dans un monde déjà vieux qui, si révolutionnaires que puissent être ses actes, est, du point de vue de la génération suivante, suranné et proche de la ruine ».

Hannah Arendt

Prévoir l'avenir du droit régional est une tâche incertaine. C'est pourquoi il vaut mieux regarder en arrière en s'appuyant davantage sur les traditions juridiques nationales que sur une spéculation sur le futur pour bien cerner ses changements et les défis du présent auxquels il doit répondre. On peut démontrer que l'internationalisation pluraliste des droits publics européen et de l'Amérique latine a bien un commencement : l'ouverture des droits nationaux au droit de la concurrence, aux droits de l'homme, au droit communautaire et à l'analyse économique du droit. Il s'agit d'un processus d'étatisation du droit qui se fait en dehors de l'État-nation ; dans le cadre d'un projet régional. En revanche, on ne peut affirmer du point de vue comparé avec certitude que cette internationalisation a trouvé une finalité. Elle reste encore indéterminée, balançant entre unification juridique standardisée et pluralisme juridique harmonisé ; entre gouvernance économique mondiale et gouvernabilité juridique régionale ; entre « État économique » et État de droit.

La reconfiguration de l'appareil d'État² et la consolidation d'un « hyper-subjectivisme » juridique marquent la transition d'une société politique nationale vers une « société de masses » mondialisée³. Une nouvelle réalité historique donne un nouveau sens au droit public qui se développe à l'échelle régionale. Si le droit public national se retrouve questionné dans ses principes fondateurs comme la puissance publique et le service public, c'est en raison de la mise en retrait des notions d'administration publique et d'intérêt général face à l'avancée des droits subjectifs et de la microéconomie encouragée par les investisseurs internationaux. Progressivement, il semble que les fondements historiques du droit public soient remplacés par une constitutionnalisation du droit économique et des droits de l'homme. Il en résulte un paradoxe : l'internationalisation du dogme du constitutionnalisme coïncide avec un phénomène parallèle d'érosion profonde de « l'État de droit » national et de l'intérêt général. On observe l'apparition d'une société supranationale et « cosmopolite » dans l'Union

² J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2004, p.94-103.

³ H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 253-288.

européenne et dans l'Amérique latine fondée tant sur les droits subjectifs que sur une notion constitutionnalisée de marché influencée par le modèle allemand de la « *Soziale Marktwirtschaft* »⁴ ; en même temps que se produit un affaiblissement de l'attachement des citoyens à leurs institutions nationales. L'État de droit devient plus que jamais incertain.

À la lumière de l'internationalisation pluraliste du droit public régional, le droit comparé est bien l'approche la plus pertinente pour penser l'existence d'un *Ius publicum* régional commun aux processus d'intégration régionale en Amérique latine et en Europe et s'interroger quant à la valeur actuelle de la notion de souveraineté populaire, d'intérêt général et de liberté dans des espaces juridiques supranationaux aujourd'hui largement gouvernés par l'économie et la théorie des droits fondamentaux. En effet, si le droit public s'est fragmenté, que deviendra la construction historique de l'intérêt général et de la puissance publique à l'échelle régionale et mondiale ?

Telle est la question essentielle qui est aujourd'hui posée à la pensée du droit public comparé qui tente de nouer un lien entre passé et avenir pour réfléchir à un espace de droit supranational. Cette problématique demandera finalement de réfléchir aux « avant-gardes » contemporaines de l'unification du droit public et du cosmopolitisme et à la pertinence de l'émergence d'un *Ius publicum* régional qui au contraire ne nie pas les traditions juridiques.

1. LES « AVANT-GARDES » : STANDARDISATION ET SIMPLIFICATION D'UNE REALITE JURIDIQUE COMPLEXE

La pensée juridique contemporaine propose d'aborder cette question à partir de deux dispositifs juridiques que se veulent « d'avant-garde » pour apprivoiser la gouvernance économique mondiale. Le premier est l'internationalisation de la dogmatique constitutionnelle à l'échelle mondiale ; le second est la création d'un *Global Administrative Law*⁵. Le premier courant doctrinal envisage une constitutionnalisation de l'ordre international⁶, précisément une constitutionnalisation du projet régional à l'échelle mondiale⁷ fondée avant tout sur la

⁴ J. Drexler, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue internationale de droit économique*, 2011, t. 25, n. 4, p. 431 : « A. Müller-Armack a défini l'économie sociale de marché comme une économie qui suit les règles de marché et auxquelles s'ajoutent des garanties sociales ».

⁵ Voy. N. Krisch et B. Kingsbury, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 1-13.

⁶ J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

⁷ Voy. not. : A. Saiz Arnaiz, M. Morales-Antoniuzzi, J.-I. Ugartemendia Eceizabarrena (dir.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América latina : un análisis desde la Unión europea*, Max Planck Institut, Universidad Pompeu Fabra, 2011 ; J.-F. Flauss (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, quel*

reconnaissance de droits subjectifs, l'attachement à l'État de droit et une idée de « démocratie radicale ». Le second courant doctrinal est celui qui prône la création d'un *Global Administrative Law*⁸, c'est-à-dire d'un droit administratif global standardisé fondé sur la notion vague d'*accountability*.

1.1. La constitutionnalisation du projet régional

La dogmatique constitutionnaliste semble vouloir écarter la politique pour régler les affaires délicates qui se posent à la société mondiale et surmonter les conflits de l'histoire. À sa place, elle a imposé une pensée préfabriquée, « performatrice », argumentative qui cherche à trouver la meilleure réponse possible, voire la seule réponse possible comme le proposent Jürgen Habermas⁹ (avec la notion de « démocratie radicale »), Dworkin ou encore Robert Alexy (avec le principe de proportionnalité). Selon ce dernier, la construction technique de la décision constitutionnelle doit se faire à partir d'axiomes, d'arguments quantifiables en équations de valeurs ; une opération qualifiée de « formule de la loi de la pondération »¹⁰ selon laquelle il n'existerait qu'une « unique » réponse correcte tout en reconnaissant une marge d'interprétation subjective au juge afin de pallier les « vides » mathématiques de cette formule.

droit constitutionnel européen ?, Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 7, p. 445-450 ; J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997 ; C. Gouaud, « Le projet de constitution européenne », *Revue française de droit comparé*, 1995, n. 22, p. 287 et s. ; C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1995 ; P. Magnette (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2^e éd. Editions de l'Université de Bruxelles, 2003 ; J.-C. Piris, « L'Union européenne a-t-elle une Constitution ? Lui en faut-il une ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, vol. 4, n. 36, p. 599-635 ; L. S. Rossi, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, vol. 38, n. 1, p. 27-52 ; D. Rousseau, « Pour une Constitution européenne », *Le Débat*, 2000, vol. 1, n. 108, pp. 54 et s. ; J. H. H. Weiler, C. Eisgruber (dir.), « Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective », *Jean Monnet Working Paper*, 2004, vol. 5, n. 4.

⁸ B. Kingsbury, N. Krisch, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 1-13.

⁹ La pensée de Jürgen Habermas est très variée, mais sa vision sur le droit et l'Union européenne peut être résumée en trois ouvrages : d'abord dans *Droit et démocratie*, et *Espace public* où il a développé une notion procédurale de démocratie et une théorie de la constitutionnalisation du droit dans le cadre du marché commun. En 1998, il écrit *Après l'Etat-nation*, ouvrage dans lequel il expose la nécessité d'une démocratie cosmopolite dans un espace européen post-national gouverné par la solidarité entre les peuples qui serait capable d'humaniser le capitalisme global.

¹⁰ R. Alexy, « La fórmula del peso », *El principio de constitucionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y derechos humanos del Ecuador, 2008, p. 13-42.

$$\text{GPi,jC} = \frac{\text{IPiC} \cdot \text{GPiA} \cdot \text{SPiC}}{\text{WPjC} \cdot \text{GPjA} \cdot \text{SPjC}}$$

Pour Jürgen Habermas, la « démocratie radicale » devrait profondément changer le sens classique de la démocratie moderne qui trouve ses origines dans les révolutions libérales anglaises et françaises. Selon ce modèle :

« le Parlement devient la caisse de résonance, pour ne pas dire la chambre d'enregistrement, des demandes issues de la société civile et les juges font œuvre de législateur en interprétant la “constitution vivante”. L'administration en revanche doit être étroitement surveillée, car c'est d'elle que vient tout le danger pour la préservation des “libertés communicationnelles” »¹¹.

Cette théorie cherche à instiller dans l'espace européen une grammaire juridique fondée sur les notions d'« État de droit », de « solidarité » et de « démocratie » mais avec une définition unifiée et étroite qui ne tient compte ni de l'histoire, ni des spécificités juridiques, ni des identités constitutionnelles des États membres. Au contraire, elle propose une Europe « post-nationale » bâtie sur l'idée d'une souveraineté populaire cosmopolite. Pour cela, une Europe fédérale doit se substituer à l'État-nation, un modèle étatique qui serait une fiction historique aujourd'hui dépassée et inadaptée au contexte de globalisation économique.

De notre point de vue, cette lecture de la réalité juridique est réductrice parce qu'elle semble ignorer l'héritage libéral au fondement même de la notion de souveraineté politique, au cœur de la modernité constitutionnelle représentée notamment par les réflexions de Locke et de Tocqueville. Ces auteurs ont pensé la constitution comme un contrat juridique de délégation de souveraineté réalisé par des citoyens qui conservent une puissance d'opposition -droit de résistance- contre les abus du pouvoir en place et envisagé un juge gardien de ce contrat sans jamais se substituer au peuple. En revanche, le constitutionnalisme supranational d'origine allemande s'est transformé en une méthodologie de l'« hyper modernité juridique radicalisée ». Le droit, l'État et la politique sont pleinement intégrés à la dogmatique constitutionnelle de l'individualité juridique qui s'épanouit sur le marché¹². Cette approche a le défaut de dédire la dimension politique et de contre-pouvoir -droit de résistance- qui devrait logiquement être au cœur d'un projet de constitution régionale. Selon Jürgen Habermas, l'espace public européen ne doit pas être un lieu de confrontations politiques entre les grands acteurs de la gouvernance économique mondiale et les citoyens, mais le lieu où les « privilégiés » écoutent en silence

¹¹ L. Lemasson, « La démocratie radicale de Jürgen Habermas », *Revue française de science politique*, 2008, vol. 58, n. 1, p. 39-67.

¹² P. Comanducci, « Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico », in M. Carbonell (dir.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

les revendications des « défavorisés ». C'est dans la raison des arguments que doit naturellement émerger une « vérité » publique qui puisse apprivoiser le capitalisme global et qu'un juge pourra ensuite déclarer politiquement légitime. La volonté générale des citoyens manifestée dans une constitution, la création d'une théorie de l'administration supranationale et la souveraineté d'un parlement régional sont des questions essentielles pourtant réduites *a minima* dans le débat constitutionnel actuel. Est plutôt encouragée une pondération des principes constitutionnels et économiques réalisée par des juges et des pouvoirs technocratiques supranationaux. L'espace public est hanté par l'ombre de la dogmatique constitutionnelle et le marché commun. Cependant, celle-ci n'a paradoxalement pas la prétention de construire un « commun à tous » au niveau supranational ; une théorie du service public qui dépasserait le cadre de l'État-nation. À l'inverse, le constitutionnalisme contemporain conduit à une standardisation, une affirmation de « micro-droits », une radicalisation de la démocratie procédurale et un égalitarisme individualiste qui s'exprime moins dans les forums politiques que sur les marchés régionaux et mondiaux.

Une partie de la doctrine contemporaine du droit administratif allemand signale que la constitutionnalisation du droit administratif a conduit à deux écueils¹³. Le premier est une « cristallisation » du droit administratif ; le second est une « hyper subjectivisation » du droit administratif. La « cristallisation » du droit administratif traduit l'idée d'une perte de flexibilité théorique et fonctionnelle de ce dernier lorsque la constitutionnalisation et l'interprétation constitutionnelle se confondent. La constitutionnalisation doit se limiter à offrir des perspectives au législateur et non à lui imposer le contenu des règles juridiques ce qui pourrait être vu comme un « impérialisme » de la constitution vis-à-vis des autres composantes de l'ordre juridique. Le rôle que doit jouer le droit constitutionnel *vis-à-vis* du droit administratif et du droit supranational est de favoriser une harmonie du droit, non sa standardisation. Un second écueil est le risque qu'une protection dogmatique des droits individuels conduise à un développement subjectif et incomplet du droit administratif, à une indistinction entre l'espace public et l'espace privé. L'activité administrative se met au service des intérêts individuels, mais elle doit aussi viser la satisfaction des intérêts collectifs. Il est important qu'émerge un droit objectif pour répondre aux défis relevant de l'intérêt général de la société supranationale sans cesser de protéger pour autant les droits subjectifs.

¹³ E. Schmidt-Aßmann, S. Dagrón, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *Revue Française de droit administratif*, 2008, vol. 127, n. 3, p. 531.

La démocratie supranationale semble aujourd'hui réduite à une pratique juridique factuelle dont la liberté doit s'exprimer sur le marché, les *mass-media*, dans la pratique des technocraties supranationales et dans une notion de solidarité supranationale plus proche de celle de communauté identitaire que d'un véritable nouveau modèle d'État. Si l'on pousse l'analyse, on peut y lire le remplacement des démocraties républicaines nationales construites par l'histoire constitutionnelle de chaque nation, par une « théocratie constitutionnelle » supranationale du, par et pour le marché qui ne questionne pas les fondements de la standardisation provoquée par le marché mais seulement son degré d'intervention. En Europe, l'abandon d'un projet de constitution politique en 2005 a conduit à la consolidation d'un constitutionnalisme liquéfié dans l'économie qui transparait du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2009. On assiste à un constitutionnalisme sans politique, sans peuple et sans dialectique sociale, en total décalage avec le principe de constitution issu des traditions libérales de la France, l'Angleterre ou encore des États-Unis. En Amérique latine, ce phénomène qui va de pair avec une vision néolibérale de l'économie est sans doute encore plus intense ce qui provoque de graves conséquences sur la société caractérisée par des inégalités de plus en plus marquées. Ce mouvement démantèle doucement mais sûrement les services publics, la puissance publique et contribue à instaurer une sorte d'« État économique » plus soucieux des investissements internationaux que des droits sociaux des citoyens. Ces derniers disposent comme seul mécanisme de contestation un recours individuel constitutionnel devant un juge afin de trouver le meilleur argument possible face à la force du marché mondial (*amparo*) : « le pot de terre contre le pot de fer ». Dans les deux systèmes juridiques régionaux, on constate une même instrumentalisation de la démocratie et une indistinction entre biens économiques et droits juridiques dès lors que l'on accorde constitutionnellement une égalité entre marché et puissance publique de l'État¹⁴. Le droit public comparé montre que l'internationalisation du droit à une autre conséquence majeure, tant en Europe qu'en Amérique latine : le droit public se fragmente à mesure qu'il s'internationalise. Lorsque l'analyse économique et la constitutionnalisation des droits fondamentaux¹⁵ sont intégrées à la science de l'administration publique¹⁶, il se produit une séparation radicale entre la pensée administrative de l'État et la pensée constitutionnelle de la société. Plus précisément, à

¹⁴ M. J. Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Seuil, 2014.

¹⁵ N. Robatel, « Réforme de l'Etat et agents publics », *Problèmes politiques et sociaux*, n. 990, 2012.

¹⁶ J. Chevallier, *Science Administrative*, PUF, coll. « Themis droit », 2007.

mesure qu'une société de droits subjectifs se consolide à l'échelle de la gouvernance économique mondiale, émerge un morcellement du droit public.

1.2. Le *Global Administrative Law*

Cette doctrine contemporaine du droit administratif supranational transparaît notamment dans les travaux de S. Cassese¹⁷ en Europe et B. Kingsbury¹⁸ dans le monde anglo-américain qui pensent le phénomène de l'internationalisation juridique en envisageant la naissance d'un *Global Administrative Law* reposant en particulier sur une universalisation de la notion administrative d'*accountability*. Il s'agit de créer un droit d'autorégulation cosmopolite depuis le précepte « naturel » de l'autorégulation administrative ; un droit universel qui naît à partir des institutions mondiales et régule l'économie globale. À cette fin, les auteurs proposent la simplification des définitions et des dispositifs juridiques de la régulation réunies dans une seule notion : l'*accountability*. Cette notion née dans la tradition juridique de *Common Law*, repose sur les principes d'auto-responsabilité, d'efficience et d'autorégulation *vis-à-vis* des administrés. Le terme possède plusieurs significations. Il a notamment pu être défini comme « *a state of being responsible or answerable* »¹⁹ ; ou comme « *the obligation of evidencing good management, control, or other performance imposed by law, agreement or regulation* »²⁰. Aujourd'hui, l'*accountability* est envisagée comme une notion universelle relevant de l'idée d'une bonne administration globale et comme le seul dispositif juridique capable d'évaluer l'efficacité et la légalité des actions des acteurs économiques dans un cadre globalisé²¹.

La notion légitimerait un *Global Administrative Law* qui considère que tous les droits administratifs nationaux portent des principes communs à l'instar de l'auto-régulation et de la responsabilité publique. Ces éléments se retrouvent dans des dispositifs de régulation supranationale²² qui tendent à gouverner les phénomènes d'interdépendance économique

¹⁷ S. Cassese, « The Globalization of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, n. 37, p. 973.

¹⁸ B. Kingsbury, N. Krisch, R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Institute for International Law and Justice (New York University School of Law) Working paper*, 2004.

¹⁹ H. Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co, 1979, p. 18.

²⁰ E. L. Kohler, *A Dictionary for Accountants*, Prentice-Hall, Inc., 5^e éd. 1975, p. 6.

²¹ C. Harlow, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 187-214.

²² P. K. Blind, « Accountability in Public Service Delivery: A Multidisciplinary Review of the Concept », Prepared for the Expert Group Meeting, *Engaging Citizens to Enhance Public Sector Accountability and Prevent Corruption in the Delivery of Public Services*, Blind Governance and Public Administration Officer DMB/DPADM/UNDESA, 2011.

globalisée de secteurs comme la sécurité, le développement, le financement des pays en voie de développement, la protection de l'environnement, la régulation du secteur bancaire et financier, les communications, le commerce de biens et de services, la propriété industrielle et intellectuelle, le droit du travail ou encore les mouvements de migration. La promesse du *Global Administrative Law* consiste ainsi à rassembler toutes les activités administratives dispersées de régulation nationale, régionale, transnationale, publique comme privée, autour d'une notion juridique qui serait « commune » et « naturelle » à tous : l'*accountability*.

Cette théorie du *Global Administrative Law* est contestable sur au moins deux points. Le premier est celui de l'indépendance des structures juridiques régionales comme l'Union européenne, la Communauté andine et le Mercosur. Le second est celui du poids persistant des traditions administratives nationales. S'agissant du premier point, les partisans d'un *Global Administrative Law* considèrent que les organisations économiques et juridiques recherchant un haut niveau d'intégration comme l'Union européenne ou la Communauté andine ont déjà vécu les premières étapes d'une globalisation juridique et administrative, mais restent des structures supranationales encore trop tributaires de l'État-nation. De plus, elles se trouvent en confrontation directe avec des systèmes de régulation mondiale comme l'Organisation mondiale du commerce qui exerce de véritables fonctions juridiques globales. S'agissant du second élément, on note que la doctrine du *Global Administrative Law* est confrontée tant à un problème de définitions ambiguës qu'à une difficulté théorique pour édifier un objet d'étude précis et une notion matérielle concrète d'administration supranationale. Elle est plus proche d'un *soft law* international propice aux affaires privées globalisées qu'à une véritable tradition administrative régulant les affaires publiques au niveau mondial²³. Les traditions juridiques et administratives nationales (notamment les droits administratifs français, allemand, espagnol et colombien) ont donné à la notion de régulation des significations propres. Au contraire, la notion d'*accountability* repose sur une approche qui nie l'histoire juridique de telle sorte que ses traductions deviennent très floues et parfois contradictoires : « comme cela arrive souvent, le succès d'un nouveau vocable ou d'une nouvelle notion s'accompagne d'une dilution du sens par l'effet d'usages trop hétérogènes, mais autorisés par leur indétermination »²⁴. Ainsi, l'*accountability* se traduit le plus

²³ Notes, Colloque : « Un droit administratif global ? », Université Paris X – Nanterre, 16-17 juin 2011, non publié.

²⁴ G. Marcou, « Présentation. La gouvernance : innovation conceptuelle ou artifice de présentation ? », *Annuaire des collectivités locales*, t. 26, 2006, p. 18.

souvent par l'obligation des pouvoirs publics de rendre des comptes à la société civile cependant une telle responsabilité en quelque sorte « volontaire » n'a pas d'équivalent dans les droits administratifs continentaux. En droit français par exemple, on ne trouve pas de notion juridique jumelle car :

« il n'existe pas de mot français qui serait la réplique parfaite du mot “*accountability*”. Si l'on ne veut pas courir le double risque de l'artificialité et de l'obscurité, la seule solution est d'analyser le sens du terme et de chercher dans le vocabulaire français les éléments qui permettront chaque fois de véhiculer l'idée de l'auteur du texte »²⁵.

En d'autres termes, il convient de se référer aux notions classiques du droit administratif comme la responsabilité de l'État pour fautes de l'administration, ou la notion de service public, ou encore celle de protection de l'intérêt général pour trouver des notions comparables mais pas semblables. L'*accountability* se rapproche davantage de l'idée d'« imputabilité ». Se pose donc la question d'une véritable compatibilité car ces notions portent en réalité des valeurs juridiques et politiques différentes de celles qui caractérisent les notions d'*accountability* et de « gouvernance globale »²⁶.

Par ailleurs, notons que la théorie du *Global administrative Law* ne fait aucune mention à la notion d'intérêt général ou à celle d'ordre public international. Ces notions sont remplacées par des termes moins contraignants, plus ouverts aux interprétations, faisant référence à l'économie, l'autocontrôle de gestion, les codes de bonne conduite, une éthique des entreprises, l'idée de développement durable, la valeur actionnariale, etc. Des valeurs caractéristiques de la gestion privée sont transférées à l'administration publique internationale pour organiser une direction fondée sur la transversalité au détriment d'une approche sectorielle. Il émerge des indicateurs communs comparables à un « *strategic planning* »²⁷.

1.3. Constitution et administration globale

L'*accountability* et la « constitutionnalisation du droit régional » semblent s'imposer comme les dispositifs à privilégier pour la régulation de l'administration globale. On retrouve ici, une logique d'ordre spontané avec une prétention à l'universalité de valeurs en vue d'uniformiser le droit public. Le but politique est de privilégier un

²⁵ Ordre des comptables agréés du Québec, *Terminologie comptable*, juin 2002.

²⁶ D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de droit*, 2012, vol. 53, n. 1, p. 3-48.

²⁷ Disponible en ligne : <http://www.crefige.dauphine.fr/recherche/actualite/octobre.htm> (consulté le 19 novembre 2019).

sentiment de sécurité pour répondre à l'incertitude globale. À cette fin, il convient de s'approprier les valeurs juridiques, de dépasser les traditions administratives et de construire une nouvelle grammaire juridique fondée sur des valeurs centralisées en réponse à la diversité des notions qui serait néfaste au marché mondial et pour une constitutionnalisation du droit économique.

Néanmoins, on peut constater l'impuissance du droit constitutionnel lorsqu'il s'agit d'apporter des réponses à une théorie complète du droit supranational et de l'intérêt général sans tomber dans le fétichisme du constitutionnalisme et la fiction de l'argumentation des juges ; évolutions qui ont fini par mettre en question la valeur de la démocratie, la volonté générale, la sécurité juridique, mais aussi l'unité logique du droit en tant que système. Le conflit entre droit constitutionnel et développement du marché évoqué par les néo-constitutionnalistes est un faux dilemme. La quantification du droit est une technique partagée autant par l'analyse économique du droit que par le *Global Administrative Law* et les partisans de la constitutionnalisation du droit international. Le droit constitutionnel a fini par intégrer à sa réflexion l'utilitarisme de la valeur, une réflexion en termes de coût des principes juridiques au regard d'une rationalisation économique. La constitution économique de la gouvernance mondiale a fait du marché le seul espace de production des droits. À cet égard, lorsque le juge assume un débat entre validité et efficacité de la norme juridique dans un cadre de gouvernabilité économique, l'utilitarisme individuel l'emporte. Les traités de l'Union européenne et de la Communauté andine ont cessé de proposer une lecture politique des pouvoirs supranationaux pour devenir une dogmatique juridique des droits économiques dans le cadre du marché. Il y a substitution de l'économie à la politique avec la construction d'un avatar, d'une réalité juridique parallèle fondée sur les rapports économiques des organisations internationales comme la Banque mondiale, le Fond monétaire international et l'Organisation mondiale du commerce.

Les grands défis contemporains pour le droit administratif, et plus largement le droit public, ne sont plus les critiques historiques faites par le droit britannique contre les prérogatives de l'administration mais plutôt les réductionnismes juridiques réalisés par les constitutionnalistes du droit supranational et les tenants d'un *Global Administrative Law* niant la valeur juridique des diverses formes historiques d'« État de droit » et des administrations nationales dans les espaces communautaires. Le mépris de l'histoire et de la diversité du droit est un écueil important qui attend le droit public dans l'espace supranational. L'individualité et la simplification des formes juridiques installent un désert du

droit ; une illusion d'échapper à la souffrance en construisant une subjectivité juridique par rapport à autrui est plus confortable, d'être un individu parmi d'autres avec « mon droit à moi plutôt qu'un droit pour tous ».

1.4. Au-delà de la standardisation ?

En dépit du progressisme social qu'elles revendiquent, ces approches offrent une vision simplificatrice et standardisée de la réalité actuelle complexe de l'État de droit, de la démocratie, de la régulation, de la solidarité sociale et du droit administratif. Il en résulte un approfondissement de l'hyper-individualisme juridique en opposition avec la tradition juridique de réaffirmation de l'objectivité du droit afin de garantir la singularité de l'homme dans le corpus social en tant qu'immanence et puissance juridique à part entière²⁸. À notre sens, ces doctrines ne répondent pas complètement à la question essentielle qui est aujourd'hui posée : comment penser un droit public régional à partir d'une notion de gouvernabilité économique régionale²⁹ ? Comment articuler mémoire et évolution dans le droit communautaire ? De quelle manière concilier espace public et espace privé, tradition et « avant-gardes » juridiques à l'échelle supranationale³⁰ ?

Est-il réellement possible d'échapper à la standardisation constitutionnelle, administrative et économique du droit public contemporain ? La comparaison des jurisprudences de la CJUE et du Tribunal de justice de la Communauté andine révèle que la complexité juridique du droit public régional n'est pas le signe de l'inefficience des systèmes juridiques nationaux face à l'efficiencia du capitalisme mondial³¹ mais, au contraire, la réaffirmation de la richesse des traditions juridiques occidentales et du pluralisme juridique libéral pour résoudre la dialectique unité-pluralité en préservant la singularité juridique. C'est pourquoi le projet de *Ius publicum* régional ne doit pas être réduit à des notions « dogmatiques » comme la « démocratie radicale », la constitutionnalisation du droit régional ou le *Global Administrative Law* car il n'existe pas de modèle unique de constitution régionale, d'administration, ou de démocratie. En revanche, la jurisprudence comparée met au jour des éléments constitutionnels, des technologies administratives, des pratiques, des valeurs juridiques et démocratiques

²⁸ N. Krisch, « The Pluralism of Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 247-278.

²⁹ Voy. B. Spinoza, *Œuvres : Traité politique. Lettres*, Garnier-Flammarion, 1966.

³⁰ Voy. H. Bergson, *L'évolution créatrice*, PUF, 2007.

³¹ Banque mondiale, *Doing business in 2005 : removing obstacles to growth*, 2004.

communes aux pays membres de l'Union européenne et de la Communauté andine. Le juge est le garant historique de l'intérêt général et de la manifestation de la puissance de l'État des deux côtés de l'Atlantique. Il semble plus pertinent que le *Ius publicum* régional se construise non sur l'individualité, l'homogénéisation et la standardisation mais sur les singularités juridiques nationales, la coordination, l'harmonisation ordonnée de valeurs et de traditions juridiques à partir d'un dialogue des juges excluant tout dogmatisme juridique ou économique. Mais comment articuler mémoire nationale et processus régional ?

2. LA TRADITION : PRESERVATION DE LA MEMOIRE JURIDIQUE PARMIS LA COORDINATION-HARMONISATION DES PLURALISMES REGIONAUX

Pour surmonter ces défis et imaginer un droit supranational toujours ancré dans la tradition politique libérale porteuse de liberté, d'émancipation de l'homme de tout pouvoir despotique (politique ou économique) et de pluralisme juridique, on doit réfléchir à l'existence d'un droit public régional asymétrique en voie d'internationalisation qui naît à partir d'un dialogue délocalisé des juges de la CJUE, du Tribunal permanent de révision du Mercosur et du Tribunal de justice de la Communauté andine³². La jurisprudence comparée permet de mettre en évidence que le droit administratif trouve son fondement traditionnel en dehors de l'économie et de la constitutionnalisation du droit. C'est sur la théorie de l'administration, un droit de police, la puissance publique, les rapports juridiques entre administration et citoyen, et sur les valeurs du libéralisme politiques au XIX^e siècle qu'est né le droit administratif en Europe, en France et en Allemagne. Sur ce point, les doctrines françaises et latino-américaines partagent l'héritage d'un contentieux administratif : le juge est compétent pour se prononcer sur une décision de l'administration qui intervient sur le marché, les biens sociaux, et tranche l'affaire en considérant si cette décision a été bien ou mal motivée, à la lumière de l'intérêt général. Ainsi, il existe historiquement un droit de l'administration et de la puissance publique qui s'applique aux activités économiques en Amérique latine, un droit administratif qui n'est pas quantifié à l'aune de l'efficacité économique. Les recours en annulation portés devant le juge régional (la CJUE et le Tribunal de justice de la Communauté andine) représentent un premier indice de l'existence d'un juge de la légalité supranationale tant dans l'Union européenne que dans l'Amérique latine, toutes deux s'étant inspirées des traditions

³² Voy. *II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Tribunal de justicia de justicia de la comunidad andina, Cartagena de Indias, Colombia, 2010.

nationales, notamment du modèle de droit administratif français. Pour les juristes administrativistes, un élément organique ne suffit pas, à lui seul, à justifier un droit public communautaire. Une notion matérielle de juridiction administrative est indispensable : selon la doctrine européenne, la compétence administrative du juge de l'Union européenne doit être établie d'un point de vue matériel, c'est-à-dire en considération du contenu du contentieux régional qui doit rechercher la protection de l'intérêt général régional et la pérennité de l'intégrité du système de l'Union européenne.

Pour ces raisons, la hiérarchie entre droit constitutionnel et droit administratif – faite par les constitutionnalistes – n'aide pas à résoudre cette énigme contemporaine du droit public comparé, mais au contraire approfondit la blessure entre la revendication de micro droits individuels sur le marché et l'incertitude d'un intérêt général régional. Aujourd'hui la réflexion se poursuit quant au modèle d'intégration communautaire pluraliste à adopter : comment passer d'une vision pyramidale qui fait de la constitution la norme suprême à une théorie circulaire de la primauté entre droit administratif et droit constitutionnel dans le cadre régional ?

2.1. La circulation des traditions juridiques

Lorsque des systèmes juridiques nationaux entrent en relation dans une entité juridique supranationale, il se produit une intrication de principes et de valeurs et apparaissent de nouveaux instruments. Mais comme tout corps complexe, le droit régional est nécessairement traversé de contradictions et de conflits. C'est pour cette raison que l'harmonisation dans l'unité et la préservation de son identité juridique deviennent les enjeux centraux ; plus que de chercher une meilleure réponse ou une seule réponse -la vérité- comme l'affirme le néo-constitutionnalisme latino-américain qui n'est pas indifférent à la tradition constitutionnelle allemande. Comme l'écrivait Spinoza, la conservation de l'unité de l'être est un enjeu déterminé par une stratégie de *Conatus*, c'est-à-dire une stratégie dynamique : toutes les choses s'efforcent, politiquement et juridiquement, à persévérer dans la mémoire³³. Ainsi, le fondement d'un droit public régional passe d'abord par une prise en compte de l'histoire, la conservation de la tradition juridique du droit administratif, manifestation d'une puissance publique et d'un État de droit dans la pensée libérale.

³³ L. Bove, « Introduction », in Baruch SPINOZA, *Traité politique, op. cit.*, p. 26.

Pour cette raison, un *Ius publicum* régional ne peut se contenter des approches de la mondialisation juridique proposées par les défenseurs d'un *Global Administrative Law* ou les partisans d'une constitutionnalisation du droit régional. La construction, la légitimité, la validité de toute norme juridique est en effet liée aux mémoires politiques de la société supranationale. Il convient plutôt de partir de l'analyse des politiques publiques régionales, des régimes juridiques concrets comme celui du service public, ainsi que des pratiques juridiques comme la régulation pour déterminer si un droit public de puissance publique est une réalité partagée régionalement dans l'Union européenne et la Communauté andine ce qui serait le signe d'un phénomène d'internationalisation pluraliste du droit public régional. Il nous paraît possible de dessiner des éléments communs pour un droit public régional fondé sur la réalité d'un pouvoir, la nécessité d'une puissance publique plutôt que de continuer à légitimer une argumentation sophiste favorable à une constitutionnalisation du droit régional, mais sans jamais poser la question de savoir de quel droit il s'agit.

