

Agustín Gordillo

# UNE INTRODUCTION AU DROIT

*Préface de Spyridon Flogaitis*  
*Directeur du Centre Européen de Droit Public*



ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ  
ΚΕΝΤΡΟ ΔΙΚΑΙΟΥ  
ΕΥΡΩΠΑΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ  
ΔΙΚΑΙΟΥ ΔΕΛΤΑ

Esperia Publications Ltd, London

# **UNE INTRODUCTION AU DROIT**



**AGUSTÍN GORDILLO**

**UNE INTRODUCTION AU DROIT**

**PRÉFACE DE**

**SPYRIDON FLOGAÏTIS**

**Directeur du Centre Européen de Droit Public**

**Esperia Publications Ltd  
London**

SECRETARIAT D'ÉDITION (CEDP)

Katerina Papanikolaou, BA Greek Literature, National and Capodistrian University of Athens  
Labrini Angeli, Editions and Documentation Unit

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ / EUROPEAN PUBLIC LAW CENTER

Achaïou 16, 106 75 Kolonaki, Athens, Greece

Tel.: 30 210 72 58 801 / 72 93 103 / Fax: 30 210 72 58 040

E-mail: [info@eplc.gr](mailto:info@eplc.gr) / Internet: <http://www.eurplc.org>

ISBN: 1-904673-22-8

Première édition: 2003

© Agustín Gordillo

Ce livre est également disponible gratuitement sur le site électronique [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

L'auteur serait ravi de recevoir tout commentaire ou suggestion aux adresses électroniques:

[agustin@gordillo.com](mailto:agustin@gordillo.com), [gordillo@elsitio.net](mailto:gordillo@elsitio.net), [gordillo@fibertel.com.ar](mailto:gordillo@fibertel.com.ar)

ou sur le site [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

ESPERIA Publications Ltd.

695 High Road

North Finchley

London N12 0BT

England

## PRÉFACE

*LORSQUE mon collègue et ami, Agustín Gordillo, me proposa de lui préfacier son nouveau livre Une introduction au droit, une œuvre qui sera lue et discutée, j'en suis sûr, partout dans le monde, j'ai été très honoré. Cette idée fut le fruit d'une longue amitié.*

*J'ai eu l'occasion de connaître l'auteur au début des années 80, lors de ma première période scientifique. Nous nous sommes connus à une Conférence à Louvain-la-Neuve, étant donné que Agustín Gordillo a toujours suivi la science administrative européenne de très près. Nos formations et nos intérêts communs sont à l'origine d'une estime et d'une reconnaissance mutuelle, qui s'est développée ensuite en une amitié. Nous provenons tous les deux de pays qui ne sont pas considérés comme des métropoles du droit administratif, notre science commune. Nous avons tous deux d'importants liens ainsi que plusieurs années de présence dans un pays qui est l'une des métropoles du droit administratif, à savoir la France, où l'on partage plus ou moins la même expérience. Nous vouons tous deux le même intérêt à l'administration publique ainsi qu'une connaissance pratique des Tribunaux.*

*Je fus amené à mieux connaître Agustín Gordillo grâce à mon professeur Jean Rivero, un homme de savoir et de caractère hors pair, qui faisait très souvent référence à son collègue et ami d'Argentine et à leurs discussions fructueuses sur le droit administratif comparé.*

*A cette époque, Jean Rivero, mondialement connu comme un excellent administrativiste, dont le livre Précis de droit administratif fut probablement le livre le plus lu dans les cercles francophones du monde entier, fut l'un des fondateurs du droit administratif comparé dans la France d'après-guerre. Il portait un véritable intérêt aux autres systèmes juridiques administratifs et montrait une forte détermination à conserver l'importance et la présence du droit administratif français au niveau mondial. A travers ses cours de droit administratif comparé, il devint l'éducateur de nombreux Sud-Américains, et nonobstant le fait que Gordillo ne fut jamais son élève, c'était l'homme avec qui Rivero pouvait dialoguer et à travers lequel il avait l'occasion de mieux connaître les dernières évolutions en droit administratif en Argentine et en Amérique Latine en général.*

*Ceci ne m'a jamais échappé, et lorsque, quelques années plus tard, nous, une poignée de publicistes européens, avons pris l'initiative de fonder le Groupe Européen de Droit Public dans le but de contribuer au dé-*

*veloppement du droit public en Europe et partout dans le monde, nous avons invité, très naturellement, Agustín Gordillo à prendre part à nos travaux, afin de perpétuer l'esprit de Jean Rivero.*

*Agustín Gordillo a écrit un grand nombre de manuels, livres, articles et essais, etc. aussi bien en Amérique Latine que partout dans le monde. Toutefois, son nouveau livre est différent de ses œuvres précédentes. La différence réside dans son contenu ainsi que dans son style.*

*Ce livre n'est pas un autre essai sur le droit administratif. C'est un livre traitant de la véritable essence du droit en général, des études juridiques, de la relation entre la théorie et la pratique en droit. En d'autres termes, ce livre reflète toute l'expérience et la sagesse d'un homme se trouvant dans un stade avancé de sa carrière juridique et qui se sent prêt à partager avec tout le monde ses découvertes, acquises tout au long d'un processus d'apprentissage sur le droit.*

*Ceci influence incontestablement le style du livre, qui devient, dans une certaine mesure, autobiographique. L'auteur ressent le besoin de parler à ses collègues sur lui-même et sur la manière dont il est parvenu aux conclusions exprimées dans le livre en question. Comment il étudia, où il travailla, comment il allia le métier de professeur à la pratique, comment il trouva la vérité sur le droit en s'exposant à la réalité à travers la pratique, comment il eut l'occasion de juger des cas en tant que juge international, et l'opportunité de découvrir, en tant que stagiaire invité au Conseil d'Etat français, de quelle manière cette célèbre institution possède une approche plutôt pragmatique à l'égard du droit.*

*En réalité, avec ce livre, Agustín Gordillo se révèle être à la hauteur de ce stage scientifique. Cette célèbre institution française qu'il admire tant laissa son empreinte sur l'homme qui devint un grand administrativiste, connu internationalement, et qui sait que le droit ne peut évoluer que dans les sphères de la réalité.*

SPYRIDON FLOGAÏTIS  
Professeur de Droit Administratif à l'Université d'Athènes  
Directeur du Centre Européen de Droit Public

## REMERCIEMENTS

L'AUTEUR rend hommage à l'important soutien qu'il a reçu du Centre Européen de Droit Public tout au long des leurs années de collaboration. Les plus vifs remerciements, *de tout mon cœur*, reviennent au Professeur Spyridon Flogaïtis et à tous ceux qui participent d'une manière ou d'une autre au développement du Centre pour leur aide dans des domaines "invisibles à l'œil".

Dans d'autres secteurs, l'aide apportée est évidente: l'une des plus importantes contributions pour laquelle l'auteur exprime sa reconnaissance dans cette édition, est celle du CEDP par le biais de l'extraordinaire collaboration, l'excellent travail ardu, la profonde perspicacité, la patience à toute épreuve et l'inspiration de Mme Katerina Papanikolaou et ses collègues du CEDP au cours des épreuves du livre. Ces épreuves furent l'objet d'une intense et incessante collaboration entre l'auteur et le CEDP. Parfois l'auteur n'a pas suivi les suggestions linguistiques du CEDP quand il avait le sentiment qu'une autre structure pourrait mieux transmettre ce qu'il voulait dire. Il souhaiterait que le lecteur l'en excuse.

Toutes ces contributions concrètes furent d'une très grande aide à l'auteur. Mais il est fort probable que l'étincelle qui déclencha tout ceci est l'institution elle-même et ses fondateurs. L'auteur voudrait souligner que tout comme la version anglaise est dédiée à la mémoire des Juges Charles Breitel des Etats-Unis et Genaro Carrió de la République Argentine, la version française est dédiée à la présence toujours vivante et à l'inspiration du Président du Conseil Scientifique Européen du CEDP, M. Guy Braibant, pour des raisons énoncées dans le livre.

Il est inutile de préciser que rien de tout ce travail n'aurait été possible sans la confiance et l'amitié de son Directeur, le Professeur Spyridon Flogaïtis, qui honore l'auteur de sa Préface, et qui, il y quelques années, sponsorisa ce projet dès le début.

Mes profonds remerciements à toutes ces personnes.

Agustín Gordillo



## CHAPITRE I

### SEUIL

#### *1. A propos du titre*

ÉCRIRE ce petit livre n'a pas été une tâche difficile, parce que, en un certain sens, il s'est écrit tout seul tout au long de ma vie, à la suite de mon travail comme avocat, comme fonctionnaire public, comme magistrat occasionnel<sup>1</sup>.

Ce qui a été cependant difficile c'était de lui trouver un titre. Il aurait pu s'appeler "tout ce que je sais sur le droit", ou "tout ce que vous ne pouvez pas ignorer sur le droit", "le droit en pratique", "suggestions pratiques pour l'avocat" ou "vérités et mensonges à propos du droit".

Mais, à la fin, un classique l'a emporté sur les autres: "Une introduction au droit". Peut-être ai-je choisi ce titre parce que mon premier livre, en 1962, s'intitulait "Introduction au droit administratif" et celui-ci, fruit de plus de quarante années de travail comme professionnel du droit, constitue son contrepoint. J'aurais pu aussi imaginer un sous-titre, tel que "Théorie et pratique" ou bien, si cela n'eut pas été si long et gênant, quelque chose du genre:

#### UNE INTRODUCTION AU DROIT

Pour des avocats et des non-avocats  
Une version unifiée de *common law* et de droit continental  
Droit public et droit privé  
Droit national, supranational et international

Est-ce qu'on peut remplir de si grandes ambitions dans un tout petit livre? La réponse est un "non" retentissant, mais je voudrais quand même essayer.

---

<sup>1</sup> Peut-être injustement n'ai-je pas ajouté "comme professeur" à cette liste.

## 2. *Un livre pour les avocats et pour ceux qui ne le sont pas*

Pourquoi un (sous)-titre si ambitieux? A travers les années, j'ai appris certaines choses essentielles sur ce que le droit est vraiment et sur la façon dont la profession est exercée. J'ai vu que plusieurs de mes collègues, appartenant à différents systèmes légaux et ayant vécu des expériences différentes, partagent les mêmes points de vue, au moins quant aux principes ou valeurs supérieurs. Il n'y a pas de nouveautés dans ce livre, rien n'est original.

Toutefois, le problème est que lorsqu'on donne des cours post-universitaires, aussi bien en Amérique Latine qu'en Europe, on voit que ces principes communs *ne font pas* partie des connaissances communes et des expériences des juristes qui suivent les cours. Il ne s'agit que de quelques sujets fondamentaux, mais ils épatent des avocats qui n'en ont jamais entendu parler, tandis que d'autres connaissent leur existence mais n'arrivent pas à comprendre qu'ils constituent le laissez-passer à la profession du droit.

Ce problème découle du fait que les juristes, à travers le monde, croient que leur titre prouve au moins une connaissance rudimentaire du droit. Malheureusement ils tombent dans l'erreur de confondre un acte formel - celui de recevoir un diplôme - avec la connaissance des faits, des principes et des aspects fondamentaux du droit; il s'agit d'une erreur essentielle que l'avocat traînera tout au long de sa vie jusqu'à ce qu'elle soit corrigée par la pratique.

## 3. *Une bibliographie minimale*

Le droit est surtout une activité intellectuelle. Il exige de la réflexion, de la créativité et du débat. Pour cette raison, il y a certains livres qu'on doit lire, même si l'on n'est pas totalement ni partiellement d'accord avec ceux-ci, afin de maintenir son esprit éveillé. Bien que nous allons en mentionner plusieurs dans l'*Epilogue*, il est important de signaler dès maintenant qu'un livre universellement reconnu à ce propos est *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* de Jhering (1880)<sup>2</sup>. Pour ceux qui comprennent l'espagnol, il

---

<sup>2</sup> Autres de ses livres sont, bien sûr, indispensables. Pour ceux qui sont intéressés à approfondir le sujet, il y en a deux qui semblent essentiels: *Der Kampf um's Recht* (1889) et *Der Zweck in Recht* (1887).

y a aussi d'autres livres intéressants<sup>3</sup>. En réalité, n'importe quel livre qui soit assez provocateur sera utile ... et je serais ravi d'apprendre un jour que ce livre-ci ait été ainsi qualifié de tel.

Comme note finale et comme c'est l'habitude dans mon pays, je renvoie à des auteurs de différentes époques et de différents systèmes de droit.

#### 4. Sauter des pages et des chapitres

Il est important de ne pas lire ce livre - ou d'ailleurs n'importe quel autre livre - d'une manière systématique. L'ordre n'aide pas à maintenir l'attention et à se concentrer, on est plus attentif lorsque on lit d'une façon non linéaire. Ceci parce que l'on peut lire davantage, avec de meilleurs résultats et pendant plus longtemps si on a l'esprit occupé. Quand on cherche à nourrir son esprit systématiquement, d'une façon très ordonnée et planifiée, on s'endort plus facilement<sup>4</sup>.

L'objectif est celui de diriger son attention sur chaque idée qui semble être nouvelle, bizarre ou simplement fausse, parce que ce n'est pas l'acte de lire en soi qui enrichit, mais plutôt le développement de la pensée à propos de la lecture. Ayant cette idée dans ma tête, j'ai délibérément répété certaines choses dans ce livre, tandis que d'autres semblent être répétées mais ne le sont pas. Ces dernières sont semblables mais pas identiques; les premières je les considère assez importantes et précieuses pour les rappeler. Des choses qui sont simplement pareilles sont utilisées pour souligner chez le lecteur certaines nuances, certains détails<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> NIETO ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelone, Ariel, 2000; El dorso meta-legal de las resoluciones judiciales dans la collection faite en hommage de Jesús González Pérez, *La protección jurídica del ciudadano*, Madrid, Civitas, 1993, vol. I; *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Universidad Complutense, Madrid, 2001. NIETO ALEJANDRO / FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, *El Derecho y el revés*, Barcelone, Ariel, 1998.

<sup>4</sup> La nature peut ou ne peut pas avoir un système parfait, mais ces qualités ne sont certainement pas à la portée de notre perception. Il est mieux d'acquiescer, comme le dit Leibniz, la conscience intelligente de nos propres limitations.

<sup>5</sup> Comme ce livre est petit, on ne court pas le risque de "se perdre". Essayez avec le Chapitre X et puis avec le II; sautez les Chapitres III et IV, qui sont ennuyeux (mais lisez-les un jour). N'oubliez pas le Chapitre V, *lisez-le maintenant*. L'*Epilogue* pourra vous intéresser si vous voulez savoir comment et pourquoi j'ai écrit ce livre. Sinon, sautez-le aussi.

### 5. Philosophie et méthodologie

J'ai passé ma vie entière à croire qu'il devait exister une seule et unique philosophie dans le droit, mais jusqu'à aujourd'hui j'ai à peine été capable de préciser une certaine méthodologie<sup>6</sup>. Le long du chemin, cependant, j'ai été surpris par l'harmonie inattendue entre la méthode et la substance de certaines théories du droit qu'on suppose antagonistes. Même si je n'ai pas adhéré à une philosophie du droit<sup>7</sup>, je peux déjà affirmer avec conviction que le droit consiste en trois éléments: *réalité (faits), valeurs et normes*.

Parmi ces trois composants, il existe une hiérarchie. La réalité joue le rôle primaire, puisque sans elle le reste de nos perceptions et de nos analyses serait inutile. Puis, entre les valeurs et les normes, ce sont les valeurs qui possèdent le statut supérieur. Les normes, lois ou règles en général, ne peuvent pas contredire des valeurs telles que les principes juridiques et judiciaires et les conceptions générales du droit.

En suivant ce schéma, si l'application d'une norme mène à un résultat injuste<sup>8</sup>, ce n'est pas le droit qui aura échoué mais bien celui qui l'aura appliqué, que ce soit un juge, un juriste, un professionnel, un fonctionnaire public.

### 6. Le droit et les meubles de la maison

Un vieux philosophe m'a dit un jour que le droit c'est comme les meubles d'une maison: vous pouvez toujours les arranger de manière différente, mais vous aurez toujours les mêmes meubles et la même maison. Tenant compte de cette limitation, veuillez considérer ce livre *Une introduction au droit* comme ma manière à moi d'aménager notre foyer commun.

---

<sup>6</sup> Voy. mon livre: *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 3ème réimpr. 2001. Et aussi [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>7</sup> J'ai quand même suggéré quelque chose au Chapitre X, § 10, "Vers une synthèse des conflits philosophiques".

<sup>8</sup> Impraticable, inadéquat, inutile, dangereux, utilisez le qualificatif de votre choix: un mauvais résultat.

## CHAPITRE II

### QU'EST-CE QUE C'EST LE DROIT?\*

#### *1. Une science de problèmes*

UN POINT de départ pour examiner le droit est de se demander s'il consiste<sup>1</sup> en des lois, en des règles, en des normes en général<sup>2</sup>. Je prends parti dans cette question<sup>3</sup> en affirmant que puisqu'il est impossible d'atteindre une "certitude" ou, en tout cas, une "vraie" et "indiscutable" solution dans une

---

\* La formulation de cette question est fautive, comme nous expliquerons au Chapitre VI.

<sup>1</sup> Voy. Chapitre VI.

<sup>2</sup> Vilanova nous apprend qu'on a fait trois grands pas dans la pensée universelle. Le premier c'est celui d'Aristote, qui disait qu'il était possible de déterminer la nature ou l'essence des choses (justice, vérité, beauté, humanité) et de déduire de ces prémisses leur application à des cas concrets (méthode axiomatique - déductive, apodictique - déductive ou conceptuelle - déductive, etc.). Le deuxième serait l'approche empirique (Locke, Hume, etc.) selon lequel on pourrait, à travers la répétition d'une solution particulière dans beaucoup de cas particuliers, dresser une règle générale et en déduire ensuite son application à n'importe quel autre cas particulier. (En suivant ce modèle, Bielsa dit que le Droit Administratif applique une méthode inductive - déductive.) Le troisième pas important dans la pensée universelle commence avec Popper, dont l'approche contemporaine va être expliquée sommairement dans ce Chapitre-ci. Il n'est pas approprié de nommer cette méthode hypothétique - déductive, comme l'ont fait certains, parce que l'hypothèse est toujours singulière en droit et il n'y a aucune possibilité de déduction à partir de celle-ci. Voy. VILANOVA JOSÉ et autres, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, FDA, 1985, distribué par EUDEBA.

<sup>3</sup> Voy., encore, Chapitre VI.

affaire de droit, la seule règle est qu'il n'y a pas de règles<sup>4</sup>; il y a, par contre, des cas concrets, individuels<sup>5</sup>.

En effet, le droit travaille non pas par déduction à partir de règles mais plutôt par l'établissement d'hypothèses et de conjectures fondées sur des valeurs et des principes juridiques supérieurs. Il est nécessaire, bien sûr, de connaître et d'étudier les règles, puisqu'elles permettent d'ordonner et de systématiser notre connaissance, mais ce n'est pas à travers de critères axiomatiques-déductives que le droit est, ou doit être, appliqué. On doit, par contre, apprendre à tirer avantage de la créativité découlant de l'incertitude et de l'avidité dans la recherche des meilleures et des plus justes solutions. Cardozo nous raconte que, au temps de sa jeunesse, il cherchait la certitude dans le droit, et qu'il découvra après, à l'âge mûr, que cela n'existe pas<sup>6</sup>.

Sans règles, donc, qu'est-ce qu'il nous reste? Pour citer encore une fois Cardozo<sup>7</sup>, il existe des idées et des principes généraux<sup>8</sup>, et grâce à l'application de ces valeurs générales à des faits particuliers, on aboutit à la solution des cas<sup>9</sup>. On trouve toujours des "faits particuliers", parce que tous les cas sont différents<sup>10</sup>, soit parce qu'on reçoit des informations nouvelles<sup>11</sup>, soit parce qu'on analyse le cas dans une période différente, ou dans un autre lieu, avec des personnes différentes, ou dans un milieu politique ou

---

<sup>4</sup> Une manière différente d'exprimer ce concept dans: CUETO RÚA JULIO C., *El "common law"*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 64, note 27 et références.

<sup>5</sup> Voy. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, prologue à VIEHWEQ THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12.

<sup>6</sup> CARDOZO BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1952, p. 166.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 161.

<sup>8</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7, avec des références au droit supranational.

<sup>9</sup> Voy., *The Scotch Whisky Association, LL*, 2000-C, 696. L'analyse excellente des faits et des valeurs (avec un sens de l'humour), dans le paragraphe IV, ne laisse aucun doute par rapport à la *seule* et *unique* solution raisonnable. Les fondements normatifs, très complets, ne font que le confirmer. Faits, évaluation, normes, voilà les trois pas méthodologiques dans l'analyse juridique. Voy. notre article *El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas*, *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

<sup>10</sup> POPPER: Voy. référence *infra*, Chapitre III, note 1.

<sup>11</sup> ROMBAUER MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, West Publishing Company, Minnesota, St. Paul, 1984, pp. 328-329.

social différent<sup>12</sup>. Pour cette raison, une affaire préalable, apparemment “équivalente”, n'est pas en mesure de résoudre ou régler une affaire qui suivra.

## 2. Des principes et des valeurs, et non des “concepts”

Jhering<sup>13</sup> critique les questions, diverses et complexes, de la “jurisprudence des concepts” développée il y a deux siècles par ses contemporains romanistes (en particulier par Savigny) et il les accuse de ne pas adhérer à la réalité. Il remarque qu'ils se trompent en croyant que la théorie et les concepts l'emportent sur la réalité. Personne ne nie, bien sûr, l'existence et la fonction des *principes* et des standards juridiques, mais, comme le fait remarquer Jhering, cela n'est pas la même chose que de dire que le droit est appliqué et développé à partir uniquement de “concepts”<sup>14</sup>. En ce sens, celui qui voudrait “déduire” des conséquences juridiques axiomatiques à partir de règles générales données, mériterait la critique de Jhering.

Le travail juridique consiste à analyser les faits d'un cas - de chaque cas - au moyen d'une approche interprétative fondée sur les principes généraux du droit, dont le plus important est la procédure légale régulière<sup>15</sup> et ses

---

<sup>12</sup> Voy. CARRIÓ GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32-33, § G; p. 34, § K. Dans un sens différent, LEVI EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12, dit que les règles changent dans la mesure où elles sont appliquées.

<sup>13</sup> *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, supra*, Chapitre I.

<sup>14</sup> Des concepts que, en général, chaque auteur se sent libre de formuler à sa propre discrétion.

<sup>15</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980; *The Discipline of Law, op. cit.*; NOWAK JOHN E. / ROTUNDA RONALD D. / YOUNG J. NELSON, *Constitutional Law*, Minnesota West, 1986, 3ème édition, chapitres 11 et 13 et les développements dans *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, West, p. 986; SCHWARTZ BERNARD, *Administrative Law*, Boston et Toronto, Little, Brown and Company, 1984, 2ème édition, chapitres 6 et 7, pp. 343 et seq.; PERELMAN CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984; *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), cité par CHITI MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 317. Pour le droit allemand et portugais, voy.: SÉRVULO CORREIA JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos aministrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 670-673 et les références aux notes 490 et seq. relatives à la doctrine allemande.

différentes projections, comme le raisonnable<sup>16</sup>, la proportionnalité<sup>17</sup> et la suffisance des faits. La procédure régulière peut aussi être conçue comme justice et équité et, en conséquence, non pas comme une valeur sous-légale mais plutôt supra-légale. Les traités internationaux les plus récents ont accepté cette définition de procédure régulière et, dans le même esprit, ont ajouté un tas d'expressions pour mettre l'accent sur l'efficacité et la justice et, bien sûr, l'équité et la non-discrimination<sup>18</sup>.

Il y a beaucoup d'autres idées, constamment révisées, qui ressemblent à celle de la procédure régulière, telles que: impartialité<sup>19</sup>, *audi alteram pars*<sup>20</sup>, *détournement de pouvoir*<sup>21</sup>, "pouvoir discrétionnaire zéro" ou "unique solution juste"<sup>22</sup>, certitude juridique, sécurité ou stabilité<sup>23</sup>, la clause *rebus sic stantibus*<sup>24</sup>, bonne foi<sup>25</sup>, et confiance légitime<sup>26</sup>. Nous pou-

<sup>16</sup> WADE WILLIAM / FORSYTH CHRISTOPHER, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 7ème éd., pp. 387 et seq. (*The Principle of Reasonableness*), chapitres 13 (*Natural Justice and Legal Justice*), pp. 463 et seq. et 14 (*Judicial and Administrative Impartiality*), pp. 471 et seq.), etc.

<sup>17</sup> BRAIBANT GUY, Le principe de proportionnalité dans *Mélanges Waline*, Paris, 1974, pp. 297 et seq.; GERAPETRITIS GEORGE, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Athènes, Sakkoulas, 1997.

<sup>18</sup> Voy.: Convention inter-américaine contre la corruption, que nous avons expliquée dans notre *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 4 vol., 4ème et 5ème éd., 1999/2000, chapitre XVI. Ce chapitre ne paraît plus dans les sixième, septième et huitième éditions, parce que son contenu figure à présent tout au long des quatre volumes.

<sup>19</sup> Ces principes ont été développés dans *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 2, chapitre IX, § 13.

<sup>20</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 2, chapitre IX, § 10.

<sup>21</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 1, chapitre X, § 15.3; chapitre IX § 6.

<sup>22</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 1, chapitre X, § 15.3; vol. 3, chapitre IX, § 8; vol. 3, chapitre VI, note 11.7.

<sup>23</sup> PACTEAU BERNARD, La sécurité juridique, un principe qui nous manque?, *AJDA*, Paris, 1995, édition spéciale cinquième anniversaire, p. 151.

<sup>24</sup> KÖBLER RALF, *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ PÉREZ JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

<sup>26</sup> BLANKE HERMANN-JOSEF, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000; PRÉVÉDOUROU EUGÉNIE, *Le*



vons ajouter encore, par rapport au principe de mauvaise pratique professionnelle, le devoir d'agir avec diligence, prudence, attention et efficacité.

Le raisonnable, rationalité, proportionnalité, conformité entre moyens et fins, etc., même si exprimés de différentes manières dans les différents systèmes légaux, sont aussi de vieux principes du droit et ils sont universellement valables<sup>27</sup>.

### 3. La connaissance du droit

Une vieille maxime du droit romain a été dénaturée à travers les siècles: celle qui affirme que personne ne peut alléguer son ignorance de la loi pour justifier sa faute (nul n'est censé ignorer la loi). Cet adage ne peut être réellement appliqué aux normes spécifiques, mais seulement aux idées générales. Il n'y a pas de doute possible sur les devoirs de se conduire de bonne foi, d'être responsable de ses propres actes, de tenir sa parole et d'agir de manière cohérente, raisonnable, prudente et proportionnée; d'agir en bon père, honnêtement, conformément aux lois du marché (*lex mercatorum*), d'être juste et équitable, d'écouter les autres avant de prendre une décision; de ne pas frauder ou trahir autrui, de ne pas porter atteinte à autrui par faute, de ne pas abuser de ses propres droits, de ne pas se contredire, de ne pas se rendre coupable de mauvaise pratique ou mauvaise administration.

Cependant, à travers les siècles, tandis que ces *principes* et d'autres encore se sont multipliés, les *lois et les règlements* se sont multipliés d'une manière exponentielle, particulièrement dans le domaine du droit administratif. Parfois, ces lois et ces règlements contredisent les principes directeurs du système juridique et, dans des cas extrêmes, leur application est impossible dans les faits. Plus encore, quelquefois ils ne doivent pas être

---

*principe de confiance légitime en droit public français*, Athènes, Sakkoulas, 1998; PUISSOCHET J.P., Vous avez dit confiance légitime, dans *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA J., *Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzeänderungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

<sup>27</sup> Comment et dans quelle mesure ils sont appliqués à un cas particulier, c'est une autre affaire - pour cela nous avons les juges. Par exemple, Lord Denning dit que la Convention européenne des droits de l'homme (et d'autres documents similaires) "... est rédigée dans des termes si vagues qu'elle pourrait être utilisée pour toute sorte de demandes déraisonnables et provoquer toutes sortes de litiges. Comme c'est le cas souvent avec les principes grandiloquents, il faut les rabattre sur la terre": *What Next in the Law*, Londres, Butterworths, 1982, p. 284.

appliqués parce qu'ils violent ou dégradent les principes éthiques fondamentaux ou parce qu'ils menacent l'ordre public international. D'autres règles, peut-être des millions, restent dans les limbes, parce qu'elles ne sont pas directement contraires au droit ni entrent en contradiction avec des valeurs ou des principes juridiques généraux: elles sont simplement plus ou moins neutres du point de vue moral, ce sont, par exemple, les règles qui déterminent quand, comment et de quelle manière on doit remplir un formulaire.

Il est facile de dire que l'ignorance ne justifie pas une faute, mais le fait d'échouer à remplir correctement un formulaire parce qu'on ne sait pas comment le faire ne peut pas être évalué avec le même critère qu'un acte injuste, intentionnel et malicieux par lequel on porte atteinte à un tiers innocent. Et, de toute évidence, il est aussi indispensable de faire une distinction entre insouciance, négligence ou ignorance et vengeance ou malice préméditée.

Dans chaque cas, c'est l'interprète de la loi qui devra peser prudemment les faits pour éviter de porter ce dogme à l'extrême. Le principe devra être adapté aux différentes règles et, en même temps, les principes généraux du droit devront être reconnus, respectés et appliqués.

Par contre, puisque chaque cas particulier doit avoir une solution juste, équitable et raisonnable, il faudra maintes fois excuser l'ignorance des normes secondaires et, peut-être, excuser la non-exécution d'une norme extrêmement injuste.

#### 4. *La procédure régulière, le droit soviétique et le droit naturel*

La force des principes susmentionnés, notamment la procédure régulière et ses dérivations, a été bien illustrée par le Juge Jackson, de la Cour Suprême des Etats-Unis, en 1953, pendant la guerre froide. Il a déclaré que s'il devait choisir entre le *common law*, appliqué selon les procédures soviétiques, et les lois soviétiques appliquées avec les garanties du *common law*, il n'hésiterait pas à choisir la deuxième alternative<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> H.W.R. WADE / C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 7ème édition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 463 en citant Jackson dans *Shaughnessy v. United States*, 345 US 206: "La justice et la régularité de la procédure constituent l'essence indispensable de la liberté. Les lois substantives les plus sévères peuvent être supportées si elles sont appliquées de manière impartiale et équitable", et Frankfurter dans *McNabb v. United States*, 318 US 332 (1943): "L'histoire de la liberté a été surtout l'histoire de la sauvegarde de la procédure".

La procédure régulière est une formule contemporaine à travers laquelle s'exprime la justice naturelle et elle est issue du droit britannique. Du point de vue universel, même si la procédure régulière, la méthodologie, le langage ou la philosophie peuvent varier d'une juridiction à une autre, les racines sont toujours attachées à la loi naturelle, soit qu'on reconnaisse à celle-ci des sources religieuses ou laïques.

### 5. Concepts et faits

Jhering critique Savigny parce que, au lieu de partir des faits d'un cas donné, il part de concepts abstraits pour en tirer sa propre vision du droit. Jhering montre plusieurs exemples d'absurdités auxquelles on peut aboutir par cette voie-là et auxquelles Savigny a vraiment abouti à cause de cette erreur de départ. Beaucoup de gens de tous niveaux continuent à jouer encore avec des versions différentes de l'approche conceptuelle du droit, au lieu de partir des faits. A la lumière de l'histoire cela semble naïf. Par contre, les nombreux écrits de Cicéron, par exemple, continuent à être vivants et en bonne santé parce qu'ils ne portent pas sur des abstractions mais sur des faits et des valeurs. Il vaut bien la peine de les relire, même si beaucoup de gens instruits insistent à dépeindre le droit autrement.

### 6. Le common law et le droit continental européen

Ceux qui s'occupent du droit peuvent être classés, plutôt injustement peut-être, dans l'une des deux catégories suivantes: *a)* ceux qui pratiquent le droit, tels les avocats, les juges et même les fonctionnaires publics, et *b)* ceux qui s'occupent principalement de l'enseignement du droit à l'Université et écrivent des livres par vocation. Puisque, dans le monde développé, chacune de ces deux branches implique un travail à plein temps, il est difficile de trouver des gens qui ont accumulé de l'expérience dans les deux.

On trouve pourtant une nette exception aux Etats-Unis où beaucoup de jeunes professionnels suivent une carrière d'apprentissage par couches successives. Par exemple, ils peuvent commencer en faisant du travail *pro bono*, puis passer quelques années comme employés dans un tribunal, pour finir éventuellement par travailler au Parquet ou dans un cabinet privé, par exemple en tant qu'associés dans une grande compagnie d'avocats. Et bien que très peu finissent comme professeurs, il y a par contre beaucoup de juristes qui, pendant les différentes étapes de leur carrière, se retrouvent à écrire des travaux académiques.

Une autre exception est la carrière dans le Conseil d'Etat français, dont les membres sont autorisés, et même encouragés, à quitter leur fonction pour assumer un poste dans l'administration publique, les organismes internationaux ou les entreprises publiques (et, parfois, privées). Cependant, c'est seulement de manière exceptionnelle qu'ils donnent des cours de droit ou écrivent des livres. Etant donné que c'est un rare privilège pour quelqu'un qui est hors des rangs du Conseil de suivre les sessions, la plupart des professeurs et écrivains de droit public administratif ne sont pas familiarisés avec le fonctionnement interne du Conseil d'Etat.

Dans des pays émergents<sup>29</sup>, comme l'Argentine, des problèmes similaires sont la conséquence de facteurs différents. Presque tous les professeurs universitaires de droit en Argentine n'ont pas d'emploi à plein temps et doivent, donc, travailler dans d'autres secteurs pour gagner leur vie. En même temps qu'ils enseignent le droit, les professeurs doivent travailler dans un cabinet privé, exercer une fonction publique ou faire partie du pouvoir judiciaire. Ces différentes expériences professionnelles sont, en outre, superposées à des horaires différents. Certains professeurs assistants commencent comme greffiers auprès des tribunaux pour passer ensuite dans un cabinet privé. Certains autres passent au pouvoir judiciaire ou à une fonction publique après avoir travaillé à un cabinet privé. D'autres encore commencent par le pouvoir judiciaire, l'administration publique ou la fonction privée et finissent par donner des cours sans abandonner leur poste antérieur. En Argentine, être professeur de droit et écrivain n'est pas une activité unique, c'est quelque chose qui enrichit la pratique privée ou l'exercice d'une fonction publique et qui est, à son tour, enrichie par ces dernières. Cela a toujours été ainsi et n'a jamais été critiqué, du moins dans mon pays.

Le résultat est un entrecroisement de fonctions, soit de manière simultanée, comme en Argentine, soit successivement, comme aux Etats-Unis, ou avec intermittence, comme en France, mais, dans tous les cas, avec des expériences multiples. Néanmoins, quand on critique le système argentin - et il a été sévèrement critiqué - on dit qu'il n'est qu'une caricature des autres.

Dans la plupart des pays européens, à l'exception de la France, un tel mélange professionnel n'est pas commun et tournerait même en dérision.

---

<sup>29</sup> Il ne nous reste plus de mots politiquement corrects - celui-ci est trop proche de "émergence". Entre-temps nous avons déjà perdu "Tiers Monde", "sous-développé", "en développement", "moins développé", etc. En paraphrasant LORD DENNING, "What Next in Language?" peut-être une dérivation du mot de Clemenceau pourrait être incorporée: "C'est le pays du futur. Et il le restera."

Le modèle du professeur universitaire est celui de l'enseignant à plein temps - en commençant peut-être par les échelons les plus bas, mais en y consacrant tout son temps dès le début. De l'autre côté, les membres du pouvoir judiciaire ou les officiers publics en général ne sont pas enclins à l'enseignement ou il leur est interdit, soit à cause des règles strictes relatives à l'emploi à plein temps ou parce que la nature d'une des tâches exclut l'autre.

Lorsque la pratique du droit reste tellement différenciée de l'enseignement juridique, ceux qui sont dans le premier groupe (c'est-à-dire, ceux qui pratiquent le droit) sont amenés à se plonger dans les faits d'un cas et à laisser la théorie juridique temporairement à l'écart. Le deuxième groupe (c'est-à-dire, ceux qui enseignent le droit) accorderont plus d'attention aux idées générales du système juridique et se concentreront notamment sur l'histoire, les concepts, les définitions, les classifications, les comparaisons, etc. Je ferai référence à ces deux groupes comme *a)* et *b)* respectivement.

Pour résoudre un problème professionnel - une tâche pour *a)* - il est nécessaire, ou au moins il convient, d'avoir étudié le sujet dans des livres de droit avant de commencer, même si les faits vont constituer 99% de la matière dans un cas donné. Néanmoins, une fois les faits analysés à travers nos propres valeurs et notre propre connaissance de la loi, on arrivera comme *a)* à obtenir une solution fondée sur les valeurs, l'expérience et les connaissances aussi présentes dans le travail de *b)*.

Il peut arriver que la tâche de *a)* soit tellement exigeante qu'il arrive à oublier ou à négliger le travail de *b)*. Dans ce cas-là, les décisions "pratiques" peuvent aboutir à des solutions contraires à la pensée juridique ou même au système légal. Le contraire peut aussi être vrai: que la tâche universitaire soit tellement mise en valeur au point de perdre la perspective pratique et à produire des travaux abstraits et potentiellement inutiles, sans rapport avec la réalité.

Certes, il y a des exagérations dans les deux exemples. Il est aussi possible qu'il y ait de simples préférences pour l'une ou l'autre chose. Mais il y a certaines personnes qui soutiennent que l'ensemble de la culture juridique peut être définie par des exagérations, en mettant en opposition, par exemple, "l'esprit théorique allemand" avec "le pragmatisme français", ou "l'empirisme anglo-saxon" avec le caractère "systématique" du droit continental européen.

Nous pouvons aussi noter les extrêmes que les deux branches de la profession juridique peuvent engendrer: des livres entiers dédiés à un cas particulier et des livres tellement pleins de cas qu'un "théoricien" ne leur accorderait aucune valeur. La principale différence est que la profession *a)*

visent surtout le *problème*, tandis que la profession *b)* tend à la recherche et à l'exposition du système qui renferme ledit problème; de cette manière, les cas sont importants seulement dans la mesure où ils aident à montrer le fonctionnement du système.

Cependant, ceux qui constituent le groupe *a)* - ceux qui pratiquent le droit - dans les différents pays, arrivent à s'accepter les uns les autres, qu'ils appartiennent au système du *common law* ou à celui de l'Europe continentale. Cela est ainsi parce que *les problèmes et les cas sont résolus de la même manière dans n'importe quel pays du monde, indépendamment du système de droit*. Nous pouvons même affirmer que cela est ainsi parce que il n'y a qu'une expérience méthodologique, une seule méthode pour résoudre un problème et même une seule philosophie.

### *7. La construction du droit dans les tribunaux internationaux*

Les tribunaux internationaux illustrent bien l'unicité des approches juridiques partout dans le monde. Ils sont composés de juges de différentes nationalités et de différents pays et, pour cette raison, les juges sont empêchés d'appliquer ou d'invoquer les lois de leurs propres pays. Malgré cette restriction, il y a deux éléments qui jouent un rôle clair et précis dans la résolution des cas: les pensées ou principes généraux, sur lesquels les juges peuvent s'accorder malgré leur différentes origines, et la formation juridique, qui conduit leur perception des faits dans chaque affaire.

C'est le cas de la Cour européenne des droits de l'homme (à Strasbourg), de la Cour européenne de justice (à Luxembourg), de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (à San José), de la Cour internationale de justice (à La Haye) et des tribunaux internationaux d'arbitrage. Puisque les décisions des tribunaux internationaux restent au-delà de la portée de la jurisprudence nationale, il est important de comprendre leur fonctionnement. De nos jours, la jurisprudence nationale est contrôlée ou influencée par les précédents internationaux plutôt que le contraire.

### *8. Analyse comparative générale de certains tribunaux nationaux et internationaux*

Pour illustrer, par exemple, la manière dont fonctionnent les tribunaux administratifs internationaux, je vais les comparer avec les tribunaux nationaux. Pour commencer, la différence la plus importante entre les tribu-

naux nationaux et les tribunaux administratifs<sup>30</sup> appartenant à des organismes internationaux c'est que, dans ces derniers, il n'y a pas de retard systématique de justice ni de rejet de cas<sup>31</sup>. A partir de ces deux caractéristiques, je voudrais maintenant souligner d'autres différences et similitudes.

### *8.1. En général, ils n'ont pas un travail excessif<sup>32</sup>*

Dans la plupart des tribunaux administratifs internationaux, il y a un nombre limité d'affaires, que le Secrétariat exécutif peut gérer efficacement. Les juges sont tenus informés sur les affaires menées devant le tribunal et sur les mesures prises successivement (même s'ils demeurent, comme d'habitude, dans leurs propres pays et non pas près du siège du tribunal). Les juges peuvent, donc, lire la documentation à l'avance et, ensuite, quand ils tiennent séance, ils doivent seulement écouter les mémoires oraux et discuter le cas avec les autres membres (quelques tribunaux font cela normalement, d'autres seulement par exception). Cela permet au tribunal de se réunir seulement lorsqu'il est nécessaire, généralement une ou deux fois par an, et de prononcer son jugement efficacement, séance tenante, dans moins d'une semaine. Ainsi donc, les jugements relatifs à tous les litiges en cours sont prononcés chaque fois que le tribunal se réunit et aucun cas ne reste sans décision.