La puissance publique régionale doit avoir une double dimension : une qui la justifie ; une autre qui la légitime. La puissance publique n'est pas une notion fixe qui se situe en dehors de l'histoire, elle doit évoluer de manière permanente pour continuer à se justifier. Le pouvoir devient démocratique lorsqu'il s'institutionnalise et s'incarne dans des normes juridiques produites par des acteurs politiques élus par les citoyens, lorsque la subjectivité est comprise dans un espace commun.

2.2. Revisiter le positivisme juridique à l'échelle régionale : un « avant-garde » de continuité juridique et non de rupture constitutionnelle

C'est pourquoi, dans le but de fonder un cadre commun et pluraliste, il nous semble nécessaire de construire une pensée éclipique tenant compte des traditions juridiques dans un contexte d'internationalisation du droit public régional. Il s'agit de revisiter et d'engager le dialogue entre deux théories du positivisme *a priori* distinctes : la première est le « positivisme inclusif » de Hart et la seconde repose sur la construction institutionnelle du droit proposé par Hauriou (l'« individualité objective »). Hart propose une notion matérielle du droit tandis qu'Hauriou pense une notion organique du droit. Cependant, malgré leur appartenance à des cultures juridiques différentes, les deux juristes se rejoignent sur un point : le droit se manifeste par des règles, des faits juridiques objectifs d'origine institutionnelle, c'est-à-dire avec une dimension politique.

Dans son ouvrage *Le concept de droit*³⁴, Hart propose un positivisme inclusif destiné à apporter de l'ordre à une société primitive imaginaire qui ne distingue pas encore entre le fait social et le fait juridique. Il pense le droit comme un ensemble d'ordres contraignants qui s'inscrivent dans un système complexe où doivent être distingués le fait social et le fait juridique. À cette fin, il est nécessaire de séparer le droit de la morale, identifier une objectivité sociale, rassembler la société autour de la légitimité de la norme plutôt que de tomber dans le subjectivisme moral. Toutefois, pour corriger les lacunes juridiques, il convient de préserver une critique morale du droit mais dans le cadre de la société politique, en dehors de la sphère juridique. Hart construit un système complexe composé de règles primaires (*Uncertainty, Static, Inefficiency*) et secondaires fondé sur une notion centrale : « la règle de reconnaissance » qui détermine l'organisation du monde juridique et garantit la validité du droit³⁵ (*Internal point of view / External point of view*). Le juge (*Legal Officials*) joue en outre un rôle primordial dans ce modèle, chargé de préserver l'ordre du système juridique dans son ensemble. C'est un juge architecte du droit positif qui tient compte de manière mesurée d'une morale sociale justifiant *in fine* l'efficacité du droit. L'auteur ne néglige pas complètement le droit naturel ni le pluralisme juridique ayant vécu et étudié le droit aux États-Unis, c'est ainsi qu'il perçoit le droit comme un système complexe et inclusif et insiste sur le rôle stratégique du juge pour clarifier le droit.

Quant à Hauriou, il place l'institution au centre de l'univers juridique où elle « représente la catégorie de la durée, de la continuité et du réel »³⁶. Dans son esprit, la règle du droit est liée à une institution, et les institutions sont la représentation de la tradition, de l'objectivité ; un équilibre de confrontations politiques et de forces juridiques. Ainsi, « l'état de justice et de paix doit être lié à une organisation déterminée » et à mesure qu'une institution devient « État de droit », elle prend source dans le droit.

³⁴ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van De Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, 1976.

³⁵ « Une telle reconnaissance ne suppose pas nécessairement qu'il y ait un consentement du peuple, car il existe bien d'autres formes de pouvoir que la forme démocratique. Mais la reconnaissance, qu'elle soit due à la croyance, à l'aliénation idéologique, aux effets de la conquête ou au libre consentement, n'en sera pas moins indispensable, dans la mesure où elle seule est susceptible de faire exister une communauté politique. C'est l'existence de cette communauté politique collectivement reconnue qui donnera une valeur à la règle de reconnaissance elle-même, et rendra pleinement valide le critère formel auquel s'était limitée l'investigation de Hart », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Juspoliticum*, 2010, n. 5, disponible en ligne : <http://www.juspoliticum.com/Reconnaissance-et-desaveu-en-droit.html> (consulté le 19 novembre 2019).

³⁶ M. Hauriou, « Théorie de l'institution. Essai de vitalisme social », *Cahier de la nouvelle journée*, 1925, n. 4, p. 2.

Pour Hauriou comme pour Hart, la notion de « règle de droit » est primordiale. Pour ne pas être, chimérique, elle doit être accompagnée d'une sanction et doit être émise par une autorité légitimée par la société politique : « une règle de droit n'a de valeur de droit positif que si, formulée à l'intérieur d'une institution, elle exprime dans son contenu la discipline de l'institution et est sanctionnée par cette même discipline ; elle bénéficiera alors de l'autorité de la contrainte et aussi des sentiments moraux d'une collectivité organisée [...] la théorie de la légalité ». Toutefois, la règle de droit ne relève pas forcément d'un cadre territorial, mais plutôt d'un cadre institutionnel, comme l'est aujourd'hui l'espace du droit communautaire.

Rapprocher les positivismes juridiques anglais et français semblait à première vue contradictoire cependant dans les deux cultures juridiques fondatrices de la modernité juridique est réaffirmée la nécessaire indépendance du droit face à la morale. Pour aborder le dilemme de la liberté-sécurité à la lumière du droit régional comparé, la souveraineté du politique doit être rendue à la société supranationale afin que ce soit elle qui légitime la constitutionnalisation d'une structure de production juridique en tant qu'expression d'un fait politique supranational : une constitution et l'étatisation démocratique du pouvoir. En ce sens, on peut considérer que le positivisme français a été incorrectement attaqué par le constitutionnalisme qui a oublié que le droit administratif hexagonal n'a jamais été le produit d'un législateur absolu, ou d'un positivisme juridique aveugle soumis à la loi. Au contraire, ce droit est né d'un activisme juridique modéré des juges qui ont recherché à mettre en œuvre la loi dans sa dimension politique et administrative. Il s'est agi de déterminer les règles de reconnaissance à l'intérieur de la société, par exemple à travers la notion de service public en tant que garantie d'efficacité des droits fondamentaux, et la responsabilité objective de l'Etat comme dispositif de contre-pouvoir pour les citoyens contre les abus des pouvoirs publics³⁷. La réaffirmation juridique de l'espace public est la condition d'une revendication de la singularité dans le pluralisme. Il convient de penser une gouvernabilité régionale, un gouvernement supranational comme un fait juridique, objectif, démocratique et envisager une architecture d'administration supranationale.

³⁷ S. Theron, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *Revue française de droit administratif*, 2004, vol. 2, p. 230.

2.3. De la mémoire des singularités vers l'altérité du pluralisme juridique : un modèle supranational inclusif

La tradition juridique occidentale, depuis le droit romain, est bâtie sur l'idée que le droit et la justice se définissent par rapport à autrui, non par rapport à soi-même³⁸. Le grand enseignement de cette tradition juridique et du droit public comparé est que la construction de la singularité est possible seulement dans la mesure où il existe un espace public. Construire cet espace public revient donc à donner la possibilité à chaque individualité de se manifester³⁹, à la doter d'une personnalité juridique pour qu'elle devienne une personne politique avec des droits et des devoirs juridiques. Ceci va plus loin que le dialogue idéalisé, pacifique et neutre fondé sur une vérité de la justice proposée par Jürgen Habermas qui conduit *in fine* à limiter les pouvoirs des institutions politiques qui sont pourtant le cœur de tout système démocratique. Le corpus social est composé d'une pluralité d'individus et chacun a la puissance de se manifester dans un dialogue de reconnaissance mutuelle par rapport au corpus commun⁴⁰ : l'État. Les rapports sociaux sont toujours conflictuels et dialectiques. C'est à la politique et au droit qu'il revient de construire une notion objective et pacificatrice de norme de droit qui est le fondement libéral de tout pacte politique et de tout acte juridique⁴¹. Ainsi, de notre point de vue, penser un pluralisme juridique harmonisé du droit public régional demande nécessairement de réfléchir à l'objectivité juridique, à l'espace public communautaire et à une démocratie politique -avant la démocratie juridique- pour pouvoir définir un contre-pouvoir de contestation de la pensée hégémonique contestable d'un droit global.

Il convient de dépasser la théorie constitutionnelle qui met l'accent sur les droits de chacun exercés dans le cadre d'un marché mondial pour revenir à une théorie constitutionnelle du pouvoir reposant sur le commun portant l'idée de gouvernabilité régionale. La finalité est ne pas tomber dans le désert de la standardisation des notions juridiques qui annonce l'avènement d'une « société de masses mondialisée ». La fin de l'espace public se produit lorsque les individus se trouvent isolés dans le marché, lorsque la peur ou la suspicion à l'égard des autres s'imposent⁴² et deviennent un trait majeur de la société contemporaine. Comme l'écrit Hannah Arendt, la caractéristique de l'isolement

³⁸ T. d'Aquin, *Somme théologique*, éd. du Cerf, 1984.

³⁹ M. Heidegger, *Être et Temps*, Bibliothèque de Philosophie - Œuvres de Martin Heidegger, Gallimard, 1986.

⁴⁰ B. Spinoza, *Traité politique*, op. cit.

⁴¹ E. Betti, *Teoría general del Negocio jurídico*, trad. de l'italien par A. Martin Perez. Ed. Comares. 2000, p. 5-6 ; F. C. Von Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, Tome II, trad. de C. Guenoux, trad. J. Mesia, trad. M. Poley. Madrid, Góngora y Compañía editores, 1879, p. 35.

⁴² Montesquieu, *De l'esprit des lois, les formes de gouvernement*, 1748.

consiste en l'impuissance d'agir politiquement en tant que singularité dans l'espace public, orienté vers les autres. En effet, « l'individualité humaine n'est pas l'altérité »⁴³ et l'altérité est le seul fondement du pluralisme juridique.

Mais pour que la puissance publique régionale agisse dans un contexte de mondialisation du droit, le juge régional doit avoir la capacité de discerner la règle de reconnaissance dans une société complexe à la lumière tant de la tradition que de l'évolution du droit. À cet égard, on doit reconnaître que l'apport plus significatif des théories juridiques que l'on a qualifié d'« avant-gardes » du droit est la mise en exergue du rôle du juge qui se situe au centre de la validité normative, la réaffirmation de son savoir stratégique en tant qu'élément essentiel pour construire un droit régional efficace et démocratique. Il nous semble que le juge est également un contre-pouvoir face aux pouvoirs globalisés du marché. Un juge enfin qui devrait avoir comme rôle d'« administrativiser » le droit constitutionnel plutôt que de continuer à constitutionnaliser le droit administratif. C'est-à-dire, les droits de l'homme ne peuvent être interprétés en tant que dogmes ; ils doivent plutôt être pensés comme un processus historique qui revendique la dignité humaine tout en réaffirmant la place politique du citoyen dans la cité ; ce qui est l'inverse de l'individualisme juridique dans le marché commun.

Finalement, on peut penser à l'émergence d'un républicanisme communautaire caractérisé par une « puissance qui assure l'existence du domaine public, de l'espace potentiel d'apparence entre les hommes en agissant et parlant »⁴⁴. Prendre en considération la mémoire collective, la durée, les habitus juridiques, la permanence de notions comme le service public, l'identité constitutionnelle, le contenu de la tradition juridique permet d'imaginer les « avant-gardes » de l'avenir. Il s'agit d'une conception du droit public comparé comme pouvoir, stratégique et immanent, qui peut s'opposer aux forces contemporaines de l'économie. Il s'agit de prendre en considération la *virtù* de la singularité⁴⁵ de l'homme pour bâtir une gouvernabilité économique régionale « *quantum in se est* »⁴⁶ ainsi qu'une autolimitation du juge qui ne doit pas se substituer à l'espace politique qui réunit les citoyens. C'est gouverner par la prudence des pouvoirs publics (*autoritas*) au-delà d'une théocratie constitutionnelle (*potestas*) qui professe la

⁴³ Voy. : S. Courtine-Denamy, « Le sahara en Afrique n'est qu'une forme de désert », préface à H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, éd. Seuil, 2001.

⁴⁴ H. Arendt, *La crise de la culture*, op. cit., p. 260.

⁴⁵ B. Spinoza, *Ethique*, livre V, 1861.

⁴⁶ B. Carnois, « Le désir selon les Stoïciens et selon Spinoza », *Dialogue*, 1980, vol. 19, p. 255-277.

dogmatique normative de la constitution et qui promet la liberté économique en échange du renoncement à la souveraineté, à la politique de contre-pouvoir, à l'histoire et au pluralisme juridique ; des notions qui ont fondé le droit. L'éthique (*ethos*) enseigne aux juristes que toute démesure humaine conduit à la tragédie et qu'au contraire l'ouverture de la pensée vers autrui permet la réconciliation.

LES STRATEGIES JUDICIAIRES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR POUR REDUIRE LA
PAUVRETE ET LES INEGALITES

Carlos Bernal*

Traduit par Arnaud Martin†

Table des matières

ABOUT CARLOS BERNAL	35
À PROPOS DE CARLOS BERNAL.....	37
INTRODUCTION.....	39
1. LA REDUCTION DE LA PAUVRETE ET DES INEGALITES PAR L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX.....	42
2. LES CIRCONSTANCES JURIDIQUES ET SOCIALES DE L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX.....	45
2.1. LA DIFFICULTE DE MESURER LES EFFETS DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR	45
2.2. L'INDETERMINATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RELATIVES AUX DROITS SOCIAUX	51
3. LE PARADOXE DE L'ÉTAT SOCIAL.....	55
4. LE ROLE TRANSFORMATEUR DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX	57
5. UNE EVALUATION DES STRATEGIES JUDICIAIRES DE TRANSFORMATION.....	61

Abstract

Some constitutions, particularly those of the so-called South, have a transformative function. However, assigning this function to these constitutions raises problems, which need to be addressed and on the basis of which this article considers two hypotheses. The first is that both broad and narrow conceptions of transformative constitutionalism recognize that one of their objectives is to reduce poverty and inequality. The second is that transformative

* Magistrat à la Cour constitutionnelle de Colombie. L'auteur remercie le Professeur Pierre Brunet et les membres du Comité éditorial de la revue juridique des étudiants de la Sorbonne pour leur aide dans le cadre de la traduction de cet article.

† Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux.

constitutionalism can achieve this objective through the application of social rights by the Constitutional Court and the Supreme Court. On the basis of these assumptions, in the context of institutional and performance issues, this article provides a critical analysis of the strategies that these courts have adopted to achieve this objective. It focuses in particular on the shortcomings of so-called structural remedies and formulates concrete proposals for solutions, based on dialogical remedies.

To achieve this objective, this article focuses its analysis on transformative constitutionalism in Latin America. Similarly, as a case study, it assesses the main strategies for the protection of social rights adopted by the Constitutional Court of Colombia

Résumé

Certaines constitutions, en particulier celles des pays dits du Sud, ont une fonction transformatrice. Attribuer cette fonction à ces constitutions soulève néanmoins des problèmes, qu'il est nécessaire d'évoquer et sur la base desquelles cet article envisage deux hypothèses. La première est que les conceptions tant larges qu'étroites du constitutionnalisme transformateur reconnaissent que l'un de leurs objectifs est la réduction de la pauvreté et des inégalités. La seconde est que le constitutionnalisme transformateur peut atteindre cet objectif par l'application des droits sociaux par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Sur la base de ces présupposés, dans le cadre de la problématique institutionnelle et de performance, cet article propose une analyse critique des stratégies que ces tribunaux ont adoptées pour atteindre cet objectif. Il se concentre en particulier sur les lacunes des remèdes dits structurels et formule des propositions concrètes de solutions, basées sur des remèdes dialogiques.

Pour atteindre cet objectif, le présent article concentre son analyse sur le constitutionnalisme transformateur en Amérique latine. De même, en tant qu'étude de cas, il évalue les principales stratégies de protection des droits sociaux adoptées par la Cour constitutionnelle de Colombie.

ABOUT CARLOS BERNAL

If there is a dream or perhaps a widespread fantasy among lawyers, it is undoubtedly that of being able to change the world by law. In the past, some believed that they could organise war or establish peace, but also guarantee equality between individuals, protect freedom, establish solidarity, and today others or the same hope to be able to fight against global warming, preserve the nature of consumerism in need of energy resources or reduce inequality and bring about social transformation. Admittedly, the results are poor when compared to the ideal, but without law, would it not be worse? Can we seriously consider fighting poverty and reducing inequalities without law? Is politics enough? And if politics is not... can tribunals, can the constitutional or supreme courts do it? These are the questions that Carlos Bernal Pulido tackles with his well-known rigour and a knowledge that is not limited to the legal field¹.

He is indeed one of these legal professionals who know that much can be expected from the law but that it would be naive to expect everything from it. With an elegant scepticism, he discusses here the contemporary and, at first sight, very abstract discussion relating to the constitutionalism of transformation or transformative constitutionalism of which Latin America very quickly appeared to many commentators as a laboratory². It is true that for their part, some sociologists had seemed to set the tone by promoting the epistemologies of the South rooted in resistance against capitalism, colonialism, and patriarchy³. However, this should not be seen as a cause/effect relationship: it was first in South Africa that the idea of constitutionalism that could transform a country's political and social institutions emerged⁴.

¹ Carlos Bernal is the author of numerous articles. Among them, several were translated by Arnaud Martin. His major book is *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4e éd. (initially published in Madrid in 2003).

² see D. Bonilla Maldonado (ed.) *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 and A. von Bogdandy, E. Ferrer MacGregor, M. Morales Antoniazzi et F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Comune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. But, we can note that he doesn't confine his studies on global south. Voy.M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 65, n. 3, p. 527-565.

³ Obviously, we think of B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010 et most recently, *Id. The End of the Cognitive Empire : the Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, Duke University Press, 2018, p. 2 : « The epistemologies of the South concern the knowledges that emerge from social and political struggles and cannot be separated from such struggles. They are not, therefore, epistemologies in the conventional sense of the word. Their aim is (...) to identify and valorize that which often does not even appear as knowledge in the light of the dominant epistemologies, that which emerges instead as part of the struggles of resistance against oppression and against the knowledge that legitimates such oppression ».

⁴ « By transformative constitutionalism », writes Karl E. Klare, « I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power

It is precisely in this conceptual, institutional and practical field that Carlos Bernal Pulido's text is set. As a battle-hardened legal professional, who has a perfect expertise of comparative constitutional law and who knows what law owes to other social sciences, he rightly underlines the limits (institutional, argumentative but also conceptual) that courts face and the pragmatic solutions - often modest - to which they can aspire when they are simply not forced to do so. His point of view is all the more precious as it is that of a judge - in one of the most creative and imaginative court in Latin America - trained in both law and philosophy, keen to preserve his view as an academic familiar with very different legal systems⁵.

Far from praising the merits of a radical transformation of the society, his conception of constitutionalism continues to trust the democratic political game. As these lines are being written, and as the cries of an angry population in Ecuador, Chili, Bolivia, Argentina and Colombia resonate, his analysis takes on a premonitory value.

Pierre Brunet
Professor of Public Law
Sorbonne Law School

relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law », see K. E. Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, n. 1, p. 146-188, (here p. 150).

⁵ Carlos Bernal Pulido has a PhD in law from the University of Salamanca and a PhD in philosophy from the University of Florida. He is a associate professor at Macquarie University (Australia). He has been a judge at the Colombian constitutional court since May 2017.

À PROPOS DE CARLOS BERNAL

S'il est un rêve ou peut-être un fantasme assez répandu chez les juristes, c'est sans doute celui de pouvoir changer le monde par le droit. Certains ont cru dans le passé pouvoir organiser la guerre ou instaurer la paix, mais aussi garantir l'égalité entre les individus, protéger la liberté, établir la fraternité, et aujourd'hui d'autres ou les mêmes espèrent pouvoir lutter contre le réchauffement climatique, préserver la nature d'un consumérisme en mal de ressources énergétiques ou encore réduire les inégalités et opérer une transformation sociale. Certes, à l'aune d'un idéal les résultats sont maigres mais sans le droit, ne serait-ce pas pire ? Peut-on sérieusement envisager de lutter contre la pauvreté et réduire les inégalités sans le droit ? Suffit-il de la politique ? Et si la politique ne le fait pas... est-ce que les tribunaux, est-ce que les cours constitutionnelles ou suprêmes peuvent le faire ? Voilà les questions auxquelles Carlos Bernal Pulido s'attaque avec le sérieux qu'on lui connaît et une culture qui ne se limite pas au droit⁶.

Il est en effet de ces juristes qui savent que l'on peut attendre beaucoup du droit mais qu'il serait naïf de tout en attendre. Avec un élégant scepticisme, il aborde ici la discussion contemporaine et à première vue très abstraite relative au constitutionnalisme de transformation ou constitutionnalisme transformateur dont l'Amérique latine est très vite apparue à nombre de commentateurs comme un laboratoire⁷. Il est vrai que de leur côté certains sociologues avaient semblé donner le ton en faisant la promotion des épistémologies du Sud ancrées dans la résistance contre le capitalisme, le colonialisme et le patriarcat⁸. Il ne faudrait cependant pas y voir une relation de causalité : c'est d'abord en Afrique du Sud qu'est apparue l'idée d'un constitutionnalisme susceptible de transformer les institutions politiques et sociales d'un pays⁹.

⁶ Carlos Bernal Pulido est l'auteur de très nombreux articles dont plusieurs ont été traduits en français par Arnaud Martin. Son ouvrage majeur est *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4^e éd. Initialement publié à Madrid en 2003.

⁷ v. D. Bonilla Maldonado (ed.) *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 et A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi et F. Piovesan (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Comune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Mais dont on a pu faire remarquer qu'il ne se limite pas au Sud, v. M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, n°3, 2018, p. 527-565.

⁸ On pense évidemment à B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010 et plus récemment, Id. *The End of the Cognitive Empire : the Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, Duke University Press, 2018, p. 2 : « The epistemologies of the South concern the knowledges that emerge from social and political struggles and cannot be separated from such struggles. They are not, therefore, epistemologies in the conventional sense of the word. Their aim is (...) to identify and valorize that which often does not even appear as knowledge in the light of the dominant epistemologies, that which emerges instead as part of the struggles of resistance against oppression and against the knowledge that legitimates such oppression ».

⁹ « By transformative constitutionalism », écrivait Karl Klare, « I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of

C'est précisément sur le terrain à la fois conceptuel, institutionnel et pratique que se situe le texte de Carlos Bernal Pulido. En juriste aguerrri, qui maîtrise parfaitement le droit constitutionnel comparé et sait aussi tout ce que le droit doit aux autres sciences sociales, il souligne avec justesse les limites (institutionnelles, argumentatives mais aussi conceptuelles) auxquelles se heurtent les cours et les solutions pragmatiques –souvent modestes – auxquelles elles peuvent aspirer quand elles n'y sont tout simplement pas contraintes. Son point de vue est d'autant plus précieux qu'il est celui d'un juge – au sein d'une des cours les plus créatives et imaginatives d'Amérique latine – formé tant au droit qu'à la philosophie soucieux de conserver son regard d'« académique » familier de systèmes juridiques très différents¹⁰.

Loin de vanter les mérites d'une transformation radicale de la société, sa conception du constitutionnalisme continue de faire confiance au jeu politique démocratique. À l'heure où l'on écrit ces lignes, et tandis que résonnent les cris d'une population en colère en Équateur, au Chili, en Bolivie, en Argentine et en Colombie, son analyse prend une valeur prémonitoire.

Pierre Brunet,
Professeur de droit public
École de droit de la Sorbonne

conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law », v. K. E. Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, n°1, 1998, p. 146-188, ici p. 150.

¹⁰ Carlos Bernal Pulido est docteur en droit de l'Université de Salamanque, docteur en philosophie de l'Université de Floride ; il enseigne à la Macquarie University de Sydney ; il siège à la Cour constitutionnelle de Colombie depuis mai 2017.

INTRODUCTION

Des chercheurs et des juges compétents ont souligné que certaines constitutions, en particulier celles des pays dits du Sud¹¹, ont une fonction transformatrice. Attribuer cette fonction à ces constitutions soulève au moins quatre problèmes : un problème conceptuel, un problème de faisabilité, un problème institutionnel et un problème de performance.

Le problème conceptuel renvoie à ce qu'il faut entendre par « constitutionnalisme transformateur ». La littérature révèle qu'il existe des conceptions plus larges et plus restreintes de ce type de constitutionnalisme. Par exemple, dans son célèbre article sur le constitutionnalisme transformateur, Karl E. Klare a associé la Constitution sud-africaine de 1996 à la transformation des « institutions politiques et sociales et des relations de pouvoir vers un leadership démocratique, participatif et égalitaire »¹². Dans une perspective plus large, Armin von Bogdandy a soutenu que l'approche « transformatrice » est un élément commun du constitutionnalisme dans les pays d'Amérique latine¹³. Cette approche fait référence à la tentative de changer les « conditions de vie inacceptables », telles que « l'exclusion de larges secteurs de la société et la faiblesse de l'État de droit », « par le renforcement concerté de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme »¹⁴. En revanche, dans une perspective plus étroite, dans l'arrêt *Soobramoney c. Ministre de la Santé*, en tant que porte-parole majoritaire de la Cour constitutionnelle sud-africaine, le juge Chaskalson a souligné que la Constitution sud-africaine de 1996 était déterminée à transformer certaines caractéristiques de la société, comme les « grandes disparités économiques », le fait que « des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une grande pauvreté », le « chômage élevé », la « sécurité sociale inadaptée » et le manque d'« accès universel à l'eau potable et à des services de santé adéquats »¹⁵.

¹¹ On ne sait pas très bien ce qu'est le « Sud global », ni s'il existe un constitutionnalisme particulier dans cette région du monde. Néanmoins, certains auteurs ont défini le constitutionnalisme de certains pays dits du Sud, comme l'Afrique du Sud, l'Inde ou la Colombie, au service de la transformation de la société. Sur cette question, voy. D. B. Maldonado (dir.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Pour sa part, Michaela Hailbronner a soutenu que l'aspiration à la transformation n'est pas une caractéristique exclusive des constitutions des pays du « Sud global » Voy. M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *The American Journal of Comparative Law*, 2017, vol. 65, n. 3, p. 527 et s.

¹² Cf. K. E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n. 1, p. 150.

¹³ A. von Bogdandy, « *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador », *Revista de Derecho del Estado*, 2015, n° 34, p. 3.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cour constitutionnelle sud-africaine, *Soobramoney c. Ministre de la Santé*, 1998 (1) SA 765 (CC).

Dans ce contexte, le problème conceptuel est de savoir laquelle de ces conceptions du constitutionnalisme transformateur est appropriée pour évaluer ce phénomène et pour estimer s'il doit être transposé dans d'autres pays ou régions du monde. Cela implique de définir la situation de la société qui aspire au changement par le biais d'un constitutionnalisme transformateur. Il s'agit également de savoir quels sont le contenu et la portée des transformations attendues. Par exemple, en ce qui concerne l'institutionnalisation de la démocratie dans une perspective large, de quel type de démocratie parle-t-on ? Représentative, participative ou délibérative ? Par ailleurs, quels sont les niveaux souhaités de réduction et d'élimination de la pauvreté et quelles sont les stratégies qui doivent être mises en œuvre ?

Le problème de la faisabilité suppose de déterminer si le constitutionnalisme peut réellement être transformateur. Le terme « constitutionnalisme » est lié à une thèse descriptive et à une thèse empirique. Selon la thèse descriptive, les institutions étatiques sont créées et structurées au moyen de normes juridiques. La thèse normative affirme que l'exercice du pouvoir politique par les autorités de l'État doit être limité par lesdites normes¹⁶. En principe, si la thèse descriptive offre une explication du *statu quo*, en ce qui concerne l'existence de l'État, la seconde justifie sa pérennisation. Il est donc paradoxal de s'attendre, en même temps, à ce que le constitutionnalisme perpétue le *statu quo* et qu'il le modifie pour atteindre les finalités du concept du constitutionnalisme transformateur. Résoudre ce paradoxe constitue l'un des enjeux actuels de la théorie du droit et de la constitution du « Sud global ».

Le problème institutionnel est le suivant : quels arrangements institutionnels la mise en œuvre d'un constitutionnalisme transformateur présuppose-t-elle ? On souligne souvent que les aspirations de ce type de constitutionnalisme peuvent être satisfaites si les droits fondamentaux, en particulier les droits sociaux, sont rendus effectifs, et qu'il s'agit là d'une mission que les cours constitutionnelles et suprêmes doivent remplir. À cette fin, on soutient que ces tribunaux doivent jouer un rôle actif. Toutefois, la question de savoir si les cours constitutionnelles et suprêmes ont la capacité de mener à bien — ou du moins de catalyser — les transformations attendues n'est pas claire. Il n'y a pas non plus de consensus sur les stratégies qu'elles devraient déployer pour atteindre cet objectif.

¹⁶ W. Waluchow, « Constitutionalism », E.N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (édition printemps 2018).

Le dernier problème concerne la performance du constitutionnalisme transformateur¹⁷. Il existe une grande disparité dans la littérature sur le point de savoir si les constitutions transformatrices ont réellement produit les changements souhaités¹⁸ ou si, au contraire, elles sont devenues involontairement des constitutions de façade¹⁹.

Dans ce cadre, le présent article envisage deux hypothèses. La première est que les conceptions tant larges qu'étroites du constitutionnalisme transformateur reconnaissent que l'un de leurs objectifs est la réduction de la pauvreté et des inégalités. La seconde est que le constitutionnalisme transformateur peut atteindre cet objectif par l'application des droits sociaux par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Sur la base de ces présupposés, dans le cadre de la problématique institutionnelle et de performance, cet article propose une analyse critique des stratégies que ces cours ont adoptées pour atteindre cet objectif. Il se concentre en particulier sur les lacunes des remèdes dits structurels et formule des propositions concrètes de solutions, basées sur des remèdes dialogiques.

Pour atteindre cet objectif, le présent article concentre son analyse sur le constitutionnalisme transformateur en Amérique latine. De même, en tant qu'étude de cas, il évalue les principales stratégies de protection des droits sociaux adoptées par la Cour constitutionnelle de Colombie. La première partie étudie la manière dont les constitutions latino-américaines ont cherché à réduire la pauvreté et les inégalités par l'institutionnalisation de droits sociaux juridiquement applicables. La seconde examine la situation sociale et juridique des pays d'Amérique latine dans lesquels l'application judiciaire des droits sociaux est réalisée afin de produire des effets transformateurs escomptés. La troisième traite du rôle que, du point de vue du constitutionnalisme transformateur, les cours constitutionnelles doivent jouer dans l'application de ces droits. Enfin, la dernière présente une évaluation des stratégies de transformation judiciaire de la Cour constitutionnelle colombienne.

¹⁷ Une analyse optimiste de la performance de la Constitution sud-africaine dans la réalisation de certains des objectifs du constitutionnalisme transformateur : D. Bilchitz, D. Glaser, A. Konstant, L. Du Toit, K. Moshikaro, M. Werbeloff, *Assessing the Performance of the South African Constitution*, International IDEA, 2016, disponible sur: <https://www.idea.int/publications/catalogue/assessing-performance-south-african-constitution> (consulté le 25 avril 2019).

¹⁸ Cf. une analyse en ce sens in A. Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

¹⁹ À ce propos, David S. Law et Mila Versteeg parlent de « *Sham constitution* ». Voy. « *Sham Constitutions* », *California Law Review*, 2013, vol. 101, n. 4, p. 863-952. NdT.

1. LA REDUCTION DE LA PAUVRETE ET DES INEGALITES PAR L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX

L'institutionnalisation d'un catalogue des droits sociaux dans la Constitution est une stratégie centrale du constitutionnalisme mondial, en particulier dans les pays du « Sud global », pour transformer la société, avec pour ambition de réduire la pauvreté et les inégalités. Selon les données de 2012, sur 195 constitutions en vigueur, 179 reconnaissent des droits sociaux. Dans 68 constitutions, tous les droits sociaux sont exécutoires et, dans 58 d'entre elles, cette nature a été attribuée à l'un d'entre eux au moins. En outre, comme l'expliquent Courtney Jung, Ran Hirschl et Evan Rosevear dans une analyse traitant de cette question²⁰, toutes les constitutions latino-américaines reconnaissent ces droits et le font en moyenne plus que dans les autres régions du monde.

Les constitutions peuvent reconnaître les droits sociaux de diverses manières. Les constitutions des premiers constitutionnalistes libéraux comprenaient des dispositions reconnaissant ce que Mark Tushnet appelle des « droits non justiciables » ou des « droits simplement déclaratoires »²¹, c'est-à-dire des droits qui ne pouvaient être appliqués devant les tribunaux. Ce fut le cas dans presque toutes les constitutions d'Amérique latine qui ont été promulguées dans la première moitié du XX^e siècle²². Ces constitutions ont été clairement influencées par le constitutionnalisme continental européen qui s'est construit entre la fin du XVIII^e siècle et le début du XX^e siècle. Les articles 21²³ et 22²⁴ de la Constitution française du 24 juin 1793, par exemple, garantissent le droit des citoyens nécessiteux d'obtenir une assistance publique, un emploi ou d'un accès à des biens essentiels comme l'instruction. Ces dispositions ne peuvent être appliquées devant les tribunaux contre les autorités politiques. Les droits sociaux reconnus dans la Constitution de Weimar de 1919 vont dans le même sens. La jurisprudence et la doctrine autorisée, dont les positions étaient influentes en Amérique latine, considéraient ces dispositions qui reconnaissent des droits comme des « énoncés

²⁰ C. Jung, R. Hirschl et E. Rosevear, « Economic and Social Rights in National Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 62, n. 4, p. 1043-1098.