### *8.2. Les cas sont décidés promptement et au fur et à mesure*

Puisque les organismes internationaux sont des communautés plus petites que les pays, chaque affaire provoque une grande expectative dans l'opinion publique au sein de l'organisme, notamment pendant que le tribu-

---

<sup>30</sup> Malgré leur dénomination de tribunaux "administratifs", ils sont de nature judiciaire (impartiaux, indépendants, ne faisant pas partie de l'administration publique). Leur nom indique seulement que leur juridiction traite des matières administratives et même cela doit être compris restrictivement, parce qu'il est uniquement applicable à des demandes portées devant le tribunal par des employés ou par d'anciens employés de l'organisme. Le choix du nom a été probablement influencé par la tradition française, mais le système résultant est "moniste" et non "dualiste".

<sup>31</sup> Les lois qui règlent la juridiction doivent être interprétées, en général, de manière restrictive. Cela peut laisser quelques plaidants sans recours à aucune juridiction.

<sup>32</sup> Une exception à remarquer est celle du Tribunal administratif de l'organisation internationale du travail, le TAOIT.

nal est en séance. Tout le monde apprend à travers le bouche-à-oreille quand le tribunal va se réunir et quelles sont les affaires proposées à sa décision. Cela crée un grand besoin de donner une réponse rapide à chaque demande, parce qu'il serait injustifiable pour le tribunal d'avoir encouru les dépenses d'une réunion et ne pas trancher les cas traités. Il paraît aussi impensable qu'un juge, qui a étudié à son aise les détails d'une affaire et perdu son temps à voyager vers des destinations lointaines pour assister à une réunion, ne puisse pas, à la fin, donner son accord ou son désaccord avec ses collègues. En effet, pour autant que je sache, cela n'est jamais arrivé, parce que, peu importe les caractéristiques personnelles de chaque juge, dans un tel environnement il est pratiquement impossible d'ajourner les procédures.

### *8.3. Les erreurs sont moins fréquentes*

La nature contradictoire des procédures judiciaires, tant dans les tribunaux nationaux que dans les tribunaux internationaux, diminue la possibilité d'erreurs de la part des juges. D'autre part, la quantité assez réduite d'affaires et le poids d'une opinion publique si proche obligent les juges à être plus soucieux. Et d'ailleurs, les Secrétariats exécutifs de tous les tribunaux administratifs internationaux sont là pour répondre à toute question, pour indiquer aux membres du tribunal certains documents spécifiques, pour préparer des rapports sur les jugements d'autres tribunaux qui ont pesé sur une affaire en particulier, etc. Le tribunal pourra donc se tromper dans son arrêt, être trop dur ou trop faible face à l'administration mais, au moins, il ne commettra aucune erreur flagrante de fait ou de droit. Les tribunaux nationaux auront beau compter sur de grandes équipes techniques, mais le rapport de ceux-ci avec le tribunal comme un tout n'en sera pas plus étroit pour autant. Par conséquent, la possibilité d'une erreur est plus grande.

### *8.4. La composition du tribunal est plus riche*

Les tribunaux nationaux ont tendance à l'homogénéité: après tout, les juges appartiennent tous au même pays et ils possèdent donc le même système juridique, la même expérience, la même culture, la même nationalité. Quelles que soient leurs différences, ils se connaissent et se comprennent bien. En effet, ils peuvent même se connaître entre eux avant d'entrer au tribunal, et sans doute ils se connaîtront mieux après avoir travaillé en-



semble tous les jours pendant quelque temps. Sous ces conditions, ils finiront par interagir et s'influencer les uns les autres à un degré important.

A cet égard, les tribunaux administratifs internationaux sont très différents. Avant tout, les juges sont toujours de différentes nationalités, proviennent de diverses régions du monde<sup>33</sup>, avec des antécédents, *Weltanschauung*, des points de vue politique différents, etc. D'autre part, ils n'ont pas le temps de nouer des liens personnels très étroits, parce que chaque fois qu'ils se rencontrent ils continuent en fait à faire plus ample connaissance<sup>34</sup>. En conséquence, il n'y a pas, dans ces tribunaux, des idées préconçues sur ce qu'il doit ou ne doit pas être fait, soit en général, soit dans un cas en particulier. Il n'y a pas non plus de temps pour former des groupes ou des alliances. Cela signifie qu'il peut y avoir une richesse et une diversité d'expériences et de points de vue originaux qui aident le tribunal à considérer chaque aspect de l'affaire selon des perspectives bien diverses. Le débat qui en résulte est détendu mais approfondi<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cela a été expliqué assez longuement par SAENZ HERNÁN, *O direito em sua Magnitude*, conférence prononcée à Cuiabá le 14 août 1997. D'ailleurs, chaque pays suit, dans la mesure du possible, la tradition des Etats-Unis d'avoir une Cour suprême équilibrée, avec des magistrats provenant de différentes régions; voy. CARRIÓ ALEJANDRO, *La Corte y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 17. Mais il est évident que le caractère international d'un organisme oblige à garder un spectre plus large au moment de choisir les juges: il ne faut pas seulement tenir compte des régions, il faut réunir aussi un ensemble équilibré de membres provenant de pays appartenant au *common law* et au droit continental, ainsi que de la pratique privée et du pouvoir judiciaire, des académiciens et des non-académiciens, et ainsi de suite. Celles-ci ne sont pas de règles écrites, mais elles sont quand même en pleine vigueur. Nous en parlons aussi dans notre livre *La administración paralela. El "parasistema" jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ème édition, traduite par le Prof. VANDELLI, avec introduction de FELICIANO BENVENUTI: *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 20 de la série de l'Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione.

<sup>34</sup> Je n'ai pas fait référence aux problèmes de langage, mais, bien sûr, il y a en a aussi.

<sup>35</sup> Quelques tribunaux ont des rôles particulièrement chargés. Ceci crée un besoin objectif, nous a-t-on dit, de travailler vite et avec une grande déférence aux points de vue des autres.

### 8.5. *L'indépendance et l'impartialité sont mieux préservées*

Le corps judiciaire doit toujours s'isoler pour se protéger des influences politiques; il doit garder son impartialité, quel que soit le coût personnel. Cet objectif est plus facilement atteint dans un tribunal international: les magistrats étrangers demeurent loin du siège du tribunal, et restent à l'abri de ce type d'influence. Ils n'ont même pas besoin de faire de grands efforts, sauf pour garder une distance prudentielle par rapport aux fonctionnaires du Département juridique, chargés de plaider les causes devant le tribunal en représentation de l'administration<sup>36</sup>.

Il y a d'autres raisons qui expliquent pourquoi il est facile, pour les membres du tribunal, de garder leur indépendance. Avant tout, les membres ont déjà vécu une grande partie de leur vie et ils ont déjà une position dans leurs pays d'origine<sup>37</sup>. Ils ne gagnent pas leur vie avec le salaire de juge et, même si leurs rémunérations sont établies selon des critères généraux, elles ne constituent qu'une très petite partie des recettes de chaque juge. Leur travail au tribunal n'est qu'une de leurs activités et, même s'ils *aiment* beaucoup être membres d'un tel tribunal, ils *n'ont pas besoin d'en faire partie*. D'autre part, ils savent que leur position a un caractère indubitablement temporaire. En somme, être un juge dans un de ces tribunaux ne signifie qu'une fraction de temps, d'argent et de prestige pour chacun d'eux. Les membres du tribunal ne dépendent pas de leur position et pourtant cette position les rend plus visibles et, en conséquent, plus responsables. Ce sont tous ces facteurs ensemble qui contribuent à garantir l'indépendance et l'impartialité de ces tribunaux.

### 8.6. *Il y a davantage de contrôle social*

Le contrôle social est très important pour le bon fonctionnement d'un tribunal. Ce contrôle est mené à travers les audiences publiques tenues pour

---

<sup>36</sup> Le Président du tribunal doit, sans doute, entretenir constamment des relations avec le département juridique, parce que, par rapport à l'organisme international, c'est celui-ci qui est chargé de l'infrastructure, du budget, du personnel etc. du tribunal.

<sup>37</sup> Ces magistrats ont en général passé l'âge moyen et ont vécu assez d'expériences pour ne pas se laisser influencés par n'importe quelle demande, tentation ou pression. Il est trop tard pour changer. Ceci peut avoir un côté négatif quand des personnalités très fortes s'affrontent dans le tribunal et il n'y a pas de magistrats conciliateurs, mais c'est pourtant salutaire en général.

écouter les plaidoiries, à travers le travail de l'Ombudsman (quand il existe) et des comités spéciaux de révision, ainsi que par les suggestions et les critiques faites par des associations du personnel, par l'évaluation des dépenses administratives, par les comités d'évaluation et leurs rapports. En général, ces éléments ne sont pas présents, ou du moins pas dans la même mesure, dans les tribunaux nationaux, où l'influence de l'opinion publique peut être importante mais pas si directe.

### *8.7. La préparation des cas*

Les tribunaux internationaux ont généralement leur siège au sein d'une capitale importante (dans la plupart des cas Washington D.C.), où les niveaux professionnels des juristes sont très hauts. En outre, les avocats des Etats-Unis regardent d'un œil curieux le travail d'un tribunal international dont la composition est si différente de celle qu'ils rencontrent d'habitude; peut-être pour cette raison le travail fait par les deux parties est dans la plupart des cas de haut niveau. Les cas qui arrivent à un tribunal international sont caractérisés par une préparation juridique très soignée, ce qui n'est pas toujours le cas dans les tribunaux nationaux.

### *8.8. Chaque tribunal établit ses propres règles de procédure*

Les statuts de ces tribunaux prévoient en général la juridiction du tribunal et établissent quelques principes fondamentaux. Pour le reste, c'est le tribunal qui élabore les règles de sa procédure (il faut gérer les expériences et les préférences des juges membres). Cela se traduit dans des règles de procédure mieux adaptées aux besoins de chaque tribunal en particulier et qui peuvent être changées si le tribunal le considère approprié. Cela signifie aussi que chaque membre du tribunal peut travailler dans son domaine de prédilection et, donc, de manière plus efficace.

Les tribunaux internationaux statuent, tout comme les tribunaux nationaux, sur l'organisation et le fonctionnement du Secrétariat exécutif, dont le travail représente environ 85%<sup>38</sup> des réussites de la Cour.

---

<sup>38</sup> Ce pourcentage, bien entendu, n'est qu'une façon de parler.

*8.9. Quelques conclusions*

Je crois que le facteur le plus important pour le succès d'un tribunal international est sa diversité. Elle est importante non seulement à cause des différences évidentes de langage, culture, formation juridique et valeurs fondamentales, mais aussi à cause de différents sous-textes et de différents sens qu'elle peut apporter au débat.

## CHAPITRE III

### LES FAITS DU CAS: FAITS ET PREUVES

#### 1. *L'importance du cas*

LA THÉORIE et la pratique du droit s'acheminent à l'application de la méthodologie scientifique dans l'analyse des cas<sup>1</sup>, parce que le droit est, en effet, une science qui porte sur des problèmes singuliers et particuliers<sup>2</sup>. Bien que l'on puisse jeter un coup d'œil au système comme fonction des cas, "dans un sens rationnel, c'est le problème et non pas le système qui règle l'essence de la pensée juridique."<sup>3</sup> En conséquence, les livres qui utilisent une approche systématique peuvent jouer un important rôle d'introduction pour saisir et commencer à comprendre le droit, mais les livres (y compris celui-ci) ne sont pas utiles pour la pratique car on n'apprend qu'en travaillant.

Pour cette raison, l'insatisfaction avec l'enseignement donné aux nouveaux professionnels du droit, sur la manière de résoudre les problèmes<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> POPPER KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976; MILLER DAVID, *Popper Selections*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p. 126.

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, dans son préface à VIEHWEG THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12: "La science juridique a toujours été, est, et elle restera toujours, une science sur les problèmes particuliers".

<sup>3</sup> ESSER JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelone, 1961, p. 9; dans ce même sens, MARTÍN-RETORTILLO / SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1966, p. 18.

<sup>4</sup> "Les cours dans les facultés de droit et les textes universitaires n'ont jamais considéré systématiquement la procédure à travers laquelle les plaideurs recueillent, analysent et utilisent les moyens de preuve pour les attribuer aux faits": BINDER DAVID A. / BERGMAN PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, St. Paul, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

est croissante même dans le monde anglo-saxon<sup>5</sup>. Peu importe si l'étudiant de droit sera amené à travailler ensuite comme avocat consultant, comme négociateur, comme officier public ou comme juge: sa profession portera toujours sur *le droit de façon quotidienne, tel qu'il s'applique à des cas particuliers*.

## 2. L'importance des faits

Il est indispensable de comprendre tous les faits d'un cas donné et les rapports entre eux et de savoir mettre en lumière toute information pertinente, tout en laissant le reste à l'écart.

C'est seulement après avoir mis en ordre les faits que l'on peut penser à développer nos arguments. Même s'il a été justement critiqué par Cardozo<sup>6</sup> comme exagéré, Saleilles ne se trompe pas tout à fait quand il affirme que, lorsque le juge construit un jugement, il commence par prendre sa décision en s'appuyant sur la totalité des faits et, après seulement, il trouve les principes juridiques sur lesquels elle sera fondée. Tout esprit juridique doit fonctionner comme ça, c'est-à-dire commencer par considérer la totalité des faits relatifs à un cas particulier. La principale bévue des gens qui ne sont pas familiarisés avec le droit ou avec les sciences en général c'est de chercher à établir des règles générales à partir d'un fait particulier, ce qui est impossible.

Un ancien client à moi, un homme très intelligent, vraiment très versé en économie pratique, pensait que son instinct en questions juridiques était aussi bon que le mien. Fondé sur son "adresse", il décida de tout faire sans aucun conseil juridique, jusqu'à ce qu'il se heurta à des affaires où d'autres gens trouvèrent son intuition nullement convaincante. A ce point-là, il m'appela de nouveau, me demanda mon point de vue sur quelques questions et, sans prêter attention à mes avertissements (qu'il interpréta erronément comme le produit de mon intérêt économique) reformula ses opinions.

---

<sup>5</sup> Comparez ROWLES JAMES P., *Toward Balancing the Goals of Legal Education*, *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, pp. 375 et seq., 383, 384 et 389, qui est plus optimiste par rapport à l'aspect technique, que par rapport à l'aspect socio-politique (pp. 391 et seq.).

<sup>6</sup> Voy. CARDOZO BENJAMIN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, réédition 1952, p. 170. Il pose la supposition scientifique, dont nous parlerons ensuite, selon laquelle le jugement ne serait pas tout à fait "une décision", il constituerait seulement une hypothèse provisoire susceptible d'être modifiée.

Cet ancien client pourra avoir eu raison quelquefois, mais il ne peut pas être plus sûr de lui-même que je ne le suis, moi-même, de mes propres prédictions juridiques. Je suis pourtant sûr d'une chose: je fais moins confiance à mes propres perceptions juridiques en tant qu'avocat, qu'il ne le fait aux siennes en tant qu'économiste. Je pense qu'il se trompe en épargnant de l'argent sur les honoraires d'avocat dans des affaires importantes; certains clients ont perdu des fortunes à cause d'une telle folie. Ceux qui croient qu'il s'agit seulement de bon sens se trompent dangereusement; je l'ai constaté maintes et maintes fois.

Permettez-moi maintenant de donner un exemple de personnes qui n'ont pas de bonne perception. Un couple de professionnels d'âge mûr (un avocat, et un économiste) faisaient partie d'un organisme administratif dont ils voulaient déterminer la "nature". Ils voulaient savoir si cette institution était gouvernementale par nature ou s'ils pouvaient la gérer comme une institution privée. Je me suis rendu compte, tout de suite, que leur *vraie* question c'était de savoir s'ils devaient respecter les règlements en vigueur dans le secteur public ou bien s'ils pouvaient faire n'importe quoi. Malgré mes efforts, qui ont duré deux heures, je n'ai pas réussi à les convaincre de la fausseté de leur question. Je n'ai pas pu les persuader que la deuxième possibilité était tout simplement inexistante dans le droit privé, qu'ils seraient toujours obligés d'agir prudemment, et sans témérité et que, tant en droit public, qu'en droit privé, ils seraient toujours responsables de leurs actions. Ils n'arrivaient simplement pas à le croire, parce que pour eux le droit privé signifie pouvoir faire ce que chacun souhaite, sans en être responsable.

De pareilles idées peuvent être rencontrées partout. Les règles ne sont pas activées par elles-mêmes, l'application ou pas d'une règle substantive dépend des circonstances du cas<sup>7</sup>. En effet, comme dit Lord Denning, "tout dépend du sujet de l'affaire"<sup>8</sup>. Le droit doit s'assurer "qu'il existe des preuves documentées qui donnent des fondements rationnels et logiques pour la décision [et que celle-ci] soit le produit du raisonnement et de la preuve. C'est-à-dire, des preuves du cas et dans le contexte du cas [...] Une conclusion fondée sur des preuves abstraites peut être 'rationnelle', mais

---

<sup>7</sup> BINDER / BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2.

<sup>8</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, p. 93: "Il n'est pas possible d'établir des règles strictes sur le moment d'appliquer les principes du droit naturel, ni sur leur objectif et leur portée. Tout dépend du sujet de l'affaire".

n'est pas nécessairement la décision rationnelle dans le cas en question."<sup>9</sup> "Les jugements [...] fondés sur des preuves inexistantes [...] rendent arbitraires les mesures y stipulées"<sup>10</sup> ou bien "il n'est pas admissible [...], sans enfreindre les principes de garantie de la procédure régulière, d'omettre des preuves par la seule affirmation dogmatique que les témoignages sont insuffisants ou inappropriés."<sup>11</sup> Il est aussi important "[que] les juges y intervenant aient le pouvoir de révoquer ou annuler la décision administrative relative aux faits, si elle est assez déraisonnable ou si elle est fondée seulement sur la volonté arbitraire ou le caprice des fonctionnaires."<sup>12</sup>

Afin de découvrir, à partir du dossier d'un cas, ce qui s'est vraiment passé, il faut examiner attentivement l'ensemble des documents. Comme dit un vieil adage du Conseil d'Etat français, il faut "faire parler les papiers."<sup>13</sup>

### 3. La difficulté de déterminer les faits

Leibniz soulignait que, alors que les aspects et les détails de la réalité sont infinis, notre capacité pour les saisir est au contraire assez limitée. Alors que les aspects de l'expérience sont inépuisables, la perception sensorielle qui en a l'homme est définitivement limitée. En d'autres termes, nous n'avons pas la possibilité de saisir la réalité comme un tout. Une telle capacité, si elle existe, est au-delà de la nature humaine.

Tout comme les scientifiques n'admettent qu'une connaissance limitée et contingente de leur objet, la même chose vaut pour le juriste. Afin de percevoir toute la réalité dans la mesure du possible, il faut utiliser tous les moyens que la science et la technologie peuvent fournir: photographies, graphiques, plans, dessins, statistiques, projections actuarielles, enquêtes, etc. Essentiellement, on doit peser et analyser tous les éléments de la réalité, qualitativement et quantitativement, sans oublier non plus ce qu'il est possible d'observer de ses propres yeux.

---

<sup>9</sup> JAFFE LOUIS, *Judicial Control and Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown & Company, 1965, p. 601.

<sup>10</sup> PTN, *Dictámenes [Avis]*, 81: 228, 230 et notre vol. 4, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, chap. VII.

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 248: 627, *Aldamiz*, 1960.

<sup>12</sup> CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 244: 548, *Reyes*, 1959.

<sup>13</sup> DE CORMENIN M., *Droit Administratif*, vol. I, Paris, éd. Pagnerre et Gustave Thobel, 1840, 5ème éd., p. 11, note 3, remarque le travail consciencieux et minutieux des greffiers qui vérifient, analysent et rédigent des rapports.



Il faut admettre que ce n'est pas facile. Permettez-moi de donner un exemple tiré d'un cas réel: les lois statuent que les marchandises importées doivent porter l'indication de leur provenance, le fameux "*made in...*"; dans ce cas-là, l'administration avait appliqué des sanctions à un importateur parce qu'il vendait des marchandises ayant une étiquette qui disait: "Fabriqué à l'Union Européenne, etc.". Les avocats de la compagnie ont intenté recours devant le juge en alléguant, en détail, le fait que "UE" constituait une identification suffisante. Le juge décida que l'infraction à la norme était claire et injustifiable et il confirma la sanction. La Cour d'appel, à son tour, après avoir reproduit encore une fois l'étiquette, conclût que l'interprétation de la norme avait été trop littérale, et se basant sur des arguments sérieux et convaincants a exprimé l'opinion que l'indication de "UE" comme lieu d'origine n'enfreignait pas la loi; le recours fut décidé en faveur de l'appelant et contre l'administration. Et pourtant, ni l'administration, ni les avocats, ni les juges avaient lu l'étiquette en entier: en réalité elle disait: "Fabriqué à l'Union Européenne... Tolède, Espagne." Le cas a été publié sans commentaires, puisque j'imagine que les éditeurs, eux non plus, n'ont pas lu l'étiquette en entier.

#### 4. L'analyse des preuves déjà existantes

Dans cette section, nous allons fournir les outils pour discerner les faits dans un cas donné.

Le premier pas<sup>14</sup> consiste à chercher à trouver un accord entre les preuves existantes et la réalité qui entoure ces preuves, sans oublier le dossier administratif relatif à l'affaire. Il faut faire l'analyse minutieuse de tous les documents, en examinant chacun d'eux séparément et en y cherchant des correspondances. En même temps, il est utile de préparer une liste<sup>15</sup> des faits que l'on connaît et des preuves qui en constituent l'appui, en soulignant les éventuelles brèches dans l'information et en mettant les faits en corrélation afin de vérifier s'il y a vraiment de différences entre eux.

Dans la première étape, à côté de l'évaluation du poids des preuves existantes, l'avocat doit examiner la crédibilité des témoins, la fiabilité des rapports des experts, ainsi que la véracité de toute la documentation. Tout cela

---

<sup>14</sup> Voy. mon livre *El método en derecho*, *op. cit.*, chap. I.

<sup>15</sup> BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, ils proposent en réalité cinq listes de faits selon les caractéristiques des preuves: une liste principale et générale, deux listes des preuves concrètes relatives à chacune des deux parties et deux listes des preuves additionnelles et potentielles de chacune d'elles.

sans rien considérer comme allant de soi<sup>16</sup>, puisque les documents peuvent souvent être qualifiés de faux.

Après, il est très important d'avoir des entretiens avec les parties pour écouter leur version des faits. En plus, l'avocat devrait consulter les registres des parties, visiter les lieux pertinents<sup>17</sup> et consulter les experts<sup>18</sup> connaissant les aspects non juridiques du cas, en discutant avec eux les faits, non seulement pour vérifier si l'on a tout bien compris, mais aussi pour être sûr que l'expert présente les faits correctement. Si un avocat doit entamer ou plaider, par exemple, une cause de mauvaise pratique médicale, il doit comprendre non seulement les éléments essentiels du problème médical qui est à l'origine du litige, mais aussi les éléments techniques et de fait de chaque problème administratif présent. Il y a, bien sûr, des limites temporelles: le terme pour répondre ou pour appeler échoit, etc. De toute façon, l'avocat doit savoir, au moins, comment recueillir des informations et des preuves qui conduiront au meilleur résultat et savoir la manière de les utiliser.

L'avocat ne doit pas craindre de recueillir "trop" de preuves; ce sera à lui d'exercer ensuite sa capacité de synthèse et de précision<sup>19</sup>. Par contre, si la preuve est insuffisante et si l'autre partie découvre et produit des preuves contraires et substantielles, on risque de perdre la bataille. Si le professionnel connaît les preuves contraires à l'avance, il pourra avertir son client *ab initio* que la loi n'est pas en sa faveur et qu'il pourra perdre l'affaire. Compte tenu que le prestige d'un avocat est son unique capital, il doit surtout éviter le mécontentement et le discrédit découlant d'une affaire perdue dans laquelle il ne connaissait pas suffisamment les faits. Et le meilleur moment pour déterminer si une affaire s'appuie suffisamment dans les faits, c'est lorsque l'on analyse ces premiers éléments.

#### 4.1. Avocats

Une fois cette étape terminée, l'avocat commence à élaborer une hypothèse sur le cas, ce qui va le conduire sans doute à évaluer s'il possède as-

---

<sup>16</sup> En ce sens, reportez-vous à BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, chap. I à VIII.

<sup>17</sup> S'il s'agit de quelque chose qui existe physiquement quelque part, il faut le connaître, le voir personnellement, le photographier, le mesurer, etc. et en obtenir toute l'information quantitative et qualitative.

<sup>18</sup> Si c'est le cas, il faudra (de même qu'au sujet précédent) obtenir des opinions techniques externes, valablement attestées et certifiées pour en appuyer la véracité.

<sup>19</sup> Sans tomber pourtant dans des dépenses excessives et injustifiées.

sez de preuves pour la fonder. En d'autres termes, l'avocat doit déterminer quelles sont les preuves dont il devra se servir pour soutenir son raisonnement.

C'est à ce moment-là que l'avocat doit aussi prévoir comment son hypothèse pourra être défiée et imaginer les preuves qui pourront soutenir ce défi. Comme le souligne Popper, il ne s'agit pas seulement de prévoir les critiques, il s'agit aussi de faire son autocritique - et puis encore de critiquer sa propre capacité d'autocritique<sup>20</sup>. Etant donné que cette étape se déroule avant le début du procès, il est possible qu'une certaine approche de la question reste dévalorisée en raison de la production de la preuve contraire. C'est pour cela qu'une décision responsable doit inclure cette étape intermédiaire.

#### 4.2. Fonctionnaires et magistrats

Quand un fonctionnaire doit décider d'une affaire, la situation est la même, *mutatis mutandis*. Un des principes qui règle la procédure administrative indique que l'administration agit par sa propre initiative et non seulement sur demande des parties. La charge de la preuve retombe sur l'administration et, si les pièces annexées au dossier ne sont pas satisfaisantes pour le fonctionnaire, il pourra produire des rapports, des décisions, des opinions d'experts, etc. tant qu'il le jugera nécessaire pour atteindre la vérité matérielle<sup>21</sup>.

Le travail des avocats pour recueillir les faits aide aussi les fonctionnaires dans leur propre détermination de ces faits. Cependant, le fonctionnaire ne peut pas toujours arriver à une décision avec le seul fondement des faits présentés comme preuve par l'avocat, il peut en avoir besoin d'autres pour différentes raisons. Par exemple, dans une procédure ordinaire, les faits ont probablement changé au cours du temps<sup>22</sup>. Dans les procédures de protection, à cause de leur nature d'urgence, on aura peut-être omis des preuves dont il y aura besoin pour la procédure ordinaire et il

---

<sup>20</sup> MILLER, *Popper Selections*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>21</sup> Nous expliquons ces principes dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ème éd., chap. I.

<sup>22</sup> Voy. *Cine Callao*, que nous avons analysé dans *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ème éd. (le tribunal n'a pas analysé s'il y avait eu des changements dans la situation de faits alléguée entre le moment auquel la loi a été sanctionnée et le moment où la Cour l'a déclarée inconstitutionnelle).

faudra les produire<sup>23</sup>. Il est vrai que, plus d'une fois, les tribunaux se sont demandés s'ils devaient "enlever la toque des magistrats pour mettre la robe des avocats."<sup>24</sup> Il est vrai aussi que, à chaque instance supérieure, la cour devient de plus en plus réticente à mener des nouvelles recherches ou vérifications.

Cela pose un dilemme: décider sans avoir des preuves suffisantes ou mener la production des preuves sur la propre initiative de la cour. Bien que la première option trouve apparemment son appui sur les règles de procédure, elle n'est néanmoins pas conforme aux normes constitutionnelles sur la procédure régulière.

#### 4.3. Les faits "non significatifs"

Il serait d'une extrême naïveté de penser que seuls les faits objectivement raisonnables et importants sont utilisés par les juges, et qu'aucun critère étranger n'intervient jamais dans l'élaboration d'une décision judiciaire, sauf lorsqu'elle soit biaisée par corruption. Très souvent des jugements qui ne sont nullement viciés par corruption, ni formellement illégaux, ni immoraux, ont été influencés par des éléments se trouvant hors du dossier et qui ne sont pas mis en évidence dans la décision formelle.

Il y a beaucoup de livres sur ce sujet<sup>25</sup> et tous conseillent d'y faire attention et d'étudier, comme je suggère au Chapitre V, tous les faits avant le tribunal et de réfléchir là-dessus.

#### 4.4. Remarques générales

L'avocat<sup>26</sup> doit ensuite enquêter et rechercher, sur base d'une hypothèse formulée à l'avance à travers des entretiens avec des techniciens et d'autres

---

<sup>23</sup> Le cas typique, c'est quand une vie se trouve en danger: *Fallos [Arrêts]*, 302:1284, 1980, *Saguir et Dib*.

<sup>24</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

<sup>25</sup> Un des meilleurs tribunaux au monde est aussi un de mieux étudiés. Voy., par exemple, COOPER PHILLIP J., *Battles on the Bench. Conflict Inside the Supreme Court*, Kansas, University Press of Kansas, 1984. Pour des cas en Argentine, voy., SANTIAGO ALFONSO (f) / ÁLVAREZ FERNANDO, *Función política de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 2000. Il y a même des films sur ce sujet. Il faudrait vraiment vouloir ignorer ces faits pour ne pas les voir, et ce serait une grande erreur pour un avocat.

professionnels, une nouvelle documentation, ou la préparation des témoignages, etc.<sup>27</sup>

Indépendamment des considérations sur les coûts, qui obligent souvent les avocats à ajourner de telles enquêtes jusqu'au moment de comparaître, il est préférable, à notre avis, de préparer, de manière privée<sup>28</sup> et à l'avance, toute preuve<sup>29</sup> additionnelle ou de réfutation<sup>30</sup> dont on pourrait avoir besoin. Etre en possession d'une grande quantité d'information à l'avance permettra de produire toute preuve additionnelle quand cela sera nécessaire. Et puis, il vaut mieux produire les preuves de manière privée et à l'avance parce que, parmi d'autres raisons, il est plus facile de rassembler ainsi les preuves. Il faut tenir compte que plus de temps on utilise pour produire la preuve, plus il sera difficile d'être convaincant. D'une part, les juges de première instance sont portés à donner une certaine valeur à la preuve produite précédemment dans un siège administratif ou même privé, en invoquant quelquefois les traits des instruments<sup>31</sup> des dossiers administratifs. D'autre part, au sein des cours d'appel il y a une tendance de plus en plus fréquente à accepter la version des faits déjà acceptée par le tribunal inférieur. Tout ajournement dans l'activité de rassembler les preuves est donc nuisible<sup>32</sup>.

Selon les principes modernes sur la preuve, son évaluation dépend de la fiabilité et crédibilité de chacun de ses éléments. Cependant, il est important de savoir comment peser la preuve du point de vue de la partie contraire et de celui du juge, si le cas arrive devant le tribunal. Et en ce sens,

---

<sup>26</sup> Comme nous l'avons déjà expliqué, cela s'applique aussi bien au fonctionnaire qu'au magistrat, même si c'est dans une moindre mesure.

<sup>27</sup> Nous renvoyons encore à BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, chap. 11 à 17.

<sup>28</sup> Voy. dans notre *Tratado...* le vol. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4ème éd., chap. VI, § 19, 22.8, 26.2 et chap. VII, § 10, 10.1, etc.

<sup>29</sup> "Nous ne savons pas, nous ne pouvons que deviner [...] Mais nous cherchons à dompter, avec soin et rigueur, ces suppositions ou ces anticipations imaginatives et audacieuses en leur présentant une opposition systématique [...] notre méthode ne doit pas viser à les défendre pour démontrer que nous avons raison, mais plutôt à les renverser." (POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 259).

<sup>30</sup> Nous analysons au vol. 4, chap. VI, plusieurs des problèmes qui peuvent présenter les moyens de preuve: rapports et preuve documentaire (§§ 19 à 21, 23, 26), témoignages oraux et écrits (§§ 22, 24), interrogatoires par écrit (§ 25), expertises (§ 26), etc.

<sup>31</sup> Nous l'avons expliqué dans le vol. 3 de notre *Tratado...*, chap. VII.

<sup>32</sup> BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 et ses références. Conf. LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

étant donné qu'il y a des instances successives et que le temps peut apporter des changements dans l'administration ou dans la magistrature, il est difficile de présenter des arguments adéquats qui ne contrediraient pas les juges actuels et les juges futurs.

La dynamique de chaque problème doit se reconnaître à la façon dont elle affecte le cadre de l'affaire et les solutions possibles<sup>33</sup>. En d'autres termes, on doit éviter d'imaginer le droit comme un système dans lequel "il n'y a pas de processus temporaire, il n'y a pas de causes ou d'effets, il n'y a pas de passé et de futur."<sup>34</sup> Par contre, il est important d'être sur ses gardes face aux changements produits dans les faits au cours du temps<sup>35</sup>, les changements dans leur perception et leur vérification, l'information additionnelle qui a été produite et d'évaluer comment tout cela peut affecter le cas<sup>36</sup>. Il ne faut pas oublier qu'il peut arriver que d'autres "futurs facteurs" viennent changer l'affaire: les plaidoiries sur les faits initiaux, "la loi applicable"<sup>37</sup>, "le résultat désirable"<sup>38</sup>, l'autorité qui doit décider, le cadre politique et juridique, les idées prévalant dans la société ou dans le gouvernement. Le temps oblige à procéder à des analyses constantes de chaque élément de l'affaire.

Il faut aussi identifier les faits qui sont à la base de l'acte, en les séparant de ceux qui en constituent la motivation<sup>39</sup>. Mais on ne doit pas accorder une trop grande attention à ces éléments car on omettrait de percevoir l'ensemble de la situation. Cela est absolument essentiel pour comprendre et appliquer la loi. Lire, par exemple, l'affaire *Cine Callao* sans tenir compte que la Cour n'a pas pris en considération les faits, c'est se tromper de chemin. Lire *Chocobar* en croyant que les motifs exposés sont les vrais (et non ceux qui ont été reflétés par les journaux), c'est aussi se tromper. La même chose vaut pour *Marbury v. Madison*. C'est-à-dire que si on ne con-

---

<sup>33</sup> Nous avons analysé ce sujet dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, section IV, "La protección de los derechos", chap. VIII à XIII.

<sup>34</sup> COHEN FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, qui utilise naturellement des critères généraux.

<sup>35</sup> ROMBAUER MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

<sup>36</sup> ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

<sup>37</sup> CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, pp. 32 et 33, § G. Dans un autre sens, LEVI dit, *op. cit.*, p. 12, que "Les règles changent par leur application".

<sup>38</sup> CARRIÓ, *op. loc. cit.*

<sup>39</sup> Voy. notre *Tratado...*, vol. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, chap. X, § 6.

naît pas ou on ne comprend pas vraiment les faits de l'affaire, on ne peut pas non plus comprendre le contenu juridique de la décision.

Il y a une grande erreur persistante que commet la société: celle de croire aveuglement aux gens qui ont le pouvoir, tant dans le secteur privé que dans le secteur public, dans l'économie ou dans la politique, qu'ils soient honnêtes ou corrompus. Et ceci est également valable dans le domaine du droit. Il existe l'erreur commune de croire que toute autorité juridique a raison. En ce sens, la présomption de légitimité<sup>40</sup> est confondue avec la simple vérité, ce qui n'est pas seulement insoutenable du point de vue logique, mais aussi une erreur politique et juridique substantielle.

Les étudiants doivent aussi s'exercer à trouver les règles et les principes juridiques applicables à un cas particulier - peu importe qu'ils soient d'ordre supranational<sup>41</sup>, qui, pour reprendre l'expression de Lord Denning, sont de plus en plus "une espèce de marée qui pénètre dans l'estuaire et remonte le fleuve sans qu'on puisse l'arrêter"<sup>42</sup>, ou d'ordre constitutionnel, légal ou réglementaire - ainsi que ceux applicables à chaque aspect du cas, tenant compte qu'une des erreurs qu'on peut commettre c'est d'ignorer les règles administratives, nombreuses et toujours changeantes.

Une des plus grandes difficultés dans l'application de l'ordre légal administratif se rapporte aux règles supranationales et constitutionnelles, qui sont submergées dans des normes législatives qui ont, de leur côté, moins de valeur. Les non-juristes tendent à percevoir d'une manière différente la hiérarchie normative et à donner plus d'importance aux moindres règles, même si elles s'opposent aux principes généraux du droit, comme les principes constitutionnels ou supranationaux, la justice, le raisonnable, etc. Il faut comprendre comment mener une affaire pour ne pas manquer à la vraie hiérarchie du système légal ni à l'éthique professionnelle. En même temps, cette position doit être compatible avec les intérêts en jeu et avec la possibilité d'obtenir justice.

---

<sup>40</sup> Voy. dans notre *Tratado...*, le vol. 3, *op. cit.*, chap. V, deuxième partie, §§ 2 à 6.

<sup>41</sup> Pour une discussion sur ce sujet, nous renvoyons au Chap. VI; notre article *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, *LL*, 1992-B, p. 1295, reproduit dans le chap. III de notre livre intitulé *Derechos Humanos*, *op. cit.*

<sup>42</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 18, qui ajoute que "sans doute" les tribunaux nationaux "doivent suivre les mêmes principes" que les tribunaux internationaux dans l'application des traités contenant des règles de droit interne.

En outre, il faut se rappeler qu'il est une chimère de croire qu'une affaire n'a qu'une seule solution, nécessaire, vraie et valable: il n'existe pas deux cas égaux, ils semblent seulement analogues. Imaginer donc une "solution" qui serait la "meilleure" à un certain moment ne veut pas dire qu'elle sera la meilleure à la fin. Parmi d'autres raisons, cela peut arriver parce qu'elle n'est pas adéquate aux faits, parce que la preuve principale n'est pas correctement en rapport avec ces faits ou parce que la situation, les intérêts en jeu, les lois ou les valeurs sociales applicables (y compris les normes nationales et supranationales) ont changé. En conséquence, dans le droit ou dans n'importe quelle autre science, la "solution" proclamée pour un cas ne sera toujours qu'une hypothèse qui sera soit confirmée soit infirmée par les faits et le temps. Les cas précédents ne vont pas le faire. "La science ne doit jamais viser le but illusoire de la réponse définitive, et néanmoins probable; au contraire [elle] doit poursuivre la découverte de problèmes toujours nouveaux, plus profonds et plus généraux, pour confronter les propres réponses (toujours provisoires) avec des faits contradictoires, continûment renouvelés"<sup>43</sup> et toujours plus provocateurs. Cet objectif rend inévitablement temporaire toute affirmation scientifique. Bien sûr, ces affirmations peuvent être corroborées, mais chaque corroboration dépend, à son tour, d'autres affirmations qui sont, elles-mêmes, temporaires.

Cardozo nous rappelle les paroles de Munrose Smith: que les règles et les principes ne sont pas de solutions définitives, sinon des hypothèses de travail. C'est-à-dire que chaque nouveau cas est une expérience et que, si la règle qui y paraît applicable mène à un résultat injuste, ce résultat doit être considéré une fois encore<sup>44</sup>. Pourtant, un avocat qui doit répondre à un client, doit tenir compte que les clients veulent en général "l'opinion d'un avocat et non pas ses doutes"<sup>45</sup>. Plus encore, le client voudra une analyse complète ainsi que les fondements de l'opinion de son avocat, et ceux-ci devront vaincre les critiques du client. De la même manière, les juges peuvent avoir des doutes face à une décision en particulier, mais lorsqu'ils devront présenter les arguments de fait et de droit pour l'appuyer, ils devront s'exprimer affirmativement.

---

<sup>43</sup> POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 9.

<sup>44</sup> CARDOZO, op. cit., p. 23; MUNROSE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En ce même sens, Cardozo rappelle Roscoe Pound et Pollock: C'est une opinion commune et traditionnelle dans le droit américain.

<sup>45</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 7.



Il faut inévitablement et dans tous les cas décider ou donner son avis d'une manière concrète et définitive, en appuyant ses arguments sur les faits et sur le droit. Pourtant, cela ne changera pas le fait qu'il s'agit seulement d'une nouvelle hypothèse et non d'une vérité éternelle. Les débats postérieurs fixent des fois leur attention sur le type d'arguments présentés précédemment et sur les fondements juridiques, mais on ne doit pas oublier que l'élément décisif sera toujours la manière dont on a procédé à l'analyse des faits. Il n'est pas étonnant donc qu'on ait dit que "ce que le juge fait est plus important que ce qu'il dit qu'il fait"<sup>46</sup>.

A la lumière de cette affirmation, il est important de tenir compte du vieux dicton: "la seule règle c'est qu'il n'y a pas de règle"<sup>47</sup>, ou de la phrase de Popper: "on ne peut jamais être sûr de rien."<sup>48</sup> Comme nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de règles antécédentes à partir desquelles on puisse "déduire" des solutions, ni règles empiriques à partir desquelles on puisse les "induire".

Permettez-nous de répéter qu'il ne faut pas chercher "l'idole de la certitude [...] puisque l'adoration de cette idole réprime l'élan de nos questions et abîme le sérieux et l'honnêteté de nos vérifications. L'opinion erronée de la science se met en évidence dans sa prétention d'être vraie; ce qui fait de quelqu'un un homme de science n'est pas sa possession du savoir, de la vérité irréfutable, sinon sa recherche critique et courageuse de la vérité [réalité]"<sup>49</sup>.

On ne peut pas aspirer à trouver la "certitude" d'une solution vraie et irréfutable pour un cas juridique: "ceux qui ne sont pas prêts à faire passer leurs idées par l'aventure de la réfutation ne méritent pas une place dans les rangs de la science."<sup>50</sup> On doit apprendre à cohabiter avec l'incertitude créative, avec l'angoisse de chercher une solution meilleure ou plus juste qui, pourtant, ne sera que provisoire<sup>51</sup>. Admettre que la propre infaillibilité n'est qu'un mythe permet plus facilement de nier l'infaillibilité des autres<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> REED DICKERSON, Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing, dans la revue *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, pp. 53 et seq., p. 68.