²¹ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 238.

²² M. Krennerich et M. E. G. Mera, « Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía », *Centre de Nuremberg pour les droits humains*, 2006, p. 3.

²³ Constitution française du 24 juin 1793 : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

²⁴ Constitution française du 24 juin 1793 : « L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens ».

programmatisches » (*Programmsätze*). En tant que telles, elles ont été vues comme n'imposant d'obligations juridiquement exécutoires, ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif²⁵. Cette conception est devenue l'interprétation dominante des dispositions de la Constitution de Weimar relatives aux droits sociaux, à savoir l'article 151 selon lequel l'organisation de l'économie vise à assurer « à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme »²⁶, l'article 155 qui habilite l'État à contrôler la répartition et l'utilisation des biens immobiliers afin « d'assurer à tout Allemand une habitation saine »²⁷, l'article 161 qui institue un système de sécurité sociale au service des mères, des personnes âgées et des personnes moins favorisées, et l'article 162 qui protège les droits sociaux minimum des travailleurs.

Certaines constitutions actuelles instituent les droits sociaux de la même manière, c'est-à-dire comme de simples droits déclaratifs. Selon l'article 53.3 de la Constitution espagnole de 1978, par exemple, les droits sociaux — qui énoncent les principes directeurs de la politique sociale et économique — « doivent guider la législation positive, la pratique judiciaire et les actions des autorités publiques »²⁸. Selon la disposition précitée, ces principes ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développent. Les dispositions se référant à ces principes reconnaissent les droits sociaux relatifs à la famille, aux enfants et aux mères (article 39), aux travailleurs (articles 40, 41 et 42), aux personnes handicapées (article 49), aux personnes âgées (article 50), aux droits à la santé (article 43) et au logement (article 47).

Malgré l'absence de force contraignante des droits sociaux dans ce modèle, ceux-ci ont une valeur politique en tant qu'idéaux qui peuvent être réalisés par l'exercice du pouvoir politique. En outre, les juges peuvent les utiliser pour interpréter des lois ambiguës. Le législateur peut également les invoquer comme motifs légitimes pour justifier des limitations aux libertés²⁹. Enfin, au-delà du cas espagnol, et dans un contexte de privatisation des services

²⁵ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Stilke, 14^e édition, 2009, p. 514, et E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, p. 96.

²⁶ Article 151 de la Constitution de Weimar de 1919: « L'organisation de la vie économique doit répondre aux principes de la justice et viser à garantir à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme. Dans ces limites, la liberté économique de l'individu doit être assurée. » Traduction française disponible sur : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.html> (consulté le 20 novembre 2019).

²⁷ *Id.*, article 155 : « La répartition et l'utilisation du sol sont contrôlées par l'État de manière à empêcher les abus et à atteindre l'objectif d'assurer à tout Allemand une habitation saine et à toutes les familles allemandes, particulièrement aux familles nombreuses, un foyer domestique et d'activité économique, correspondant à leurs besoins. Pour l'établissement de ce droit au foyer, on aura particulièrement égard aux anciens combattants. »

²⁸ Constitution espagnole de 1978. Disponible à l'adresse http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf.

²⁹ J. J. Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 130, et L. Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, p. 56.

publics, les droits sociaux purement déclaratifs peuvent faire pression sur les politiques menées par l'exécutif, les entreprises nationales et transnationales, publiques et privées, pour garantir la satisfaction des besoins fondamentaux des individus et ainsi contribuer à réduire la pauvreté et les inégalités³⁰. Si les législateurs et ceux qui conçoivent et mettent en œuvre tant les politiques publiques que celles des entreprises ne tiennent pas compte des raisons fondées sur les droits sociaux, l'opinion publique peut légitimement les tenir pour responsables.

Les constitutions aux aspirations transformatrices s'écartent de cette tendance. Elles institutionnalisent les droits sociaux invocables devant les juges en tant que stratégie centrale pour réduire la pauvreté et les inégalités. De même, elles attribuent à la Cour constitutionnelle et à la Cour suprême la compétence d'appliquer directement ces droits. En ce sens, malgré l'influence de la Constitution espagnole sur toutes les constitutions d'Amérique latine promulguées après 1978, il existe dans ce sous-continent une nette convergence en ce qui concerne l'institutionnalisation de droits sociaux contraignants et juridiquement applicables. Par exemple, les articles 42 à 77 de la Constitution politique colombienne de 1991 garantissent, entre autres, les droits fondamentaux des enfants, des femmes enceintes, des adolescents, des personnes âgées et des personnes handicapées, ainsi que le droit des individus à une pension, à la santé, au logement, aux loisirs, à l'éducation et à des conditions de travail équitables. En outre, les articles 12 à 55 de la Constitution équatorienne de 2008 garantissent également tous ces droits, ainsi que les droits à l'eau, à l'alimentation et certains droits sociaux spécifiques des détenus et des personnes souffrant de maladies dont le traitement est financièrement lourd. Le chapitre II du titre II (articles 6 à 11) de la Constitution brésilienne de 1988 garantit les droits à l'éducation, à la santé, à la nutrition, au travail, au logement, aux loisirs, à la sécurité sociale, à la protection de la maternité et de l'enfance, à l'assistance sociale aux personnes dans le besoin, ainsi que les droits sociaux des travailleurs. Au Brésil, tous ces droits sont juridiquement contraignants³¹.

³⁰ K. G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 74.

³¹ La pratique constitutionnelle au Chili constitue une exception notable à cette convergence de l'Amérique latine. Le chapitre III de la Constitution de 1980 énumère certains droits sociaux et économiques sans préciser leur caractère contraignant ou non contraignant. Depuis près de vingt ans, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle leur a donné un caractère purement déclaratoire. Toutefois, l'introduction d'un « recours en cas de non-applicabilité » à l'article 93.6 de l'amendement de 2009 a conduit la Cour constitutionnelle à commencer à reconnaître les droits sociaux, tels que le droit à la santé, comme obligatoires. A. C. Macmanus et J. C. Salas, « La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente », *Estudios Constitucionales*, n° 8, 2010, p. 389-430. Par exemple, voy. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008. Voy. également J. Bassa, « La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional », in Santiago Aguilar Cavallo, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2013, p. 102.

2. LES CIRCONSTANCES JURIDIQUES ET SOCIALES DE L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX

La question que nous aborderons dans cette section est de savoir dans quelles circonstances juridiques, politiques, économiques et sociales a lieu l'application judiciaire des droits sociaux qui, selon une lecture transformatrice de la Constitution, a pour objectif de réduire la pauvreté et les inégalités. Nous souhaitons à présent évoquer trois circonstances. La première est la difficulté de mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur. La deuxième concerne l'indétermination des dispositions constitutionnelles en matière de droits sociaux. La troisième est liée à ce que nous appellerons ici le paradoxe de l'État social.

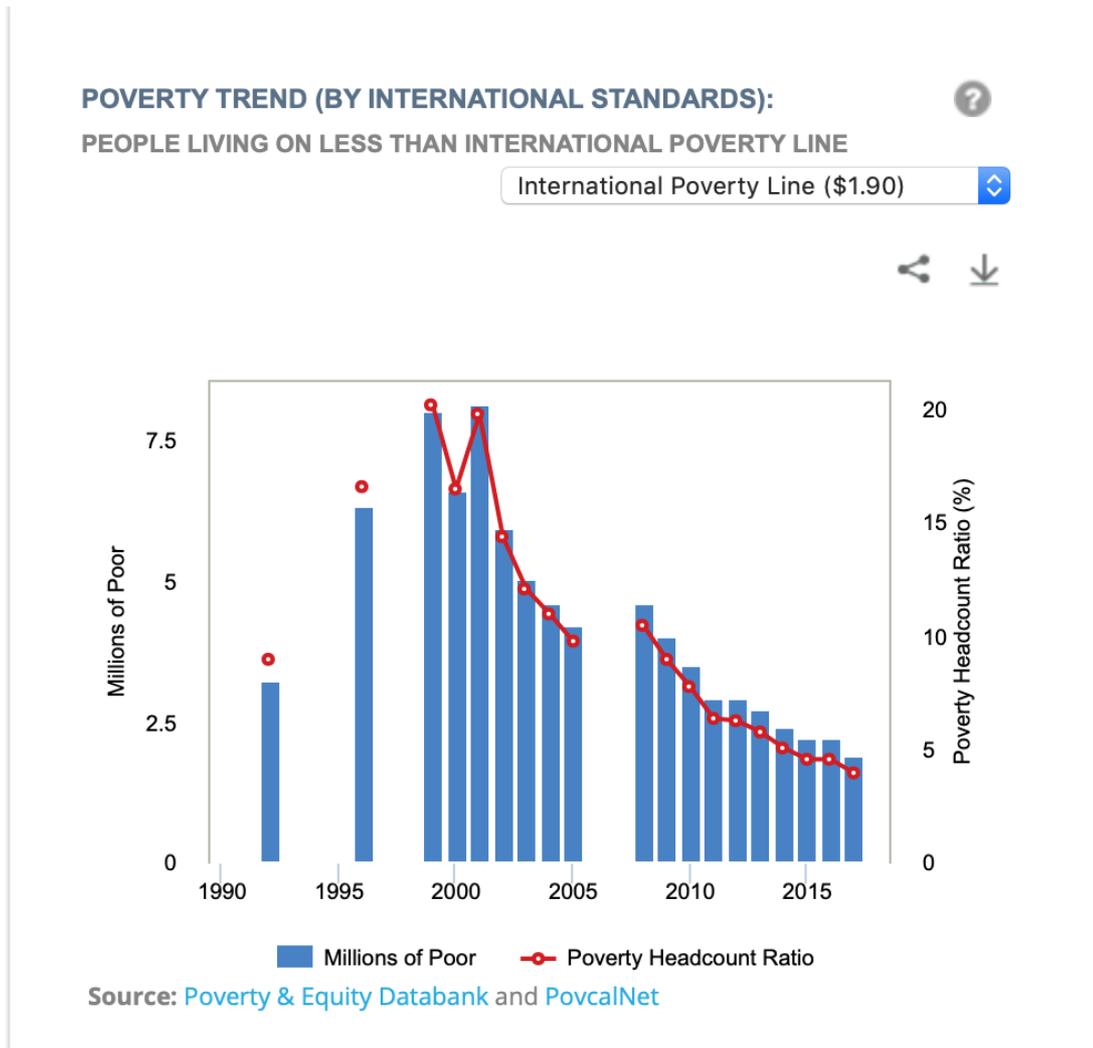
2.1. La difficulté de mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur

La première circonstance est la difficulté qu'ont les autorités politiques et judiciaires à mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur sur la pauvreté et l'inégalité. En Amérique latine, il n'y a pas de consensus minimum sur les critères à utiliser pour mesurer la pauvreté et l'inégalité afin notamment de déterminer si elles sont réduites ou aggravées après l'application de mesures politiques ou judiciaires. Il existe plusieurs indices pour mesurer la pauvreté, notamment l'indice des besoins fondamentaux non satisfaits (UBN³²), l'indice de développement humain (IDH) et l'indice de pauvreté multidimensionnelle (IPM). L'inégalité est généralement mesurée par le coefficient de Gini, lequel permet non seulement de paramétrer l'inégalité en termes de revenu, mais aussi de clarifier la manière dont l'inégalité entre les groupes sociaux est présentée.

Indépendamment du problème méthodologique qui consiste à préciser laquelle de ces méthodologies est la plus appropriée, les études de la Banque mondiale révèlent que la pauvreté et les inégalités ont été réduites en Amérique latine au cours des dernières décennies. Il en va de même pour la Colombie, pays dont les mesures judiciaires transformatrices font l'objet d'une étude de cas dans cet article. Par exemple, le graphique ci-dessous montre les données de la Banque mondiale sur la réduction de la pauvreté monétaire en Colombie, c'est-à-dire les données relatives au nombre de personnes vivant avec moins de 1,9 USD par jour³³ :

³² *Unsatisfied Basic Needs*

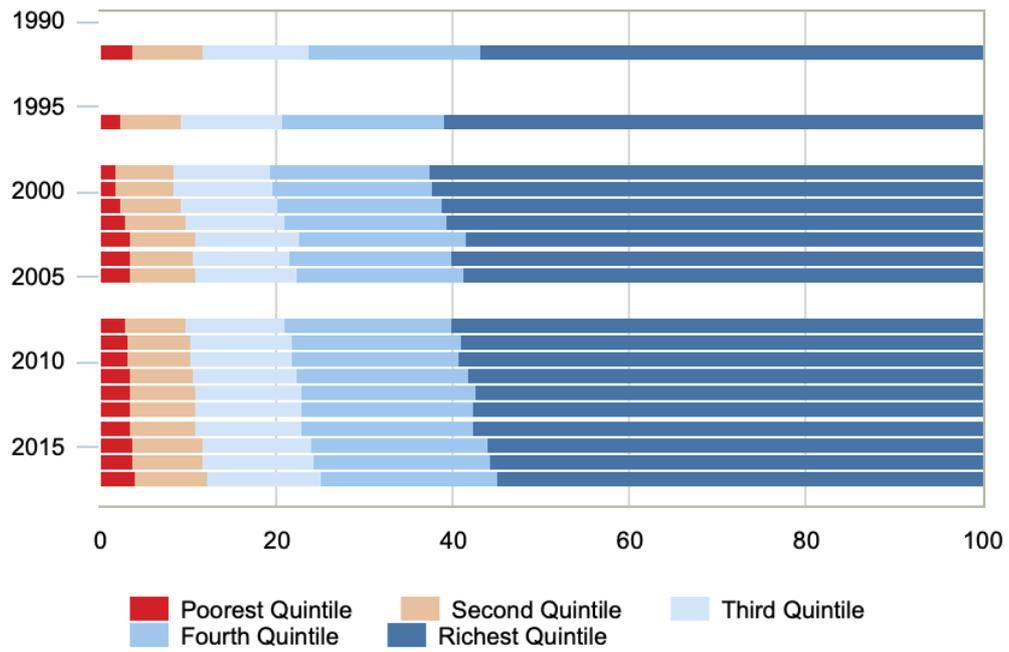
³³ Voy. <http://povertydata.worldbank.org/poverty/country/COL> (consulté le 28 avril 2019).



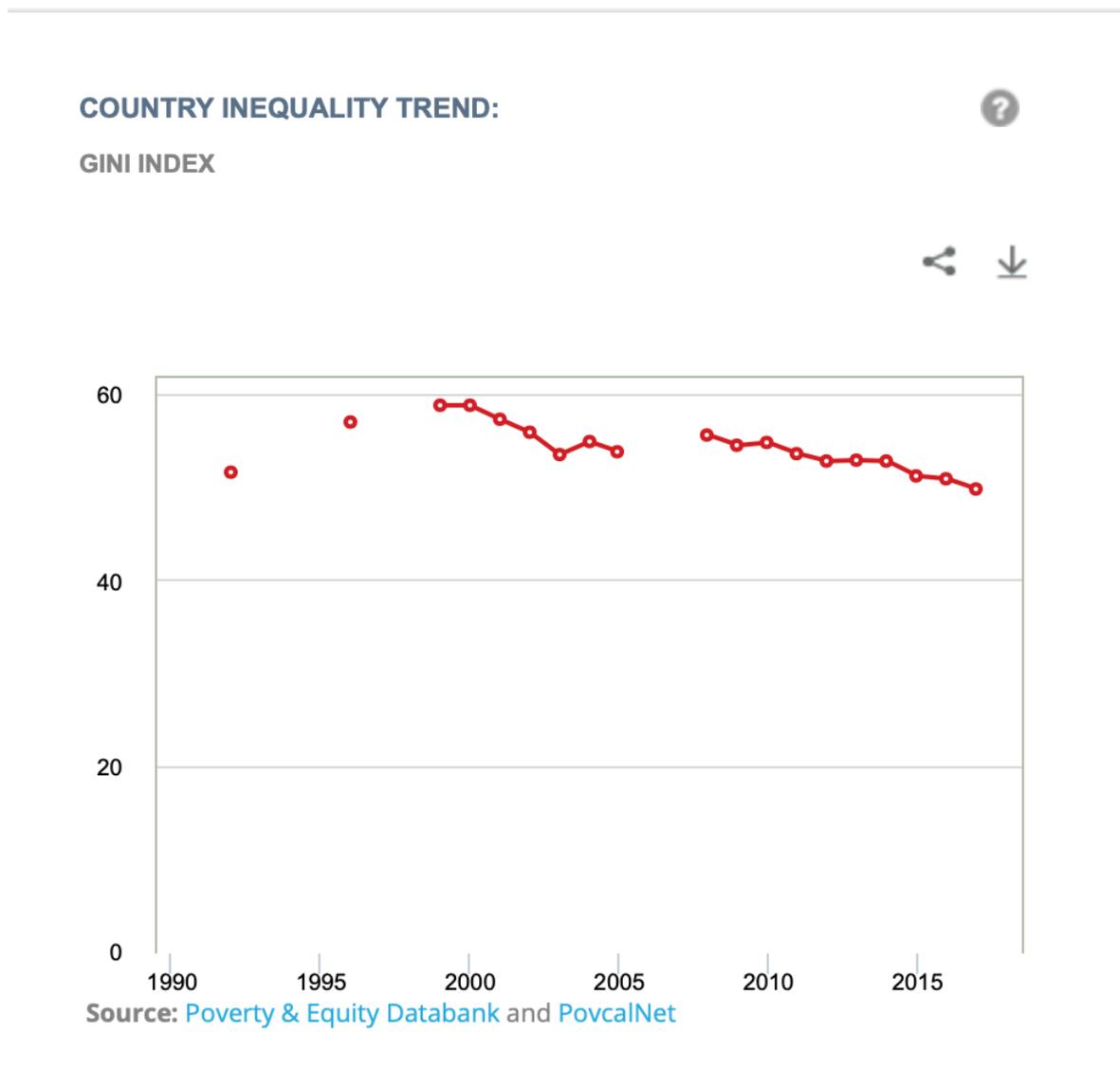
Le graphique ci-dessous montre également une légère réduction des inégalités en Colombie en termes de revenu ou de capacité de consommation depuis 1990³⁴.

³⁴ *Idem.*

DISTRIBUTION OF INCOME OR CONSUMPTION BY QUINTILE :



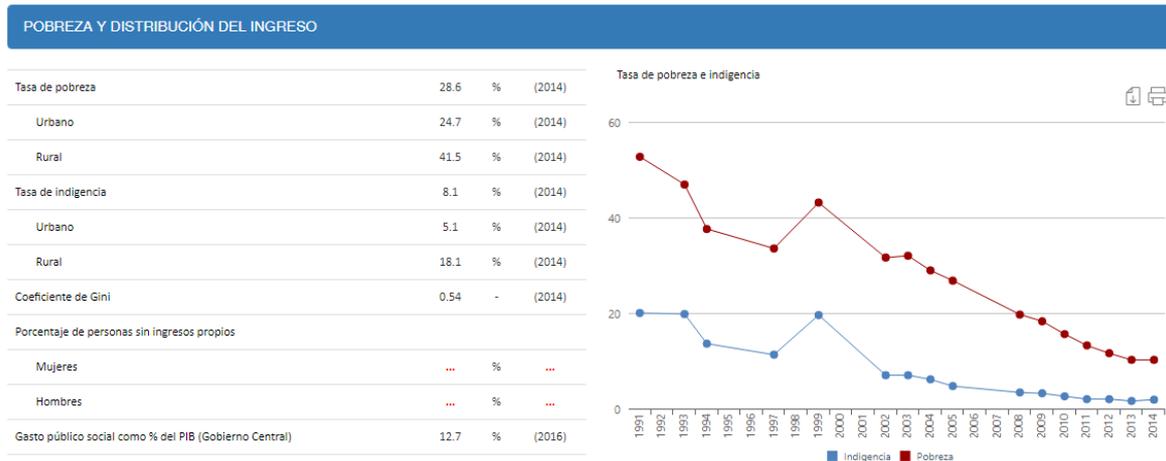
Source: [Poverty & Equity Databank](#) and [PovcalNet](#)



Le graphique suivant montre les données de la Banque mondiale sur les niveaux d'inégalités en Colombie, mesurés sur la base du coefficient de Gini :

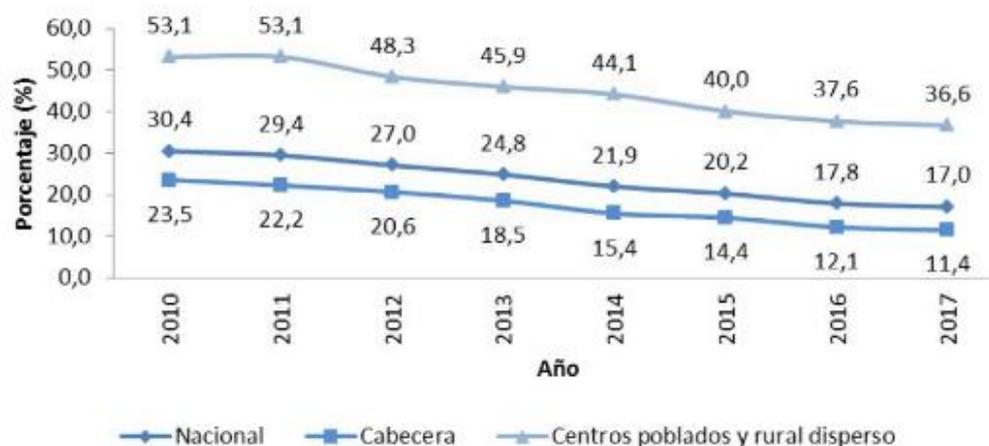
Il est utile de comparer ces données avec celles de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC), qui prend en compte des indices mesurant le taux de pauvreté urbaine et rurale. Ces dernières suggèrent également une réduction des inégalités en Colombie³⁵ :

³⁵ CEPALSTAT, 2019 Disponible sur : https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=COL&idioma=english (consulté le 19 novembre 2019).



Ces mesures de réduction de la pauvreté et les inégalités en Colombie coïncident avec les données que le Département national des statistiques de Colombie a compilées dans l'Enquête nationale sur la qualité de vie durant les dernières années.

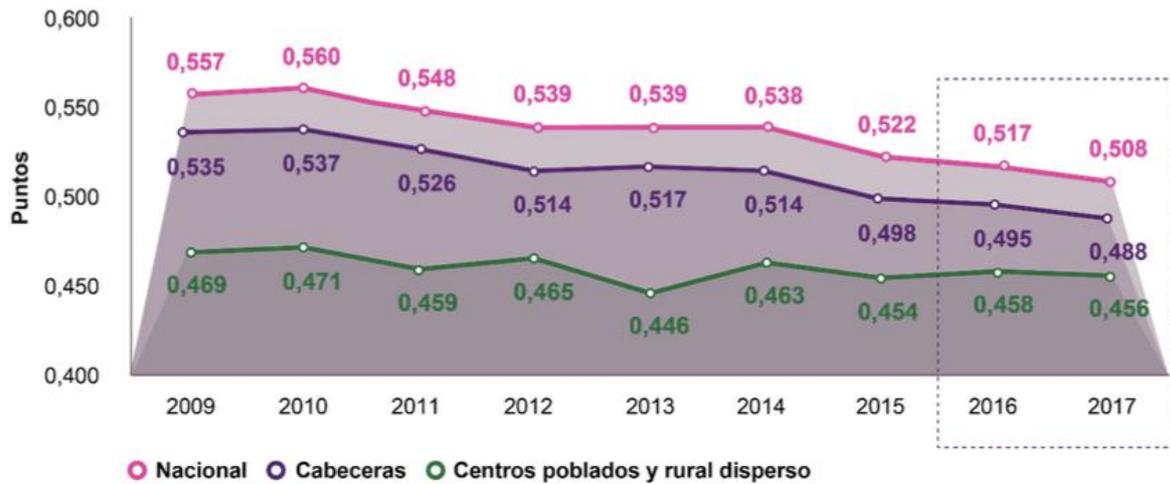
Incidencia de Pobreza Multidimensional, según grandes dominios
Total nacional, cabeceras y centros poblados y rural disperso
2010-2017



Fuente: DANE, cálculos con base en la Encuesta Nacional de Calidad de Vida.

En ce qui concerne le coefficient de Gini, en 2017, le même Département administratif national de statistique de la Colombie a publié les statistiques suivantes relatives aux inégalités dans ce pays :

LES STRATEGIES JUDICIAIRES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR POUR REDUIRE LA PAUVRETE ET LES INEGALITES



Les données de la Banque mondiale, résultant de l'utilisation du coefficient de Gini, montrent également une réduction des inégalités en Amérique latine³⁶ :



³⁶ Cf. <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=CO> (consulté le 20 novembre 2019)

Malgré la coïncidence de ces mesures de la réduction de la pauvreté et des inégalités, tant en Colombie qu'en Amérique latine, il est difficile d'établir clairement dans quelle mesure le constitutionnalisme transformateur et ses stratégies ont joué un rôle efficace dans cette réduction des inégalités. En même temps, on ne sait pas très bien comment, par exemple, les cours constitutionnelles peuvent mesurer les effets à court, moyen et long terme de leurs mesures transformatrices sur la réduction de la pauvreté et des inégalités.

2.2. L'indétermination des dispositions constitutionnelles relatives aux droits sociaux

Une seconde circonstance est d'ordre juridique et linguistique. Les dispositions reconnaissant des droits sociaux contraignants donnent lieu à différents types de situations juridiques³⁷. Comme l'indique Frank I. Michelman, pour atteindre leurs objectifs, les dispositions relatives aux droits sociaux attribuent aux titulaires de ces droits au moins trois types de situations juridiques : premièrement, les droits interdisant à l'État et à d'autres d'interférer sur l'accès et la jouissance de biens et services appropriés dont bénéficient déjà les individus (droits négatifs) ; deuxièmement, les droits à l'égalité dans l'accès et la jouissance de ces biens et services (égalité des droits) ; enfin, le droit à l'autonomie, à la promotion, la protection et aux garanties d'accès aux biens et services (droits positifs)³⁸. Il s'agit là de situations juridiques tripartites dans lesquelles une personne est titulaire d'un droit qui correspond à un devoir corrélatif de l'État ou d'une personne privée, devoir qui vise à créer, promouvoir, protéger ou garantir l'accès aux biens et services soumis aux droits sociaux, ou à en assurer la jouissance par une tierce personne³⁹. L'exécution de l'action par le responsable du traitement permettra d'obtenir la satisfaction du titulaire du droit à un certain niveau.

Ces trois types de situations juridiques liées aux droits sociaux apparaissent dans la jurisprudence et la doctrine latino-américaines. Le droit négatif le plus significatif est l'interdiction de la régression dans le domaine des prestations sociales⁴⁰. En ce qui concerne les droits à l'égalité, la doctrine a insisté sur le fait que les droits sociaux ont non seulement un lien nécessaire avec l'interdiction de la discrimination⁴¹, mais peuvent également justifier

³⁷ Cf. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 120.

³⁸ Cf. F. I. Michelman, « Socioeconomic Rights in Constitutional Law : Explaining America Away », *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, n. 3-4, p. 667.

³⁹ Cf. R. Alexy, « On Constitutional Rights to Protection », *Legisprudence*, 2009, vol. 3, n. 1, p. 1-17.

⁴⁰ Cf. C. Courtis, « *Ni un paso atrás . La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* », Buenos Aires, Centro de Asesoría Legal y Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.

⁴¹ R. G. Rivas et P. S. Ugarte, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Mexique, Conapred, 2011.

l'attribution d'un traitement préférentiel aux pauvres et aux plus vulnérables⁴². Dans la suite de cet article, nous nous concentrerons sur les droits positifs et les recours pour les rendre effectifs. C'est la structure de ces droits qui permet de progresser vers les objectifs de réduction de la pauvreté et des inégalités.

De plus, les cas impliquant l'application judiciaire de dispositions constitutionnelles qui institutionnalisent des droits sociaux positifs sont parfois des « cas difficiles », selon la terminologie de Dworkin⁴³. Il s'agit de cas dans lesquels la constitution ne détermine pas clairement la décision. Cela est principalement dû aux formes linguistiques des dispositions constitutionnelles et aux facteurs institutionnels dans lesquelles cette application a lieu. Ces facteurs sont nombreux : les dispositions constitutionnelles qui institutionnalisent les droits sociaux sont indéterminées — elles souffrent d'imprécision, d'ambiguïté et d'ouverture — ; les revendications associées à ces droits peuvent entrer en conflit avec les revendications liées à d'autres droits et principes constitutionnels⁴⁴ ; des désaccords interviennent lors de la résolution de ces conflits ; la mise en œuvre de ces droits appelle la création et l'application des politiques publiques ; l'application des droits sociaux conduit les juges à contrôler ces politiques publiques, ainsi que les actions d'autres autorités politiques ; enfin les dispositions institutionnalisant les droits sociaux ne précisent généralement pas elles-mêmes le contenu de ces politiques, notamment en ce qui concerne la désignation du titulaire, de la partie responsable, du degré et de la manière dont ces droits sont respectés.

En ce qui concerne ce dernier facteur, l'application des droits sociaux ne différerait pas des obligations de droit privé, telles que l'obligation contractuelle de payer un prêt ou le prix d'un bien immobilier, si les dispositions de la Constitution qui les instituent précisaient la partie responsable, le degré et le mode de satisfaction du droit en question. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Les constitutions énoncent les droits sociaux *in abstracto*, sans réserve, plutôt que des listes d'actions spécifiques à entreprendre par le débiteur de ces droits. Certaines dispositions constitutionnelles protègent avec souplesse les droits sociaux. Elles garantissent l'accès aux prestations plutôt qu'à certaines prestations en tant que telles. Par exemple, les articles 26 et 27 de la Constitution sud-africaine garantissent l'accès à un « logement décent »⁴⁵,

⁴² C. S. Muñoz, « Derechos sociales e igualdad », *Revista de ciencias sociales*, numéro spécial, 2015, p. 75.

⁴³ Voy. R. Dworkin, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, n. 6, p. 1057.

⁴⁴ Cf. R. Dixon et T. Ginsburg, « The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as “insurance swaps” », *Constitutional Court Review*, 2011, vol. 4, n.1, p. 3.

⁴⁵ Article 26 (1) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to adequate housing* ».

à des services de santé⁴⁶, à la nourriture, à une quantité d'eau suffisante⁴⁷ et à la sécurité sociale⁴⁸. D'autres dispositions confèrent le droit de disposer de certains biens. Ainsi, l'article 30 de la Constitution équatorienne accorde à chacun le droit à un « logement décent »⁴⁹. Cependant, des dispositions encore plus spécifiques, comme celle-ci, décrivent de manière générique les biens couverts par les droits sociaux. Par exemple, la signification du terme « adéquat » dans le contexte de l'article 30 de la Constitution de l'Équateur mérite d'être discutée. En outre, certaines dispositions constitutionnelles ne précisent pas qui est débiteur du droit ni comment garantir l'accès du titulaire du droit aux avantages correspondants ou la jouissance de ceux-ci. Certaines dispositions exigent l'élaboration de politiques publiques, comme une « politique de santé »⁵⁰ ou un « programme de logement »⁵¹. Malgré leur utilité potentielle, ces dispositions ne précisent pas les détails de la politique ou du programme pertinents ni le moment où ils devraient être mis en œuvre. Enfin, bien souvent, ces politiques ne déterminent pas comment faire face aux contraintes financières et à la rareté des ressources nécessaires à l'attribution d'avantages à un large éventail d'ayants droit.

La plupart des dispositions constitutionnelles des droits sociaux ne déterminent pas qui en est responsable, c'est-à-dire le sujet à qui est attribué le devoir de les réaliser. En principe, l'État pourrait être considéré comme universellement responsable de ces droits. En ce sens, dans presque toutes les constitutions d'Amérique latine, l'État est caractérisé comme un État de droit « social ». Toutefois, au sein de l'État, il existe parfois plusieurs institutions conjointement responsables de l'élaboration et de la mise en œuvre de plans, de politiques et de programmes visant à satisfaire chaque droit. Les constitutions ne déterminent généralement pas quelle institution est responsable de quelles activités spécifiques, liées à ces plans,

⁴⁶ Article 27 (1)(a) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to healthcare services* ».

⁴⁷ Article 27 (1)(b) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to sufficient food and water* ».

⁴⁸ Article 27 (1)(c) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to social security* ».

⁴⁹ Article 30 de la Constitution équatorienne : « *Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica* ».

⁵⁰ Article 32 de la Constitution équatorienne : « *La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional* ».

⁵¹ Article 51 de la Constitution colombienne : « *Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda* ».

politiques et programmes. C'est une tâche que les constitutions délèguent souvent au législateur. Cependant, les parlements peuvent laisser des « angles morts »⁵². Il est également important de tenir compte de la nécessité de veiller à ce que d'autres institutions soient compétentes pour faire respecter les droits sociaux et leur fournir des ressources suffisantes.