<sup>47</sup> Ou bien, comme dit CARDOZO, *op. cit.*, p. 161, "Après tout, il y a peu de règles, il y a des modèles et des degrés, c'est-à-dire de grands principes"; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. loc. cit.*, en parlant du droit supranational.

<sup>48</sup> Sauf de l'erreur démontré ou de la mauvaise formulation d'une supposition.

<sup>49</sup> POPPER, *La logique...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>50</sup> POPPER, *La logique...*, *op. loc. cit.*

<sup>51</sup> La recherche de l'objectivité scientifique rend éternellement provisoire toute affirmation. Il est très important de vérifier, mais chaque vérification est relative

Cardozo déclarait que pendant ses premières années comme professionnel:

“Je cherchais la certitude. Je me sentais abattu et découragé en voyant que la recherche était inutile” mais avec le temps “je me suis réconcilié avec l’incertitude, j’ai acquis la maturité suffisante pour la considérer comme inévitable et pour comprendre que le plus haut degré que l’on puisse atteindre n’est pas celui de la découverte, mais celui de la création; et que les doutes et les incertitudes, les aspirations et les craintes font partie du travail intellectuel.”<sup>53</sup>

Jamais un cas “similaire” précédent ne peut servir à “résoudre” le suivant, non seulement parce que “la corroboration n’est pas une valeur de vérité”<sup>54</sup> mais aussi parce qu’il y aura au moins un moment différent, une personne différente, un autre lieu, etc.<sup>55</sup>. On ne doit pas commettre l’erreur scientifique de croire qu’on pourra élaborer à partir de certains cas particuliers des règles générales pour les appliquer à des cas futurs. Pour éviter cette erreur, il faut différencier les cas pour ne pas tomber dans des erreurs qui ne seraient que des variations d’une même erreur méthodologique. Et puis, il faut se rappeler qu’il n’y a pas des cas “typiques”, c’est la méthode que l’on doit apprendre à travers l’expérimentation et non pas les solutions. Devant chaque cas on doit chercher des hypothèses nouvelles, créatives, imaginatives, qui doivent être adaptées à la réalité du cas et aux faits à travers un procès particulier. Un simple ajustement des “solutions” précédentes ne suffit pas, parce qu’elles ne fonctionneront pas de la même manière dans des situations juridiques et de faits différents. Il faut penser aux faits et penser au droit pour élaborer l’hypothèse du cas particulier; ensuite elle doit être raffinée, modifiée, changée, jusqu’au moment où la décision sera prise et mise sur papier. A ce moment-là, le travail sera fini, mais le problème n’est pas entièrement résolu et pour toujours - la science exige un débat constant.

Nous avons déjà dit que les faits et les circonstances d’un cas peuvent être modifiés au cours du temps et par le changement des intérêts et des

---

face à d’autres affirmations qui sont, à leur tour, provisoires. POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>52</sup> CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>53</sup> CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

<sup>54</sup> POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>55</sup> Pour le dire encore dans les mots de CARDOZO: chaque cas est une nouvelle expérience, *op. cit.*, p. 23.

valeurs en jeu. Il faut donc considérer les cas non seulement en imaginant ce qu'il va se passer et quand, mais en considérant aussi *qui* et *comment* va décider *quand* les choses vont se passer<sup>56</sup>.

Même si la théorie juridique discute encore si les principes doivent être appliqués à travers l'initiative des tribunaux, dans la pratique leur application est poussée par les parties intéressées. En même temps, il peut exister un déséquilibre qui ne devrait pas être accepté par les juges, on ne devrait pas permettre qu'une partie présente des arguments devant un officier sans la présence de l'autre partie, parce que cela éliminerait la possibilité, pour cette dernière, de corriger ou contredire certaines affirmations<sup>57</sup>. Le temps peut aussi montrer que, malgré l'accent mis initialement sur certains arguments, ils peuvent ensuite devenir moins importants. Les arguments doivent être forcés à servir, tour à tour, pour critiquer<sup>58</sup> les éléments de différents problèmes ou pour s'y adapter. Cela peut être fait de manière privée ou à travers des procédures administratives ou même, dans une procédure judiciaire, au moment des négociations ou des éventuelles transactions.

On doit découvrir comment les faits ont été analysés au moment où le cas est paru sur la scène; comment les arguments ont été adaptés au moment et aux valeurs de la société; quelle solution raisonnable et convaincante a été proposée; quelles ont été les avantages et les inconvénients des options présentées chaque fois qu'une telle affaire a été défendue. Une aide méthodologique pour cette tâche est de comprendre que, dans chaque affaire, il y a une quantité de questions juridiques qui doivent être expliquées par celui qui doit décider. Un avocat expérimenté n'a même pas besoin de se poser certaines questions, parce qu'il les comprend automatiquement et à l'instant, mais celui qui n'est pas familiarisé avec le sujet ou l'étudiant de droit peut au contraire trouver leur analyse très utile<sup>59</sup>.

De toute façon, il faut tenir compte qu'un tel guide doit être adapté progressivement par l'étudiant. Une fois qu'il aura acquis l'adresse suffisante pour franchir les étapes initiales, il devra se concentrer à franchir celle dont il aura besoin pour résoudre les difficultés présentées par un cas en particulier. Dans cette deuxième étape, après avoir analysé la validité de

---

<sup>56</sup> Voy. vol. 4 de notre *Tratado...*, *op. cit.*, chap. VIII, § 1.

<sup>57</sup> Voy., LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>58</sup> Par rapport au rôle critique de l'enseignant dans la systématisation du droit pratique, nous renvoyons à notre *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV et XV du prologue; *Derechos humanos*, *op. cit.*, chap. I, § 3.3.

<sup>59</sup> Pour un meilleur développement, notre livre *El método en derecho*, *op. cit.*

l'acte mis en question, le pas le plus important de l'analyse juridique est celui de déterminer les options possibles et d'en choisir une. En d'autres termes, quelles sont les raisons pour ou contre les positions suivantes: abstention<sup>60</sup>; négociation<sup>61</sup>; gestion, *lobby*, conduite appropriée, etc.<sup>62</sup>; recours, demande ou plainte administrative<sup>63</sup>; mise en cause judiciaire.

Une fois que la ligne de conduite a été adoptée, et s'il ne s'agit pas simplement d'une action ou d'une omission, il faut, évidemment élaborer *par écrit* un document légal (recours, demande, plainte, mise en cause, etc.) en choisissant<sup>64</sup> et en classifiant<sup>65</sup> les arguments à utiliser, sans oublier les faits et les arguments adverses<sup>66</sup>. Les fondements de fait sont, bien sûr, aussi nécessaires que les fondements de droit. Et si l'on conseille de choisir l'abstention, la gestion, la négociation<sup>67</sup> ou une autre conduite qui ne signifie pas d'actions légales, on devra expliquer le pourquoi de cette option.

Dans le cas du fonctionnaire ou du juge qui doit décider sur une affaire, les étapes sont essentiellement les mêmes. Il faut aussi évaluer les faits et

<sup>60</sup> Acceptation passive, puisqu'il y a des situations dans lesquelles la solution est de ne rien faire.

<sup>61</sup> Voy. EDWARDS / WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, même éditeur, 1983.

<sup>62</sup> L'avocat qui est consulté sur un cas ne doit pas négliger cette alternative et doit continuer à l'évaluer le long du temps. Des fois, l'administration, elle-même, suggère à l'administré une conduite destinée à modifier la situation de fait afin de trouver une solution à l'affaire en question.

<sup>63</sup> Pour les différences, voy. le vol. 4, chap. III, § 2°.

<sup>64</sup> Toutes les questions importantes doivent être contestées. Voy. ROMBAUER, *op. cit.*, p. 239 et les notes suivantes; Cela vaut aussi pour la rédaction des décisions administratives et des jugements judiciaires, dont les fondements ne sont pas toujours expliqués.

<sup>65</sup> Selon le sage conseil de MORELLO, on doit chercher d'éviter, dans la mesure du possible, de développer "tous" les arguments *juridiques* possibles sur l'affaire, afin de rendre plus difficile pour l'autorité administrative ou judiciaire la tâche de décider: c'est-à-dire, la tâche de trouver des fondements *nouveaux*, qui ne répètent pas les arguments du plaidant, mais qui ne contrarient pas, non plus, les faits.

<sup>66</sup> ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. En matière de droit administratif, les avocats ne se mettent pas souvent à la place du fonctionnaire public. Ils ne peuvent donc imaginer, démontrer ou argumenter conformément aux raisonnements que le fonctionnaire utilisera plus tard.

<sup>67</sup> Voy. EDWARDS / WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, *op. cit.*; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, *op. cit.*

le raisonnement des faits, peser les procédures alternatives, en choisir une, la mettre par écrit, élaborer des fondements appropriés, convaincants et suffisants pour l'appuyer, afin de ne pas commettre d'acte arbitraire par insuffisance de motivation ou d'appui sur des faits. Le temps peut quelquefois se charger de le faire et, en effet, il le fait<sup>68</sup>.

A propos du choix d'une solution créative à une affaire et de la rédaction du dossier, nous renvoyons à ce qui est expliqué dans *El método en derecho*<sup>69</sup>. La première règle est claire: *commencer* à écrire, faire au moins un compte rendu du cas, la description de ses faits et la transcription de ses normes. Puis, on construira peu à peu, et on polira, les arguments finaux.

---

<sup>68</sup> Nous renvoyons à *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 55-58.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, chap. VII à XII, pp. 99-197.

## CHAPITRE IV

### D'AUTRES CONSIDÉRATIONS SUR LA PREUVE DES DROITS

#### *1. Introduction*<sup>1</sup>

NOUS croyons honnêtement que les faits et la preuve sont d'une importance capitale et qu'il est, en même temps, si difficile de les réunir et de les produire adéquatement qu'il est justifié de revenir sur certains principes, maintes et maintes fois. Donc, si vous avez déjà été convaincus par le Chapitre précédent, vous pouvez sauter celui-ci. Sinon, je vous prie de supporter ici quelques répétitions.

Pour défendre un droit avec succès ou pour prévenir ou redresser une faute, on doit, en premier lieu, prouver les faits sur lesquels on veut s'appuyer. Les règles "ne sont pas activées par elles-mêmes"<sup>2</sup>, "tout dépend de la matière"<sup>3</sup> et ce sont les faits "qui déterminent si une règle substantive est applicable ou non"<sup>4</sup>. La finalité d'une règle et, en conséquence, son sens dépendent de la détermination des faits<sup>5</sup>. Les faits sont attestés à travers les preuves; il revient au tribunal la tâche de "vérifier si les faits allégués ont été prouvés et s'ils constituent des fondements acceptés par la loi pour autoriser la mesure<sup>6</sup>." Etant donné que "le contrôle judiciaire de légalité ait vérifié que les faits soient vraiment prouvés et dûment classifiés et que les

---

<sup>1</sup> Voy., en général, CARRIÓ GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA JULIO CÉSAR, *Una vision realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 159 et seq.

<sup>2</sup> BINDER DAVID / BERGMAN PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*.

<sup>3</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 et 97.

<sup>4</sup> BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>5</sup> LEVI EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

<sup>6</sup> CNFed. *Lamas, LL*, 123:149; *Arroyo, LL*, 101:3.

sanctions soient celles qui correspondent”<sup>7</sup>, “la justice de la solution du cas en particulier découlera de la seule exposition correcte des faits et du droit s’y rattachant.”<sup>8</sup> Ce droit est censé garantir “qu’il existe une preuve documentaire qui confirme le fondement logique et rationnel de la décision et [que celle-ci] résulte effectivement de l’analyse de ladite preuve. Il s’agit de la preuve par rapport au cas et au contexte du cas [...] Une conclusion fondée sur [...] des preuves abstraites peut être ‘rationnelle’, mais elle n’est pas nécessairement la décision rationnelle pour le cas en question”<sup>9</sup>. “La réalité n’est qu’une: elle ne peut exister et ne pas exister en même temps, ou être d’une manière et d’une autre simultanément [...] la réalité comme telle, c’est-à-dire, si un fait a eu lieu ou non, ne peut pas rester à la discrétion d’un pouvoir arbitraire”, parce que “déterminer si un fait est arrivé ou pas, ou décider qu’une chose s’est passée ou qu’elle ne s’est pas vraiment passée, c’est une question qui ne peut pas rester irrésolue ... dans le domaine du droit il n’y a pas de place pour des miracles.”<sup>10</sup>

Pour déterminer quelle est la réalité il faut, avant tout, “examiner attentivement et entièrement l’ensemble des documents.” Conformément au vieil axiome du Conseil d’Etat français, on doit “faire parler les papiers”<sup>11</sup>; il est essentiel que “la preuve résulte du dossier”<sup>12</sup>. Puisqu’un principe juridique indispensable affirme qu’il faut maintenir et appliquer “une certaine ration-

---

<sup>7</sup> CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 267:77, 79, *Molinelli*; *Grichener*, 262:67 et 71, considérant 5 et ses références.

<sup>8</sup> GUASTAVINO ELÍAS, *Tratado de la ‘jurisdicción administrativa’ y su revisión judicial*, vol. I, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, 2ème éd., p. 31; dans la p. 32 de sa 1ère éd., il disait: “le seul moyen d’amener les conflits en justice est de commencer par se familiariser avec la vérité des faits”; TAWIL GUIDO, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

<sup>9</sup> JAFFE LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965, p. 601.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 et 32, où il rappelle son article La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Cette expression connue est transcrite par TAWIL, *op. cit.*, pp. 392 et 393.

<sup>11</sup> DE CORMENIN M., *Droit administratif*, vol. I, Paris, éd. Pagnerre et Gustave Thobel, 1840, 5ème édition, p. 11, note 3, en soulignant le travail consciencieux et minutieux des greffiers qui vérifient et préparent les dossiers et les comptes rendus.

<sup>12</sup> LETOURNEUR M., El control de los hechos por el Consejo de Estado francés, *RAP*, n° 7, p. 221.

nalité dans la vie"<sup>13</sup>, celui qui décide doit, en présence d'une affaire, chercher, d'abord, la solution la plus juste, celle qui contemple "les circonstances particulières de temps et de lieu"<sup>14</sup>. Il pourra le faire grâce à "l'envergure et la profondeur des vérifications"<sup>15</sup>; il n'y a d'autre alternative, il faut prendre le chemin qui mène à "une très minutieuse enquête du fait"<sup>16</sup>, "une très profonde investigation du fait"<sup>17</sup>.

Saint Thomas montre, comme l'avait déjà fait Aristote, l'origine expérimental du savoir humain<sup>18</sup>. Leibniz souligne que la tâche de déterminer les caractéristiques des faits empiriques est inépuisable et que les propriétés des objets de l'expérience sont infinies. Et puisque la perception est, par contre, limitée - malgré toute l'aide fournie par la science - les objets du monde, qui sont temporels, ne pourront jamais nous montrer leurs caractéristiques entièrement et exhaustivement<sup>19</sup>. On ne peut jamais comprendre la totalité d'un fait, parce qu'on effectue toujours une sélection personnelle. L'information de la réalité est infinie et la "réalité" perçue par chaque personne sera inévitablement différente de celle des autres.

Les magistrats sont aidés, dans leur tâche d'enquêteurs du fait, par les recherches déjà menées par les avocats et par les actes résultant du dossier. Cependant, les juges peuvent - et doivent - ordonner des mesures visant une meilleure marche de la procédure s'ils considèrent qu'ils ne peuvent

---

<sup>13</sup> GOLDENBERG LEO, *Le Conseil d'Etat juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, p. 192. Voy. aussi RIVERO JEAN, La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, dans le livre *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961, pp. 130 et seq.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

<sup>14</sup> Voy. RIVERO JEAN, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, dans le livre *Pages de doctrine*, vol. I, Paris, LGDJ, 1980, p. 70; Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir, *Pages de doctrine*, vol. II, p. 329; Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif, *Etudes et Documents*, numéro 31, 1979/1980, pp. 27-30; RAFFO JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 100 et seq., "As circunstâncias da conduta". Comme souligné par CUETO RÚA: L'avocat doit être familiarisé avec la "réalité sociale", *op. cit.*, pp. 160 et seq., et avec la "réalité économique", pp. 168 et seq.

<sup>15</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

<sup>16</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

<sup>17</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

<sup>18</sup> COPLESTON F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, Mexique, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25-30.

<sup>19</sup> VERNENGO ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, CDCS, 1973, pp. 19-21.



pas prononcer un jugement conforme à leur conscience et à la loi par manque de faits dans le dossier; ce principe est généralement accepté<sup>20</sup>, et en Argentine on a des exemples où même la Cour Suprême est arrivée à produire des preuves qui étaient importantes<sup>21</sup>. Il y a aussi des raisons importantes qui peuvent mener un tribunal à ordonner des nouvelles enquêtes. Par exemple, dans les procédures ordinaires, dont l'extrême lenteur est connue, les faits peuvent changer à travers le temps; de l'autre côté, dans les recours de protection, la nature expéditive de la procédure peut donner lieu à l'omission de preuves qui - à l'avis du juge - ne devraient pas être ignorées. Mais il est aussi vrai que maintes fois les tribunaux se demandent s'ils devraient "enlever la toque des magistrats pour mettre la robe des avocats"<sup>22</sup> et que chaque tribunal est plus réticent que le précédent à mener de nouvelles enquêtes ou des recherches de faits; les cours d'appel ont tendance, en général, à accepter, par instinct ou par principe, la version des faits déterminée par les tribunaux inférieurs. Elles se fient probablement davantage à leur version.

En fin de compte, tout dépend de la manière dont les juges perçoivent la réalité d'une affaire - réalité présentée à travers la preuve - et de la portée de cette perception, à partir de laquelle les juges sont prêts à prononcer leur jugement. Moins ils seront prêts à enquêter sur les faits, moins leur jugement aura de valeur. Plus ils auront approfondi l'analyse des faits et la production des preuves - même sur leur propre initiative - mieux la justice et la société seront servies. En somme, l'enquête des faits constitue l'épreuve la plus importante dans une affaire juridique<sup>23</sup>.

Il est important aussi de tenir compte des changements de fait produits à travers le temps<sup>24</sup>. Les affaires sont dynamiques, ainsi que les preuves, et montrent peu à peu - mais jamais totalement - la réalité des faits. Quand une nouvelle pièce probatoire est produite, notre perception des faits change tout comme change l'affaire en elle-même.

---

<sup>20</sup> Par exemple, en France, COLSON JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1970, dédie son livre à la découverte judiciaire, pp. 97 et seq. Quelquefois ce sont les parties qui provoquent la frustration du tribunal; quelque chose du genre est mentionné dans: CNFed. CA, Chambre IV, *ADECUA c. ENARGAS, LL*, 1998-F, 338.

<sup>21</sup> Par exemple dans le cas *Saguir et Dib, Fallos [Arrêts]*, 302:1284, année 1980.

<sup>22</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

<sup>23</sup> BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 et ses références. Comparez LORD DENNING, *The Due Process of Law, op. cit.*, p. 62.

<sup>24</sup> ROMBAUER MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 328.

“Des facteurs peuvent survenir” qui modifient non seulement “les faits initialement acceptés”, mais aussi “la loi applicable”<sup>25</sup>, “le résultat désirable”, l’autorité qui devra décider, les circonstances autour de l’affaire<sup>26</sup>, le cadre politique et juridique<sup>27</sup>, les idées prévalant dans la société ou dans le gouvernement, ainsi que les fonctionnaires eux-mêmes<sup>28</sup>. En outre, “les lois changent dans leur application”<sup>29</sup>; c’est-à-dire que leur signification change lorsqu’elles sont appliquées, elles peuvent acquérir un nouveau sens qui n’avait pas été pris en considération par leurs auteurs<sup>30</sup>.

Certaines décisions indiquent même que “le jugement devra tenir compte de la situation existante au moment où la décision est prise<sup>31</sup>, ce qui pourrait rendre inutile le procès s’il manque un objet actuel”<sup>32</sup>; il s’agit pourtant d’une question discutable en termes de règle générale.

## 2. Unité de preuves dans des procédures différentes

Dans les diverses branches du droit de procédure<sup>33</sup>, le régime de la preuve est à peu près le même. Dans les lois de procédure administrative,

---

<sup>25</sup> CARRIÓ GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 et 33, § G.

<sup>26</sup> “The circumstances of conduct”: RAFFO, *op. cit.*, nous rappelle CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 160 et seq., sur le besoin de percevoir la réalité économique et sociale, pp. 168 et seq. Un nouveau cadre social peut engendrer la prédominance d’une méthode interprétative plutôt que d’une autre: *op. cit.*, p. 226.

<sup>27</sup> L’avocat doit être familiarisé avec la réalité politique: CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 170 et seq.

<sup>28</sup> Il a besoin de la capacité psychologique de perception des autres: CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 165 et seq.

<sup>29</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 12.

<sup>30</sup> Un bon exemple se trouve dans l’expression “dans les conditions dans lesquelles elle est en vigueur”, remarquée dans *Girolodi, LL*, 1995-D-462.

<sup>31</sup> *Fallos [Arrêts]*: 216: 147; 243: 146; 244: 298; 259: 76; 267: 499; 308: 1087.

<sup>32</sup> *Fallos [Arrêts]*: 231: 288; 253: 346; 307: 2061; 316: 479, *Bahamondez; Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 mai 1995, considérant 2ème. La Cour Suprême des Etats-Unis n’a pas décidé en ce sens dans *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

<sup>33</sup> Contrairement à ce que nous allons exprimer dans le texte, il y a des auteurs et des précédents qui considèrent ces principes comme “non seulement différents, mais voire contraires.” Voy., par exemple, GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, cité par GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la*

il n'y a que peu de règles, au sujet de la preuve, qui ne prévoient pas de dispositions très différentes de celles de la procédure ordinaire.

Toutefois, la dynamique de production de la preuve est différente. D'un côté, une partie des pièces fondamentales de la preuve a été déjà produite ou doit être produite pendant l'instance administrative, c'est-à-dire, avant de commencer la procédure judiciaire. De l'autre côté, il y a des questions qui ne feront pas partie de la procédure ordinaire et qui ont, pourtant, du poids dans la procédure administrative.

On gagne ou on perd un procès sur base des preuves. La solution de chaque cas est déterminée par la manière dont le tribunal perçoit les faits qui ont été présentés comme preuve.

### 3. *La création du droit vs. l'application du droit: Vérité et preuve*

On discutera toujours si les juges se bornent à appliquer la loi ou si en réalité ils la créent. Nous partageons l'idée que les juges créent la loi, puisqu'ils doivent analyser et déterminer les faits. Il est clair que si on doit trouver une solution pour une affaire, elle devra reposer sur les faits auxquels la loi est appliquée. Il suffira que le juge détermine que la situation est "A" ou "B" pour transformer la solution judiciaire en "A" ou en "B". La solution change selon l'examen des faits et selon ce qu'en pense le tribunal. C'est comme cela que le droit vivant fonctionne, dans n'importe quel méthode philosophique ou juridique, dans n'importe quel système juridique et dans n'importe quel pays.

Nous sommes d'accord avec Popper, qui dit que les vérités absolues n'existent pas, ni dans les sciences naturelles et physiques, ni, encore moins, dans le droit. Il y a une "vérité" de l'administration, une autre des parties plaidantes, une autre du tribunal dans chaque instance. Et lorsque les audiences sont finies et que le procès est terminé, est-ce que la "vérité" sera celle du jugement? En réalité, personne ne sait quelle est la vérité d'un

---

*ley de jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, p. 932 et note 7. Ceux qui sont pour la différence, comme dit GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 952, sont les "réviseurs" de la justice, capables de se référer à la preuve produite à l'instance administrative et limiter la production devant le tribunal judiciaire. Cela mènerait à une dénégation de justice, parce qu'on ne pourrait pas avoir recours à elle, sauf dans le cas où il y aurait des preuves *ex novo*. Le principe devrait être celui de l'amplitude de la production de la preuve devant les tribunaux judiciaires (*op. cit.*, pp. 934 et seq.).

cas. Elle sera toujours temporaire ou, mieux encore, elle sera une simple supposition toujours passible d'une inscription en faux par rapport aux preuves ou à d'autres éléments. Mais cela n'est pas une raison suffisante pour critiquer l'incertitude des décisions subjectives d'un tribunal. Leur imperfection n'empêche pas qu'elles soient valables comme supposition ou comme hypothèse ou même comme possibilité pour trouver la solution définitive d'un litige.

#### 4. Dispense de preuve

Il est important aussi de rappeler la distinction existante, en droit procédural, entre fait évident, fait de notoriété publique, fait officiellement connu et fait connu en privé par le juge.

Le fait évident est celui que personne ne risquerait de contester ou d'ignorer<sup>34</sup>. Des exemples de faits évidents sont: l'existence de la nuit et du jour, le soleil, les étoiles, le calendrier<sup>35</sup>, le temps, la vie, la mort. "L'évidence est attestée parce qu'elle est absolue, parce qu'elle est logiquement irréversible, et parce qu'elle ne peut pas être démontrée."<sup>36</sup> Mais la portée du concept ne doit pas être si large, puisque "même si la partie qui veut alléguer les faits évidents n'est pas tenue de les démontrer, ces faits peuvent accepter ou même mériter la production de preuves de la part de l'adversaire, parce que le développement de la science montre que des faits jugés une fois comme évidents sont passés à l'histoire des idées scientifiques, et en conséquence de l'apparition de nouvelles idées<sup>37</sup>".

Un fait de notoriété publique est celui qui est connu par tout le monde à un certain moment et dans un certain lieu<sup>38</sup>, comme par exemple qui est le président. Comme affirme Guasp, "les faits de notoriété publique ne sont pas ceux qui sont connus officiellement ou en privé par l'autorité judi-

---

<sup>34</sup> Nous parlons, certainement, d'un moment précis dans le temps et dans l'espace.

<sup>35</sup> SENTÍS MELENDO SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 103.

<sup>36</sup> CARNELLI LORENZO, *El hecho notorio en el proceso dispositivo*, LL, 31:631,641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

<sup>37</sup> EISNER ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 45.

<sup>38</sup> Mais "le plaidant n'aurait pas tort de démontrer le fait qu'il affirme, même s'il est notoire selon sa propre opinion", comme remarque ESGUERRA SAMPER, *op. cit.*, p. 44.

ciaire, mais ceux qui appartiennent à la connaissance générale au moment et dans le lieu où la procédure se déroule.”<sup>39</sup> Le fait de notoriété publique doit être connu par tous et non pas uniquement par l’autorité d’un groupe<sup>40</sup>. En d’autres termes, le fait de notoriété publique est celui à propos duquel “personne n’a aucun doute”.

La connaissance juridique privée est ce que le juge sait mais qui ne se trouve pas dans le dossier du cas. Selon l’opinion classique, le juge ne doit pas utiliser cette connaissance personnelle pour donner une solution à l’affaire, mais il peut l’utiliser pour améliorer le cours ou le résultat d’une procédure. En outre, le juge peut essayer d’introduire sa connaissance personnelle de quelque manière ou par quelque voie dans le dossier. Et seulement après, il pourra l’inclure comme matière de son jugement<sup>41</sup>. En d’autres termes, le juge peut uniquement *tenter* de transformer ces suppositions en *preuves*. Ceci est fait de manière efficace lorsque le tribunal interroge les deux parties après la procédure orale. Une des différences les plus frappantes entre la pratique du *common law* et la pratique du droit civil ou continental est la réticence que certaines personnes manifestent à l’égard du raisonnement oral et du débat. Ce ne sont que ceux qui ne possèdent pas d’expérience en raisonnement oral qui s’y opposent, sous prétexte d’un “raisonnement” abstrait, et donc dépourvu de véritable *connaissance* factuelle.

##### 5. La preuve dans les pouvoirs discrétionnaires et les pouvoirs réglementés<sup>42</sup>

Quand il s’agit de pouvoirs réglementés, il faut d’abord déterminer si on a affaire à une des diverses hypothèses de fait envisagées par la loi et laquelle. Il ne s’agit pas d’une interprétation de la loi ou des règlements, il s’agit de la détermination des faits.

Dans les pouvoirs discrétionnaires, la preuve détermine aussi la solution de l’affaire. Toutes les techniques de contrôle des pouvoirs discrétionnaires sont exercées à travers la détermination des faits résultant de l’étude de la

---

<sup>39</sup> GUASP JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. II, 2ème partie, Madrid, 1947, p. 380.

<sup>40</sup> HELLBLING ERNST, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, vol. I, Vienne, Manzschke Verlag, 1953, p. 274.

<sup>41</sup> ALSINA HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, vol. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

<sup>42</sup> *In extenso* dans GOLDENBERG, *op. cit.*, chapitres VI à X, pp. 148 et seq.

preuve. On doit établir, dans chaque cas, si des principes juridiques, généraux ou indéterminés ont été violés par l'exercice de tels pouvoirs, ou s'il a été commis une faute contre la bonne foi, la confiance légitime, le raisonnable, la proportionnalité, etc.; ces questions sont évaluées aussi à travers les faits et les preuves. Quand aux principes ci-dessus, ils sont reconnus à un niveau national et international, par exemple par la Convention américaine des droits de l'homme, ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme qui les a reconnus et développés dès le début<sup>43</sup>.

#### 6. L'interdiction de "venire contra factum proprium"

Le meilleur chemin pour interpréter les actes et les intentions des parties, ainsi que pour vérifier la validité de sa conduite par rapport à la loi, c'est de voir ce qu'elles ont vraiment fait et dit. Dans ce sens, la Cour Suprême d'Argentine a soutenu que "l'interdiction de *venire contra factum proprium*" est liée au "principe de bonne foi", et qu'ils constituent, tous les deux, des principes fondamentaux dans notre système juridique. La Cour a établi que "une des conséquences du principe de bonne foi est le droit que possède tout citoyen d'exiger d'autrui, tant des particuliers que de l'Etat lui-même, la sincérité et la conduite loyale et cohérente." "L'acte contradictoire et déloyal est disqualifié par le droit. Ce rejet a pris forme dans des maximes comme celle qui affirme: *venire contra factum proprium non valet*, et qui synthétise l'énorme dimension éthique du principe de bonne foi"<sup>44</sup>. La Cour Suprême a affirmé aussi qu'on doit exiger de chaque partie une conduite cohérente, afin de préserver la confiance de l'autre partie<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Dans TJE l'affaire *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citée dans CHITI MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milan, Giuffrè Editore, 1999, p. 137. Les principes de raison, proportion, moyens proportionnés aux fins et autres sont universels et anciens. La Cour européenne n'a fait donc que répéter ce qui était déjà mentionné dans les droits nationaux. Voy., par exemple, pour le droit allemand et portugais, SÉRVULO CORREIA JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670-673; et ses références et notes 490 et seq. pour la doctrine allemande.

<sup>44</sup> CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana*, JA, 1989-IV, 429.

<sup>45</sup> CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL-1992-B, 216 et seq., considérant 4ème *in fine*. Ce principe est aussi mentionné comme confiance due ou garantie de protection de la confiance.

### 7. *La preuve devant le tribunal*

Il y a une étape qui précède la production de la preuve. Dans le droit procédural argentin cela s'appelle "mesures de production préalable à la preuve". Dans ce cadre-ci le plaidant a recours à la justice, avant d'entamer la demande, afin de solliciter la production de certaines preuves conformément aux dispositions du code. Une situation très habituelle est celle où le futur demandeur désire obtenir la saisie du dossier de l'affaire, la documentation, les livres, etc. Dans ce cas, le tribunal doit décider, à sa discrétion, si les raisons de la saisie sont correctement fondées ou si la réalité ou la véracité du dossier pourrait être altérée. Il y a d'autres mesures auxquelles on peut avoir recours avant la demande; il s'agit d'une situation assez commune pour l'avocat: il trouve le dossier, analyse l'affaire et prépare la demande, mais il se rend compte que, avec les preuves dont il dispose, il est probable que le juge refuse les mesures préventives et qu'il ait donc besoin de plus de preuves. Puisque cela signifie une perte de temps, il est mieux de produire la preuve de manière privée et, selon sa pertinence, analyser la possibilité d'obtenir une mesure provisoire.

Une autre possibilité est celle d'avoir recours à la justice pénale pour enquêter sur la conduite des fonctionnaires publics ou des individus liés à l'administration publique à travers de concessions ou privilèges. Compte tenu des hautes exigences de la loi pénale pour prouver la culpabilité de quelqu'un, les faits peuvent ne pas suffire pour justifier une conviction au cours du procès pénal, mais ils peuvent, néanmoins, être utiles comme fondement de la demande à entamer devant un autre tribunal.

### 8. *Production de la preuve par voie privée*<sup>46</sup>

#### 8.1. *Témoignages*

Quand il est difficile de produire à l'avance la preuve devant le tribunal, il convient d'utiliser une variante qui aux Etats-Unis est appelé *affidavit*. Il s'agit d'un témoignage que le témoin rend unilatéralement, en privé, et par écrit, et qui est ensuite incorporé à la preuve documentaire. (Des expertises peuvent aussi être produites de manière privée et incorporées au dossier pour présenter l'expert comme témoin.)

---

<sup>46</sup> Voir notre *Tratado...*, vol. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., chap. VI, §§ 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; chap. VIII, § 10.1.

Rien n'empêche dans la loi, pourvu qu'il agisse de bonne foi, de demander à un témoin d'écrire son témoignage. Cette preuve documentaire pourra ensuite être renforcée à travers sa déclaration, au cas où il sera signifié à comparaître devant le tribunal, soit pour vérifier la signature ou le contenu de l'*affidavit*, soit pour procéder à des confrontations, etc. On ne peut néanmoins dire si cette preuve sera convaincante et elle n'exclut pas évidemment le contrôle de la production de la preuve par les deux parties, quand cela est matériellement possible.

### 9. La preuve obtenue illégalement

L'inadmissibilité de la preuve obtenue illégalement<sup>47</sup> est un principe juridique essentiel. Ainsi, l'enregistrement d'une conversation téléphonique fait par l'administration ou par les parties sans autorisation valable<sup>48</sup>, la violation de domicile sans autorisation légale ou qui dépasse ladite autorisation, la production de la preuve sans le contrôle de l'autre partie, etc. sont inadmissibles. Ce principe s'applique aussi à des cas extrêmes, comme celui des témoignages obtenus sous torture.

Le principe général doit être appliqué aussi à l'inadmissibilité de la preuve "secrète". Une telle preuve n'a existé, dans le passé, que dans des régimes autoritaires mais de temps en temps elle réapparaît. Il est indispensable que les tribunaux restent inflexibles par rapport à l'inadmissibilité de la preuve secrète.

### 10. La plaidoirie informelle

Il existe une pratique juridique admise, sous différents noms et formes, dans certains pays, et interdite dans d'autres. Aux Etats-Unis - où elle est interdite - elle est appelée *ex parte* communications, c'est-à-dire, communications entre le juge et une seule des parties en excluant les autres. En Argentine, les avocats de l'administration utilisent cette pratique plus fréquemment et librement. Ils s'entretiennent en privé avec les juges pour ex-

---

<sup>47</sup> *In extenso* dans notre livre *El procedimiento administrativo, op. cit.*, chap. VI, § 17, "Inadmisibilidad de las pruebas ilegitimamente obtenidas".

<sup>48</sup> Et même l'autorisation doit être interprétée avec des critères restrictifs: *Mille*, CNCrim. y Corr., Chambre IV, *LL*, 1997-D, 613; *Tellos*, CNCasación Penal, Chambre III, *LL*, 1995-B, 63; *Del Bagno*, TORal Criminal Federal, *Mar del Plata, DJ*, 1994-2-453; OLDAMO IRIS, Escuchas telefónicas, *JA*, sem. numéro 6163 du 17-XI-99.



pliquer certains points ne faisant pas partie du procès comme preuve. Il peut arriver ainsi que la situation soit si importante que le juge ne puisse pas s'empêcher d'y penser au moment où il jugera l'affaire. C'est-à-dire que le tribunal pourra délibérer en tenant compte de faits allégués par l'Etat hors de la salle d'audience et du dossier, et ceci n'est que rarement rendu explicite dans le jugement. Quand le tribunal admet qu'il a tenu compte de certains intérêts, il le fait en admettant la plaidoirie *ex parte* de l'Administration. Cependant, le poids de cet argument n'est pas comparable à celui de son absence, parce que si l'argument n'apparaît pas explicitement, le particulier n'a aucune possibilité de réfuter - ou même connaître - ce que l'administration a dit au tribunal, ce qui se passe vraiment dans la procédure. L'inégalité et l'injustice d'un tel procédé sont évidentes et, bien entendu, inconstitutionnelles. Dans ce cas-là, la seule possibilité est d'interjeter appel afin d'arriver à une plus grande transparence. Pendant l'étape de l'argumentation finale, transparence ne veut pas dire seulement contact et égalité entre les parties, mais aussi publicité et contrôle: il faut que la société puisse voir et juger par elle-même quelles sont les preuves sur lesquelles le tribunal a appuyé son jugement.

### *11. Preuve et respect de la vie privée*

Il y a un problème encore plus complexe: celui de la preuve portant atteinte au respect de la vie privée. Par exemple, les questions de santé sont généralement protégées par le principe du respect de la vie privée. Les cours administratives internationales utilisent parfois des informations médicales *in camera*, qui ne sont pas insérées au dossier<sup>49</sup>. En France, les données médicales sont également admises; le tribunal peut demander au solliciteur de fournir des informations médicales, mais celui-ci pourra décider s'il veut les soumettre au tribunal ou non<sup>50</sup>. Pour la carrière militaire et policière, la santé est essentielle en matière de promotions et de retraites; dans ces domaines il y a donc beaucoup de jugements qui analysent la raisonnable de devoir produire des informations médicales. Dans ce type d'affaires, et dans d'autres, il semble que la personne n'a pas d'autre alternative que celle de renoncer à son intimité quant à l'information médicale afin d'avoir accès à la justice. Ce n'est pas une solution satisfaisante,

---

<sup>49</sup> Ainsi, Tribunal Administratif de la BID. Voy. notre *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 2, chap. XVI.

<sup>50</sup> CHAPUS RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, 4ème éd., Montchrestien, Paris, 1993, pp. 612 et 621.

mais au moins l'information ne pourra être publiée qu'avec des initiales et non pas avec le nom et prénom complets<sup>51</sup>.

En Argentine, au contraire, les tribunaux ont prononcé des jugements contenant le nom et le prénom de personnes contaminées par le sida, ce qui est apparemment une violation du droit au respect de la vie privée<sup>52</sup>; les publications privées omettent ces données. Les progrès dans les traitements du sida et la meilleure protection contre la discrimination ont conduit le droit à rendre certaines informations confidentielles. Cependant, la possibilité de guérison grâce à un diagnostic précoce et l'accumulation d'informations sont généralement placées au-dessus du droit au respect de la vie privée.

## 12. Moyens de preuve

Les parties sont complètement libres de choisir les moyens de preuve qu'elles préfèrent, avec pour seule limite, les possibilités matérielles de la cour<sup>53</sup>. Il y a aussi des limites découlant non pas des faits mais des pouvoirs discrétionnaires: la partie aura beau proposer des témoins ou des experts, l'administration ou le juge pourra ne pas les appeler ou les désigner. Dans ce cas-là, la preuve devra être obtenue de manière privée et tout document, photo, vidéo, etc. devront être remis à l'avance. Le particulier doit deviner quelle sera la preuve que l'administration ne voudra pas imposer et

---

<sup>51</sup> Une autre variante est celle adoptée par la Cour administrative du FMI, qui attribue dans chaque cas des abréviations conventionnelles comme "M. A" ou "Mme. B", en faisant en sorte qu'il soit difficile ou impossible à des tiers de reconnaître l'identité des plaidants.

<sup>52</sup> La Loi 23.798, sur la prévention et lutte contre le sida, dans son article 2, établit qu'il est interdit de: "a) Nuire à la dignité de la personne; b) Provoquer tout effet de discrimination, stigmatisation, dégradation ou humiliation; c) Dépassez les limites des exceptions légales au secret médical, qui doivent être toujours interprétées restrictivement; d) Porter atteinte à l'intimité d'un habitant de la République Argentine; e) Individualiser les personnes à travers des registres ou des banques de données qui devront, à cet effet, être codifiés." L'article 6 statue que "Les professionnels assistant des personnes qui font partie des groupes à risque d'être infectés par le syndrome d'immunodéficience sont obligés d'imposer des épreuves diagnostiques pour la détection directe ou indirecte de l'infection"; et l'article 8, "le professionnel qui a détecté le virus d'immunodéficience humaine (VIH), ou qui en a la présomption, devra informer cette personne sur son infection et sur les probabilités de contagion, les moyens de transmission et son droit à recevoir l'assistance adéquate."

<sup>53</sup> COLSON, *op. cit.*, pp. 166 et seq.

la produire à l'avance. Il faut se servir de son imagination et de sa prévoyance dans cette procédure.

### *12.1. Photographies et vidéos*

Il est tout à fait convenable d'utiliser toute sorte de preuves, comme par exemple des photographies, un moyen dont les avocats ne profitent pas assez. Pour *sapere vedere*, il faut avoir une vision, directe ou indirecte, de l'objet en question. Si, par exemple, il n'est pas possible de faire une inspection directe de certains éléments, les photographies ou les vidéos peuvent être extrêmement utiles.