D'autre part, dans les sociétés néolibérales, l'État n'a parfois ni la possibilité ni la responsabilité immédiate de satisfaire les droits sociaux. En ce qui concerne le droit à l'eau, par exemple, le marché de l'eau a été privatisé dans de nombreux pays d'Amérique latine où des sociétés privées fournissent de l'eau aux particuliers. Nul ne sait si ces entreprises sont également responsables du droit à l'eau et ont donc l'obligation constitutionnelle de le respecter⁵³.

Enfin, la plupart des dispositions relatives aux droits sociaux ne déterminent pas le niveau et le mode de satisfaction requis par la Constitution. Alors que le niveau de satisfaction se réfère aux objectifs spécifiques que les responsables — autorités politiques et personnes privées, physiques et morales — doivent atteindre pour chaque droit, le mode de satisfaction touche aux moyens appropriés que les responsables doivent mettre en œuvre pour arriver à ce niveau. Ces deux variables — c'est-à-dire le niveau et le mode de satisfaction — sont ici particulièrement pertinentes, car elles sont la concrétisation des stratégies du constitutionnalisme transformateur visant à réduire la pauvreté et les inégalités. En raison de l'indétermination constitutionnelle concernant ces deux aspects, il est difficile, dans certains cas spécifiques, de déterminer l'action ou l'omission qui violerait la loi. Pour décider qu'un droit a été violé, les juges ont besoin de savoir quel comportement l'auteur est censé adopter. Gertrude Lübbe-Wolff⁵⁴ se réfère à ce comportement comme « le contraire constitutionnel de la violation ». En ce qui concerne les libertés, déterminer le contraire constitutionnel de la violation est une tâche assez facile : une action est inconstitutionnelle si elle porte atteinte de façon déraisonnable ou disproportionnée à une ou des libertés juridiquement établies. Sur le plan constitutionnel, le contraire de la violation d'une liberté est la cessation ou l'omission de

⁵² Cf. R. Dixon, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights. Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n. 3, p. 391-418.

⁵³ Cf. A. Russell, « Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water », *International Journal of Law in Context*, 2011, vol. 7, n. 1, p. 1-30.

⁵⁴ G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte : Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen [Les droits fondamentaux comme droits de la défense contre les interventions. Structure et portée de la dogmatique d'intervention dans le domaine des services publics]*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

cette action inconstitutionnelle. C'est la stratégie appropriée pour la réparation d'une liberté face à une violation.

En ce qui concerne les droits sociaux positifs, une omission absolue ou relative est inconstitutionnelle si elle ne protège pas le droit en jeu de façon adéquate. Cependant, en raison de l'indétermination des dispositions relatives aux droits sociaux quant à la responsabilité du droit et quant au niveau et au mode de satisfaction, une omission inconstitutionnelle n'a pas une seule contradiction constitutionnelle avec la violation. Au contraire, il peut y avoir autant d'oppositions constitutionnelles qu'il y a de titulaires de devoirs, de niveaux alternatifs et de modes de satisfaction du droit. Dans ces circonstances, on ne peut s'attendre à ce qu'il soit possible de tirer des dispositions relatives aux droits sociaux une réponse capable d'éliminer l'incertitude et les désaccords interprétatifs. L'incertitude et les désaccords interprétatifs disparaîtraient s'il était envisageable de dériver de la Constitution une règle prescrivant un devoir spécifique et clair, à la charge de la personne responsable, pour tous les cas possibles. L'ensemble de ces normes rendrait explicite ce que les droits sociaux permettent, interdisent ou ordonnent pour chaque situation imaginable. Toutefois, cela n'est ni faisable ni souhaitable. Si une société disposait d'un catalogue spécifique et certain de normes en matière de droits sociaux fondamentaux, ses perspectives de délibération politique seraient considérablement limitées. La marge de manœuvre de l'assemblée législative serait minimale : elle deviendrait une autorité uniquement chargée d'exécuter des normes constitutionnelles et son importance en tant que forum de participation et de délibération démocratiques disparaîtrait.

3. LE PARADOXE DE L'ÉTAT SOCIAL

Troisièmement, les constitutions latino-américaines sont confrontées à un paradoxe lié à l'État social. D'une part, ces constitutions institutionnalisent les principes économiques néolibéraux qui sous-tendent les politiques de privatisation des personnes publiques chargées des services publics en rapport avec les droits sociaux. Ces principes se réfèrent également aux libertés économiques et à la libre concurrence. D'autre part, les constitutions latino-américaines garantissent le principe de l'État social (transposé de la Loi fondamentale allemande et de la Constitution espagnole de 1978), un ensemble de droits sociaux juridiquement applicables et la nature positive du droit à l'égalité, qui exige que l'État prenne des mesures juridiques permettant d'atteindre l'égalité des chances dans la population. Alors que le premier ensemble de principes sous-tend un État peu interventionniste, guidé par l'idéologie du libéralisme

politique et économique, le second crée des droits dont la réalisation exige une forte intervention de l'État dans l'économie.

Les principes néolibéraux mentionnés ci-dessus reflètent les demandes de réformes institutionnelles réclamées aux pays d'Amérique latine par les organisations multilatérales au début des années quatre-vingt-dix, et connues sous l'expression « consensus de Washington ». Ce concept, forgé par John Williamson⁵⁵, suggérait l'adoption du libre-échange, des taux de change flottants, du libre marché, de la déréglementation, de la privatisation des entreprises publiques et des organismes officiels chargés du bien-être des plus vulnérables et de la stabilité macroéconomique (y compris la stabilité budgétaire) comme instruments nécessaires à la reprise économique en Amérique latine après les crises financières des années quatre-vingt. Le parrainage du libre-échange par l'Organisation mondiale du commerce et le premier Accord de libre-échange nord-américain, ainsi que la conditionnalité financière des prêts multilatéraux — c'est-à-dire le fait que le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ont subordonné l'octroi de crédits à la mise en œuvre de réformes visant à faciliter le libre-échange — étaient des stratégies utiles pour influencer l'adoption et l'application du consensus de Washington. Cette exécution a eu lieu principalement sous les gouvernements de Carlos Menem (Argentine, 1989-1999), Fernando Collor de Mello (Brésil, 1990-1992), César Gaviria (Colombie, 1990-1994), Carlos Salinas de Gortari (Mexique, 1988-1994), Alan García (Pérou, 1985-1990), Julio María Sanguinetti (Uruguay, 1985-1990 et 1995-2000) et Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1989-1993).

L'institutionnalisation constitutionnelle et législative des principes économiques néolibéraux rend difficiles la satisfaction adéquate des droits sociaux de même que la réalisation des objectifs de réduction de la pauvreté et des inégalités, caractéristiques du constitutionnalisme de transition. La préservation de l'équilibre budgétaire ainsi que la privatisation des entreprises d'État et des organismes chargés du bien-être des plus vulnérables éliminent ou, du moins, diminuent la capacité des institutions politiques à fournir des services publics corrélatifs aux droits sociaux positifs. Laisser la prestation de ces services entre les mains d'entreprises privées crée une tension entre le profit et la capitalisation, d'une part, et la prestation satisfaisante de services sociaux, d'autre part. Plus la prestation ou les conditions de réalisation d'un service social sont élevées, moins cette activité sera rentable, et vice-versa. Les intérêts associés au profit déterminent généralement la façon dont cette tension est résolue. Les

⁵⁵ J. Williamson, « What Washington Means by Policy Reform », in John Williamson (dir.), *Latin American Adjustment. How Much Has Happened ?*, Washington, Institute for International Economics, 1990.

gouvernements n'ont pas la capacité ou la volonté de garantir un résultat différent — les entreprises privées qui fournissent des services publics ou sociaux financent souvent des campagnes politiques.

La question pertinente est la suivante : comment, dans ce contexte, les cours constitutionnelles peuvent-elles contribuer à la réalisation des objectifs d'un constitutionnalisme transformateur par l'application des droits sociaux ?

4. LE RÔLE TRANSFORMATEUR DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX

Attribuer un rôle transformateur aux cours constitutionnelles par l'application des droits sociaux soulève au moins trois questions. Premièrement, les tribunaux doivent-ils déterminer l'objet de la protection de ces droits, les sujets responsables, le niveau et le mode de satisfaction requis par la Constitution⁵⁶ ? Deuxièmement, comment doivent-ils s'acquitter de cette tâche⁵⁷ ? Et troisièmement, dans le cas où les responsables de l'application de ces droits ne respectent pas leurs obligations et, par conséquent, violent ces droits, quelles sont les stratégies judiciaires pour remédier à ces violations ?

La troisième question est cruciale pour l'objet du présent article. En effet, ces stratégies concrétisent les mécanismes par lesquels les cours constitutionnelles contribuent à la réalisation des objectifs de transformation liés à la réduction de la pauvreté et des inégalités. En particulier, nous souhaiterions analyser ici de façon critique deux stratégies utilisées par la Cour constitutionnelle colombienne et qui ont été reprises dans d'autres pays de la région. Nous les appellerons les mesures fortes dans les cas individuels et les mesures structurelles. Ces stratégies ont remis en question la conception traditionnelle de la séparation (stricte) des pouvoirs, ainsi que l'idée qu'en matière de contrôle concret de constitutionnalité, les recours ne peuvent aller au-delà de la demande des parties.

La Cour constitutionnelle colombienne a tenté d'exercer sa fonction formatrice dans des affaires individuelles et structurelles. Un exemple d'affaire individuelle est la manière

⁵⁶ Cf. en faveur de cette possibilité D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 187 et s., et « Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n. 3, p. 710-739.

⁵⁷ Pour cela, il existe plusieurs critères, parmi lesquels le caractère raisonnable, le degré minimum et l'analyse de proportionnalité. Cf. S. Liebenberg, *Droits socio-économiques. Adjudication under a Transformative Constitution*, Le Cap, Juta, 2010, p. 132 et s. ; C. Bernal Pulido, « The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis », in M. Borowski, S. Paulson et J. R. Sieckmann, *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 497-522.

dont, dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a protégé le droit fondamental à l'eau. Par exemple, l'arrêt T-740/2011⁵⁸ a fait droit à un recours en protection dans lequel la demanderesse, qui n'avait pas les moyens financiers de payer la facture d'eau, alléguait que la suspension de ce service public par une société privée violait son droit fondamental à l'eau. Invoquant sa pauvreté, la requérante a demandé une exemption du paiement de la facture. Sur la base d'un rapport de 2003 de l'Organisation mondiale de la santé⁵⁹, la Cour a conclu que le standard minimum de satisfaction du droit fondamental à l'eau implique que chaque personne reçoive au moins 50 litres d'eau par jour, quelle que soit sa capacité financière ou la manière dont le service est fourni. Par conséquent, la cour a ordonné à la compagnie défenderesse de fournir à la requérante et à chacun des membres de sa famille cette quantité d'eau gratuite indéfiniment. Elle a également fait observer que la société défenderesse pouvait demander à l'État le paiement de la moitié du coût de l'eau qu'elle fournissait sans frais.

Assumant une fonction transformatrice afin d'assurer la jouissance universelle du droit fondamental à l'eau, la Cour constitutionnelle a pris une mesure forte. Pour cela, elle a utilisé le critère du noyau minimum et elle s'est déclarée compétente pour déterminer le niveau et le mode appropriés de satisfaction du droit à l'eau. En exigeant la garantie de l'entreprise privée poursuivie, la Cour a modifié le cadre institutionnel, juridique et économique de la fourniture des services publics domestiques d'eau potable. Cette sentence a valeur de précédent et peut être invoquée par toute personne physique se trouvant dans des circonstances identiques ou similaires, contre toute entreprise publique ou privée de services publics.

La Cour constitutionnelle a également exercé sa fonction de transformation par le biais de mesures structurelles, auxquelles, dans certains cas, elle a ajouté l'exercice d'une fonction de vérification du respect des dispositions. Cela s'est produit dans des affaires structurelles, c'est-à-dire des procédures de protection des droits fondamentaux (*tutelas*), dans lesquelles un grand nombre de justiciables invoquent la violation d'un même droit, dont la satisfaction implique l'action coordonnée de diverses institutions publiques, afin de concevoir et mettre en œuvre des politiques publiques⁶⁰. Ces dernières, appelées à bénéficier à l'ensemble de la

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740-11.

⁵⁹ Organisation mondiale de la santé, « Domestic Water Quantity, Service Level and Health », 2003. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf (consulté le 26 novembre 2019).

⁶⁰ Cf. C. Rodríguez-Garavito, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America », *Texas Law Review*, 2010-2011, n. 89, p. 1671.

population et pas seulement aux justiciables, finiront par institutionnaliser la manière et le niveau appropriés de protection constitutionnelle des droits sociaux.

La Cour constitutionnelle colombienne a adopté ce type d'approche dans des affaires telles que celles concernant le manquement de l'État à son devoir d'affiliation des agents publics au système de sécurité sociale⁶¹, à la protection insuffisante des défenseurs des droits de l'homme⁶², à la protection des droits fondamentaux des personnes déplacées par le conflit armé interne⁶³ et au droit à la santé⁶⁴. Dans la plupart de ces cas, afin d'exercer sa fonction transformatrice, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il y avait une situation inconstitutionnelle qui devait être corrigée.

Une analyse de l'arrêt T-025/2004⁶⁵ peut illustrer la façon dont la Cour constitutionnelle a cherché à remédier à ces situations inconstitutionnelles. Ce jugement a statué sur 108 actions intentées par 1150 familles déplacées. La Cour constitutionnelle les a regroupées en raison de leurs caractéristiques, de leurs prétentions et des faits communs. Les plaignants ont souligné que l'absence d'une politique publique uniforme de protection des personnes déplacées par le conflit armé a entraîné une violation massive de plusieurs droits fondamentaux de cette population. Certaines personnes n'avaient reçu qu'une aide humanitaire incomplète. D'autres n'ont même pas obtenu ces prestations, malgré des demandes répétées de protection de l'État en termes de droits sociaux au logement, à l'accès au travail, à la santé, à l'éducation et à la nourriture. Les institutions étatiques concernées ont rejeté ces demandes pour incompetence, insuffisance budgétaire ou parce que l'aide humanitaire d'urgence ne pouvait être accordée que pour trois mois.

Les demandeurs ont utilisé les recours en protection (*acciones de tutela*) pour demander aux juges constitutionnels de protéger ces droits. La majorité des juges de première instance ont refusé cette protection, faisant allusion à des raisons de procédure, en particulier leur incompetence pour donner des ordres aux institutions de l'État en matière de formulation et d'adoption des politiques publiques. Dans le cadre des recours en protection, toutes ces

⁶¹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia SU.559/97 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-068/98 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-535/99 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia SU-090/2000 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-388/2013.

⁶² Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-590/98.

⁶³ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-025/2004.

⁶⁴ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-760/2008.

⁶⁵ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-025/2004.

décisions judiciaires ont été transmises à la Cour constitutionnelle pour qu'elle statue sur leur révision éventuelle.

La décision T-025/2004 est le résultat d'un examen conjoint de ces décisions. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a soulevé deux problèmes juridiques fondamentaux : l'un d'ordre procédural et l'autre d'ordre substantiel. Le problème de procédure est de savoir si, par le biais du recours en protection, les juges constitutionnels ont compétence pour évaluer le rôle des autorités et résoudre les problèmes de conception et de mise en œuvre des politiques publiques relatives à l'assistance aux personnes déplacées par le conflit armé interne. Le problème fondamental est le suivant : quel est le contenu constitutionnel des droits fondamentaux dont il faut tenir compte dans la conception et la mise en œuvre des politiques publiques relatives à l'aide à apporter aux populations déplacées ?

En ce qui concerne le problème de procédure, la Cour constitutionnelle a conclu que les personnes déplacées se trouvent dans des conditions d'extrême vulnérabilité. Par conséquent, les exigences formelles et procédurales ne peuvent empêcher les juges constitutionnels de protéger leurs droits fondamentaux. Cette conclusion a un fort impact sur la séparation des pouvoirs et les frontières entre la justice constitutionnelle et la justice ordinaire. Selon l'arrêt, l'extrême vulnérabilité des plaignants a permis — et peut-être exigé — que la Cour constitutionnelle aille au-delà de la stricte limitation de ses pouvoirs. En réalité, cette situation habilite la Cour à « catalyser » la conception, la mise en œuvre et l'application de politiques sociales visant à rétablir les droits fondamentaux violés.

Sur la question de fond, la Cour constitutionnelle a reconnu que les droits fondamentaux des personnes déplacées — les droits à une vie digne, à l'intégrité de la personne, à l'égalité, au travail, à la santé, à la sécurité sociale, à l'éducation, au niveau de vie minimum et à une protection spéciale des personnes âgées, des mères, des chefs de famille et des enfants — étaient victimes de violations massives et répétées du fait d'omissions imputables aux autorités nationales et régionales. Par conséquent, la Cour a déclaré que de telles omissions créaient une situation inconstitutionnelle, c'est-à-dire une situation dans laquelle quatre conditions étaient remplies, chacune nécessaire et toutes suffisantes, à savoir : a) qu'il y a violation massive de plusieurs droits fondamentaux d'un nombre représentatif de personnes ; b) que la cause de cette violation est un manquement généralisé des autorités à leurs obligations ; c) que les mesures législatives, administratives et budgétaires prises pour prévenir la violation de ces droits sont insuffisantes ; et d) que la solution au problème exige un ensemble complexe d'actions coordonnées, qui doivent être déployées par plusieurs institutions publiques. La Cour

constitutionnelle a noté que pour remédier à la situation inconstitutionnelle des personnes déplacées, les autorités doivent allouer des ressources suffisantes et adapter leurs activités pour garantir un niveau minimum de satisfaction des droits fondamentaux violés.

Sur la base de ces motifs, la Cour constitutionnelle a rendu deux types de mesure : certaines structurelles et d'autres simples. L'objectif des mesures structurelles était de surmonter l'inconstitutionnalité de la situation. Les mesures simples répondaient aux demandes concrètes des plaignants concernant la protection de leurs droits.

En outre, la Cour constitutionnelle a déclaré qu'elle conserverait sa compétence pour contrôler le respect de ces mesures. Le décret 2591/1991, qui régit la procédure du recours en protection, habilite la Cour constitutionnelle à contrôler le respect de ses décisions jusqu'à ce que la violation des droits fondamentaux cesse effectivement. En général, la Cour laisse cette tâche aux juges de première instance. Toutefois, en raison de l'importance des mesures rendues dans le cas des personnes déplacées, la Cour a réservé l'exercice de cette compétence. Par ailleurs, en 2009, ce travail a été confié à une chambre de suivi créée au sein même de la Cour.

5. UNE EVALUATION DES STRATEGIES JUDICIAIRES DE TRANSFORMATION

Le jugement T-025/2004 est l'une des décisions les plus emblématiques de la Cour constitutionnelle dans la mesure où elle concerne le constitutionnalisme de transition. Très bien fondé d'un point de vue empirique, il repose sur une analyse rigoureuse de la violation des droits fondamentaux des personnes déplacées, ainsi que sur l'absence de politiques appropriées pour remédier à cette situation anormale sur le plan constitutionnel. Il a également été pionnier dans la compréhension du déplacement forcé, non seulement en tant que problème social, économique et politique, mais aussi en tant que violation de plusieurs droits fondamentaux. Pour y remédier, il utilise la stratégie, suggérée par Rosalind Dixon⁶⁶, de combiner une définition forte du contenu des droits sociaux avec des remèdes faibles qui énoncent les objectifs de politique publique que les autorités publiques doivent atteindre mais leur laissent le soin de déterminer les moyens. La Cour a ainsi respecté le pouvoir discrétionnaire des autorités, tout en se réservant la compétence de vérifier le respect des objectifs fixés dans l'arrêt, relatifs à la protection des droits fondamentaux des personnes déplacées.

Depuis l'arrêt T-025/04, les juges de toute la Colombie ont rendu plus de 400 décisions pour donner suite aux mesures de la Cour et s'y conformer. Ces décisions ont élargi et clarifié

⁶⁶ Voy. R. Dixon, « Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n. 3, p. 391-418,

les ordres structurels et ajouté des remèdes forts, c'est-à-dire des ordres spécifiques à l'administration publique, relatifs à l'adoption de moyens. De son côté, la Cour constitutionnelle a tenu une trentaine d'audiences publiques et de sessions techniques auxquelles ont participé les acteurs concernés, tels que les plaignants, les institutions publiques, les délégués d'ONG et les organisations internationales de défense des droits de l'homme. La Cour a également rendu des décisions de suivi dans lesquelles elle a adopté des mesures spécifiques pour la réparation différenciée des droits fondamentaux des femmes, des peuples autochtones, des enfants, des personnes âgées et des handicapés, qui sont tous victimes de déplacements forcés.

L'arrêt T-025/04 a conduit à l'adoption de la loi 1448/2011, « Loi sur les victimes et la restitution de terres », qui a notamment créé un programme de protection et de réparation pour les victimes de déplacement forcé et autres victimes du conflit armé. Cette décision a également incité le pouvoir exécutif de plusieurs gouvernements à concevoir et à mettre en œuvre des politiques en faveur de la population déplacée et du pouvoir judiciaire, en particulier des juges des tutelles, pour protéger leurs droits dans des cas spécifiques. Enfin, les audiences publiques de la Cour constitutionnelle ont placé la violation massive des droits fondamentaux des personnes déplacées au centre de l'agenda politique et social et ont ouvert un espace de réflexion entre les entités étatiques et la communauté. Dans cet espace, des personnes déplacées et des groupes de militants des droits de l'homme ont évalué les stratégies adoptées par l'État.

Toutefois, des données récentes et fiables révèlent l'inefficacité de la stratégie de recours énergiques adoptée dans les mesures de contrôle rendues par la chambre de suivi dans le cadre de l'arrêt T-025/2004⁶⁷. L'une des raisons qui peuvent expliquer cet effet est le manque de connaissances techniques des juges sur les aspects financiers et sociaux des politiques publiques. Certains de ces recours ont accru la judiciarisation et obligé le gouvernement national à allouer des ressources considérables pour couvrir les coûts de transactions liés aux litiges. Quinze ans plus tard, la situation inconstitutionnelle n'a pas encore été surmontée. Certaines statistiques montrent que le nombre de personnes déplacées par le conflit armé interne a augmenté, passant de 3,6 millions en 2004 à 7,7 millions en 2017. 66,2 % d'entre elles n'ont pas encore reçu d'aide d'État. Seulement 0,5 % a bénéficié de toutes les prestations offertes par les autorités. 97,6 % des victimes de déplacements forcés vivent encore dans des conditions de pauvreté et 78,8 % dans des conditions d'urgence. Ces chiffres ne permettent pas d'affirmer

⁶⁷ A. Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

avec certitude que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a radicalement transformé la situation des personnes déplacées en Colombie. Le problème est peut-être trop complexe pour être résolu par les modestes instruments du constitutionnalisme. Toutefois, cela ne saurait non plus conduire à sous-estimer l'impact positif que la jurisprudence constitutionnelle en la matière a eu sur la vie de centaines de milliers de personnes déplacées.

Les statistiques concernant les cas structurels dans les prisons conduisent également à des conclusions pessimistes. Des décisions récentes de la Chambre de contrôle sur le respect des arrêts T-388/2013⁶⁸ et T-762/2015⁶⁹ ont conclu à un faible niveau de respect des mesures de la Cour⁷⁰. Dans le cadre de cette affaire structurelle et de celles relatives aux personnes déplacées et au droit à la santé, plusieurs ONG et autres acteurs sociaux demandent toujours à la Cour de continuer à contrôler la mise en œuvre des mesures décidées dans les arrêts pertinents. Une question se pose : quand la Cour devrait-elle mettre fin à cette fonction de suivi ? Répondre à cela implique un dilemme à trois branches. Premièrement, la Cour ne peut pas continuer à exercer cette fonction définitivement. Toutefois, les programmes adoptés par les autorités ne semblent toujours pas protéger les droits sociaux au niveau requis par la Constitution. Il n'est pas non plus prévisible qu'ils le feront dans un avenir proche. Ainsi, si la Cour met fin à sa fonction de contrôle, elle doit accepter que les mesures ordonnées mais non encore exécutées demeurent lettre morte ou qu'il lui soit impossible de les exécuter dans les circonstances politiques et économiques actuelles. Dans les deux scénarios — tous deux regrettables — la question demeure de savoir si la Cour devrait continuer à admettre des recours en rapport avec les mêmes objectifs de protection des droits sociaux qui n'ont pas encore été atteints.

Il existe également des doutes fondés quant à la capacité institutionnelle de la Cour à transformer la société par le biais de mesures fortes qui déterminent les niveaux et les modes de satisfaction des droits sociaux dans les affaires structurelles. Premièrement, les politiques économiques et sociales sont le moyen habituel de déclencher des transformations sociales. Compte tenu de la séparation des pouvoirs, les cours constitutionnelles ou suprêmes ont une compétence assez limitée pour concevoir et appliquer de telles politiques. Deuxièmement, les tribunaux activistes peuvent prendre des décisions chimériques ou inappropriées. L'impossibilité de se conformer à de telles décisions peut susciter la méfiance des citoyens à

⁶⁸ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-388/2013.

⁶⁹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-762/2015.

⁷⁰ Voy. Autos A-548/2017, A-121/2018 et A-110/2019.

l'égard des institutions étatiques, y compris la justice constitutionnelle. Elles ne peuvent produire que des effets symboliques qui masquent des problèmes économiques et sociaux profondément enracinés. En outre, des décisions inappropriées peuvent entraîner des distorsions dans la répartition et des coûts de transaction injustifiés et peuvent entraîner la perte d'opportunités et de ressources pour produire les transformations souhaitées. Troisièmement, se pose le problème de la bureaucratisation de la justice. Par exemple, les mesures prises par la Cour constitutionnelle colombienne en matière de santé imposant aux institutions du système de santé de fournir des médicaments ou d'exécuter des procédures ont renforcé la protection du droit fondamental à la santé et ont transformé les politiques publiques dans ce domaine. Toutefois, dans une certaine mesure, l'intervention du juge constitutionnel est devenue dans la pratique une étape supplémentaire dans le processus bureaucratique d'obtention de services de santé. Paradoxalement, cela a diminué le niveau de satisfaction de ces droits.

En ce qui concerne les affaires individuelles, la Cour continue d'adopter des réponses énergiques dans un grand nombre de cas où les autorités n'ont pas fourni les médicaments ou les traitements auxquels le requérant avait droit. De même, dans des affaires récentes, la Cour a commencé à expérimenter des voies de recours délibératives dans lesquelles elle invite à une coopération importante entre les requérants et les autorités politiques. La base de ces expériences est la tentative de maximiser l'efficacité dans la satisfaction des droits sociaux tout en minimisant l'ingérence dans le principe de la séparation des pouvoirs.

L'arrêt T-91/2018⁷¹ de la Cour constitutionnelle montre comment les juges peuvent jouer ce rôle de catalyseur. Dix élèves d'un collège ont demandé l'ouverture d'une école secondaire aux autorités éducatives d'un petit village, situé dans une région dévastée par le conflit armé interne en Colombie. En raison de contraintes financières, un décret prévoit qu'un cours secondaire peut être ouvert s'il y a vingt-deux élèves. Sur la base de ce décret, les autorités éducatives ont rejeté la requête. Les élèves ont ensuite intenté un recours en protection pour demander que leur droit à l'éducation soit protégé.

Lorsque la Cour constitutionnelle a examiné l'affaire, elle avait au moins trois possibilités. Tout d'abord, faire preuve de déférence à l'égard des autorités politiques. Deuxièmement, adopter un remède ferme et ordonner d'ouvrir l'école secondaire. Si la première n'avait pas conduit à une protection efficace du droit, la seconde aurait impliqué une forte ingérence judiciaire dans les politiques éducatives et budgétaires. La Cour a donc adopté

⁷¹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-91/2018.

une stratégie catalytique. En ce sens, elle a donné lieu à un dialogue entre les pétitionnaires et les autorités éducatives. La Cour a demandé à ces autorités comment les droits de ces élèves pouvaient être protégés. En particulier, elle leur a demandé s'ils pouvaient se voir offrir des quotas dans les écoles environnantes. Les autorités ont identifié deux écoles secondaires dans un rayon de vingt kilomètres dans lesquelles les élèves pourraient poursuivre leurs études. La Cour a ordonné aux autorités d'ouvrir un processus de participation significative avec les requérants afin de s'entendre, premièrement, sur l'école où les élèves poursuivraient leurs études et, deuxièmement, sur la prise en charge des frais de transport. La collaboration a été fructueuse. Après quelques jours, un accord a été conclu. Les élèves étaient inscrits dans l'une des écoles secondaires avoisinantes. Le gouvernement de la municipalité dans laquelle ils vivent a pris en charge les frais de transport.

Ces stratégies de dialogue peuvent s'avérer plus efficaces pour favoriser les transformations. Premièrement, elles engagent les autorités à rechercher des mesures concrètes pour satisfaire les droits sociaux. Deuxièmement, l'examen de ces mesures est fondé sur ce qui est possible dans les circonstances particulières des pétitionnaires et des personnes responsables de la fourniture de biens et de services pour que les droits sociaux puissent être satisfaits.

VARIATIONS SUR LA « SCIENCE DU DROIT »

Pierre Brunet*

Table des matières

UNE NOTION AMBIGUË.....	69
QUELLE DIRECTION ?	69
OPPOSITIONS	70
UNE ISSUE ?.....	76
BIBLIOGRAPHIE.....	78

Abstract

The expression "legal science" is controversial and the demand for an autonomous science applied to law continues to fuel epistemological debates that evolve according to the models of science chosen by jurists. Thus, the empirical and descriptive model is challenged in the name of practical reason and the argumentative model where science is no longer perceived as exclusive of a prescriptive approach. Rather than proposing another model, the article aims to capture what lawyers actually do and to identify the discourse of the legal science practiced by lawyers.

Résumé

L'expression « science du droit » donne lieu à polémique et la revendication d'une science pour le droit continue de nourrir des débats épistémologiques qui évoluent en fonction des modèles de sciences choisis par les juristes. Ainsi le modèle empiriste est descriptif se voit contester au nom de la raison pratique et du modèle argumentatif où la science n'est plus perçu comme exclusive d'une démarche prescriptive. Plutôt que de proposer un autre modèle, l'article

* Professeur de droit public, École de droit de la Sorbonne.

VARIATIONS SUR LA « SCIENCE DU DROIT »

se propose de saisir ce que font réellement les juristes et d'identifier le discours de la science du droit que pratiquent les juristes.

UNE NOTION AMBIGUË

Si l'expression « science du droit » évoque inévitablement les noms prestigieux des grands auteurs (en vrac et sans prétention à l'exhaustivité : Bentham, Austin, Savigny, Jhering, Jellinek, Kelsen, Carré de Malberg, Bobbio, Ross) elle est foncièrement ambiguë, comme cela est très largement admis (Bobbio, 1950, Wróblewski, 1981, Nino, 1993, Calsamiglia, 2000, Van Hoecke, 2004, Peczenik, 2006, Guastini, 2013, Núñez Vaquero, 2013, Smits, 2017). L'ambiguïté vient de ce que par « science du droit » on désigne, dans la littérature académique, deux activités très différentes : l'une qui se veut « purement » descriptive ; l'autre qui accepte de mêler la description et la prescription. Ces deux façons de concevoir le rôle du juriste et la connaissance du droit donnent lieu à deux expressions : la science juridique *stricto sensu* et la « doctrine juridique ». Cette opposition se retrouve d'ailleurs dans d'autres langues où elle semble plus facile à saisir : « *Rechtswissenschaft* » vs « *Rechtsdogmatik* » ; « *Jurisprudence* » ou « *legal Science* » vs. « *legal doctrine* » ou encore « *legal scholarship* » ; « *scienza giuridica* » vs. « *dogmatica del diritto* » ; « *ciencia jurídica* » vs. « *dogmática jurídica* ».

On pourrait penser qu'une fois établie par le langage, la distinction suffit à clarifier les choses. Ce n'est pourtant pas si simple car nombre de juristes qui défendent la science du droit *stricto sensu* tendent à refuser le label de science à la dogmatique au motif que cette dogmatique consiste en une pratique politique qui vise à influencer les décisions juridictionnelles. Inversement, les partisans de la dogmatique, qui assument la dimension normative de leur positions, se réclament eux aussi de la science en rejetant l'idéal scientifique descriptif. On se trouve donc confronté à cette situation étrange et ironique déjà notée par d'autres (Nino, 1993), où, d'une part, les partisans de l'empirisme défendent une conception de la science du droit que ne pratiquent pas les juristes – leur métascience est donc prescriptive – tandis que les autres, qui pratiquent la dogmatique, défendent une conception de la science normative et peuvent s'appuyer sur une métascience descriptive. Ainsi, tout le monde se réclame de « la science » mais comme personne n'entend ce terme dans le même sens, on assiste à un dialogue de sourds.

QUELLE DIRECTION ?

L'enjeu est cependant plus substantiel et très vaste qui mêle à la fois la dimension épistémologique mais aussi politique, sociologique, philosophique et soulève de très nombreuses questions. Il serait donc vain ou bien trop présomptueux de vouloir identifier la « vraie » science du droit ou de défendre une des conceptions comme étant la seule possible. Dans ces conditions, on peut envisager de cerner divers « modèles » de science juridique.

Ainsi, Nino (Nino, 1993) distinguait quatre modèles : la science juridique pure du droit de Kelsen, la science juridique empirique de Ross, la science juridique systématisante de Alchourrón et Bulygin (Alchourrón and Bulygin, 1971) et enfin le modèle de la science normative du droit (qu'il défendait). Cette classification laissait toutefois de côté bien d'autres formes de science juridique.

De son côté, Núñez Vaquero (Núñez Vaquero, 2013, Núñez Vaquero, 2012) distingue lui cinq modèles de science juridique : deux modèles de science juridique – l'un normativiste (Kelsen), l'autre réaliste (Holmes, Ross, Guastini) –, trois modèles de dogmatique juridique : argumentativiste (Aarnio, Alexy, Atienza, Nino, Peczenik, Zagrebelsky), techno-réaliste (qui regroupe les réalistes américains et notamment William Douglas, Karl Llewellyn et Felix Cohen) et critique (*Critical Legal Studies*, Théorie critique argentine, *Usa alternativo del diritto*). La difficulté de ces « modèles » est qu'ils reposent sur des choix et distinctions très discutables. Il y a certainement de bonnes raisons de distinguer, par exemple, le normativisme du réalisme mais il y bien plus de points communs entre ces deux derniers modèles et celui techno-réaliste qu'entre celui-ci et le modèle argumentativiste. Par ailleurs, la frontière entre la science et la dogmatique semble ici très poreuse alors que certains juristes, classés du côté de la dogmatique, la voulait bien plus tranchée. Certes, les individus évoluent et leur conception de la connaissance du droit avec eux mais alors il faut identifier les thèses plus encore que les individus.

Une autre façon d'envisager la question est d'identifier les points de désaccord. On fait ainsi l'économie d'une discussion complexe sur les fondements du choix des modèles tout en retrouvant la plupart des auteurs ou modèles proposés.

OPPOSITIONS

Pour les juristes qui se déclarent empiristes – partisans du positivisme et du réalisme –, la science juridique doit uniquement décrire les normes « valides » ou, mieux encore, pour parler comme Ross, les normes « en vigueur ». Mais avec quels instruments décrire ces normes ? Et que signifie précisément « décrire des normes » ?

Telle que Kelsen la propose, la science du droit descriptive n'est pas des plus claires. D'une part, elle sera dite « empirique » bien qu'elle ne porte pas sur des faits mais sur la signification de certains actes. Comme il le dit :

« Une science n'est pas "empirique", par opposition à "métaphysique", uniquement quand elle décrit des faits qui se déroulent dans l'espace et dans le temps, mais également *quand elle décrit la signification de certains actes humains*. Une théorie du droit reste empirique *si elle se limite à la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques* » (Kelsen, 2000).

On a toutefois fait remarquer que cette conception de la science implique « plusieurs concepts de description » (Stewart, 1990) : l'une, par laquelle on cherche dans toute forme particulière la présence d'une forme idéale *a priori* peut être qualifiée de réfractive ; l'autre, par laquelle on rend compte des formes que les objets extérieurs laissent dans l'esprit sera dite « réflexive » ; enfin, celle par laquelle on reconstruit la signification qu'un comportement peut avoir pour un individu sera dite « interprétative ». Chacun de ces concepts dépend de la philosophie ou de l'ontologie que l'on adopte. Il dépend donc en définitive de l'objet que l'on veut décrire. Or, d'un côté, Kelsen affirme que la science du droit doit décrire des normes à l'aide de « propositions de droit » qui en « reproduisent » la structure syntaxique. Ce sont « des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu » (Kelsen, 1962). Elles seraient donc la réitération des normes positives mais dans un sens descriptif et le « devoir » qu'elles contiennent n'est pas déontique : ce sont donc des propositions au sens logique du terme, elles sont susceptibles d'être vraies ou fausses. Ce faisant, il adhère à une conception réfractive de la description.

De l'autre, il explique que la science du droit doit aussi interpréter des comportements en identifiant leur « signification objective » dans le système de normes dans lequel ils interviennent – et ainsi, c'est une conception interprétative plus proche d'une forme de « compréhension interprétative » à la Max Weber. De même, et enfin, c'est encore une conception interprétative qu'il adopte lorsqu'il assigne à la science du droit de décrire « sur la base d'une analyse critique, toutes les interprétations possibles, même celles qui ne sont pas politiquement souhaitables et qui n'ont peut-être pas été du tout voulues par le législateur ou par les parties contractantes, mais qui sont incluses dans la rédaction choisie par elles » (Kelsen, 1962).

La difficulté est que Kelsen ne dit rien de la méthode par laquelle la science du droit pourrait accomplir cette tâche. Faut-il y voir une méthode exégétique ? Une observation ? Une interprétation de toutes ces interprétations possibles ? Nul ne le sait. Il ne précise pas non plus

en quoi devrait consister cette « analyse critique » dont il parle. On ne voit pas davantage ce que seraient les « conditions de possibilité » de toutes les interprétations envisagées par Kelsen. Par ailleurs, quand bien même on admettrait la démarche de Kelsen, à qui servirait-elle ? Aux juristes, évidemment, mais lesquels ? Les juges ? Les avocats ? Les professeurs de droit ? Les législateurs ? Kelsen semble effectivement attendre d'une description « de toutes les interprétations possibles » une meilleure « sécurité juridique » et donc une meilleure prévisibilité du droit.

L'affirmation est pour le moins surprenante au regard de la distinction étanche qu'il a préalablement posée entre deux interprétations, celle dite « authentique » émanant des autorités officielles – les juges – et celle, scientifique, qui est censée n'avoir aucune valeur normative. Car, si les deux interprétations ne se confondent pas en ce qu'elles ne se situent pas sur le même niveau de langage, mieux même, si l'interprétation authentique est une affaire de volonté et non de connaissance, on ne voit pas bien en quoi la description scientifique de « toutes les interprétations possibles » pourrait changer quelque chose à l'indétermination fondamentale du droit et améliorer la sécurité juridique. Ou bien faut-il renoncer à cette idée d'une interprétation authentique et admettre que le texte de l'énoncé juridique limite effectivement la part de pouvoir discrétionnaire de l'interprète ? Faut-il admettre que l'interprétation scientifique est elle-même susceptible de guider celle authentique voire de limiter sa liberté ou du moins de la contenir ? Faut-il penser que cet inventaire des interprétations possibles doit se doubler d'une analyse – que Kelsen qualifierait peut-être de critique – des présupposés politiques, moraux, idéologiques... que le choix de telle ou telle interprétation révélera, ainsi que d'une analyse conséquentialiste de ces mêmes choix ? On aurait alors une science du droit à même d'éclairer le choix futur des interprètes et de ceux que leurs décisions concernent.

À bien y réfléchir, c'est à peu de chose près ce que pourrait se proposer de faire sinon « la », au moins une certaine dogmatique – si on accepte de désigner de ce terme non une entité abstraite inexistante en elle-même mais un ensemble d'individus pratiquant, à des degrés divers, une analyse elle-même diversement subjective visant à raisonner sur les présupposés et les conséquences des choix interprétatifs envisageables. Car ce que Kelsen semble entrevoir trop rapidement c'est qu'une grande part de l'activité des juristes consiste à raisonner sur des textes qui n'ont pas encore fait l'objet de la moindre interprétation authentique. Or, à partir de ces textes, il ne peuvent se contenter de décrire des significations « possibles » : ils ont bien souvent besoin de penser à l'applicabilité pratique des dispositions en cause, de prendre en compte les finalités que tel texte prétend viser, d'imaginer les conséquences économiques, sociales,

environnementales... que les choix interprétatifs produiront. Mais cela ne les empêche nullement de savoir que d'autres interprétations sont susceptibles d'intervenir et, mieux encore, que les choix interprétatifs des juges ou de toute autorité susceptible de faire une application de ce texte sont libres et d'une prévisibilité faible.

Du côté des réalistes et notamment de Alf Ross, on retrouve des thèses semblables : il rejette la prétendue « science juridique », qui consiste en l'étude doctrinale ou dogmatique du droit effectivement pratiqué, qu'il perçoit comme une pratique politique visant à influencer les décisions juridictionnelles. En revanche, la science juridique authentique est pensée sur le modèle des sciences empiriques : ses énoncés sont des propositions au sens logique ; ils sont empiriques car ils portent sur des faits sociaux observables et non pas sur la « signification objective » des actes humains ; ces faits sociaux sont à la fois les décisions juridictionnelles et l'idéologie normative répandue parmi les juges ; enfin, la tâche de la science juridique n'est que la prévision des décisions juridictionnelles futures une fois prises en compte ces décisions et l'idéologie normative. Précisons tout de même : la science du droit ne cherche pas à prédire les décisions concrètes des juges eux-mêmes – cette tâche reviendrait plutôt à la sociologie du droit – mais les normes dont les juges feront application dans leur décisions futures et qu'ils appliqueront effectivement. Autrement dit, la science du droit doit identifier les « sources » du droit réelles au-delà des sources « officielles ».

Cette conception a suscité de nombreuses critiques. On a pu montrer que l'objet même de la prédiction n'était pas clair (Núñez Vaquero, 2012) : portera-t-elle sur des énoncés normatifs ou sur des normes ? Si elle devait porter sur des énoncés normatifs, elle ne présenterait guère d'intérêt car un même énoncé est susceptible de plusieurs interprétations, et dès lors s'attacher aux énoncés ne permet pas de faire la moindre prédiction. Portera-t-elle sur des normes ? Mais lesquelles ? Ross semble se limiter à celles « réellement » prises en compte par les juges et non toutes celles qui sont susceptibles de servir de prémisses majeures du syllogisme judiciaire. Or, on voit mal en quoi on pourrait formuler une quelconque prédiction à partir de ces normes-là, sauf à croire que les juges se bornent à se répéter. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la méthode – assez pauvre – que Ross semble indiquer pour identifier les prédictions.

L'idée défendue par Ross de s'intéresser aux « sources réelles » du droit afin de prendre en compte les idéologies normatives des juges, et donc ce qu'ils admettent comme des normes contraignantes, est très séduisante mais en quoi relève-t-elle à proprement parler de la « science juridique » ou d'une science proprement juridique ? Sans doute le juriste est-il mieux à même

que d'autres de faire le tri entre les sources « officielles » et les sources officieuses. Mais face à un juge qui, par exemple, justifierait sa décision d'attribuer la personnalité juridique à une forêt ou à des fleuves en s'appuyant sur un corpus de textes relevant de l'éthique environnementale, peut-on encore considérer que le juriste est le mieux placé pour en rendre compte¹ ? On peut encore multiplier les exemples : les concepts économiques ont depuis longtemps investi le domaine juridique à travers le droit de la concurrence ou plus généralement le droit économique. Doit-on considérer que les juristes sont les mieux à même de décrire les idéologies qui s'évincent des décisions rendues par les juges ?

La question soulève celle difficile de l'autonomie du droit ou mieux de la discipline juridique, autonomie longtemps défendue avec force par les juristes positivistes mais qui aujourd'hui ressemble davantage à un dogme qu'à une description vraie du droit existant (Posner, 1987). On ne peut cependant pas non plus jeter le bébé avec l'eau du bain : les juristes n'ont sans doute pas les moyens de se transformer en sociologues ou en économistes, mais ils sont peut-être mieux à même de comprendre l'usage juridique qui est fait des concepts *a priori* étrangers au droit lui-même car c'est d'abord une affaire de qualification et d'interprétation.

Pour rompre avec le descriptivisme quelque peu simpliste de Kelsen ou de Ross, certains proposent ainsi de décrire le comportement de toutes les autorités qui, appliquant et produisant du droit, sont soumises à des contraintes diverses et notamment « argumentatives » : il ne s'agit plus alors de prédire mais de décrire et d'expliquer des comportements comme peut le faire l'Histoire, par « rétrodiction » (Troper et al., 2005). Cette démarche, qui se veut réaliste souffre néanmoins de deux faiblesses. D'une part, elle ne peut guère identifier *a priori* les contraintes « spécifiquement juridiques ». En effet, retrouvant les affirmations du réalisme américain des années 30, cette thèse rejette l'idée que les normes juridiques seraient « obligatoires » (Radin, 1925) et admet au contraire que ce ne sont pas elles qui déterminent par elles-mêmes les décisions des juges ou des acteurs du droit mais qu'elles sont utilisées pour justifier leurs décisions (Llewellyn, 1930). Dès lors, les arguments qui interviennent dans le discours de justification sont tenus pour spécifiquement juridiques mais la théorie ne peut jamais que constater la présence de contraintes au cas par cas. En d'autres termes, le risque est grand que les contraintes identifiées par la science du droit ne soient rien d'autre que l'ombre projetée du scientifique lui-même. D'autre part, si cette conception de la science du droit ne partage pas certains présupposés assez répandus au sein de la dogmatique juridique, il n'empêche que le

¹ Les exemples ne sont pas le fruit de mon imagination.

mode d'approche n'est pas si éloigné de cette dernière : lorsqu'elle rend compte des décisions de telle ou telle juridiction, la dogmatique reconstruit elle aussi les conditions des choix interprétatifs. Et si elle ne raisonne pas en termes de contraintes spécifiquement juridiques, il n'est pas rare qu'elle présuppose elle aussi que certains choix sont contraints, pour des raisons tenant au mode d'argumentation choisi par la juridiction étudiée. Le modèle de science du droit proposé n'aurait alors d'autre mérite que de donner un nom à une pratique en fait assez banale.

Il reste que les tenants d'une approche rigoureusement scientifique – empiriste et descriptive – se voient opposer de ne pas tenir compte des évolutions de la science. Le problème dépasse donc largement les juristes eux-mêmes et relève de l'épistémologie en général. Pour certains, en effet, au moins quatre évolutions justifient que la science juridique s'émancipe de l'idéal « descriptiviste » (Villa, 1993) : la réhabilitation de la philosophie pratique, l'affaiblissement de la division entre les positions analytique et herméneutique qui conduit à penser une herméneutique analytique, l'inclusion des aspects sociologiques et historiques dans les questions épistémologiques et les relations entre la philosophie analytique et la théorie critique. Ainsi est-il affirmé que « *The new situation in philosophy makes it easy for legal theory to use ideas of varying philosophical origin with a considerable degree of independence. This facilitates the emergence of a legal theory which is not limited to the passive transference of some results of philosophy, but capable of contributing to that vast number of problems which legal theory and, for instance, the philosophy of science and moral philosophy have in common* » (Aarnio et al., 1981). Il faut dès lors tenir compte de la critique du positivisme telle qu'elle émane de la théorie de l'argumentation (on peut parler d'un « *argumentative turn* »). Pour les partisans de cette théorie, le droit ne peut plus être approché d'un point de vue strictement formel et l'on doit désormais prendre en compte l'importance du raisonnement juridique délibératif lequel n'obéit pas à des critères d'évaluation purement logiques comme le voudrait le positivisme mais à des critères plus souples (cohérence, acceptabilité des conséquences, universalisation, efficacité, testabilité, sincérité...) (Peczenik et al., 1984, Atienza, 2005, Alexy, 2007).

Dans ces conditions, les juristes qui défendent le point de vue doctrinal ou dogmatique, considèrent volontiers que « le cœur de la science juridique est le comportement de l'« *homo juridicus* » (Smits, 2009, Smits, 2017), autrement dit, cette « science » doit être normative et se donner pour but de chercher à répondre à la question : « quel comportement doivent adopter les destinataires de telle norme juridique ? » ou encore « quel est le comportement conforme à telle norme ? ». On comprend dans ces conditions que les juristes professionnels ne sauraient se

borner à une pure description du droit. Ils apparaissent comme les garants de sa « bonne application ».

UNE ISSUE ?

Mais l'une des voies possibles pour enrichir la science du droit serait peut-être de prendre en compte ce discours de la dogmatique et plutôt que de se contenter d'un idéal descriptif de normes, décrire plus précisément encore ce que font vraiment les juristes.

On pourrait se tourner vers les développements très intéressants de Svein Eng (Eng, 2000, Eng, 2005) qui propose de décrire les propositions de *lege lata* des juristes comme des propositions simultanément descriptives et prescriptives (« *fused descriptive and normative proposition* ») ou encore, ni purement descriptives ni purement normatives. Cette thèse ne doit pas prêter à confusion : il ne s'agit pas d'une énième contestation de la loi de Hume ; elle ne se situe pas sur un plan logique ; elle n'entend pas contester la « grande division » ni démontrer qu'il est logiquement possible d'inférer un « *ought* » d'un « *is* » ni, inversement, qu'il est logiquement impossible de distinguer entre ce qui « est » et ce qui « doit être ». Elle procède d'une analyse fine de l'usage du langage par les juristes. Or, ces derniers sont conduits d'une part à décrire les motivations juridiques des autorités qui appliquent le droit ; d'autre part, à faire des prédictions sur les normes qui seront décidées à l'avenir ; enfin à évaluer leurs propres descriptions ou prédictions à l'aune de ce qui a déjà été jugé.

Ces prédictions ne portent pas sur toutes les décisions qui seront prises de façon abstraite et générale, mais sur celles qui sont probables ou encore raisonnablement concevables. Dans ces conditions, la modalité de discours n'est pas purement descriptive ni purement normative mais constitue une tierce modalité spécifique. Il faut ajouter qu'une même autorité peut se trouver elle aussi prise dans cette modalité de discours. S'il est vrai, comme le reconnaît Eng, que la description d'une règle comme valide, émanant par exemple d'un juge, peut difficilement être interprétée comme la prédiction de ce que ce même juge considèrera comme une norme valide, en revanche, cette même description peut parfaitement porter sur ce que cette même autorité pense que les autres juges (ou autres autorités d'application) tiendront pour valides à l'avenir et constituer ainsi une prédiction de ce que feront ou diront les autres autorités. Et cette même prédiction peut aussi être utilisée comme une norme pour servir de fondement à une évaluation de la validité d'une autre norme. Or, rien ne justifie que l'on écarte ce type de prédictions du discours des juges eux-mêmes. Et c'est bien cette modalité de discours qui caractérise le discours de la science du droit que pratiquent les juristes.

Une science du droit descriptive de ce que font les juristes ne peut donc guère se passer d'une analyse du discours de ces juristes. Et cette description n'est pas moins axiologiquement neutre que celle qui voudrait s'en tenir au « langage du législateur ».

On pourrait en dire de même de la science du droit imaginée par les positivistes – réalistes compris –, sauf sans doute les réalistes américains les plus tournés vers les sciences sociales – même s'il faut bien reconnaître que leurs travaux n'ont pas réellement fait la démonstration d'un usage approfondi des sciences sociales (Kalman, 1986). Les tâches qu'une science du droit pourrait se donner seraient donc de décrire les interprétations produites par les juristes, s'attacher aux conditions de leur production, prendre en compte tout ce que le discours dogmatique charrie de concepts, de raisonnements parfois biaisés, d'emprunts, de présupposés, voire d'idéologies. Si elle n'intéressera pas les juristes strictement concernés par les règles positives et leur application ponctuelle, une telle science est peut-être susceptible de constituer une dogmatique sinon intelligente du moins « éclairée ». Et sans doute moins stérile que la pure réfraction à laquelle tend parfois une certaine façon d'envisager la science du droit.

Pour sortir de « l'agenda doctrinal » sur lequel une certaine science du droit d'inspiration analytique semble être restée bloquée (Twining, 2005a, Twining, 2005b), sans doute faut-il chercher à expliquer des mécanismes plutôt qu'à décrire des normes ou des énoncés. Sauf à admettre que la description est entendue au sens négatif de non-prescription et au sens positif d'explication. Même si cela peut sembler présomptueux, la science du droit ne sera réellement une science qu'à la condition de fournir des explications. Reste à déterminer si l'observation du droit par les juristes peut y parvenir.

BIBLIOGRAPHIE

- A. Aarnio, R. Alexy, et A. Peczenik, « The Foundation of Legal Reasoning », *Rechtstheorie*, 1981, vol. 12, n. 2, p.133-158.
- C. Alchourrón, et E. Bulygin, *Normative systems*, Wien-New York, Springer, 1971.
- R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Bogota, Palestra Editores, 2007.
- M. Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Mexico, UNAM, 2005.
- N. Bobbio, « Scienza del diritto e analisi del liguaggio », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, vol. 4, n. 2, p.342-367.
- A. Calsamiglia, « Ciencia Jurídica », in Garzón Valdés, E. & Laporta, F. J. (dir.) *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid: Trotta, 2000.
- S. Eng, « Fusion of Descriptive and Normative Propositions. The Concepts of Descriptive Proposition and Normative Proposition as Concepts of Degree », *Ratio Juris*, 2000, vol. 13, n. 3, 236-260.
- S. Eng, « Fused Modality. An Integral Part of Lawyers' Form of Life », *Ratio Juris*, 2005, vol. 18, n. 4, 429-433.
- R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, en ligne, disponible : <http://revus.revues.org/2511> (consulté le 05 septembre 2013).
- L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill and London, The University of North Carolina Press, 1986.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- H. Kelsen, « Compte rendu de Alf Ross, On Law and Justice », 2000, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, (4, Dossier : Théories réalistes du droit).
- K. N. Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, 1930, vol. 30, n. 4, p. 448-465.
- C.S. Nino, *Algunos modelos metodologicos de "ciencia" jurídica*, Mexico, Fontamara, 1993.
- Á. Núñez Vaquero, « Ciencia jurídica realista : modelos y justificación », *Doxa*, 2012, vol. 35, p. 717-747.
- Á. Núñez Vaquero, « Five Models of Legal Science », *Revus*, 2013, en ligne, disponible : <http://revus.revues.org/2449> (consulté le 19 novembre 2019).
- A. Peczenik, *Scientia Juris*, Dordrecht, Springer, 2006.
- A. Peczenik, L. Lindahl, et B. Van Roermund, (dir.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, Dordrecht: D. Reidel, 1984.
- R. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », *Harvard Law Review*, 1987, vol. 100, n. 4, p. 761-780.
- M. Radin, « The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think », *American Bar Association Journal*, 1925, vol. 11, p. 357-362.
- J.M. Smits, « Redefining Normative Legal Science: Towards an Argumentative Discipline », in Coomans, F., Grünfeld, F. & Kamminga, M. (dir.), *Methods of Human Rights Research*. Antwerp-Oxford: Intersentia Publishers, p. 45-58, 2009.
- J.M. Smits, « What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research », in Van Gestel, R., Micklitz, H. & Rubin, E. L. (dir.) *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. New York: Cambridge University Press, 2017, pp. 207-228.
- I. Stewart, « The Critical Legal Science of Hans Kelsen », *Journal of Law and Society*, 1990, vol. 17, n. 3, pp.273-308.
- M. Troper, V. Champeil-Desplats, et C. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, 2005.

- W. Twining, « Have concepts, will travel: analytical jurisprudence in a global context », *International Journal of Law in Context*, 2005a, vol. 1, n. 1, p. 5–40.
- W. Twining, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, 2005b, vol. 32, n. 2, p. 203-240.
- M. Van Hoecke, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- J. Wróblewski, « Towards a Metatheory of Law », *Rechtstheorie*, 1981, vol. 12, n. 2, p.185-190.

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT FACE A L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

Adeline Paradeise*

Table des matières

INTRODUCTION.....	83
1. LA RECEPTION DU DOUTE SCIENTIFIQUE PAR LE DROIT LORS DE LA CREATION DES NORMES DE PROTECTION.....	85
1.1. UN PANEL DE TECHNIQUES MISES EN ŒUVRE DEPUIS DES DECENNIES POUR RETARDER LA DE DECISION PRISE	85
1.2. LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE DROIT, LES SCIENCES ET LES ENSEIGNEMENTS DU PASSE	86
2. LA RECEPTION DU DOUTE SCIENTIFIQUE PAR LES JUGES DE LA RESPONSABILITE ...	89
2.1. UNE PROBLEMATIQUE RENCONTREE PAR LES DIFFERENTS JUGES DE LA RESPONSABILITE	89
2.2. LES SOLUTIONS APORTEES ET ENVISAGEABLES.....	90

Abstract

The many phytosanitary scandals around the world only remind us that doubt is intrinsic to scientific research. Law must therefore address the lack of certainty inherent in “scientific methodology” and have to take this risk into account not only in the production of standards relevant to this risk by researchers and economic actors, but also in the application of the liability regime related to the alleged risks.

Résumé

Les nombreux scandales phytosanitaires autour du globe ne font que nous le rappeler, le doute est intrinsèque aux recherches scientifiques. Le droit doit alors se saisir de l'absence de certitude intrinsèque à la « méthodologie scientifique » et devra prendre en compte cet aléa non seulement dans la production de normes pertinentes à ce risque par les chercheurs et

* Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT FACE A L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

acteurs économiques, mais également dans l'application du régime de responsabilité lié aux risques allégués.

INTRODUCTION

Les principes de précaution et de prévention sont des principes particulièrement connus du droit de l'environnement, même du grand public. Ils sont présents dans les grands textes internationaux et nationaux qui régissent la matière, de la déclaration du Sommet de la Terre de Rio de 1992 à la Charte de l'environnement.

Si le principe de prévention doit s'appliquer à tout risque de dommage certain, qui doit alors être prévenu ou minoré¹, le principe de précaution s'applique quant à lui aux risques incertains en l'état des connaissances scientifiques et pouvant affecter l'environnement de manière grave et irréversible².

La différence entre les deux tient donc dans le doute sur l'existence ou la consistance du risque, ce qui entraîne une différence concernant les types de risques à prendre en compte.

Sauf que les « méthodologies scientifiques » ne connaissent pas de certitude, la remise en question de ce que l'on tient pour acquis étant la clef de l'amélioration de la connaissance humaine³. Ainsi, la démarche hypothético-déductive est fondée sur l'émission d'une hypothèse qui, suite à un protocole de recherche sera appuyée ou réfutée. Mais une seule étude ne fait pas la connaissance scientifique⁴. La reproductibilité des études menées est très importante afin de lutter contre les erreurs de méthodologie, de déduction⁵, de probabilité, etc. Une hypothèse

¹ Article 3 de la Charte de l'environnement et 2° du II de l'article L.110-1 du Code de l'environnement.

² Article 5 de la Charte de l'environnement et 1° du II de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

³ « Nous n'expérimentons sur le monde réel que parce que nous nous posons honnêtement des questions. Nous sommes ignorants ou sceptiques sur les faits mis à jour par nos prédécesseurs. [...] En sciences fondamentales, lorsque nous menons une expérience, nous émettons des conjectures qu'il va falloir tester, nous avons même une petite idée du résultat qui pourrait en sortir mais cette idée ne ferme absolument pas le champ des possibles. [...] Une bonne partie de notre activité consiste à vérifier (en multipliant les sources de données, par exemple) si ce que l'on trouve finalement ne serait pas un artefact, une méprise. » G. Lecointre, *Les sciences face aux créationnismes, Ré-expliciter le contrat méthodologique des chercheurs*, éditions Quae, 2012, p. 103-104.

⁴ « [...] dans la compétition scientifique, les preuves des uns suscitent souvent la contestation des autres. Cela n'est pas surprenant si l'on se souvient que l'objectif est (souvent) de distinguer un signal (faible) d'un bruit (assourdissant), que les phénomènes étudiés n'ont rarement qu'une lecture possible – qu'on peut donc sortir de nombreux signaux significatifs d'un même ensemble de phénomènes [...] » D. Pestre, *À contre-science, Politiques et savoirs des sociétés contemporaines*, Seuil, 2013, p. 42.

⁵ Les résultats de la recherche ne sont pas la pure traduction dans un langage humain de vérités naturelles, même lorsqu'il s'agit de sciences dites « exactes ». Les résultats sont déterminés par un protocole et une interprétation qui sont mis en place par des êtres humains sur lesquels interfèrent un certain nombre de facteurs, qui ont été ou non conscientisés par les chercheurs. Sur ce sujet, les travaux en épistémologie, mais aussi en matière de sociologie des sciences, ou *social studies in sciences*, sont particulièrement intéressants. « L'épistémologie la plus courante tend aussi à considérer l'acte expérimental comme une activité, certes locale et matérielle, mais qu'on peut appréhender sans prendre en compte les espaces concrets, toujours marqués de spécificités, qui la définissent. Le détail des contextes sociaux, matériels et spatiaux dans lesquels opèrent les scientifiques est considéré comme secondaire, comme n'étant pas décisif pour comprendre les résultats qui sont finalement produits. [...] Par contraste, la thèse que je souhaiterais développer dans ce chapitre est que ces considérations sont essentielles, que les outils, les intentions, l'organisation et la situation matérielle du laboratoire, comme son insertion dans des contextes sociaux donnés, sont déterminants pour les productions qui en résultent, qu'ils sont constitutifs de ce qui

confortée ou réfutée par une étude n'en devient pas une certitude. Un consensus scientifique pourra se construire, au fil de la réalisation de plusieurs études démontrant majoritairement la véracité de l'hypothèse⁶.

Mais ce consensus pourra à tout moment être remis en cause notamment par de nouvelles découvertes ou de nouvelles études. Ainsi on pourrait dire que toute connaissance n'est qu'une hypothèse qui n'a pour l'instant pas été réfutée.

Cette incertitude se retrouve a fortiori concernant la connaissance sur la réalité et la consistance des risques pour l'environnement et les êtres humains, des substances et pratiques pouvant les impacter. Aucun risque n'est donc établi scientifiquement avec certitude, puisque le propre des sciences est de garder une part de doute.

La différence entre le principe de précaution et de prévention est une différence d'intensité du faisceau de preuves conduisant à penser que le doute existe, et à l'inverse la très grande faiblesse des éléments actuellement connus pouvant amener à douter de l'hypothèse de l'existence de ce risque. Mais cela demeure et demeurera toujours, en science, une hypothèse.

Et c'est là tout le hiatus existant avec le droit qui demande à ce qu'on expurge le plus possible le doute et tend à chercher l'exactitude des faits.

Il y a donc possiblement un malentendu sur ce qui fonde en droit la distinction entre principe de précaution et principe de prévention. Un malentendu qui peut conduire à une certaine forme d'incompréhension entre le droit et les sciences dites « dures » pouvant induire des erreurs dans la qualification juridique du risque.

Or, cette qualification a son importance quant à l'obligation de prendre des décisions, à la nature et à l'ampleur de celles-ci, même si tout l'enjeu d'un principe de précaution fort est de minimiser ces différences.

est finalement énoncé – qu'ils *font* le résultat et donc les polémiques qui en découlent. » D. Pestre, *À contre-science, Politiques et savoirs des sociétés contemporaines*, Seuil, 2013, p. 44.

⁶ « Si l'on doit définir le nouveau type de "vérité" dont la définition mathématique du mouvement par Galilée me sert de prototype, c'est, bien plutôt qu'à la célèbre distinction entre comment et pourquoi, à une *vérité négative* qu'il faudrait penser : une vérité dont le premier sens est de résister à l'*épreuve de la controverse*, de ne pas pouvoir être convaincue de n'être qu'une fiction parmi d'autres. L'« autorité » de la science expérimentale, sa prétention à l'objectivité n'ont donc *pas d'autre source que négative* : un énoncé acquis — à une époque donnée, bien sûr, et non dans l'absolu — les moyens de démontrer *qu'il n'est pas* une simple fiction, relative aux intentions et aux convictions de son auteur. Mais il ne se différencie de la fiction par rien d'autre que par son pouvoir de faire taire ses rivaux. » I. Stengers, *L'invention des sciences modernes*, Champs sciences, Flammarion, 1995, p. 103.

Ce doute peut aussi être entretenu, voire créé, à dessein par ceux qui ont intérêt à ce que les mesures imposées par le principe de prévention ne soient pas prises, ou le soient le plus tardivement possible.

Le droit met en place des outils pour réceptionner l'incertitude scientifique réelle ou mise en scène tant lors de la création des normes de protection (1) que lors de l'intervention du juge (2).

1. LA RECEPTION DU DOUTE SCIENTIFIQUE PAR LE DROIT LORS DE LA CREATION DES NORMES DE PROTECTION

L'appréciation du niveau de connaissance scientifique sur un risque par les créateurs de normes est primordiale. Si cette appréciation peut être faussée (A), le droit s'est doté d'outils pour renforcer sa fiabilité (B).

1.1. Un panel de techniques mises en œuvre depuis des décennies pour retarder la prise de décision

La connaissance scientifique du risque lié à un produit repose sur l'accumulation d'études reproductibles et reproduites. Cette accumulation demande du temps, pendant lequel l'incertitude sur l'existence d'un risque peut être particulièrement forte.

Mais cette incertitude peut également résulter d'une stratégie mise en œuvre par des acteurs du secteur concerné. On assiste alors à un doute manipulé afin de retarder le plus possible la prise de décisions pouvant nuire à un secteur d'activité.

Plusieurs stratégies se retrouvent historiquement, mais aussi de façon contemporaine.

Ainsi, des porteurs d'intérêts économiques ont eu recours à la recherche subventionnée afin de diminuer l'importance quantitative des études démontrant l'existence d'un risque.

La décision d'ajouter du plomb dans l'essence des véhicules est une illustration de cette technique⁷. Alors même que le risque sanitaire lié au plomb était connu depuis la Rome antique, les industriels ont fait le choix d'adjoindre du plomb dans l'essence, plutôt que de l'éthanol notamment. Depuis son introduction sur le marché américain au milieu des années 1920, jusqu'aux années 1960 et 1970, il n'y eut pratiquement pas de recherches indépendantes menées sur les conséquences de l'introduction de plomb dans le carburant. Les premières études indépendantes ont montré que le taux de plomb dans le sang n'était pas « normal » comme les

⁷ European Environment Agency, « Late lessons from early warnings : science, precaution, innovation », 2013, p. 46 et s.

industriels le prétendaient, mais des centaines de fois plus élevé qu'avant la période industrielle et donc qu'il existait un risque sanitaire.