Les photos ont un poids considérable, surtout si elles sont nombreuses et différentes, et permettent de donner une vision, sous divers angles, de ce que l'on essaie de décrire. Si l'avocat veut introduire des photos comme preuve, il devra au moins les signer et les dater, en déclarant, sous la foi du serment, qu'elles ont été prises à un moment et à un lieu déterminés, ou bien en présentant d'autres preuves en ce sens-là, et en garantissant aussi qu'elles n'ont pas été truquées, etc. On peut prendre encore plus de précautions, comme par exemple faire authentifier les photos par un notaire ou les faire prendre par un photographe professionnel devant des témoins. Ces conditions deviennent de plus en plus indispensables, puisque la technologie permet le traitement des photographies par ordinateur. La même chose est valable pour les vidéos, mais il est convenable de les accompagner aussi d'une transcription pour faciliter leur compréhension et d'autres moyens de vérification<sup>54</sup>.

### *12.2. Fax, télex, etc.*

Les télex, les fax ou autre type de correspondance entre les parties sont également permises comme preuve. Il s'agit de preuves uniquement admissibles entre les parties tant que les deux parties les maintiennent secrètes. Toutefois, si l'une d'elles les divulgent à des tiers, ces tiers pourront les invoquer, puisqu'elles ne seront plus privées. De cette manière indirecte, par le fait de l'une des parties, l'information devient publique et, en tout cas, un problème surgira entre les parties, à savoir si l'une d'elles peut rendre publique une telle correspondance privée.

---

<sup>54</sup> Sans ignorer les difficultés pratiques que cela représente pour un tribunal, la vérification directe est un des meilleurs moyens de percevoir la réalité. Pour une analyse empirique d'un cas, voy. BINDER / BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-98.

Les données des disques durs et des disquettes, ainsi que des mémoires des caméras digitales et des appareils de vidéo sont également permises comme preuve. Une bonne idée serait de prendre la précaution de transcrire les textes ou les images et de les présenter comme documents, authentifiés par un notaire.

### *12.3. Enregistrements téléphoniques*

#### *12.3.1. Enregistrements par téléphone fixe*

Les enregistrements téléphoniques ou personnels sont aussi permis, mais avec quelques limitations. Les conversations téléphoniques sont comparables à la correspondance, parce qu'elles sont privées entre les parties. Il faut quand même tenir compte du fait que l'on est plus prudent lorsqu'on écrit que lorsqu'on parle. Une question sur l'enregistrement c'est de savoir s'il est admissible qu'une des parties de la conversation enregistre ce que l'autre dit et, puis encore: que se passe-t-il lorsque la personne avec laquelle je parle fait un enregistrement et l'utilise publiquement contre moi? Est-ce que cette information devient de notoriété publique et n'importe qui peut l'invoquer comme preuve? Les décisions sur ce sujet sont très diverses.

#### *12.3.2. Téléphones portables et autres enregistrements*

Il y a des jugements qui statuent que, étant donné que les communications de téléphonie cellulaire sont transmises à travers des ondes de propriété publique, elles ne constituent pas de conversations privées mais bien publiques. Ce serait comparable à une transmission de radio, qui peut être écoutée et enregistrée et même utilisée comme preuve par n'importe qui.

Quant à l'enregistrement d'une conversation personnelle, c'est une affaire différente. Malgré le fait que l'autre partie n'est pas au courant de l'enregistrement, cette preuve est généralement admise, puisqu'elle n'est pas considérée comme étant obtenue illégalement<sup>55</sup>. Par exemple, si une conversation avec un fonctionnaire public a lieu avec un magnétophone en poche, ce qui a été dit peut être utilisé comme preuve.

---

<sup>55</sup> Mais dans le cas où il existe un rapport de dépendance, il faut que l'enregistrement ne soit pas subreptice.

#### 12.4. D'autres moyens de preuve

Il n'y a pas de dispositions limitant les moyens de preuve qui peuvent être apportés, on peut donc utiliser toutes sortes de preuves obtenues à travers de techniques anciennes ou modernes. Au début, l'information par l'Internet n'était pas facilement admise à cause du manque de possibilités techniques et de facilités matérielles dans les salles du tribunal. On craignait d'offrir une preuve à être obtenue par une consultation du tribunal sur l'Internet, parce que la preuve pouvait être initialement rejetée<sup>56</sup>. Peu à peu, cependant, les tribunaux ont commencé à appliquer la technologie et à invoquer l'information obtenue sur l'Internet<sup>57</sup>. En Uruguay, par exemple, il y a des normes relatives au "dossier électronique" qui "aura la même force légale que le dossier traditionnel" obtenu "par des moyens conventionnels"<sup>58</sup>. Ces normes constituent un grand pas en avant, quoiqu'il n'existe pas encore de règles précises qui statuent sur l'admissibilité des preuves tirées de l'Internet<sup>59</sup>.

Des preuves obtenues à travers le goût, l'odorat, le toucher ou l'ouïe sont également permises<sup>60</sup>. Néanmoins, ce type de preuve n'est généralement pas introduit directement, mais avec l'assistance d'experts<sup>61</sup>. C'est-à-dire que le fonctionnaire présent produit la preuve, mais il est aidé et conseillé par un expert<sup>62</sup>. L'expertise peut être accompagnée d'une constatation visuelle<sup>63</sup>, ce qui donne une idée plus complète de la situation sans remplacer le moyen de preuve présenté. La preuve peut avoir comme objet

---

<sup>56</sup> La même chose vaut pour le Minitel en France: CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 607.

<sup>57</sup> Par exemple des comptes rendus médicaux trouvés dans [www.medscapeonlineabstract.com](http://www.medscapeonlineabstract.com), utilisés par la CNFedCA [Cour d'appel fédérale du contentieux administratif], Chambre IV, *B. De P., C.E. et autres c. Policía Federal Argentina*, LL, 25-I-01, p. 3.

<sup>58</sup> DELPIAZZO CARLOS E., *El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático*, UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, pp. 39 et seq., p. 47.

<sup>59</sup> DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

<sup>60</sup> HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; Loi autrichienne art. 54.

<sup>61</sup> Il est habituel en pratique, mais pas nécessaire.

<sup>62</sup> HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; Loi autrichienne art. 54.

<sup>63</sup> L'article 479 du Code de Procédure de la Nation Argentine statue que la preuve peut être produite avec "l'assistance d'experts et l'attestation de leur activité". HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

non seulement des choses inanimés, mais aussi des personnes<sup>64</sup>. Cette preuve peut inclure des comparaisons, des mesures, etc. et elle pourra donner une image plus complète de la scène en question<sup>65</sup>, mais une telle inspection ne pourra pas être faite sans le consentement de la personne en question<sup>66</sup>.

Il faut remarquer, cependant, que la preuve obtenue à travers un contrôle oculaire ne doit jamais remplacer les rapports ou les certificats<sup>67</sup>. Les secteurs les plus favorables pour l'inspection oculaire sont généralement, en pratique, les affaires relatives à l'environnement<sup>68</sup>. Même si l'inspection oculaire est généralement caractérisée comme une activité ayant lieu en dehors de la cour<sup>69</sup>, les parties ont également le droit d'apporter des preuves physiques dans la salle du tribunal.

---

<sup>64</sup> HELLBLING, *op. loc. cit.*

<sup>65</sup> HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

<sup>66</sup> Non plus selon la loi autrichienne: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

<sup>67</sup> Cour Suprême de Venezuela, Chambre politique administrative, jugement du 2-8-67, transcrit dans BREWER-CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74*, et *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, EJV, 1976, pp. 160 et 161.

<sup>68</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 614. Il nous rappelle que l'entretien personnel peut aussi être utilisé pour rassembler des preuves dans des moments clé.

<sup>69</sup> TENTOLINI OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milan, Giuffrè, 1950, p. 151.

## CHAPITRE V

### COMMENT LIRE UN JUGEMENT<sup>1</sup>

#### *1. Savoir lire*

DANS le domaine juridique, savoir comment lire est une version du *sapere vedere* de Michel-Ange. Au moment de lire, il y a quelques circonstances largement reconnues, classiques, auxquelles on doit faire attention et d'autres qui ne le méritent pas au même degré.

Avant de discuter comment il faut lire un jugement - une tâche plus complexe qu'il ne le semble - nous commencerons par jeter un coup d'œil sur d'autres situations communes qui méritent une attention toute particulière.

#### *1.1. Savoir lire: comment commencer*

Nous croyons tous que nous sommes capables de lire correctement un texte juridique, mais souvent ce n'est pas le cas. Donc, avant de parler de la lecture d'un jugement, il est utile de souligner quelques règles de lecture qui sont très simples mais qui, en raison de leur simplicité, sont généralement négligées. Avant tout, il faut distinguer l'essentiel de ce qu'on est en train de lire et, à la lumière de ces points centraux, songer aux erreurs que l'on commet le plus fréquemment afin de les éviter à l'avenir.

---

<sup>1</sup> NIETO ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelone, Ariel, 2000. Il s'agit d'un travail fondamental, ayant une large bibliographie. De notre part, nous avons parlé de la méthode de création visant l'écriture juridique dans *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988 et 3ème réimpr. 2001. NIETO m'a gentiment permis d'ajouter quelques notes dans son récent *Los límites del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, que je conseille aussi comme lecture complémentaire au présent Chapitre.

Il n'y a pas d'endroit prédéterminé pour trouver ces points centraux, cela diffère d'un texte à un autre: ils peuvent se trouver à la fin du texte, au début, au milieu; ils peuvent être manifestes ou peu évidents; ils peuvent apparaître parmi des sujets importants ou peu intéressants.

Naturellement, si l'auteur souhaite être didactique, il cherchera à mettre en valeur ces points. En ce sens, la commission qui rédigea le décret-loi 19.549/72, a placé la partie la plus importante au début, sur proposition du Dr. Adalberto Cozzi, alors Procureur du Trésor public de l'Argentine<sup>2</sup>. On a tendance à oublier, injustement, que la contribution la plus importante à la rédaction finale de ce décret a été faite par ceux qui pratiquaient le droit, comme le Dr. Cozzi, et non par des théoriciens. Même en aboutissant à une rédaction moins élégante, cela contribue indubitablement à la compréhension du décret-loi: ses premiers articles constituent un résumé des principes généralement acceptés et incontestés du droit public argentin<sup>3</sup>.

### *1.2. Savoir lire la fin*

Une des erreurs les plus fréquentes que je faisais en lisant - qu'il s'agisse d'un contrat, d'un acte public, d'une loi, ou de la Constitution de mon pays - c'était de m'arrêter, sans me rendre compte, une ou deux lignes avant la fin du texte. Comme mécanisme d'autocontrôle, maintenant je commence par lire la fin pour être sûr que je ne manquerai rien.

### *1.3. Les petits caractères illisibles*

Une autre erreur très commune est celle de ne pas lire attentivement les "petits caractères". Par cette expression, on indique les conditions des contrats pré-imprimés qui, étant contraires à l'acheteur, sont écrites avec des caractères si petits qu'il est pratiquement impossible de les lire. De la même façon, quand les fabricants sont obligés de donner la description de leurs produits, cette description est généralement imprimée dans un format le plus petit possible (par exemple, le feuillet qui accompagne les médicaments pour en indiquer les applications et les effets secondaires est souvent, ou presque toujours, illisible). Au long des années, au fur et à mesure que notre vision devient plus faible, il est de plus en plus difficile de lire ces petits caractères sans l'aide d'une loupe. Mais les jeunes gens, qui pourraient les lire sans difficulté, en général n'ont pas intérêt à le faire; ils

---

<sup>2</sup> Une solution semblable a été adoptée au Pérou en 2001, loi 27.444, article IV.

<sup>3</sup> Et non, comme certains le soutiennent, du droit public provenant de nul part.



apprendront un jour - peut-être après avoir été trompés maintes fois - qu'il faut lire les petits caractères et ce, de manière beaucoup plus attentive qu'on ne le ferait avec ceux de taille normale.

En effet, à cause de tout cela, les lois de protection de l'utilisateur exigent un format d'impression minimum et les avertissements sur des produits nuisibles, comme le tabac, sont en général écrits dans un format déterminé par les lois ou les règlements.

#### *1.4. Les écritures cachées*

Il y a des "petits caractères" qui, en réalité, ne le sont pas en raison de leur taille mais plutôt en raison de la difficulté de les trouver. Un vieux truc d'avocats est d'écrire d'une manière ennuyeuse, en parsemant le texte de répétitions et de mots inutiles et de phrases qui apparemment n'ont pas de sens immédiat ou pratique et dont on évite volontiers la lecture. Généralement ils cachent de cette façon-là des clauses défavorables à la partie adverse.

#### *1.5. Savoir lire ce qui est évident*

Une manière sophistiquée de cacher quelque chose est de le placer dans un lieu très évident. Cela peut fonctionner ou non, mais il faut s'en prévenir. En effet, des fois les choses sont tellement évidentes qu'on ne les voit pas<sup>4</sup>.

#### *1.6. Savoir lire ce qui n'a pas été écrit*

C'est un vrai cauchemar: "lire entre les lignes", imaginer ce qui n'a pas été dit et ne pas commettre trop d'erreurs.

Quand on parle, par exemple, il y a souvent des malentendus dus au fait que l'un dit une chose et l'autre comprend une autre. L'explication habituelle pour ces erreurs, sincère mais toutefois faible, est de dire "mais je pensais que tu voulais dire..."; des psychologues gagnent leur vie en cherchant à interpréter ce qu'une personne voulait "vraiment" dire au lieu de ce qu'elle a dit en réalité.

---

<sup>4</sup> Selon Borges, la technique fut inventée par EDGAR ALLAN POE, dans *The Stolen Letter*. Les lecteurs de Poe se posent des questions à la lecture de Borges. Si vous ne la trouvez pas dans Poe, fiez-vous à l'idée de Borges.

Dans nos procédures judiciaires et administratives, toutes les démarches doivent être effectuées par écrit, néanmoins il est commun de parler avec les fonctionnaires publics au cours du procès. Cependant, dans le dossier il ne reste généralement aucun rapport écrit de ces entretiens. Donc, lorsqu'un tiers ou un autre fonctionnaire lit, plus tard, l'arrêt ou le jugement, il aura un désavantage à les interpréter, parce qu'il ne connaîtra pas ce qu'il a été dit entre le fonctionnaire précédant et l'autre partie. C'est pour cela qu'on a dit que nos procédures ne sont ni orales ni écrites, mais que plutôt "on cause là dessus"<sup>5</sup>. Carrió affirme qu'il existe, dans une certaine mesure, des procès qui ont été résolus au cours de conversations. Il s'agit d'une critique, mais également d'un exposé de faits.

## 2. *Mettre en pratique le savoir lire...*

### 2.1. *... pour lire une loi*

Lorsqu'on lit une loi, il faut tenir compte du contexte politique, social et économique, dans lequel elle s'est développée, ainsi que la période pendant laquelle elle a évolué. On doit chercher les motifs réels qui se cachent derrière la loi et ne pas nous contenter des motivations apparentes et actuelles. Puis, en lisant la loi, on doit chercher les points du texte qui résolvent des questions concrètes, au lieu de rester collé aux articles simplement conceptuels ou de définition. Par exemple, dans la Loi 24.766, sur la confidentialité, la portée de son premier article est absolument limitée par les articles suivants relatifs à des situations extrêmement spécifiques dans l'industrie pharmaceutique nationale.

### 2.2. *... pour lire un contrat: attention aux faits*

Un contrat doit être analysé non pas seulement à travers son texte, mais aussi à travers ses faits. Avec le mot *faits* nous voulons dire les circonstances qui ont entouré le contrat avant qu'il ait été conclu et pendant son exécution. Le rapport entre le texte et les faits nous oblige à étudier - dans

---

<sup>5</sup> Voy. CARRIÓ ALEJANDRO et autres, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79, note 5. A propos de ce que nous venons de dire au commencement du paragraphe précédent, voy. un cas en particulier dans KILLMEATE ATILIO, *Los discapacitados motrices y el transporte público* dans CARRIÓ et autres, *op. cit.*, pp. 78, 79, 80 (sixième paragraphe, deuxième phrase).

la mesure où la loi nous le permet - le comportement des parties par rapport au contrat, afin d'en comprendre le véritable contenu.

### 2.3. ... pour lire des livres

Les ouvrages produits par les académiciens et les juristes, comme les livres et les articles dans des revues juridiques, sont utiles au moment de comprendre et interpréter la loi, mais ils n'ont pas de force obligatoire dans un cas particulier. Le vrai poids de ces ouvrages ne relève pas du nom de leur auteur sinon de la qualité de leurs arguments.

Nous, en tant qu'avocats, nous le savons; mais, en cherchant à écrire dans un style rhétorique, nous élevons souvent ces œuvres à la dignité d'une autorité, même si cela est fallacieux du point de vue du raisonnement juridique. Se "tromper" en raisonnant ainsi n'est pas si grave en soi, ce qui est grave c'est de croire qu'un tel raisonnement est correct.

### 3. La décision juridique

Il n'y a pas de différence entre le processus que suit un juge pour produire un jugement dans un tribunal, un avocat pour prendre une décision sur une affaire ou un fonctionnaire au cours d'une procédure administrative. Et puis, toutes les organisations bureaucratiques, petites ou grandes, fonctionnent de manière similaire partout dans le monde.

Il n'y a pas de différence, non plus, entre la pire erreur qu'un avocat peut commettre par rapport à son client ou un médecin par rapport à son patient: l'erreur de sous-estimer la capacité du client ou du patient pour aller droit au cœur de son propre cas et en comprendre la "réalité". Parce que tout se réduit toujours à la même question: percevoir d'abord correctement la réalité afin de pouvoir après déterminer comment la classifier théoriquement.

Le système juridique, de même que le savoir médical, ne sert à rien si celui qui doit l'appliquer n'est pas capable d'identifier d'abord la réalité fondamentale. Cela est le premier, et de quelque façon le seul, *diagnostic*<sup>6</sup> à faire. Et étant donné que notre capacité de percevoir la réalité est limitée, et que nous nous trouvons face à des données illimitées (Leibniz), le diagnostic ne pourra jamais être revêtu du caractère de *vérité* absolue. En tant qu'humains, nous n'avons pas ce don, qui n'appartient qu'à Dieu. Dieu

---

<sup>6</sup> Ils n'établissent pas la vérité: ils décident sur base d'hypothèses ou de suppositions, qui sont toujours temporaires et exposées à la réfutation.

connaît la Vérité des faits, nous *diagnostiquons*, nous conjecturons, à partir de ce que nous croyons être la “vérité”, d’après ce que nous croyons, de manière limitée, qu’il s’est passé dans une affaire. Nous ne connaissons pas, et nous ne connaissons jamais la parfaite Vérité, mais nous devons décider nécessairement et nous le faisons.

### 3.1. *La formation de l’hypothèse initiale*

Dans la première étape du processus de décision, ils peut y avoir une influence des éléments qui ne sont pas mentionnés après, dans le jugement, ou qui ne sont pas étayés par des preuves mentionnées et qui ne sont, donc, connus, ou supposés, que par ceux étroitement impliqués dans cette étape de la procédure. Pour ceux qui ne sont pas en rapport avec le cas, ou qui le sont à peine d’une manière indirecte, cette étape est la plus compliquée, parce qu’ils doivent déduire ou même deviner quels sont ces éléments par l’intermédiaire d’entretiens avec les parties ou avec les membres du tribunal ou par le biais de la lecture des journaux qui ont fait la couverture des débats initiaux. Néanmoins, ceux qui n’ont pas été au courant de cette première étape, ont également la possibilité de découvrir ces éléments à travers *leur propre lecture de la réalité*, en cherchant à reconstruire ce qui, à un certain moment, peut avoir été le processus utilisé à l’intérieur du tribunal.

Il y a, bien sûr, des magistrats très généreux, qui dévoilent quels sont les éléments dont ils ont tenu compte, et négligés peut-être par les avocats parce qu’ils n’avaient pas les fondements juridiques suffisants. Par exemple, Lord Denning, dans le premier chapitre de son livre *The Discipline of Law*<sup>7</sup>, explique la manière la plus convenable de se tenir et parler devant un tribunal. Dans le même esprit, le Juge Jackson, qui décréta la division de Microsoft, a affirmé publiquement qu’il a été influencé par la façon dont Bill Gates témoigna dans un vidéo<sup>8</sup>. Et, en général, dans des cas de discrimination, les “perceptions” peuvent s’appuyer sur les pourcentages

---

<sup>7</sup> Londres, Butterworths, 1979. Aucun avocat ne devrait ignorer la profonde sagesse comprise dans les paroles de Lord Denning, dont je recommanderai plus loin. Les lire et les pratiquer réellement est primordial pour tout avocat digne de ce nom. Toutefois, n’essayez pas d’y trouver un raisonnement abstrus: ce ne sont ni plus ni moins des conseils très pratiques, donnés par un juge des plus expérimentés. Accordez-y de l’attention.

<sup>8</sup> Ceci fut le fruit d’un argument utile et haut en couleur, mais probablement pas décisif, pour l’annulation de sa décision.

des jugements prononcés par les juges en faveur ou contre une certaine minorité<sup>9</sup>, ou sur les types de cas acceptés par les avocats.