De façon plus contemporaine, les documents internes de l'entreprise Monsanto, révélés lors de la procédure de *discovery* pendant un procès mené aux États-Unis, ont également montré le recours à des méthodes cherchant à manipuler la compréhension qui pouvait être faite des données scientifiques⁸. Ainsi, l'entreprise a notamment eu recours à des études et articles scientifiques réalisés par des « auteurs fantômes », salariés de l'entreprise, mais signés par des scientifiques sans liens apparents avec elle.

L'exemple historique le plus connu de l'usage de cette technique est celui des industriels du tabac pour nier les risques liés au tabagisme actif puis passif⁹. Les dossiers obtenus aux États-Unis grâce à la procédure de *discovery* permettent d'avoir une certaine connaissance des techniques qu'ils ont employées pour retarder le plus possible la mise en place de politiques de santé publique. Ainsi, on sait aujourd'hui qu'ils ont :

- financé et publié des recherches scientifiques pour prouver que le tabagisme, passif et actif, n'était pas dangereux pour la santé ;
- supprimé et critiqué les recherches scientifiques qui n'allaient pas dans leur sens ;
- changé les standards des recherches scientifiques pour en modifier les résultats ;
- mis en place des stratégies pour diffuser leur message sur le caractère inoffensif du tabac auprès de la presse généraliste et des décideurs politiques.

Ils se sont donc attaqués à trois cibles : les recherches scientifiques, l'opinion publique et les décideurs politiques. Ces mécanismes d'action se retrouvent dans les scandales contemporains¹⁰.

1.2. Les solutions offertes par le droit, les sciences et les enseignements du passé

Une première réponse apportée à cette problématique a été de lutter contre les conflits d'intérêts et pour une amélioration de la transparence dans les prises de décisions. Il convient de préciser en amont que ce n'est pas parce qu'une personne est en situation de conflit d'intérêt qu'elle aura nécessairement une appréciation biaisée de la réalité. À l'inverse, l'absence

⁸ S. Foucart et S. Horel, « “Monsanto papers”, désinformation organisée autour du glyphosate », *Le Monde*, 4 octobre 2017.

⁹ European Environment Agency, « Late lessons from early warnings : science, precaution, innovation », 2013, p. 151 et s.

¹⁰ F. Allard-Huver, « Glyphosate : la guerre du faux a bien eu lieu », *Sud Ouest*, 31 octobre 2017.

d'intérêt économique à favoriser une solution n'empêche pas les êtres humains d'avoir des biais conscients et inconscients dans leur analyse.

Lutter contre les conflits d'intérêts permet cependant potentiellement de diminuer l'influence des porteurs d'intérêts économiques sur la prise de décision et de renforcer la confiance des citoyens. Ainsi, la loi organique¹¹ et la loi ordinaire¹² du 15 septembre 2017 s'intitulent opportunément « pour la confiance dans la vie politique ».

Il y a eu ces dernières années de nombreuses lois pour améliorer la transparence et lutter contre les conflits d'intérêts¹³. Il s'agit le plus souvent d'instituer des obligations de déclaration des liens économiques pouvant conduire à des conflits d'intérêts. Il a également été institué la Haute autorité pour la transparence de la vie publique qui est une autorité administrative indépendante¹⁴.

La stratégie d'influence des porteurs d'intérêt, lorsqu'elle ne respecte pas la loi, peut être sanctionnée. Ainsi, le pneumologue Michel Aubier a été condamné pour « faux témoignage » devant la commission d'enquête du Sénat sur le coût de la pollution de l'air, à une amende de 20.000 euros¹⁵. Il avait indiqué, sous serment, n'avoir « aucun lien d'intérêt avec les acteurs économiques » du secteur alors qu'il était rémunéré depuis plusieurs années par la société Total en tant que médecin conseil¹⁶. Un pourvoi en cassation est toujours pendant.

L'instrumentalisation du risque ne fait que rendre plus nécessaire l'application d'un principe de précaution fort, seule à même de protéger contre une telle instrumentalisation, mais également d'en diminuer les bénéfices potentiels.

¹¹ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

¹² Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

¹³ Par exemple : loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ; loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ; loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique...

¹⁴ Elle a été créée par la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Elle succède à la Commission pour la transparence financière. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante qui notamment contrôle les déclarations d'intérêts et de patrimoine des membres du gouvernement, des sénateurs, de certains élus locaux et de certains agents publics.

¹⁵ F.-G. Trebule, « “Affaires, santé, environnement...” Fiat Lux », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 6, juin 2016.

¹⁶ À propos du jugement de première instance : J. De Saint Sernin, B. Javar, « L'exigence de sincérité du témoignage devant la commission d'enquête parlementaire : l'affaire Aubier », *Constitutions*, 2017, p. 395. Voy. également 31e chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, 5 juillet 2017 et Cour d'appel de Paris, 9 novembre 2018.

Souvent, il est avancé l'argument selon lequel le principe de précaution, s'il était pleinement appliqué, serait préjudiciable à l'innovation en ce qu'il conduirait à réagir face à des alertes qui se révéleront par la suite non pertinentes¹⁷. C'est tout d'abord un aveu de la part des opposants à ce principe que son application actuelle est lacunaire. Mais cet argument soulève surtout la problématique des « faux positifs » et c'est effectivement un risque à prendre en compte. Cependant, si on analyse factuellement les alertes en matière de risques sanitaires et environnementaux qui ont été émises ces dernières décennies, on s'aperçoit que ce risque ne se réalise que rarement.

L'agence de l'Union européenne pour l'environnement en a dressé la liste dans un rapport de 2013¹⁸. Sur les 88 cas allégués comme étant des alertes qui n'auraient pas dû être données, seulement 4 étaient réellement des « fausses alertes »¹⁹. Pour les autres, soit le risque existe bien, contrairement à ce qui a pu être allégué, soit la question n'est pas encore réellement tranchée dans la littérature scientifique.

Enfin, les outils juridiques, aussi parfaits soient-ils, dépendent également de la mise en place d'autres solutions. Il est nécessaire que les pouvoirs publics et les juges aient une compréhension de la connaissance scientifique en matière de risque lorsqu'ils doivent trancher une question. Cela passe tout d'abord par un soutien à la recherche publique dans toutes les sciences, les sciences dites « dures », mais également les sciences humaines et sociales. En effet, il est nécessaire de comprendre les risques en adéquation avec les comportements humains, avec une réflexion également sur les méthodes et les biais scientifiques.

Il est également nécessaire que les juges soient à même de comprendre les expertises dont ils sont amenés à prendre connaissance dans le cadre des contentieux. Il n'est bien évidemment pas question ici de faire en sorte que tous les juges aient des connaissances poussées en physiologie, biologie moléculaire... Cependant il est important qu'ils aient le temps pour appréhender des dossiers souvent très complexes, voire une formation spécifique leur permettant une meilleure compréhension des avis des experts. C'est en cela que les règles de compétence particulière notamment au profit du Tribunal de grande instance de Paris pour les infractions de pollution des eaux marines et des voies ouvertes à la navigation maritime²⁰

¹⁷ Voy. notamment sur le sujet : J. Bizet, *Avis sur la proposition de loi constitutionnelle de M. Jean Bizet et plusieurs de ses collègues visant à modifier la Charte de l'environnement pour exprimer plus clairement que le principe de précaution est aussi un principe d'innovation*, Commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire, Sénat, n° 532, 14 mai 2014.

¹⁸ European Environment Agency, *Late lessons from early warnings : science, precaution, innovation*, 2013.

¹⁹ F.-G. Trebule, « Expertise et causalité entre santé et environnement », *Environnement*, n° 7, juillet 2013.

²⁰ Articles 706-107 et s. du Code de procédure pénal.

ont tout leur sens. La désignation de magistrats référents pour le contentieux de l'environnement doit également permettre « de mettre en œuvre des actions de formation continue »²¹.

2. LA RECEPTION DU DOUTE SCIENTIFIQUE PAR LES JUGES DE LA RESPONSABILITE

L'incertitude sur le risque est une problématique rencontrée par les différents juges (2.1) à laquelle ils ont su apporter des solutions (2.2).

2.1. Une problématique rencontrée par les différents juges de la responsabilité

La question de la certitude du risque lié à une substance, notamment, est une question que les différents juges sont amenés à trancher. Ce sont surtout les juges judiciaires de la responsabilité qui sont confrontés à ces questions, mais les autres juges, et notamment le juge administratif du plein contentieux, peuvent également y être confrontés.

En matière de responsabilité, la question de l'existence ou non d'un risque lié à une substance peut être déterminante pour juger de la présence d'un lien de causalité avec le dommage allégué.

La jurisprudence en la matière s'est beaucoup développée en droit de la santé avec notamment le risque de déclencher une sclérose en plaque, dû à la vaccination contre l'hépatite B²². Dans ce dossier, la justice a dû trancher la question de la responsabilité du producteur, alors même qu'il n'existait pas de consensus scientifique quant à l'imputabilité au vaccin du développement de la maladie. Des études sur la population montraient que la maladie n'était pas plus présente dans les populations vaccinées, que dans celles qui ne l'avaient pas été. Cependant, d'autres études tendaient à montrer que le vaccin pourrait déclencher la maladie et ses premières poussées.

En matière de plein contentieux, le juge administratif a eu à trancher la question de l'existence ou non d'un risque afin de juger de la légalité de décisions administratives au prisme des principes de précaution et de prévention²³.

²¹ Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement, NOR : JUSD1509851C.

²² Voir notamment sur ce sujet : P. Jourdain, « Vaccination contre l'hépatite B : le défaut présumé à partir des présomptions de causalité », *Revue trimestrielle de droit civil.*, 2013 p. 131.

²³ Pour une application récente dans laquelle le Conseil d'État juge que l'appréciation d'un risque reposant seulement sur des modélisations mathématiques des processus physiques en jeu peut être « suffisamment plausible

Les juges ont donc été amenés à développer des solutions afin de ne pas laisser les requérants sans réponse.

2.2. Les solutions apportées et envisageables

La jurisprudence, notamment de la Cour de cassation, a amené à une distinction entre la causalité scientifique et la causalité juridique²⁴. Ainsi, si le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage²⁵, la preuve peut résulter de simples présomptions, si elles sont graves précises et concordantes²⁶.

La causalité juridique peut exister sans consensus sur l'existence d'une causalité scientifique, il existe une distinction entre les deux notions.

Cette distinction permet donc au droit d'appréhender le doute scientifique et d'être moins sensible à sa manipulation. Elle permet de retenir la responsabilité des producteurs alors même qu'il n'existe pas de consensus scientifique sur l'imputabilité du dommage au produit par exemple.

Cette distinction doit cependant, encore aujourd'hui être explicitée, car bien souvent le public ne la comprend pas et interprète un jugement retenant la responsabilité, comme un jugement tranchant sur l'existence d'une causalité scientifique certaine, ce qui n'est bien évidemment pas le cas, ni même la question qui est posée à la juridiction.

En matière d'indemnisation, la loi est également venue apporter des solutions par l'institution de présomptions de causalité, notamment avec les tableaux de maladies professionnelles²⁷. Elle a aussi créé des fonds d'indemnisations pour des risques spécifiques, comme l'exposition aux essais nucléaires²⁸, pour lesquels il convient seulement de démontrer l'exposition au risque et la réalisation du dommage. Mais on sort alors d'une logique de responsabilité pour entrer dans une logique de solidarité nationale.

en l'état des connaissances scientifiques pour justifier l'application du principe de précaution » : Conseil d'État, 25 février 2019, n° 410170, Lebon 2019.

²⁴ C. Radé, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 112. P. Brun, « Causalité juridique et causalité scientifique », *Lamy Droit civil*, n° 40, 1er juillet 2007.

²⁵ Pour une illustration récente : 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, 27 juin 2018, n° 17-17.469.

²⁶ Cass., 1^{re} chambre civile, 22 mai 2008, n° 06-10.967 ; Cour de justice de l'Union européenne, 21 juin 2017, Sanofi-Pasteur, C-621/15 ; Cass., 1^{re} chambre civile, 18 octobre 2017, n° 15-20.791, Sanofi Pasteur Europe.

²⁷ Article L. 461-2 du Code de la sécurité sociale notamment.

²⁸ Loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français.

Le juge administratif a également eu à connaître de la question du risque incertain. C'est notamment le cas dans ce qui est peut-être le cœur de la spécificité du contentieux administratif : le recours pour excès de pouvoir. En droit de l'environnement, les juridictions administratives ont été assez souvent sollicitées pour trancher la question de l'existence d'un risque, dont dépendait la légalité d'une décision administrative. Ce fut le cas notamment, pour les antennes relais-relais²⁹ et les lignes à très haute tension³⁰.

Le jugement très récent du tribunal administratif de Lyon³¹ concernant un produit phytopharmaceutique ayant du glyphosate pour principe actif est un bon exemple d'application du principe de précaution, et donc d'évaluation par le juge administratif de l'existence d'un risque.

Le tribunal administratif a annulé l'autorisation de mise sur le marché d'un produit phytopharmaceutique contenant du glyphosate sur le fondement du principe de précaution prévu à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Son raisonnement est particulièrement intéressant car la juridiction a eu à se prononcer sur la réalité du doute scientifique concernant le risque lié à ce produit. Elle se fonde principalement sur l'évaluation par le Centre International de Recherche pour le Cancer (CIRC) du glyphosate comme étant probablement cancérigène pour les êtres humains. La juridiction explique son raisonnement quant à l'appréciation des données scientifiques par le fait que le CIRC se soit « *fondé sur l'ensemble des études scientifiques préexistantes, c'est-à-dire les études publiées dont les données brutes sont accessibles, les auteurs connus et les conclusions vérifiables par la communauté scientifique* ». Ce jugement intervient dans le contexte des révélations par la presse, suite à la procédure de *discovery* menée dans le cadre de procès en cours aux États-Unis, des « Monsanto Papers »³², qui tendent à montrer comment la société a cherché à influencer sur l'opinion publique et scientifique quant à l'existence d'un risque lié à ses produits. On peut donc voir dans ce jugement des critères d'évaluation de la fiabilité des études qui sont produites au cours d'une instance afin de démontrer l'existence ou l'absence de risque.

²⁹ Le Conseil d'État refuse l'application en l'espèce du principe de précaution. Voir notamment : Conseil d'État, 2 juillet 2008, n° 310548, SFR, *Lebon*.

³⁰ Le Conseil d'État a considéré que les connaissances scientifiques sur le risque sanitaire lié à l'exposition aux champs électromagnétiques de très basse fréquence des lignes à très haute tension sont suffisamment plausibles pour justifier l'application du principe de précaution, sans qu'en l'espèce il n'y ait lieu d'en faire application, les habitations étant suffisamment éloignées : Conseil d'État, assemblée, 12 avril 2013, n° 342409, *Lebon*, 2013.

³¹ Tribunal administratif de Lyon, 15 janvier 2019, n° 1704067, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*.

³² Voir notamment : S. Foucart et S. Horel, « « Monsanto papers », désinformation organisée autour du glyphosate », *Le Monde*, 4 octobre 2017.

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT FACE A L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

Ce jugement vient également rappeler que l'application pleine et entière du principe de précaution est un rempart pour protéger le Droit de l'impact des manipulations de l'incertitude scientifique.

INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION
Legitimacy challenges and prospects for future reforms

Yanis M. Bourgeois*

Table of content

INTRODUCTION	96
1. SECRECY, MONOPOLIES, AND CONFLICTS OF INTEREST: A CRITICAL ANALYSIS OF INVESTMENT ARBITRATION’S INPUT LEGITIMACY	100
1.1. ISSUES WITH MONOPOLIES AND ABSENCE OF DIVERSITY	101
1.2. THE DOMINANCE OF INVESTMENT ARBITRATION DISCOURSE IN ACADEMIA	104
1.3. LACK OF TRANSPARENCY AND CONFLICTS OF INTEREST	106
2. ECONOMIC COERCION AND LACK OF PUBLIC INTEREST ORIENTATION: A CRITICAL ANALYSIS OF INVESTMENT ARBITRATION’S OUTPUT LEGITIMACY	109
2.1. THE “CHILLING EFFECT” OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION	110
2.1.1. <i>The “Large Numbers” Involved in Investor-State Arbitration</i>	110
2.1.2. <i>The Crippling Result of Investment Arbitration on the State’s Economy</i>	111
2.2. ISDS: A SYSTEM PROTECTING INVESTORS OVER THE PUBLIC INTEREST?	113
2.2.1. <i>Foreign Investors: A Privileged Community in a Global Constitutional Order?</i>	113
2.2.2. <i>The Lack of Public Interest Orientation of the Investment Arbitration System</i>	115
3. THE NEED FOR A REFORM OF INVESTMENT ARBITRATION?	119
3.1. THE ‘MODERATE’ ROUTE: POTENTIAL ADJUSTMENTS TO IMPROVE ISDS	119
3.1.1. <i>Increased Transparency for Increased Legitimacy?</i>	119
3.1.2. <i>Tackling the Burden of Investment Arbitration Costs</i>	121
3.1.3. <i>Health, Human Rights and Environmental law: More Binding Obligations for Investors?</i>	122
3.2. THE ‘RADICAL’ ROUTE: TOWARDS A SYSTEMIC REFORM OF INVESTMENT ARBITRATION? 124	
3.2.1. <i>The Pros and Cons of an Appellate Mechanism</i>	124
3.2.2. <i>The Call for a Permanent Court</i>	125
CONCLUSION	128

* Graduate of English and North American Business Law, Sorbonne Law School (University Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

Abstract

Conflicts that arise between foreign investors and States are regularly adjudicated by a small community of lawyers. This costly process called arbitration seems inherently flawed in the context of investment law, especially from the standpoint of developing and third-world countries which cannot compete with the likes of multinational companies in this legal battle. Investor-State dispute settlement has been subject to abundant criticism in recent years, more particularly for its lack of transparency and the noxious effects it can have on weaker economies. Hence, talks of reforms, whether they are ‘moderate’ or more ‘radical’, are becoming increasingly important in relevant literature.

The following paper aims to provide a different outlook on investment dispute settlement than the traditional, purely legalistic, perspective offered in many law textbooks. This rather unconventional approach, supported by a rich array of data and illustrative examples, draws attention to several striking legitimacy issues that exist in the current context of international investment arbitration. For the purpose of this paper, and for reasons of clarity, a special emphasis is placed on the lack of both input and output legitimacy of investment arbitration. Analyzing the flaws pertaining to one particular legal mechanism is essential in order to provide a roadmap for future reforms.

Résumé

Les différends émanant des relations entre investisseurs et États sont régulièrement tranchés par un groupe restreint de juristes. Il semble que ce processus coûteux, dénommé arbitrage d’investissement, soit foncièrement imparfait. Cela est notamment visible lorsque l’on se place du point de vue des pays en voie de développement et des pays du tiers-monde qui ne peuvent rivaliser avec les firmes multinationales dans de telles batailles judiciaires. Ces dernières années, le processus de règlement des différends entre l’investisseur et l’État a fait l’objet de nombreuses critiques, particulièrement au sujet de son manque de transparence ainsi que sur les effets néfastes qu’il peut avoir sur les économies les plus vulnérables. Ainsi, les discours prônant une réforme du système, qu’elle soit ‘modérée’ ou bien plutôt ‘radicale’, sont de plus en plus fréquents.

Le but de cet article est d’apporter une perspective qui se distingue de celle, plus traditionnelle et purement juridique, que l’on peut trouver dans les manuels portant sur

l'arbitrage d'investissement. L'approche peu conformiste qui est adoptée s'appuie sur des chiffres et des exemples qui mettent l'accent sur certains problèmes de légitimité qui existent dans le contexte actuel de l'arbitrage d'investissement. Dans un souci de clarté juridique et pour des raisons pratiques, le présent article s'intéresse aux principaux problèmes de légitimité qui affectent non seulement la procédure, mais aussi les effets de l'arbitrage d'investissement. Une telle analyse critique d'un système juridique donné est nécessaire avant d'établir un plan d'action pour de futures réformes.

INTRODUCTION

International investment arbitration is largely based on the premise that it allows the resolution of disputes arising between States and foreign investors in an impartial, unbiased and fair context. Yet, this mechanism seems inherently flawed and raises numerous concerns which all point towards the need for change. Whether the reader is a jurist or a person with a non-legal background, my aim through writing this paper is to provide a clear picture of why the current framework of investment arbitration is unsatisfactory. This field involves large numbers and global players, which is why any curious person may find of interest what will be discussed. In order to adopt a different perspective than the traditional purely legalistic discourse that is usually found in law textbooks, turning a critical eye on this topic is a necessity. Hence, this work is not meant to be a purely technical study of arbitration and investment law. Nevertheless, a proper definition of the terms of the subject and providing a frame for this study are required and will be the object of this introduction.

A complex and fertile international investment regime has developed in the past decades with the aim to protect persons who make foreign investments. Those who benefit from this international legal protection are companies integrated and registered in another country and individual investors who are nationals of another State¹. The main instruments used to provide this high level of protection are international investment agreements (IIAs). These treaties exist in two primary forms that ought to be mentioned. IIAs are either concluded at a regional level by groups of States within a particular region, for instance the COMESA investment agreement², or at a bilateral scale, for example between Canada and Romania³. There has been an explosion of the number of investment agreements in the past decades, and particularly regarding Bilateral Investment Treaties (BITs). To date, around 3000 BITs have been signed⁴, and more are currently under negotiation, which demonstrates that they are privileged instruments of governance. Many are formed between developed and developing countries, but

¹ P. Muchlinski, "Policy Issues" in P. Muchlinski, F. Ortino & C Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 82.

² The Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) was signed on the 23 May 2007 and has not yet entered into force.

³ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Canada – Romania BIT), CTS 1997/47 (concluded 17 April 1996, entered into force 11 February 1997).

⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 'Investor-State Dispute Settlement: A Sequel', *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (2014), p. 18. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf accessed 18 July 2018.

Also see UNCTAD website (2018), *International Investment Agreements Navigator*. Available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> accessed 18 July 2018.

there seems to be an increasing trend towards BITs and regional agreements among developing economies⁵. This surge, which occurred from the 1990s onwards, can largely be explained by an increase of capital movement across the globe after the end of the Cold War and the fall of communism⁶. The progression of the International Investment Law (IIL) regime through IIAs and domestic liberalization has resulted, over the past decades, in a considerable increase in the rights of multinational companies and their capacity to operate and expand globally⁷. With the prospect of providing foreign investors from the ‘home State’ with special international law rights and remedies aimed at the protection of investments made in the “host State”, IIAs follow a fairly standard design⁸. They incorporate the usual substantive protections such as the requirement for host States to compensate an expropriated investment “promptly” and “according to its full business value”⁹. Also, most treaties will include provisions regarding the “fair and equitable treatment” and the “full and constant protection and security” of investments, as well as clauses which limit the imposition of “performance requirements” by the host State on foreign investments¹⁰. Parties to IIAs are obligated, according to international law rules on Treaties, to uphold and respect these principles¹¹.

One particular feature of IIL is that it lacks a permanent court to settle disputes arising between foreign investors and host States. Instead, it relies on private arbitration, where no appeal is possible. In the context of arbitration, the parties accept to resolve their dispute through a private process with a “disinterested third party”, whereas litigation involves settling disputes through a court with judges (or a jury)¹². The difference between investment arbitration and commercial arbitration must be mentioned as the latter deals with disputes between companies based on contracts. Corollary to the expansion of IIL, the practice of investment arbitration has surged. Well over 600 Investor-State Dispute Settlement (ISDS) cases have been

⁵ H. Mann, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, *International Institute for Sustainable Development*, 2008, p. 3. Available at: https://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf accessed 19 July 2018.

⁶ P. Muchlinski, “Policy Issues”, *op. cit.*, p.80.

⁷ H. Mann, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, *op. cit.*, p.6.

⁸ *Ibid.*, p.3.

⁹ P. Muchlinski, “Policy Issues”, *op. cit.*, p.101. See also ICSID, *Railroad Development Corp v. Republic of Guatemala*, Case No. ARB/07/23 (Award, 29 June 2012).

¹⁰ Todd J. Grierson-Weiler, Ian A. Laird, “Standards of Treatment”, in C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p.483.

¹¹ See Article 26 of the United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, UN Treaty Series, Vol. 1155, p.331 (concluded 23 May 1969, entered into force 27 January 1980). The Convention provides that ‘every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith’.

¹² J. Murray, “Arbitration vs. Litigation – What is the Difference?”, *The Balance Small Business*, 8 April 2018. Available at: <https://www.thebalancesmb.com/arbitration-vs-litigation-what-is-the-difference-398747> accessed 19 July 2018.

settled up to date¹³. One of the main reasons for this seems to be the coming into force of NAFTA in 1994¹⁴, which introduced compulsory ISDS. Before that, ISDS provisions were only included in a few IIAs but have now become common¹⁵. Just as IIAs play a part in the enforcement of IIL rules and principles, the role of ISDS as a mechanism of governance – in the sense that it possesses a “law-making function” – cannot be denied¹⁶. This is even more true when looking at the enforceable character of the arbitrators’ awards¹⁷. One should bear in mind, however, that significant variations in regulating ISDS may exist between IIAs¹⁸. These include, for instance, the scope of ISDS (relating to which disputes can be submitted to arbitration), the costs of arbitration, waiting periods, or even the arbitral rules and forums that ought to be used (such as ICSID¹⁹ or UNCITRAL²⁰).

Neutrality and de-politicization of the process were key objectives countries sought upon examining the possibility of creating a system for the settlement of IIL disputes. Furthermore, promptness, flexibility and lower costs for the proceedings were also expected advantages of arbitration²¹. One of the controversial characteristics of ISDS lies in the fact that only investors enjoy the right to initiate a procedure. In principle, States do not have the ability to file claims against investors which means they can rarely “win”, they can often “not lose”. On the other hand, investors rarely “lose” as they rarely have to pay compensation to the host State. They can, however, end up paying the legal costs owed by the State if the award goes in

¹³ UNCTAD, “Reforming the International Investment Regime: An Action Menu”, in UNCTAD series World Investment Report, 2015, p. 121. Available at: https://www.un-ilibrary.org/international-trade-and-finance/world-investment-report-2015_4f5603a5-en accessed 19 July 2018.

¹⁴ See Chapter Eleven, section B on dispute settlement of the North American Free Trade Agreement (NAFTA), 32 ILM 289 (concluded 17 December 1992, entered into force 1 January 1994).

¹⁵ UNCTAD, “Reforming the International Investment Regime: An Action Menu”, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶ H. Mann, “International Investment Agreements”, *op. cit.*, p.6.

¹⁷ See, for instance, Art. 54(1) of the International Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID), 575 UNTS 159 (concluded 18 March 1965, entered into force 14 October 1966). ‘Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State’.

¹⁸ See UNCTAD report, “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel”, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ The ICSID was concluded 18 March 1965 and entered into force 14 October 1966. It is set in Washington where it is part of, and funded by, the World Bank. It is a common venue for arbitration of investment disputes. As of 2012, approximately 60% of all known ISDS cases were settled in the context of ICSID arbitration (See UNCTAD report, “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel”, *op. cit.*, p.65). However, the ICSID is not the only setting for such cases as there are resembling ISDS forums in Paris, London and Hong Kong for example.

²⁰ The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established by United Nations General Assembly Resolution 2205 (XXI), the 17 December 1966. The UNCITRAL Arbitration Rules were adopted on 15 December 1976, initially for the purposes of commercial arbitration between private parties, but regularly serve as the basis for rules governing IIL dispute settlement. As of 2012, approximately 25% of all known ISDS cases were settled in the context of UNCITRAL arbitration (See UNCTAD report, “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel”, *op. cit.*, p. 65).

²¹ See UNCTAD report, “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel”, *op. cit.*, p. 13.

the latter's favor²². One exception where a State may have the ability to initiate the arbitral process lies in their counterclaim ability²³. This ability is, nevertheless, strongly limited by the condition that the claim must be within the scope of the parties' consent. It follows that this mechanism contains inherent legitimacy issues, which have been subject to abundant criticism in the past few years. These problems entail that many of the presupposed advantages of arbitration appear to be misconceptions in the present context. Two important questions will be tackled in this perspective:

What are the main legitimacy issues affecting ISDS?

How could the current system be improved?

In order to go further, a definition of legitimacy is required as it is an essential part of the subject matter. For the aim of this paper, I use a broad definition of the concept provided by Mark C. Suchman. He describes legitimacy as “a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions”²⁴. Out of this interpretation, different “faces” of legitimacy may therefore be considered. Andrew Hurrell conceptualized five dimensions of legitimacy²⁵. For practical reasons, this paper will not focus specifically on, but may cover indirectly, “substantive values” legitimacy *vis à vis* a particular legal system, nor will it consider expressly questions of “specialized knowledge” and “persuasion and giving reasons” legitimacy. I will focus on two ‘faces’ of legitimacy in particular as they illustrate well the current issues pertaining to investment arbitration and clearly indicate the need to rethink the current system.

First, ISDS is to be challenged regarding its lack of “input legitimacy”, which entails the study of process and procedure. As a matter of example, I will focus extensively on the alarming observation that a handful of arbitrators exercise a monopoly on the settlement of disputes in IIL. Moreover, the lack of transparency and the risks pertaining to conflicts of interest are considered. Finally, apparent lack of diversity present in the world of investment arbitration, including in academia, are also covered. Second, “output legitimacy”, that is to say

²² H. Mann, "ISDS: Who Wins More, Investors or States?", *Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development)*, June 2015. Available at: <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf> accessed 19 July 2018.

²³ See, for instance, Art. 46 of the ICSID Convention.

²⁴ M. C. Suchman, "Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches", *The Academy of Management Review*, vol. 20, n. 3, 1995, p. 574.

²⁵ A. Hurrell, "Legitimacy and the Use of Force: Can the Circle Be Squared?", *Review of International Studies*, vol. 31, Force and Legitimacy in World Politics, 2005, p. 18.

effectiveness or result legitimacy, is also examined. As it will be discussed, output legitimacy also has an important democratic dimension. In this perspective, I consider the “overprotection” of private interests over the public good, and the “crippling effect” of arbitral costs especially for developing countries.

The assessment of investor-State arbitration is essential because it has a direct impact on the lives of the citizens of host States. Claims brought by investors relate to sovereign acts taken by the host State which, as it will be examined, often relate to human rights, health and the protection of the environment. The input/output approach seems relevant for the analytical purposes of this paper, with an aim to get a genuine glimpse of the main issues pertaining to this dispute settlement mechanism. With regard to the methodology used throughout this dissertation, focusing on particular “faces” of legitimacy, and the lack thereof, presents a clear description of what is wrong with the system and also provides a roadmap of what ought to be done in order to improve the situation²⁶. So as to enrich the content of this paper and back up my thesis, empirical data as well as illustrative examples will regularly be included. Unfortunately, for pragmatic reasons this approach inevitably implies a certain selection of the topics that ought to be covered. This, however, does not affect the final conclusion that ISDS requires a profound process of reform.

With this in mind, investment arbitration’s input legitimacy ought to be questioned first (1), while its output legitimacy is challenged in a second part (2). But no paper assessing the imperfections of a legal system would be complete without addressing the desirability of a reform. Should the approach be ‘moderate’ or more ‘radical? This will be the object of a third part (3).

1. SECRECY, MONOPOLIES, AND CONFLICTS OF INTEREST: A CRITICAL ANALYSIS OF INVESTMENT ARBITRATION’S INPUT LEGITIMACY

Adopting a critical perspective is necessary in order to assess the legitimacy of a dispute settlement mechanism such as ISDS and therefore question the need to reform it. As mentioned in the introduction, this first chapter is solely aimed at tackling the main input legitimacy issues

²⁶ H. E. Brady, "Causation and Explanation in Social Science", in J. M. Box-Steffensmeier, H. E. Brady, and D. Collier (eds.), *The Oxford Handbook of Political Methodology*, Oxford University Press, 2008, p. 215. ‘Causal approaches that emphasize mechanisms and capacities provide guidance on how to solve the pairing problem and how to get at the connections between events’.

facing the current system investor-state dispute settlement. This demands a thorough study of procedure and of how “interests, values and ideas” are conveyed in this system²⁷.

Several elements are striking when it comes to assessing input legitimacy in the context of investment arbitration. For practical reasons pertaining to the structural requirements of this dissertation, three important issues are considered. First, I will cover some of the main problems arising with regard to the process and procedure of arbitration. In this perspective, the apparent lack of diversity in the industry and the monopoly of a few arbitrators will be subject to scrutiny (1.1). The opaque context of arbitration is then studied as it can potentially lead to issues of conflicts of interest as demonstrated through an interesting example involving Argentina and several multinational corporations (1.2). Finally, many arbitrators wear several hats, including the hat of legal scholar. While this might not seem to be problematic, the possible crowding out of other disciplines such as human rights in the context of IIL discourse could be questioned (1.3).

1.1. Issues With Monopolies and Absence of Diversity

Most treaties do not provide guidance regarding the selection of arbitrators. Therefore, their nomination is governed by the applicable arbitration rules. In general, disputes are decided by a panel of three arbitrators. Each party to the dispute must appoint one and the third panelist is appointed either by both parties (e.g. ICSID Rules) or by the already appointed arbitrators (e.g. UNCITRAL Rules). An appointing authority can be named in the relevant agreement in the event the parties cannot agree²⁸. While arbitrators can come from law firms, academia, or have often held a position in government²⁹, their experience and qualifications, but also their previous decisions, can influence the choice made by the parties³⁰.

However, it seems that only a small group of arbitrators are regularly deciding the world’s biggest investment disputes, and this has been the case for the past two decades³¹. Several reports provide some alarming statistics in this regard³². A “small community” of

²⁷ J. Steffek, "The output legitimacy of international organizations and the global public interest", *International Theory*, vol. 7, n. 2, 2015), p. 264.

²⁸ See UNCTAD report, "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel", *op. cit.*, p. 91.

²⁹ P. Eberhardt and C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", Report for the *Corporate Europe Observatory* and the *Transnational Institute* (November 2012), p. 35. Available at: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> accessed 21 July 2018.

³⁰ *Ibid.*

³¹ W. L. Kidane (ed.), *The Culture of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p. 111.

³² See P. Eberhardt and C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*

arbitrators, just about fifteen, have decided over 55% of all known investment treaty disputes³³. For instance, Brigitte Stern had been involved, by 2012, in over 8% of all known IIL disputes. Charles Brower (over 7%), Marc Lalonde (over 6%) or Gabrielle Kaufmann-Kohler (over 6%) are also some of the dominant players in the field³⁴. The data provided is equally striking regarding the law firms involved with ISDS. A monopoly exercised by a few firms is clearly visible, among which *Freshfields* (UK), *White & Case* (US) and *King & Spalding* (US) wield a particular influence as they were involved in around 130 IIL cases in 2011 alone, out of the 330-odd cases processed by the twenty most proficient firms in the field until then³⁵. These apparent monopolies could be explained by the quality of the legal services provided by these arbitrators and law firms, their wisdom and integrity³⁶. Indeed, having acquired a certain measure of expertise and influence in the field over many years of practice, it is only natural that parties frequently solicit these renowned experts to represent them. But the existence of monopolies in the particular context of investment arbitration can be problematic for several reasons.

Elasticity in the composition of the bench is often cited as one of the elements that differentiates arbitration from courts. Nevertheless, it seems that investment arbitration's ability to provide more flexibility than courts is an illusion. The data provided demonstrates that the current situation in ISDS strangely resembles that of a permanent court with sitting judges, due to the 'unacceptably low' pool of qualified arbitrators that are chosen to settle disputes. This situation is problematic because most cases require the ability to determine local facts and apply local law³⁷. If arbitrators were picked not only regarding their expertise in the sense of "volume of cases, publications and public speeches", but also regarding their "familiarity" with the relevant cultures and laws that apply in a particular case or domain³⁸, then arbitration

See also Allen & Overy, 'Who is the most influential arbitrator in the world?', *Global Arbitration Review* (14 January 2016). Available at: http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Who_is_the_most_influential_arbitrator_in_the_world_.pdf accessed 21 July 2018.

³³ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", p. 8. See also M. D. Goldhaber, "Deciding the world's biggest disputes", *Focus Europe: Arbitration Scorecard*, July 2015.

³⁴ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 38.

³⁵ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 8 and p. 20.

³⁶ W. L. Kidane (ed.), "The Culture of International Arbitration", *op. cit.*, p. 109.

³⁷ *Ibid.*, p. 115.

³⁸ *Ibid.*

adaptability might be put to the test. For now, however, it does not appear to have substantially more flexibility than a standing permanent court.

Along the same line, monopolies in the context of ISDS can lead to a questionable lack of diversity. Some would rather describe this situation as that of “a big family”³⁹, but a more critical eye would probably portray this more as an “inner mafia”⁴⁰. Regardless, the large majority of arbitrators in the context of ISDS are from Western Europe and North America which could be criticized as many disputes in IIL involve developing countries⁴¹. Indeed, these lawyers and firms are mostly from the UK or the US, and leave very little room for Non-Western law firms or lawyers to prove their worth and make use of their competence⁴². This absence of cultural diversity and inclusiveness could raise doubts as to the adaptability of ISDS proceedings. Indeed, an arbitrator with a cultural link towards the party to the dispute is “more likely to understand the issues involved”, they could be in a better position to provide “necessary explanations”, and even “make an unfavorable award more acceptable”⁴³. Emphasizing the perspective of developing States, who are regularly confronted to arbitral procedures, would potentially increase the legitimacy of ISDS. Moreover, men tower above this small “club” of arbitrators. Hence, feminist approaches to international law would likely push towards a greater role for women in this process, as they only accounted for only 4% of the total of arbitrators in 2012. Gabrielle Kaufman-Kohler and Brigitte Stern decided most of the disputes resolved by women⁴⁴. In an age where gender equality is considered as central to the functioning of democracy and the respect for the rule of law⁴⁵, this apparent imbalance in investment arbitration could be problematic for equally competent women arbitrators.

Finally, the fact that one arbitrator can be solicited for so many cases raises questions of practicality. Could one arbitrator be fully committed to handle personally all of these situations for their clients (States or investors)? Just like judges in regular courts, delegation of work to clerks seems inevitable in the context of arbitration, especially for the most proficient

³⁹ Quote from B. Stern in M. D. Goldhaber, "Deciding the world's biggest disputes", *Focus Europe: Arbitration Scorecard*, 2015.

⁴⁰ Y. Dezalay & B. G. Garth (eds.), *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, University of Chicago Press, 1996, p. 50. An arbitrator is reported to have described the world of arbitration as a ‘mafia’ because ‘people appoint one another’. Sometimes they act as counsel and sometimes as arbitrators, but they always appoint their ‘friends’ – people they know.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p.22.

⁴³ W. L. Kidane (ed.), *The Culture of International Arbitration*, *op. cit.*, p.154.

⁴⁴ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p.36.

⁴⁵ Council of Europe, *Gender Equality and Women's Rights: Council of Europe Standards*, 2015, p.1. Available at: <https://rm.coe.int/168058feef> accessed 8 August 2018.

panelists⁴⁶. However, for the latter it seems to be more problematic. Indeed, parties choose arbitration in order to make use of a panel specially constituted for their needs and consisting of members who are going to consider the relevant case as their primary concern. This is all the more true as judges do not benefit directly from payments by the parties, but arbitrators do. Moreover, as it will be covered in the second chapter of this paper, the costs of arbitration are often exorbitant. Arbitrators who possess the required skills and have sufficient time could thus be chosen to handle these disputes instead. But more than these apparent monopolies and serious lack of diversity in the context of arbitration, the discourse of arbitrators seems to be predominant in academia.

1.2. The Dominance of Investment Arbitration Discourse in Academia

Arbitrators hold a “firm grip on academic discourse”⁴⁷. This dominance of arbitrators’ voices is expressed both in international investment law literature and in academia.

First, journals and reviews pertinent to the field are greatly influenced by arbitrators who often publish articles and hold positions on their boards. On average, as of 2012, approximately three quarters of the editorial boards of relevant journals are either arbitrators or have a “background” in the arbitrator industry⁴⁸. For example, the ICSID Review, the Journal of International Arbitration, or the Journal of World Trade and Investment all have an incredibly high percentage of arbitrators among their board members (between 67% and 100%). Arbitrators such as Gabrielle Kaufmann-Kohler, James Crawford or Emmanuel Gaillard are right in the middle of this closed circle of publishing arbitrators⁴⁹.

Second, arbitrators often occupy a position of strength in the field of academia. Some of the most influent arbitrators are present in several notorious law schools, either as permanent or guest lecturers. As a matter of example, Professor Brigitte Stern holds a position at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne⁵⁰, Professor Jan Paulsson holds a chair at the

⁴⁶ R. Howse, "The Fourth Man: An Intriguing Sub-Plot in the Yukos Arbitration", *International Economic Law and Policy Blog*, 29 March 2017. Available at: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/the-fourth-man-an-intriguing-sub-plot-in-the-yukos-arbitration-.html> accessed 22 July 2018.

⁴⁷ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 65.

⁴⁸ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 65-66.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ See International Arbitration Institution (IAI) Paris website, 2018, *B. Stern*. Available at: <http://www.iaiparis.com/profile/brigitte.stern> accessed 22 July 2018.

University of Miami School of Law⁵¹, Professor Emmanuel Gaillard is a professor in the Transnational Arbitration & Dispute Settlement Masters at the University of Sciences Po Law School⁵², Professor Bernard Hanotiau teaches at the Catholic University of Louvain⁵³, and this list could go on.

The issue does not reside, *per se*, in the fact that arbitrators regularly get published and hold positions either in universities or on the boards of investment journals. It is only natural that renowned specialists regularly address specific issues and nourish investment law literature. Undeniably, readers and future investment lawyers have much to learn from the insight and contributions of practicing arbitrators such as Brigitte Stern or James Crawford who have had a long career in the field and who have many ideas to share on IIL and its intricacies.

The issue lies in the fact that the current dominance of arbitrators' discourse could crowd out the perspectives and insight coming from other fields which are inherently tied to IIL, such as human rights, environmental law or other extralegal disciplines (social economics, demographics, etc.). Setting aside these discourses is probably not done purposefully, but it ought to be called into question. One meaningful example of this apparent crowding out in academia could be found in the University of Geneva's International Dispute Settlement LL.M. curriculum⁵⁴. It is quasi-exclusively composed of "star" arbitrators, among which we can find in the 2018 roster Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as the programme director⁵⁵, as well as Professor Albert Jan van den Berg, Professor Emmanuel Gaillard, and Professor Brigitte Stern as a visiting professor⁵⁶.

One could contend that human rights and investment law perspectives do not belong together. However, this assumption is flawed. As the examples regarding Togo and Romania will illustrate in the second chapter, IIL can have considerable impacts on the daily lives of the citizens of host States, their rights, their health, and with regard to the environment they live in.

⁵¹ See University of Miami School of Law website, 2018, *Professor J. Paulsson*. Available at: <https://www.law.miami.edu/faculty/jan-paulsson> accessed 22 July 2018.

⁵² See Sciences Po Law School website, 2018, *LLM in Transnational Arbitration & Dispute Settlement*. Available at: <http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/en/content/llm-transnational-arbitration-dispute-settlement> accessed 22 July 2018.

⁵³ See IAI Paris website, 2018, *B. Hanotiau*. Available at: <http://www.iaiparis.com/profile/bernard.hanotiau> accessed 22 July 2018.

⁵⁴ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p.68.

⁵⁵ See University of Geneva website, 2018, *International Dispute Settlement Masters (MIDS)*. Available at: <https://www.unige.ch/formcont/cours/mas-international-dispute-settlement-mids-2018> accessed 22 July 2018.

⁵⁶ See Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS) website, 2018, *MIDS Curriculum Overview*. Available at: <http://www.mids.ch/mids/curriculum/seminars> accessed 22 July 2018.
Also see: <http://www.mids.ch/mids/curriculum/intensive-courses> accessed 22 July 2018.

Increasing awareness regarding these impacts is of the essence. Other discipline's contributions necessarily need to be included and heard in the context of IIL discourse. In light of Dezalay and Garth's analysis on international commercial arbitration, one could argue that academia is a space that provides 'strategic opportunities for competitive struggles'⁵⁷. From this angle, the relevant "struggles" could be whether arbitration should be more reflective of third-world perspectives, or the place given to human rights and environmental concerns. Yet, for these struggles to be heard, a more multidisciplinary and inclusive approach would be required in IIL literature and academia.

1.3. Lack of Transparency and Conflicts of Interest

The opaque process of arbitration can lead to disconcerting consequences. The absence of public access to information as well as the lack of involvement by non-parties to adjudication have been widely criticized in the field of investment arbitration⁵⁸. Participation in this "behind closed doors" process is indeed problematic from a legitimacy standpoint. Transparency, public participation and accountability are often described as the necessary conditions for good governance⁵⁹. Indeed, when all the protagonists (arbitrators, parties, representatives...) know that what they are doing is subject to scrutiny by the public, they are more likely to proceed with caution so as to avoid any negative criticism.

In this view, relatively recent regulations have been made in an effort to enhance and popularize values of openness and transparency in the industry. In 2006, ICSID Arbitration Rules were amended to provide for a more transparent procedure⁶⁰. The ISDS case law confirmed this 'move to transparency'⁶¹ and the trend continued with the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Even so, there are still signs showing that more should be done.

⁵⁷ Y. Dezalay & B. G. Garth (eds.), *Dealing in virtue, op. cit.*, p. 3-4.

⁵⁸ G. V. Harten (ed.), "Investment treaty arbitration and public law", *Oxford University Press*, 2007, p.159.

⁵⁹ See UN General Assembly, *United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)*, A/58/422 (concluded 31 October 2003, entered into force 14 December 2005). Article 5 of the UNCAC establishes 'fairness, equality, transparency, accountability and public participation' as the foundational principles to avoid corruption. Also see Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, ETS 5 (concluded 4 November 1950, entered into force 3 September 1953). Article 40 of the Convention provides that the Court's hearings 'shall be held in public' and that documents 'shall be accessible to the public'.

⁶⁰ ICSID website, 2018, *About ICSID Amendments*. Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/About/about.aspx> accessed 21 July 18.

⁶¹ See for instance ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Case n° ARB/05/22 (Award, 24 July 2008). It is one of the first cases in which the ICSID tribunal accepted *amicus curiae* briefs from Non-Governmental Organizations (NGOs) with regard to the environment, human rights and sustainable development.

Indeed, in a context of secrecy and opacity, conflicts of interests could potentially prosper. This situation arises when the interest of a person tends to interfere with their objectivity in the “exercise of their judgement on another’s behalf”⁶². The study of Gabrielle Kaufmann-Kohler’s role as an arbitrator in several cases involving French multinational companies and Argentina will serve as a good illustrative example of this issue.

➤ *An Illustration of the Conflict of Interest Issue: The Vivendi v. Argentina Case*

In 2001, Argentina was in the midst of a serious economic crisis, largely due to the devaluation of the dollar-pegged peso and extensive borrowing done by the government of Carlos Menem. Poverty rates were around 50% by 2002. With the aim to reform the country, however, Argentina’s decisions affected foreign investments⁶³. In response, investors brought multiple claims against the host State under ISDS, calling for reparation. By 2006, 30 claims were pending for an estimated total of \$17 billion in compensation⁶⁴.

At that time, Vivendi controlled part of the water supplies of the country. After a disagreement on the price and quality of water, and in this context of economic turmoil, Argentinian authorities terminated the contract that bound them to the company. In response, Vivendi took the case to an arbitration panel in 2004 and chose Gabrielle Kaufmann-Kohler as their arbitrator. Gabrielle Kaufmann-Kohler is a prolific arbitrator and had decided over 26 cases up until July 2015, mostly representing investors. She has also been described as “the most influential arbitrator” in the field of IIL based on the impact of her decisions, as well as the number of cited decisions and appointments she was involved in⁶⁵.

But to what extent is this choice an issue? Gabrielle Kaufmann-Kohler had “two hats” during the time she was supposed to arbitrate this dispute. She was appointed to sit on the board of directors of the Swiss bank UBS in 2006 which is, surprisingly, the single largest shareholder in Vivendi⁶⁶. Gabrielle Kaufmann-Kohler did not deem necessary to mention this to any other panelists, which seems controversial given the dubious nature of this situation. Argentina challenged Gabrielle Kaufmann-Kohler’s impartiality in this case. However, the committee in

⁶² A. Peters, "Conflict of interest as a cross-cutting problem of governance" in A. Peters, L. Handschin (eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 5.

⁶³ G. V. Harten (ed.), *Investment treaty arbitration and public law*, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁴ *Ibid.*, p.2.

⁶⁵ See Allen & Overy, "Who is the most influential arbitrator in the world?", *op. cit.*

⁶⁶ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 40.

charge of deciding on this matter responded negatively to the country's claim⁶⁷. Still, she resigned from the UBS board in 2009 after several critics⁶⁸. However, this is only one example. UBS was also a shareholder in Suez, another company also represented, at that time, by Gabrielle Kaufmann-Kohler against Argentina⁶⁹. *In fine*, the panel decided that the total losses sustained by Suez to be of approximately \$223 million, and Vivendi's losses were evaluated to be around \$37 million, all this at the expense of Argentina⁷⁰.

Confidentiality from public scrutiny in investment arbitration is often justified by the will of the parties and arbitrators to avoid "trial by press release"⁷¹. But are judicial independence and procedural fairness worth risking over secrecy? Confidentiality could shield questionable practices from the public eye. It is not the aim of this paper to assert that the entire investment arbitration system is corrupt. However, there is a growing case law on arbitrator challenges⁷². It can definitely be argued that the requirements of judicial independence and impartiality are undermined in these situations. Indeed, the whole dispute settlement process could be compromised. *Nemo iudex in causa sua* ("No one should be judge in their own cause"). Under ICSID, it is the peers of the challenged arbitrator that have to decide on the latter's apparent lack of independence, which could explain the rare success of such challenges. Perhaps making these choices public more frequently would help ensure that the "proper administration of justice" is complied with⁷³.

Hence, between secrecy, monopolies and the apparent lack of diversity, the input legitimacy of ISDS can be called into question. The same could be argued regarding the coercive effects of investment arbitration on States.

⁶⁷ J. Ng, "When the Arbitrator Creates the Conflict: Understanding Arbitrator Ethics through the IBA Guidelines on Conflict of Interest and Published Challenges", *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2015, vol. 2, n. 1, p.36. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811192 accessed 22 July 2018.

⁶⁸ See Global Custodian, "UBS Continues Board Shake-Up", *Global Custodian website*, 16 March 2009. Available at: <https://www.globalcustodian.com/ubs-continues-board-shake-up> accessed 22 July 2018.

⁶⁹ Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, *Challenging Arbitrators for Alleged 'Conflict of Interest' in US-Based International Arbitrations*, 12 October 2016. Available at: <https://www.skadden.com/insights/publications/2016/10/challenging-arbitrators-for-alleged-conflict-of-in> accessed 25 July 2018.

⁷⁰ See ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, Case N° ARB/03/19 (Award, 9 April 2015), para. 105.

⁷¹ W. L. Kidane (ed.), *The Culture of International Arbitration*, *op. cit.*, p.105.

⁷² A. Reinisch, C. Knahr, "Conflict of Interest in International Investment Arbitration" in A. Peters and L. Handschin (eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 103.

⁷³ *Ibid.* p.123.

2. ECONOMIC COERCION AND LACK OF PUBLIC INTEREST ORIENTATION: A CRITICAL ANALYSIS OF INVESTMENT ARBITRATION'S OUTPUT LEGITIMACY

Companies can use arbitration as a means to coerce governments and get them to reconsider measures that potentially could have negative effects on investments. Before getting to the heart of this debate, a definition of the term 'economic coercion' is necessary. Broadly speaking, this term can be defined as the use, or threat to use, "measures of an economic – as contrasted with diplomatic or military – character taken to induce [a target State] to change some policy or practices or even its governmental structure"⁷⁴. This coercion should be seen more as a form of "background constraint on available choices" than a "direct" form of coercion⁷⁵.

Investment arbitration's role as a dispute settlement mechanism has often been criticized for the economic pressure it could impose on States, especially with regard to developing and third world countries. This is even more blatant when studying the high costs of arbitration and their 'chilling effect' over sovereigns, as illustrated by the situation in Togo regarding its plain cigarette packaging policy (2.1). Furthermore, the apparent overprotection of investors through the current system of ISDS, often happens to the detriment of the public interest. States who wish to protect legitimate interests, such as health or the environment, are often impeded by the threat or use of arbitration. The *Philip Morris v. Australia* case will serve as an example (2.2).

But tackling these particular issues first requires a proper definition of "output legitimacy". One dimension of this term is the study of the "effectiveness" of a particular mechanism of governance⁷⁶. However, one must not omit the "democratic" element inherent to output legitimacy, which often seems to be the case in the dominant literature on International Organizations⁷⁷. Therefore, this chapter will develop more on this 'democratic' side to output legitimacy, which entails an in-depth focus on the "substantial rationality" and "public interest" orientation, or lack thereof, of the investment arbitration system⁷⁸.

⁷⁴ A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, p. 698.

⁷⁵ B. H. Fried (ed.), *The Progressive Assault on Laissez-Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Harvard University Press, 2001, p. 17-18.

⁷⁶ A. Hurrell, "Legitimacy and the Use of Force: Can the Circle Be Squared?", *op. cit.*, p.18.

⁷⁷ J. Steffek, "The output legitimacy of international organizations", *International Theory*, vol. 7, n. 2, 2015, p. 263-264.

⁷⁸ *Ibid*, p. 264.

2.1. The “Chilling Effect” of International Investment Arbitration

Investor-State arbitration is a costly process (2.1.1). These expenses are problematic from a legitimacy standpoint, particularly from a developing country’s point of view. Indeed, ISDS can sometimes discourage governments from taking public policy measures, as illustrated by the recent situation in Togo (2.1.2).

2.1.1. The “Large Numbers” Involved in Investor-State Arbitration

Getting familiar with the sums at stake in the context of ISDS can help understand the “economic coercion” argument sustained in this paper. The costs incurred by both the claimant and the respondent are often substantial. With regard to legal fees and tribunal expenses, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) concluded in 2012 that, on average, an ISDS case would cost over \$8 million per party per case. These costs can sometimes exceed \$30 million⁷⁹. Costs and fees in *Philip Morris v. Australia* are said to have stacked up to \$37 million for the Australian government⁸⁰. An overwhelming majority of these sums are incurred for legal counsel and experts (82% of the total amount). Arbitrator fees (16%) and institutional costs (2%) make up for the rest⁸¹.

With regard to monetary claims and compensations awarded, a complete overview is difficult to obtain as this information is not always disclosed, even in cases that are made public⁸². In a 2017 note⁸³, UNCTAD reveals that a successful claimant was awarded some \$522 million on average per case, which is approximately 40% of what the original claims amounted to. But how frequently does an investor win? Approximately 25% of all ISDS cases were ruled in favor of the investor with monetary compensation involved, and in these cases, only a small part of the original claim is usually granted. In 2% of the cases recorded investors won the case without any compensation awarded. For other cases, 28% were settled, 37% decided in favor of States, and 8% were discontinued⁸⁴. Based on these official numbers, one

⁷⁹ D. Gaukrodgeri, K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, (OECD Publishing, Paris, 2012), p. 19.

⁸⁰ D. Desierto, "Rising Legal Costs Claimed by States in Investor-State Arbitrations: The Test of ‘Reasonableness’ in *Philip Morris v. Australia*", *EJIL: Talk!*, 12 July 2017.

⁸¹ European Commission, *Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) Some facts and figures*, 12 March 2015, p. 9. Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf accessed 24 July 2018.

⁸² *Ibid.* p.7.

⁸³ UNCTAD, "Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures", *UNCTAD IIA Issues Note*, Issue 3, November 2017, p.1. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf accessed 25 July 2018.

⁸⁴ European Commission, *Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) Some facts and figures*, *op. cit.*, p.8.

could argue that the system is fair as States win more than investors do. However, a distinction is to be made between decisions on jurisdiction (does the matter fall within the competence of the panel?) and on merits (is the investor entitled to have the claim?). Win rates for investors regarding former are generally closer to 70%. Taking away the jurisdictional decisions that ended the arbitration (i.e. the 30% decided in favor of States), approximately 60% of the panels' decisions regarding merits went in favor of investors⁸⁵.

2.1.2. The Crippling Result of Investment Arbitration on the State's Economy

The combination of both high win rates for investors and the amounts of money involved with ISDS are sufficient to scare risk-averse governments from lawsuits, especially weaker economies. This is where the "crippling effect" of arbitration comes in. Indeed, the sums associated with this procedure (fees and potential compensation) would be a burden for any government in crisis or with insufficient funds to start a legal battle with a multinational company. This is even more true when many corporations' net revenue can often come close, or even surpass, a State's total gross domestic product (GDP), in particular that of third world countries. In order to get an idea of the economic edge these corporations possess over "weaker" States, the relationship between Togo and Philip Morris International (PMI) is an example that will be covered with more consideration below.

The economic pressure exercised on States as a result of the astronomical amounts involved with international investment arbitration thus greatly undermines the legitimacy of the system. The 'chilling effects' of this mechanism should be a matter of concern. This term entails a "discouraging effect" as a consequence of the "potential or threatened prosecution under, or application of, a law or sanction"⁸⁶. The probable liabilities resulting from the ISDS process can indeed be crippling for any developing country, thus creating a system where access to justice is a privilege of those who possess capital. Furthermore, all the money that would go into investment lawsuits could be used by these countries for domestic, public-oriented, purposes. For instance, the \$37 million paid in fees by Australia for the proceedings against PMI could have gone into the refurbishment of the Royal Perth hospital estimated at around 20 million AUD in 2018 (approximately \$14.8 million USD)⁸⁷. Consequently, the result is that many States would rather bend the knee to corporations and reconsider their policies knowing

⁸⁵ H. Mann, "ISDS: Who Wins More, Investors or States?", *op. cit.*

⁸⁶ S. E. Wild (ed.), *Webster's New World Law Dictionary*, Wiley, Hoboken, NJ, 2006, p. 70.

⁸⁷ *The Guardian*, "The Complete 2018 Australian Budget: Choose What Matters to You", 2018.

Available at: <https://www.theguardian.com/australia-news/ng-interactive/2018/may/08/the-complete-2018-budget-choose-what-matters-to-you> accessed 25 July 2018.

that they cannot rival with the latter in this legal battle. The economic pressure is big enough to coerce States, who are often left with no choice but to cave in to investor demands whenever a threat of litigation arises. The example of Togo is striking.

➤ *An Example of Investment Arbitration's 'Chilling Effect': the Philip Morris v. Togo situation*

The tobacco industry knows how ISDS can be used to inflict a “chilling effect” on States. In an effort to tackle the problem of tobacco smoking, Togo adopted legislation with the objective to only allow plain cigarette packaging, the branding being replaced with upsetting graphic health-related warning labels and pictures. Since the law was passed in December 2010, however, not much change has resulted from this particular measure. Indeed, through rather intimidating letters sent to the Togolese government, PMI disregarded the adopted legislation and threatened⁸⁸ to sue in front of an arbitral tribunal on the ground of a fifty-year-old BIT between Togo and Switzerland⁸⁹, home of Philip Morris S.A. and PMI’s worldwide operations center⁹⁰. The agreement does not even contain a dispute settlement provision, but the threat was enough to induce a “chilling effect” on the government. The coercive effect of the simple threat of an ISDS process is clearly visible through this example. Philip Morris International has a revenue of approximately \$80 billion⁹¹. In comparison, Togo is one of the smallest States in Africa and one of the poorest countries in the world, with a GDP of approximately \$5 billion⁹². Many States do not have the necessary funds to pay the fees required for such a procedure. As a consequence of these threats to engage in a legal battle, States could abandon the pursuit of legitimate goals such as public health, just as Togo did. ISDS could, *in fine*, also lead to a certain “regulatory chill” where governments avoid introducing new public policy measures out of fear

⁸⁸ S. Boseley, "Threats, bullying, lawsuits: tobacco industry's dirty war for the African market", *The Guardian*, 10 July 2017, The Guardian official website: <https://www.theguardian.com/world/2017/jul/12/big-tobacco-dirty-war-africa-market> accessed 28 July 2018. Philip Morris West Africa issued a letter stating that Togo would have to pay a ‘considerable amount of compensation’ to PMI, and that ‘as a country whose economy heavily relies on exports, Togo can ill afford to anger its international partners by introducing plain packaging.’

⁸⁹ See Philip Morris International (PMI) website, 2018, *PMI Switzerland*. Available at: <https://www.pmi.com/markets/switzerland/en/overview-en> accessed 28 July 2018.

⁹⁰ Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Confédération Suisse et la République Togolaise (Switzerland – Togo BIT), RO 1966 1443 (concluded 17 January 1964, entered into force 9 August 1966).

Also see UNCTAD official website: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/209/treaty/2995> accessed 28 July 2018.

⁹¹ U.S Securities and Exchange Commission, *US SEC: Form 10-K Philip Morris International Inc*, 2017 revenue.

⁹² See Trading Economics website, 2018, *Togo's GDP*. Available at: <https://tradingeconomics.com/togo/gdp> accessed 24 July 2018.

from foreign investors who could challenge them⁹³. As it will be further discussed in the next section of this chapter, one can wonder if, in this context, corporate interests are not overprotected in comparison to public interests.

2.2. ISDS: A System Protecting Investors Over the Public Interest?

It seems that the community of investors benefits from a high level of protection from State action. In this perspective, a parallel could be made between constitutional law and ISDS, as well as IIL in general (2.2.1). While such a degree of protection is essential, it can also be argued that it affects the pursuit of legitimate goals and policies by countries. Indeed, the effects of investment arbitration in this regard ought to be discussed (2.2.2).

2.2.1. Foreign Investors: A Privileged Community in a Global Constitutional Order?

Most IIAs allow for investors to sue governments for compensation of alleged expropriation of property (land and factories for instance)⁹⁴. Initially, this mechanism was destined to “boost” the confidence of investors and help promote foreign investments so as to bring “jobs, revenue or technology” to countries, which would also allow them to develop their economy. If investors have a feeling that their activities are backed up by a “fair and impartial” dispute settlement mechanism, then foreign investments are likely to prosper⁹⁵. Furthermore, regulatory risks involved with host States can be high for investors (for instance with a sudden change of government policy). Therefore, IIAs help ensure that a certain level of political stability is maintained for investors to proceed in their enterprise.

From a domestic legal standpoint, a comparison could be made between IIL and constitutional law⁹⁶. The global network of IIAs seems to serve a role similar to that of constitutions in that it provides “limits” to “governmental capacity”. In this perspective, several elements, play an essential role in the protection of investors against illegitimate coercion from States. For example, the law on expropriation and nationalization, as well as the “fair and equitable treatment” (FET) requirement *vis à vis* investors, have a restrictive impact on the

⁹³ See A. Scram, S. Friel, T. VanDuzer, A. Ruckert & R. Labonté, "Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill", *Global Policy*, vol. 9, n. 2.

⁹⁴ S. E. Wild (ed.), *Webster's New World Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 139. Expropriation is defined as ‘the action of forcibly divesting another of a property interest’, i.e. whenever the government takes possession of private property by means of ‘eminent domain’, for public use.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ D. Schneiderman (ed.), *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008, p. 69-70.

regulatory sovereignty of States. The FET standard, more particularly, is the “treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment”⁹⁷. Also, stabilization clauses have a “freezing effect” on business relationships’ terms and conditions for a certain amount of time. The law that applies between the parties is thus “frozen”, regardless of any future legislative or regulatory developments. If IIAs act as a “constitution”, then ISDS can be compared to a “supreme” domestic jurisdiction, with a binding enforcement mechanism. It provides non-State actors with a direct means of international action to defend themselves against arbitrary decisions of the host State and enables them to avoid relying on diplomatic protection from their home country.

How did this extensive protection of investors develop? One could link this situation to Duncan Kennedy’s argument on the centrality of the identity/rights discourse in contemporary legal thought⁹⁸. Behind Kennedy’s reasoning lies the assumption that because of their identity (because of who they are), certain groups of legal subjects are entitled to a particular set of rights. This legal thinking developed first in the field of human rights (with minority rights, women’s rights, or indigenous rights for instance), and then spread to IIL as well. The premise that the investor community deserved specific rights and protections, just as there exists minority rights and protections, caught on. Thus, leading to the current IIL system with its numerous agreements and a prolific dispute settlement mechanism, providing investors with a context favorable to their activities.

From a more general perspective, it can be argued that liberal interests dominate the global legal order and the judicialization (through international courts and tribunals) that has been associated with it until now⁹⁹. IIL is only an example of this perceptible phenomenon, through its extensive protection of investor property rights as well as its aim to increase flows of private funds. Altogether, these protection mechanisms and safeguards are particularly important for investments made in unstable political or economic systems, where the rate of expropriations and the risk of corruption are high¹⁰⁰. Hence, protecting foreign businesses from

⁹⁷ ICSID, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* (TECMED Case), Case N° ARB (AF)/00/2 (Award, 29 May 2003), para. 154.

⁹⁸ D. Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", in D. M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, p. 66-67.

⁹⁹ B. Kingsbury, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", in J. Crawford, M. Koskenniemi (ed.), *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 211. Kingsbury evokes the ‘economy of a freer trade’, ‘intellectual property’ or ‘civil and political rights (including for corporations and associations)’ as examples of the liberal paradigm.

¹⁰⁰ M. Azzimonti, P-D G. Sarte, "Barriers to Foreign Direct Investment Under Political Instability", *Economic Quarterly*, vol. 93, n. 3, 2007, p. 287-288.

“unfair regulatory excess” can, on the one hand, be considered a legitimate aim¹⁰¹. However, the present ISDS mechanism appears to suffer from a severe lack of public interest orientation, thus affecting its output legitimacy.

2.2.2. The Lack of Public Interest Orientation of the Investment Arbitration System

The same mechanism that protects investors from illegitimate government action can also limit the latter’s capacity when it is most necessary, that is when there is an urge to take measures for human rights, health or environmental protection purposes. The *PMI v. Togo* example presented above, and the focus on the *Gabriel Resources v. Romania* case below, both illustrate the extent to which ISDS can affect States’ regulatory sovereignty regarding public policy.

By developing such a level of reliance interest for investors, the relation between the latter and the host State strongly resembles that of a private contract which clearly defines the business relationship between both parties. However, the fact that States are considered to be parties to a contract is problematic, particularly when one becomes aware of the “weight” of responsibilities incumbent upon countries (maintaining public order or taking health measures for its citizens to serve as examples). These responsibilities entail that the situation is considerably different to the usual private contract. When States go back on their policies in favor of corporate interests, because of legal threats or challenges in front of a tribunal, it is often a measure with a legitimate aim of public interest that is abandoned.

Investment arbitration, in its own way, could hinder State capacity to tackle domestic issues relating to health, energy, climate change, or human rights for instance¹⁰². It seems ISDS is more receptive to the protection of investors’ interests through the enforcement of IIAs which create a “bill of rights” specifically for investors¹⁰³. The “sole effects” doctrine is a revealing example of the extent of the protection provided by this system to investors. According to this concept, the tribunals ground their decisions regarding the violation of particular protections “solely” on the effects of the measure at issue on investors¹⁰⁴. As a result, it appears that all

¹⁰¹ A. Mills, "The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration", in C. Brown, K. Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 105-108.

¹⁰² C. Provost, M. Kennard, "The obscure legal system that lets corporations sue countries", *The Guardian*, 10 June 2015. Available at: <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid> accessed 25 July 2018.

¹⁰³ D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, *op. cit.*, p.69.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 72.

matters other than the investor's condition do not benefit from such consideration from the tribunal, including human rights or environmental considerations.

In recent decades, some agreements have included a list of exceptions that the State can bring forward in order to protect some of its interests on the basis, for instance, of the preservation of natural resources, the protection of national security or the protection of human life or health¹⁰⁵. The latter can do so by incorporating the rules of Articles XX and XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994) into the act. Still, this does not concern most agreements.

IAs allow investors to sue governments over a multitude of legitimate policies which, they argue, infringe their property rights. In this perspective, multinationals often sue to claim the money they already invested as well as "lost profits" and "expected future profits". This can be problematic as monetary claims can often seem disproportionate compared to the initial investment made and can reach enormous numbers. But if such a system is at the companies' disposal, why would they refrain from using it?

The role of investment arbitration can be criticized for the imbalance that it creates between the protection of investors and the protection of public interests. Indeed, the current ISDS regime can hinder the possibility for States to take regulatory measures aimed at the protection and promotion of human rights, health or environmental law and compel them to pay compensation to those that have harmed these values. This means that arbitration can potentially impede States from addressing corporate impunity when violations of environmental law or human rights take place. In retrospect, after having gathered all the elements covered in this section (the constitutional character of IIL, the Bill of Rights for investors, and ISDS as a supreme court to enforce this system), it appears that the investment law regime is advancing towards a harmonized "global law market"¹⁰⁶, to which ISDS is contributing through its case law. In this market, through the adaptation of their regulatory systems, States battle to seduce investors and attract capital. But is this desirable for States and their populations? Be that as it may, the output legitimacy of ISDS regarding public interest can be questioned and governments like Romania are becoming aware of this often the hard way.

¹⁰⁵ See, for instance, Article 11 of the Comprehensive Economic Partnership Agreement between Japan and the Republic of India (concluded 15 February 2011, entered into force 1st August 2011).

¹⁰⁶ A. Mills, "The Public-Private Dualities", *op. cit.*, p.104.

➤ *The Apparent Dominance of Private Interests in ISDS: The Gabriel Resources v. Romania Case*

In the Apuseni Mountains of Transylvania, a remote community of villages has become in just a couple of years a symbol of the conflict between private and public interests in arbitration. In the early 2000s, a Canadian mining company, Gabriel Resources, saw a huge investment opportunity in the large-scale open-pit mining of gold and silver in the region, which is considered as “one of Europe's most prolific mining districts”¹⁰⁷. Its plan was to reopen the old State mine that had been closed since the cessation of mining in 2006 and to expand the site. A huge advertising campaign promised a bright future perspective to the inhabitants of the region, new schools, plenty of jobs, and claimed that it would boost Romania’s economy.

In order to carry out this enterprise, however, the company would have had to level a large part of the region to the ground. This process would have meant the disfigurement of a historic part of Transylvania, its landscape, its mountains, and Roman ruins. More than this, the extraction process was supposed to include the use of “thousands of tons” of cyanide and would have likely created huge amounts of toxic wastes in the region¹⁰⁸. Afraid, and rightly so¹⁰⁹, of the possible destruction of their ecosystem and probable negative impacts on their health, the Romanian population clearly did not see matters in this light and chose to take their destiny into their own hands. This regional issue quickly became a major nationwide cause and demonstrations brought in the streets of Bucharest tens of thousands of people outraged by this project and by the fact that the Romanian government had accepted it. Under such a level of public pressure, the Parliament suddenly changed its position in 2013. After a wave of unprecedented protests since the fall of communism in Romania, it voted to reject the draft bill that authorized the project.

This domestic political battle was won, but a legal battle was about to begin. Gabriel Resources decided to file a complaint and took the case up to the ICSID. Having failed to exploit the mines of Rosia Montana, the company has maybe found in investment arbitration another gold mine. \$4.4 billion is the amount sought by the investor as compensation for the alleged damages caused by “Romania’s failure to accord a fair and equitable treatment” to the

¹⁰⁷See Gabriel Resources website, 2018, *Rosia Montana Project*. Available at: <http://www.gabrielresources.com/site/rosiamontana.aspx> accessed 25 July 2018.

¹⁰⁸ See *The Guardian* website, "Romanian Village Blocks Canadian Firm From Mining for Gold", 14 January 2016. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/14/romanian-village-blocks-canadian-firm-mining-for-gold> accessed 25 July 2018.

¹⁰⁹ See Brilliant Earth website, 2018, *Gold Mining and the Environment*. Available at: <https://www.brilliantearth.com/gold-mining-environment/> accessed 25 July 2018.

enterprise, as well as the “unlawful expropriation” of the project, among other legal groundings¹¹⁰. In this perspective, the legal bases used by the claimant, counseled by *White & Case LLP*, are provisions included in the UK-Romania BIT¹¹¹, as well as the Canada-Romania BIT¹¹².

Gabriel Resources has invested some \$700 million in Romania and has put into this project time, money and effort¹¹³. Hence, some form of compensation ought to happen. From a business standpoint, on the one hand, particularly after the Romanian authorities’ sudden change of policy, the situation shows a lack of political stability which is exactly what IIL tries to prevent for investors.

On the other hand, a company suing a country through an international tribunal over a public health and environmental measure could be questioned. This example illustrates that States are not just any “normal” commercial players, largely due to their responsibilities *vis à vis* their citizens. Also, the claims are over four times the initial amount invested by the company due to its demands to be compensated for lost profits and expected future profits. This could also seem unfair considering that Romania is one of the poorest countries in the EU. The company’s claims amount to approximately 2% of Romania’s 2016 GDP¹¹⁴. Adding to that amount the fees and other procedural costs incurred in this legal process which could last at least three years (the first hearing will not be held before September 2019)¹¹⁵, this case could have a considerable impact on Romania’s economy. Both for Romania and its people could potentially pay a hefty price if the panel rules in favor of Gabriel Resources.

This apparent lack of public interest orientation of investment arbitration and IIL could result in a lack of ‘persuasion’ or “giving reasons” legitimacy¹¹⁶. In particular, the idea that governments have to compensate these foreign corporations with taxpayer money can, unsurprisingly, scandalize citizens of the host State. In this sense, the legitimacy of ISDS in its

¹¹⁰ ICSID, *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, Case No. ARB/15/31 (Claimant’s Memorial, 30 June 2017).

¹¹¹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Government of Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (UK and Northern Ireland – Romania BIT), UKTS 84 (concluded 13 July 1995, entered into force 10 January 1996).

¹¹² ‘Canada – Romania BIT’, CTS 1997/47 (concluded 17 April 1996, entered into force 11 February 1997).

¹¹³ S. Taylor, "Canada's Gabriel Resources to seek \$4.4 bln in damages from Romania", *Reuters* website, 29 June 2017. Available at: <https://www.reuters.com/article/gabriel-romania-court-idUSL1N1JK0QU>, accessed 25 June 2018.

¹¹⁴ See Trading Economics website, 2018, *Romania’s GDP*. Available at: <https://tradingeconomics.com/romania/gdp> accessed 25 July 2018.

¹¹⁵ S. Taylor, "Canada's Gabriel Resources to seek \$4.4 bln", *op. cit.*

¹¹⁶ A. Hurrell, "Legitimacy and the Use of Force: Can the Circle Be Squared?", *op. cit.*, p.18.

sociological sense (is it widely believed to have the right to rule?) also seems to be challenged, especially because it is public pressure that induced a change of government policy. Thus, all the elements seem to indicate that ISDS needs some sort of reform in order to remedy these problems.

3. THE NEED FOR A REFORM OF INVESTMENT ARBITRATION?

Discussions on the legitimacy issues pertaining to the system appear to be gathering momentum. Hence, it is necessary to think about what could make this dispute settlement system work more efficiently and fairly for the sake of both investors and States. An increasing number of IIL reports and textbooks now include sections about, or are entirely dedicated to, the reform of ISDS. Seemingly, two routes for reform seem possible.

The first route is the more “moderate” one. It entails, through technical readjustments, a rectification of several issues pertaining to ISDS such as transparency, policy space for countries, investor duties and costs. The question remains as to whether these arrangements are sufficient to address these problems (3.1). One could argue instead that a profound systemic reform is needed. This second possible route is more “radical” and pushes for a major reform of the entire IIL dispute settlement mechanism. With that in mind, the question of an appellate process to ensure that fairness and impartiality are complied with is considered first. Finally, the perspective of a permanent court to settle investor-State disputes is studied and appears to be a desirable option. But is it feasible? (3.2)

3.1. The ‘Moderate’ Route: Potential Adjustments to Improve ISDS

Three ‘moderate’ reforms are considered in this section. The increase in transparency seems like a good starting point to improve the current ISDS mechanism (3.1.1). Nevertheless, it appears that it cannot be achieved with tackling the important issue of arbitration costs (3.1.2). Finally, a push towards more binding obligations for investors relating to human rights or the environment seems necessary (3.1.3).

3.1.1. Increased Transparency for Increased Legitimacy?

As mentioned in the first chapter, the opaque context in which the whole system operates is one of the main challenges facing investment arbitration. It creates an environment favorable to questionable situations such as conflicts of interest. There exists a trend towards more transparency, through the adoption of the previously stated 2014 UNCITRAL Rules on Transparency for instance. Still, there is a call for a more accessible process. Working towards

this prospect is one medium through which the currently fragile legitimacy of investment arbitration could be addressed, or at least partly¹¹⁷. Nevertheless, as it stands today, it is difficult to decide whether the pros of a more transparent mechanism outweigh the potential downsides of such a reform.

On the one hand, several arguments play in favor of this move towards transparency. Developing a process that regularly informs the public about the existence of disputes¹¹⁸, discloses documents, and facilitates public access to hearings and participation would contribute to remedying the lack of input legitimacy that currently exists. Especially with regard to the public has a particular interest at stake like in the *Gabriel Resources v. Romania* case previously covered, civil society should be entitled to have access to information (through public hearings and *amicus curiae*). As a result, any arbitral decision would presumably be easier to implement because it would be more accepted¹¹⁹. Also, an enhanced place for third party participation, such as NGOs, is likely to result in a limitation of any improper behavior from arbitrators and would therefore create a “culture” of accountability in ISDS¹²⁰. One could also contend that the multiple investor-state tribunals would be aware of each other’s previous decisions and would thus be able to construct a coherent regime through consistent interpretations.

On the other hand, however, transparency could increase the overall costs of arbitration¹²¹. This consequence is often missed out and is not desirable as costs are already immense, especially for developing and third-world countries¹²². This would risk furthering even more the inequalities that already exist with regard to the “chilling effect” of arbitration fees and accessibility of ISDS to poorer nations. Hence, without tackling the economic issue, any attempt at reform towards a more transparent procedure would appear to be fruitless. Delays to resolve disputes will be more important as increased transparency will likely entail a longer

¹¹⁷ See UNCTAD report, "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel", *op. cit.*, p.121.

¹¹⁸ S. Aslı Budak, C. C. Kadioğlu, "Transparency in International Arbitration", in Hergüner Bilgen Özeke Attorney Partnership Newsletter, *Covering Some of the Latest Developments in Turkish Law*, 2017, p. 17. ‘Apart from ICSID and NAFTA arbitrations, most arbitration rules do not require publicizing disputes’.

¹¹⁹ J. Delaney, D. Barstow Magraw, "Procedural Transparency", in P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 1285-1286.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p. 1287.

¹²² Ad Hoc Tribunal (NAFTA/UNCITRAL), *Methanex Corporation v. United States of America (Decision on ‘amici curiae’, 15 January 2001)*. para 50, p. 22. The tribunal noted that ‘there is a possible risk of imposing an extra burden on one or both the Disputing Parties’. As a result, strict page limitations must be respected.

procedure¹²³, added to the fact that the duration of a case is already considerable (approximately 4 years)¹²⁴.

The issue of transparency would therefore have to be tackled jointly with the burden of costs if one wishes for a more accessible IIL justice.

3.1.2. Tackling the Burden of Investment Arbitration Costs

‘Exorbitant’ legal costs and arbitrator fees, as well as the billions of dollars of compensation often claimed by investors, are a matter of concern¹²⁵. In response to the large amounts involved with documentation, ICSID works towards “going greener”. This also aims at modernizing and simplifying the process, focusing particularly on reducing the time and costs of arbitration through the increasing use of electronic documents in the stead of hard copies¹²⁶. Is this sufficient?

Another possible reform is also gaining importance in IIL literature. Unlike judges, arbitrators have no cap on financial remuneration, meaning their fees can vary from around \$375 to \$700 per hour, and how much one can earn in total will depend on the case’s length and complexity. On average, an arbitrator could earn up to \$350,000 per case, but in some cases this number was much closer to \$1 million¹²⁷. It seems logical for arbitrators to be well remunerated as these cases are often very complex and demand a lot of time, work and expertise. Nonetheless, it has been argued that a cap should be imposed on the costs of lawyers and arbitrators so as to mitigate the current disparity between those who can and those who cannot afford such fees¹²⁸. As previously discussed, these costs can have a “chilling effect”, especially on weaker economies, and are therefore an issue that needs to be addressed. For

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ See Allen & Overy study, "Investment Treaty Arbitration: cost, duration and size of claims all show steady increase", 14 December 2017, official website: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase.aspx> accessed 30 July 2018.

¹²⁵ A. Roberts, Z. Bouraoui, "UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims", *EJIL: Talk!*, 6 June 2018. Available at: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/> accessed 30 July 2018. See South Africa’s concerns on the significant costs of arbitration for a good overview of the problem.

¹²⁶ See ICSID website, 2018, *Practice Note - ICSID is Going Greener*. Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID%20NewsLetter/2017-Issue3/ICSID-is-Going-Greener.aspx> accessed 30 July 2018.

¹²⁷ P. Eberhardt and C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p.35.

¹²⁸ A. Roberts, Z. Bouraoui, "UNCITRAL and ISDS Reforms". South Africa denounces the fact that there is “no limit as to the costs” of a case and goes as far as to describe ISDS as “first and foremost the system for the most powerful”, *op. cit.*

example, a Center for legal advice including a fee cap has been subject to discussion within the Union of South American Nations (UNASUR), in an effort to limit the parties' expenses¹²⁹.

In addition, many corporations claim compensation for "lost profits". Such claims could often be seen as excessive regarding the initial investment made. For instance, Libya was ordered to pay \$935 million for "lost profits" to a company from Kuwait for a cancelled investment project. In comparison, the company had only invested \$5 million in the project and construction never began¹³⁰. This could also be subject to reform. Limiting the potential compensation of foreign investors to expropriation of property and loss of previous investment value would be more justifiable¹³¹. The legitimacy of the arbitration system would surely increase if lawsuits were more 'affordable' and thus more "accessible".

Nevertheless, focusing solely on financial and procedural matters is not enough. From a substantive point of view, ISDS could also be more equitable by aiming reforms at what investors can or cannot do.

3.1.3. Health, Human Rights and Environmental law: More Binding Obligations for Investors?

IIL was founded on the idea of creating rules and procedures to promote and protect foreign investments (both from individuals and multinational corporations)¹³². In this system the State is perceived negatively, as a possible obstacle to businesses, which is understandable in a post-colonial context marked by independence struggles *vis à vis* foreign domination. By introducing BITs, western States provided a way to protect their investors' interests from, for instance, 'unfair' nationalization and expropriation of land or property¹³³. Nevertheless, in today's globalized world, businesses impact the societies of the host States too, whenever and however they operate, whether it is in a good way (e.g. employment and development) or in a bad way (e.g. pollution, corruption, or child labor). Currently, however, many instruments

¹²⁹ K. Grant, "The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 52, n. 3, 2015, p. 34. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=olsrps> accessed 30 July 2018.

Also P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 72-73. This Center is inspired by the Legal Center for Dispute Settlement in the WTO, whose services are cheaper than international law firms.

¹³⁰ D. Rosert, "Awards and Decisions", *International Institute for Sustainable Development*, 19 January 2014. Available at: <http://www.iisd.org/itn/fr/2014/01/19/awards-and-decisions-14/> accessed 30 July 2018.

¹³¹ J. E. Stiglitz, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", in L. Johnson, L. Sachs (eds.) *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, Oxford University Press, 2018, p. xiii-xxviii.

¹³² P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", in P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 1108-1109.

¹³³ *Ibid.*

providing for human rights, health or environmental requirements in IIL are non-binding. The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, for instance, do not create legal obligations¹³⁴. Also, IIAs rarely contain such provisions.

The development of binding obligations for investors regarding impacts of businesses on these matters would likely result in a more legitimate dispute settlement system. Indeed, as a result of these inclusions in IIAs, arbitrators would therefore have to take such issues into consideration when deciding cases. Consequently, the host States' policy-space to regulate would presumably be enhanced, and arbitrators would have to follow through and apply what the law is to the particular case. This could hopefully reduce the number of situations similar to the *Gabriel Resources v. Romania* example, where a State has to compensate a company whose activities were abandoned because they threatened the environment and the citizens' health.

Investment treaties ought to include certain obligations in this perspective, so as to clarify what investors can or cannot do. It could be conceived that future IIAs increasingly refer to these issues as a source of "important standards"¹³⁵. Binding or not, these standards could be placed on the balance with the rights and obligations of investors that ought to be interpreted through the ISDS process. Combined with the increased transparency of arbitration, particularly with the popularization of *amicus curiae* briefs from the civil society, these standards would probably be subject to more consideration from arbitrators and lead to more legitimate outcomes. One step in this direction was made with the revised COMESA Agreement on a Common Investment Area. It is one of the first IIAs to include commitments aimed at investors regarding the respect of human rights as well as a provision on environmental impact, along with other social issues¹³⁶.

However, it is unlikely that the aforementioned reforms, on their own, can fully address the inherent flaws of IIL arbitration. To provide for a more balanced and just system, another route, although more radical, could also be envisaged.

¹³⁴ United Nations Human Rights Council, *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, John Ruggie, A/HRC/8/5 (7 April 2008). Available at: <https://www.business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/un-protect-respect-and-remedy-framework-and-guiding-principles> accessed 31 July 2018. The Guiding principles rest on three pillars. The first is the "State duty to protect Human Rights". The second is the "corporate responsibility to respect Human Rights". And the third is a greater access by victims to effective remedy.

¹³⁵ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", *op. cit.*, p.1148.

¹³⁶ See Art. 7.2.d. of the Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (signed 23 May 2007, not yet ratified).

3.2. The ‘Radical’ Route: Towards a Systemic Reform of Investment Arbitration?

The creation of an appeal mechanism has been subject to discussion and could potentially help correct some legitimacy issues, but it is not without its own disadvantages (3.2.1). Finally, the idea of an independent and permanent Investment Court as an alternative to private arbitration needs to be discussed (3.2.2).

3.2.1. The Pros and Cons of an Appellate Mechanism

The new model agreement presented by Ecuador in March 2018, and which will serve as the basis for future negotiations with other countries, includes an appellate stage¹³⁷. Therefore, the idea of an appellate mechanism for investment disputes seems to be expanding. But the desirability of such a mechanism needs to be considered with some degree of prudence. Indeed, what seems like a good option towards an impartial and equitable process might also have unwanted consequences.

On the one hand, the “consistency argument” is often presented as one of the main reasons for the creation of an appellate system in IIL dispute settlement. Such a reform would possibly enhance the coherence and also the quality of decisions taken by the present investment tribunals¹³⁸. In this perspective, the legitimacy of the system could find itself enhanced if the appellate body in question can verify the respect of ‘due process’, the impartiality and the independence of arbitrators, thus potentially limiting the likelihood of conflicts of interest¹³⁹. One could contend that, in the long run, the perceived “pro-investor bias” that seems inherent to the system would be weakened in favor of increased public interest orientation¹⁴⁰. Nevertheless, these are only expectations and are nothing close to being certain.

On the other hand, these potential advantages of an appeal would have to be balanced with the possible drawbacks pertaining to the creation of such a mechanism in the context of IIL. Many complications can arise from this reform. Indeed, one of the main drawbacks of an appellate mechanism is the increased time and costs of procedure. Adding another step in the

¹³⁷ UNCTAD, "Recent Developments in the International Investment Regime", *UNCTAD IIA Issues Note*, n. 1, 2018, p. 7. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf accessed 1 August 2018.

¹³⁸ C. J. Tams, "An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure", *Essays in Transnational Economic Law Working Paper*, n. 57, June 2006, p. 33. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413694 accessed 1 August 2018.

¹³⁹ A. H. Qureshi, "An Appellate System in International Investment Arbitration?", in Muchlinski, P., Ortino, F. & C. Schreuer, (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 1950.

¹⁴⁰ C. J. Tams, "An Appealing Option?", *op. cit.*, p.34.

process will not only risk undermining first instance decisions, it will most likely have an important impact on the amount of time required to resolve disputes. Necessarily, this will affect the total costs incurred, in particular the amount of legal fees that ought to be paid by both the investor and the host State. Hence, this sort of reform does not seem to resolve the “chilling effect” of ISDS, and the long proceedings that already exist¹⁴¹. One particular example of a prolific appeal mechanism, by international law standards, is the WTO’s Appellate Body, where panel reports are appealed around 68% of the time¹⁴². This is a prospect to consider in the context of investment arbitration if such a reform comes to fruition.

Many specific questions remain as to which type of appeal mechanism could be set up. Will this appellate body be permanent? How will the members be chosen? Will they be able to base their decisions upon the facts of the case, or will they just scrutinize the respect of “due process”¹⁴³? Could this reform increase the risk of investors bias to the detriment of weaker host States by furthering the ability of companies to appeal? Eventually, could this lead to a discouragement of States and investors to providing or looking for investment opportunities¹⁴⁴?

Notwithstanding, from a general perspective, it seems that through the creation of an appeal procedure the *status quo* in ISDS would likely remain. Instead, for a meaningful reform of the system, the option of a standing permanent court to settle investment disputes could be the way forward.

3.2.2. The Call for a Permanent Court

Many technical questions are relevant in order to craft a viable and fair permanent court solution for the settlement of investor-State disputes. Should this court be an institution of its own or set up as part of a chamber in the International Court of Justice? The latter option could be interesting as it is often considered as one of the main judicial organs of the international economic order¹⁴⁵. Also, by what standards and through which process should the judges be nominated? For instance, judges could be appointed or elected by States on a permanent basis

¹⁴¹ C. J. Tams, "An Appealing Option?", *op. cit.*, p.15.

¹⁴² See WTO website, 2018, *Statistical Information on Appeals in the WTO*. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/stats_e.htm accessed 1 August 2018. Data between 1996 and 2014.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 6, for a general overview of the questions that could arise for the creation of an appellate body in the context of ISDS.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.15.

¹⁴⁵ A. H. Qureshi, "An Appellate System in International Investment Arbitration?", *op. cit.*, p. 1947-1950. For example, States have resorted to the International Court of Justice for the resolution of economic-related disputes before, and it has also been central in confirming several international economic law principles (the right to development, the right to environmental protection, the principle of sustainable development...).

for a fixed term, which is essential to guarantee their independence¹⁴⁶. Furthermore, in order for the process to be more “inclusive”, the roster of judges would have to comprise non-Western and female professionals as well¹⁴⁷. The aim of this paper, however, is not to provide definitive answers to these numerous technical points, but rather to adopt a global approach on the desirability of an independent investment court in the stead of private arbitration.

The issues covered in this paper demonstrate that ISDS, as a whole, seems to lack openness and accountability. One could also perceive it as not operating in the fairest of ways regarding developing and third-world countries. The legitimacy issues facing this system are inherent structural problems. Consequently, it appears that only a more “radical” reform could overcome the current legitimacy crisis. Many of the presupposed advantages of arbitration previously mentioned are illusory in the context of ISDS. The presumed “promptness” of the arbitral process, the greater “flexibility” and control by the parties in the proceedings, and the “lesser costs” of arbitration are misconceptions¹⁴⁸. The fact that a private mechanism of adjudication is competent regarding claims by individuals against “the legality of the use of sovereign authority”¹⁴⁹, that is for public law matters, is often seen as inappropriate.

With the creation of a standing investment court, parties could gain an independent and more transparent dispute settlement mechanism. The creation of an appellate body could also be an additional safeguard in this perspective¹⁵⁰. As a result, both conflicts of interests and perceived bias would likely pose a lesser risk¹⁵¹. If the roster of judges is more representative of the diversity of States and actors which are relevant in the context of IIL, then perhaps this system will consider more the local specificities of each case. Also, delegation to clerks in the context of a permanent court would seem less problematic than with arbitration as judges do not benefit directly from payments by the parties. Hopefully, the “chilling effect” of arbitration

¹⁴⁶ UNCTAD report, "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel", *op. cit.*, p.194. *Also see*, G. V. Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *op. cit.*, p.181-182. This could be done by nomination from an entity through a list of judges submitted by States, much like the International Court of Justice. Another possibility, similar to the process applied in the International Criminal Court, through an election of the judges by an assembly of State parties for instance.

¹⁴⁷ P. Eberhardt, C. Olivet, "Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom", *op. cit.*, p. 72.

¹⁴⁸ *See* UNCTAD report, "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel", *op. cit.*, p.13.

¹⁴⁹ G. Van Harten, "A Case for an International Investment Court", *Society of International Economic Law Working Paper N° 22/08 (July 2008)*, p. 6. Available at: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=all_papers accessed 2 August 2018.

¹⁵⁰ J. E. Stiglitz, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", *op. cit.*, p. xxiv.

¹⁵¹ *Ibid.*

on States will not be repeated in the case of a major reform, thus allowing States more space for policy-making, particularly regarding human rights, health and environmental matters.

However, any dispute settlement procedure is costly for a developing economy¹⁵². By replacing arbitration with a permanent body composed of judges one cannot hope to remedy all of the legitimacy issues inherent to ISDS. For instance, the duration of proceedings will probably remain close to the average 4 year-long process required to settle investment disputes. The creation of an ‘independent’ and “permanent” institution does not totally negate the risks of bias either. Depending on how the judges are nominated (e.g. if States have a monopoly on this matter) there could still be critiques on how much the court is conditioned by Member State preferences¹⁵³. Hence, some “illegitimacy” seems inevitable in any given legal system, regardless of the extent of reforms¹⁵⁴. There are no “perfect” dispute settlement mechanisms.

Moreover, enhancing the legitimacy of ISDS is not only about changing the institutional model that is used. For the system, as a whole, to be more “equitable”, both parties have to be considered for what they represent. This entails the inclusion of the relevant obligations owed by investors (particularly regarding human rights and environmental protection) in IIAs, as mentioned previously in the first section of this chapter, as well as a transparent process allowing for public participation. These problems ought to be tackled simultaneously if the future ISDS mechanism is to be more legitimate.

Joseph E. Stiglitz suggests that the judicial standards of ISDS fall ‘far below twenty-first century standards’ and that the problems could “easily” be remedied¹⁵⁵. While he may be right about the deceit of international investment arbitration, a major reform of the system in the near future seems unlikely to happen. Indeed, many reasons can be pointed out to explain the relatively slow progress of reforms in the context of IIL. States worry that their “attractiveness” to foreign investors may be reduced if the current system is ‘disrupted’ by a

¹⁵² See for example, R. Abbott, "Are Developing Countries Deterred from Using the WTO Dispute Settlement System?", *ECIPE Working Paper* n. 1, 2007. Available at: <http://www.ecipe.org/app/uploads/2014/12/are-developing-countries-deterred-from-using-the-wto-dispute-settlement-system.pdf> accessed 2 August 2018.

¹⁵³ M. Blauberger, S. K. Schmidt, "The European Court of Justice and its Political Impact", *West European Politics*, vol. 40, n. 4, 2017. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2017.1281652> accessed 5 August 2018.

¹⁵⁴ P. G. Stillman, "The Concept of Legitimacy", *Polity*, vol. 7, n. 1, 1974, p. 43. Available online at: https://www-jstor-org.ezproxy.lib.gla.ac.uk/stable/3234268?pq-origsite=summon&seq=1#page_scan_tab_contents accessed 2 August 2018.

Providing an analysis of the concept of legitimacy and applying to governments, Stillman argues that “in almost all societies some illegitimacy exists” but that “legitimacy is nonetheless a desirable property”. A parallel could be made with ISDS and the idea that some legitimacy issues may remain, but reform is nonetheless desirable for the sake of both States and investors.

¹⁵⁵ J. E. Stiglitz, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", *op. cit.*, p. xxiv.

substantial reform¹⁵⁶. Moreover, if a permanent court is to be conceived, consensus would be required among the States concerned, as such an institution will not be created unilaterally¹⁵⁷. Nevertheless, ISDS has probably more to gain from the creation of a permanent court composed of independent judges, for fixed terms, than from maintaining the current private arbitration system and occasionally correcting some of its flaws with “modest” adjustments. Anyone who is satisfied with the current state of affairs might still prefer a permanent investment court rather than the total loss of the ability of investors to bring claims in front of a tribunal¹⁵⁸.

CONCLUSION

It seems clear that for investor-State dispute settlement to be a more just and fair process, a major reform is needed. The system suffers from several important legitimacy issues, as demonstrated by the “input/output legitimacy” perspective of this paper. The multiple examples covered provide a clear picture of the several lacunas of this system.

Only a handful of arbitrators and a few global law firms, handle most of the world’s biggest disputes, to the detriment of inclusiveness and diversity. This calls into question the presupposed flexibility of arbitration as most cases require the ability to determine local facts and apply local law. This “family” of lawyers are very present in academia and research, through extensive publishing as well as teaching in several notorious law universities. Hence, perspectives from other disciplines risk being crowded out. This is problematic as foreign investments impact human rights, the environment of host States and the health of their citizens. Therefore, these elements need to be included in IIL discourse. Perceptible monopolies are coupled with a serious lack of transparency in the arbitral process and little to no room for public participation which could facilitate abuses such as conflicts of interest.

More than these input legitimacy issues, the output legitimacy of the system is also challenged. ISDS creates an uneven balance of interests. The enormous costs related to the legal fees and the tribunal expenses, along with the huge monetary claims and compensations at stake, are crippling for weaker economies. This has a “chilling effect” on States meaning that the latter are compelled to recede from their policies whenever there is a risk or threat of prosecution. This situation could be qualified as some sort of economic coercion inflicted upon

¹⁵⁶ UNCTAD, "Recent Developments in the International Investment Regime", *op. cit.*, p.10.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵⁸ A. Roberts, "Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration", *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018, *forthcoming*. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3189984 accessed 3 August 2018.

countries who would prefer complying with investors' demands than be engaged in expensive legal battles. In this system, one could suggest that investors are "privileged" actors. The existing network of IIAs creates a constitutional-like protection system for them. Their "Bill of Rights" includes provisions like the FET requirement or the law on expropriation to limit the risk of unfair regulatory excess from governments. Investment arbitration works as a supreme court to protect investors' interests through its binding awards and the application of the "sole effects" doctrine.

Nevertheless, as demonstrated in the examples relative to the situations in Togo with the tobacco industry, and Romania with a mining firm, the apparent overprotective nature of this system *vis à vis* investors often happens to the detriment of legitimate public policy measures. A country cannot be treated like just any normal commercial player as it is responsible for the health and safety of its citizens, as well as human rights and environmental matters.

As a result of the current legitimacy crisis in the ISDS mechanism, the debate on a reform of investment arbitration seems to be nourishing an interest in recent international investment law literature. In this prospect, how can ISDS be improved? A more transparent investment arbitration process could, on the one hand, create a culture of accountability regarding arbitrators. As a result, through an increase in public participation in proceedings the system's input legitimacy would be enhanced. On the other hand, this is likely to create more costs and longer procedures. This burden, however, can be diminished if a cap is imposed on fees and if investors' claims are not disproportionate regarding their initial investment. Also, the integration of standards relating to the environment and human rights in IIAs could lead to more public interest-oriented system. Finally, in a more "radical" perspective for reform, the creation of an appeal mechanism or even a standing investment court have to be debated. There is no miracle solution for all of the legitimacy issues of investment arbitration. However, depending on what modalities they are built on, these options could possibly be the way forward for a more equitable dispute settlement mechanism for both States and investors.