### 3.2. Comment sont construits les fondements

La perception générale est de croire que le juge prend les décisions et puis ses assistants les mettent par écrit, ou bien que les assistants préparent des brouillons, que le juge corrige, ou bien qu'ils préparent différents brouillons parmi lesquels le juge choisit le meilleur.

Il est probable que beaucoup de fois les choses se passent ainsi, mais l'existence de ces options ne constitue pas une règle. Il est vrai, quand même, qu'il y a eu des cas extrêmes dans lesquels les tribunaux, surchargés de travail, ont eu recours à des mesures héroïques. Par exemple, un juge pénal provincial de première instance nous a raconté, il y a vingt-cinq ans, que son tribunal recevait huit mille affaires par an. Avec un tel rôle, ses options étaient: se démettre, travailler jusqu'à tomber malade et mourir, ou déléguer la tâche. Sa décision a été celle de sélectionner lui-même les affaires relatives au trafic de drogues, les pires homicides, etc. et, pour le reste, laisser les employés de son tribunal faire justice le mieux possible. (On peut entendre de pareilles histoires dans certains cabinets d'avocats et elles sont aussi normales dans n'importe quelle administration, publique ou privée.)

Finalement, lorsque ce juge a été promu à un tribunal supérieur, la situation qu'il a laissée derrière lui est restée la même. Personne, après son départ, n'a été capable de changer cet état des choses. Ce juge, dans ses nouvelles tâches, a continué, et il continue encore, à être un magistrat sérieux, honnête, responsable et intelligent, capable de résoudre d'une manière rationnelle les problèmes auxquels il - ou un autre dans sa position - est confronté et qui ne pourraient être résolus que par des moyens traditionnels. Il avait le pouvoir explicite d'envoyer des gens en prison, et il avait le pouvoir implicite ou secret de décider qui pouvait le faire à sa place, mais il n'avait pas, par contre, le pouvoir de changer le rapport entre le nombre d'homme/heures dont il pouvait disposer dans son tribunal et le nombre de cas qui devaient être décidés.

---

<sup>9</sup> Nous nous référons à notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, *Partie générale*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ème éd., chap. VIII, § 15, "Procesamiento estadístico".

<sup>10</sup> Voy., par exemple, CARRIÓ ALEJANDRO, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 12.

De la même manière, dans la Cour Suprême d'Argentine il y a environ deux cent secrétaires et assistants dont la hiérarchie et le niveau professionnel sont équivalents à ceux d'un juge de première instance ou d'un juge d'appel. Connus comme "la jeune Cour"<sup>10</sup>, son nombre et son excellence professionnelle montrent que les vraies fonctions d'un secrétaire vont au-delà de la recherche de jurisprudence<sup>11</sup>. A ce point-ci, nous suggérons au lecteur de "compléter les cases" en imaginant quelles sont ces fonctions<sup>12</sup>.

### 3.3. L'explication de la décision

Ce qui est écrit dans un jugement ne reflète pas nécessairement tout ce que le tribunal a pris en considération. Généralement, plus un magistrat a de l'expérience, plus les fondements<sup>13</sup> qu'il utilise pour trancher une affaire sont élémentaires, parce qu'il a déjà appris la valeur du silence et le péril

---

<sup>11</sup> La situation se répète partout où l'on regarde, avec de différentes manières de résoudre le même type de problèmes. Nous avons vu des gouverneurs importants signer des dossiers sans les lire et, quelquefois, sans même les regarder. Ce que leurs assistants leur disaient était suffisant. Une fois, nous avons été présents à la signature d'un décret de l'exécutif qui a eu lieu dans des conditions pareilles: ni le ministre ni le président l'ont lu. On nous a aussi parlé de certains présidents qui avaient quelqu'un qui signait pour eux avec leur signature, et de certains bureaux d'avocats où les assistants ou les secrétaires signaient à la place des professionnels. Il y a aussi la possibilité de la signature digitale par ordinateur. Pour plus de détails, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ème éd., chap. XIV. Des fois, mais pas toujours, signer pour une autre personne veut dire décider pour cette autre personne. Ce phénomène a même un nom, il est connu comme *délégation de signature*.

<sup>12</sup> Même les élites universitaires reconnaissent ce fait parmi les mystères et les secrets de la Cour Suprême: "il y avait beaucoup de cas de délégation de pouvoirs des juges vers les secrétaires. Il ne faut pas se tromper, il y en a encore beaucoup. Je n'offense personne en disant la vérité.", VANOSI JORGE REINALDO, *La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de 'certiorari' criollo)*, pré-édition separata des *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* (année XLV, 2ème période, n° 38), Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 31.

<sup>13</sup> En même temps, il est clair qu'au début le juge ne doit pas décider, seulement repérer ce qui est nécessaire. Voy., SUNSTEIN CASS, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 1999.

de la verbosité<sup>14</sup>. Bien sûr, il s'agit d'un critère empirique pour lequel il n'y a aucune règle écrite, mais il n'est pas moins réel ou moins ancien<sup>15</sup>.

Au contraire, l'erreur des avocats est généralement celle d'avoir un penchant à la verbosité. Visant à convaincre le tribunal, ils pensent qu'il faut plaider avec succès le cas de leur client à travers plusieurs chemins différents et simultanés. Ils essaient d'argumenter et de démontrer leurs thèses sous différents angles dont le juge pourra probablement se servir, au moment de rendre sa décision<sup>16</sup>.

De toute façon, le tribunal, dans une procédure écrite, trouve parfois la solution en lisant simplement les faits et les pétitions contenus dans les écritures des parties<sup>17</sup> (ce qui, en effet, est aussi la manière par laquelle on devrait lire les jugements pour la première fois). En ce sens, le *trait d'union* - le lien juridique des arguments - peut être fourni tant par les juges que par les parties. Fournir les liens juridiques n'est pas difficile, ce qui est difficile c'est de décider quelle est la réalité du cas sur laquelle la loi doit s'appliquer.

Au moment de déterminer cette réalité dans son jugement, le magistrat doit surtout tenir compte des arguments qu'il *doit*<sup>18</sup> démontrer afin de satisfaire les parties et pour éviter que la cour d'appel n'annule son jugement par manque d'argumentation. Pour cette raison, les meilleurs tribunaux, c'est-à-dire ceux dont généralement les jugements ne sont pas annulés à l'appel, présentent souvent des arguments moins élaborés. Le point fonda-

---

<sup>14</sup> Cela n'est pas nécessairement ainsi, pourvu qu'il reste clair qu'une grande quantité d'arguments s'acheminent vers la même conclusion. Il restera, comme toujours en droit, l'incertitude sur quel a été l'argument le plus convaincant au lieu de la fausse certitude d'un fondement formel choisi par le tribunal. C'est pour cette raison que les ouvrages de Cicéron sont encore vivants tandis que les fondements du tribunal ne le sont pas. La même chose vaut pour les décisions écrites au dos d'une plaidoirie (*endorsed on the bill*). MARTÍNEZ-TORRÓN JAVIER, *Derecho anglo-norteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas del 'common-law'*, Madrid, Civitas, 1991, p. 78.

<sup>15</sup> Voy. NIETO, *op. cit.*, pp. 142-53. Dans le secteur médical, il y a des choses qui sont dites par les docteurs, mais non pas devant les patients, elles sont connues comme "secrets de salle d'opération".

<sup>16</sup> Dans les audiences des jugements oraux aux Etats-Unis, les juges posent aux avocats des questions argumentatives.

<sup>17</sup> Pour cette raison nous devons parler et faire des visites de courtoisie.

<sup>18</sup> Le juge CHARLES BREITEL utilisait très peu d'arguments avec lesquels il travaillait très soigneusement. Et pourtant ses brefs jugements n'étaient pas susceptibles d'une "lecture rapide". Sur le même sujet, LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

mental est constitué par les faits ou les éléments de l'affaire que le juge considère décisifs ou déterminants: c'est sur ces faits ou sur ces éléments que le juge devrait nécessairement parler dans son jugement<sup>19</sup>, mais il ne le fait pas toujours.

A cause de cela, il arrive souvent que les arguments qui ont vraiment servi la cause en faveur de la décision adoptée ne sont pas explicites dans le jugement. En effet, afin de mieux délimiter le jugement, des arguments sont effacés dans la rédaction finale, ils semblent s'évanouir, bien qu'ils aient été inclus précédemment ou qu'ils aient fait partie des arguments considérés effectivement par le tribunal. Ceci nous montre que le brouillon en papier est encore une des meilleures aides pour organiser ses propres pensées et pour imaginer celles des autres dans des circonstances similaires<sup>20</sup>.

D'autres arguments qui manifestement ne figurent pas par écrit ne doivent pas être supprimés; cependant les juges les auront à l'esprit au moment de décider, comme dans les exemples indiqués ci-dessus par Lord Denning et Jackson. Ils ont été tous les deux des magistrats très respectables et respectés, qui prenaient en considération, par exemple, l'attitude et le comportement que les parties et les avocats avaient devant eux. En mettant Lord Denning et Jackson dans un contexte différent, on peut découvrir l'explication réelle derrière *Marbury v. Madison*<sup>21</sup>.

### 3.4. La politique juridique derrière la décision et son explication

Les tribunaux adoptent des politiques juridiques diverses pour faire face à des affaires semblables<sup>22</sup>. Par exemple, quand un tribunal décide d'annuler un acte de l'administration (pour des motifs qui portent à croire, tout d'abord, que l'acte n'est pas légitime), il a deux voies, apparemment opposés, pour le faire. Une de ces voies serait que le tribunal fonde sa déci-

---

<sup>19</sup> Mais, là-dessus, on ne le trouve pas toujours. Voy. les pages précédentes.

<sup>20</sup> Comme nous l'avons expliqué dans *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer, op. cit.*

<sup>21</sup> Comme l'expliquent MILLER JONATHAN et autres dans *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

<sup>22</sup> Il existe aussi une politique temporaire concernant le moment opportun de décider certaines choses, comme il a été remarqué, entre autres, par le Conseil d'Etat français. Voy. *Problema del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982, p. 57; LONG M. / WEIL P. / BRAIBANT G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 1978, 7ème éd., pp. 221-222.



sion sur un certain “vice” de l’administration qui, au moment où l’acte a été exécuté, n’aurait pas suscité l’attention générale<sup>23</sup>. Une autre voie c’est que le tribunal mette en évidence une quantité de fautes de l’administration à l’encontre de l’ordre juridique<sup>24</sup>. La première méthode paraît montrer un tribunal plus sûr de soi, capable d’annuler un acte pour une raison apparemment peu importante sans provoquer de friction politique. La deuxième méthode fait penser à un tribunal voulant démontrer à la société qu’il n’a pas d’autre option que celle d’annuler la décision de l’administration, parce qu’elle était imparfaite au point que son annulation était inévitable.

Il y a d’autres cas dans lesquels le tribunal ne considère pas qu’il faille annuler un acte, mais il ne veut pas non plus apparaître comme appuyant politiquement une décision de l’exécutif ou d’un de ses fonctionnaires. Dans telles circonstances, le tribunal peut agir par différentes voies: il peut déclarer qu’il s’agit d’une matière non justiciable<sup>25</sup> et ne pas considérer l’affaire; il peut se déclarer incompétent; il peut déclarer que la voie administrative n’a pas encore été épuisée; ou il peut utiliser d’autres excuses procédurales ou d’autres arguments lui permettant de ne pas entrer dans la substance de la question. De cette façon, le tribunal fait savoir qu’il ne juge pas sans fondement un acte administratif déterminé mais qu’il ne veut pas payer le coût politique de le dire directement; il préfère rester hors du débat en utilisant les nombreux subterfuges procéduraux existant depuis des temps immémoriaux.

### 3.5. Pour lire un jugement

La première chose à faire lorsqu’on lit un jugement c’est d’imaginer quels auraient été probablement les arguments qui n’ont pas trouvé une place dans le texte; en d’autres termes, quels auraient été les arguments dans le “premier stade”. Dans ce but, il est important d’être attentif aux circonstances de la réalité, suivre les nouvelles, faire attention à la couverture

---

<sup>23</sup> Aussi le Conseil d’Etat grec: PÉTROULIAS DÉMOSTHÈNE, Note sur la motivation des actes administratifs en droit hellénique, dans DUPUIS GEORGES, (dir.), *Sur la forme et la procédure de l’acte administratif*, Paris, Economica, 1979, pp. 31 et suivantes, p. 40, note 1.

<sup>24</sup> C’est le système des tribunaux en Argentine, comme nous l’expliquons dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 5ème éd., chap. IX, § 4.7, “Effet synergique des vices”, p. 15.

<sup>25</sup> Les “matières faussement politiques” rappelées par MAIRAL HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 305, pp. 511-513.

donnée dans les journaux aux débats internes du tribunal, etc. Il faut aussi ne pas rester piégés dans de mûres réflexions concernant la lecture des raisons du jugement au point que les “divagations” des plaideurs puissent apparaître plus importantes que les “mots clé et décisifs”<sup>26</sup> du tribunal.

Afin de recréer dans son esprit l'éventuel scénario de ce premier stade, il convient de procéder à l'envers. On ne doit pas isoler *chaque* question du jugement, mais seulement *le problème tel qu'il a été présenté devant le tribunal et le jugement rendu* et, à partir de ce point-là, essayer de tracer le contexte du raisonnement qui peut avoir conduit le tribunal à travers les arguments du premier stade. On ne doit pas considérer seulement ce qui est écrit dans l'arrêt, qui pourrait être incomplet ou pas entièrement fiable (ou même inexact, dans le sens où parfois les motivations exprimées ne sont pas effectivement celles qui ont été à la base de la décision)<sup>27</sup>. Au lieu de cela, on doit recréer dans son esprit, le plus exactement possible, la réalité dans laquelle l'arrêt a été rédigé. Comme nous l'avons déjà souligné, des fois les arguments contenus dans les écritures de la partie gagnante<sup>28</sup> survivent, tandis que le jugement qui les a acceptés reste dans l'oubli. On peut travailler ainsi, d'hypothèse en hypothèse, en se tenant plus proche des choses réelles que de celles écrites.

De cette façon, les arguments décrits dans un arrêt devraient nous encourager à penser aux autres arguments qui ne le sont pas. On ne doit pas considérer les motivations d'un jugement comme “mots d'autorité” congelés dans le temps. C'est la décision qui compte et non sa formulation ou son argumentation; et encore moins les mots, malgré l'éloquence, l'emphase, l'esprit ou l'habileté avec lesquelles ils sont utilisés.

#### *4. La difficulté à trouver l'objet du jugement (ce que le juge décide, ce qu'il fait)*

Certains jugements sont si longs que l'on s'y perd vraiment. D'autres, au contraire, sont si dépouillés qu'on risque de les survoler ou de les ignorer à cause de leur concision, comme s'ils étaient moins importants parce qu'ils sont plus courts. On doit prendre des précautions contre ces deux attitudes possibles face à des jugements trop longs ou trop courts. On peut trouver des arrêts de quelques lignes qui sont fondamentaux et d'autres de cent pages qui ne sont pas très intéressants.

---

<sup>26</sup> Selon les sages paroles du Décret Royal de 1768, *infra*, § 6.1.

<sup>27</sup> Il y a aussi les motifs *ex post*, dont parle NIETO.

<sup>28</sup> Le plus remarquable, Cicéron.

L'importance d'un jugement ne dépend pas de sa longueur ou de son attirance théorique, mais plutôt de ce qu'il *décide*. De longues divagations juridiques, un grand nombre de citations présentées par un juge unique ou des discussions ardentes entre les différents panels de juges ne rendent pas un jugement important. Ce qui compte uniquement c'est ce que le jugement *décide*.

##### 5. Ce que l'on doit chercher: ce qu'est le jugement ou ce qu'il décide

Pour lire des dossiers de manière à développer ses propres connaissances et expériences, il est important de comprendre que, avant toute autre chose, un jugement est *une décision prise dans une situation particulière de faits*. Dans ce but, on doit d'abord déterminer *quelle est la situation de faits* à laquelle se rapporte le jugement, quel est le problème présenté, et, de manière générale, de quoi il est question dans le cas. Puis, on doit tourner son attention vers la décision adoptée, que la demande ait été admise ou pas, ou que l'arrêt ait été favorable au plaignant ou au défendeur.

Toutefois, pendant la recherche de cette information, on doit toujours avoir en tête que, ni ce que le tribunal dit qu'il fait, ni les arguments qu'il donne, ni la doctrine qu'il élabore, ne revêt une si grande importance. Ce qui importe vraiment c'est *ce que le tribunal a tranché à propos d'un problème spécifique*.

Lorsqu'un jugement est clair et bien organisé, on doit y trouver, au début, une description du litige et, à la fin, juste avant les signatures, ce qu'il a été décidé.

Si le jugement n'est pas clair et bien organisé - et il y en a beaucoup qui ne le sont pas - il faudra le parcourir afin de déterminer quels sont les faits et, en commençant par la fin et en allant en arrière, étudier l'affaire afin de comprendre ce qu'il a été décidé.

Il est fondamental de ne pas se fourvoyer par la façon dont la décision a été argumentée. Si une affaire est importante pour nous, la compréhension de ces points viendra après, une fois qu'on aura compris l'approche du tribunal vis-à-vis de la réalité du cas.

Il peut arriver que les faits d'un cas aient de multiples aspects, ou bien que la décision elle-même soit complexe et contienne plusieurs variables. Généralement la deuxième possibilité apparaît lorsque la décision est favo-

rable et la cour choisit d'entrer dans le fond de l'affaire<sup>29</sup>. En revanche, une décision défavorable peut être résumée de la manière suivante: en premier ressort, "la demande est rejetée", en appel, "le jugement est soutenu" ou bien "le recours est rejeté". En effet, les jugements défavorables pour le plaignant sont faciles à identifier: on comprend le mot "non" dès le début et, à la lumière du contenu de la demande, on sait clairement ce qu'il a été décidé.

## 6. Découvrir le jugement

Dans les décisions judiciaires, il existe donc deux moments distincts. L'un est celui où le juge trace une hypothèse provisoire sur la manière de juger l'affaire, l'autre est celui où le juge élabore le fondement de sa décision finale. Tout au long de ces deux étapes, le juge ajuste, revoit, et éventuellement corrige l'hypothèse initiale.

### 6.1. Savoir lire

Permettez-moi de répéter qu'il y a deux chemins classiques pour analyser un jugement donné: le premier consiste à faire attention à ce que le jugement a décidé à propos d'un certain problème; le deuxième est de prêter une attention particulière aux arguments employés, sans tenir compte, surtout et avant tout, de ce qui a été décidé et quel était réellement le problème en question.

La deuxième méthode est la seule utilisée exclusivement lors de la préparation des comptes rendus, mais elle est aussi celle que beaucoup d'étudiants, d'avocats et de professeurs utilisent au moment de lire un jugement.

Ces méthodes sont tellement habituelles et différentes que, il y a plus de deux siècles, un roi a considéré nécessaire d'interdire la diffusion de la deuxième. Le Décret Royal espagnol du 25 juin 1768 statua: "Afin d'éviter le préjudice émanant de la pratique, observée à la Cour d'Appel de Majorque, de motiver les jugements en donnant lieu aux divagations des

---

<sup>29</sup> Dans l'arrêt *Ángel Estrada*, sur trois voix, la première est contre, tandis que les deux autres sont pour, en statuant que l'*Ente Nacional Regulador de la Electricidad* [Organisme national régulateur du service d'électricité] doit décider de nouveau mais, cette fois, "en tenant compte de ce qui a été établi dans la présente décision": CNFed, CA, Chambre I, LL, SAdm., 6-X-00, p. 34.

litigants [...] Nous ordonnons de cesser ladite pratique et de faire attention aux mots décisives<sup>30</sup>.”

Il est important de ne pas se concentrer sur ce que le jugement *dit*, mais plutôt d’essayer de comprendre *l’affaire ou le problème de fait* que le juge avait devant lui et ce qu’il *a décidé*.

De la même façon, en lisant les écritures présentées par les parties, le juge doit surtout se concentrer sur les faits qu’elles allèguent (même s’ils ne coïncident pas avec sa propre perception des preuves) et, sur base de ces faits, il doit alors cibler les demandes des parties. En effet, il faut toujours comprendre d’abord et avant tout “de quoi il s’agit” : cela veut dire, dans les conclusions écrites, savoir quel est *l’objet* et quelles sont les *prétentions* (qui doivent coïncider entre eux)<sup>31</sup>; et, dans un arrêt, savoir ce qu’il a été décidé pour chaque question.

## 6.2. La description et le raisonnement de droit et de fait

Quand on a réuni une sélection intéressante d’arrêts qui nous semblent utiles, on peut les lire plus minutieusement. Mais, à quoi doit-on accorder plus d’attention, aux arguments juridiques de la cause ou à la description des faits?

Il va sans dire que les faits sont de la plus haute importance dans le droit et que si l’on se trompe sur les faits tout le reste s’écroule. En effet, seulement à partir des faits peut-on déterminer si une solution est juste ou injuste, si une conduite est contre la loi, si quelqu’un a agi de bonne ou de mauvaise foi ou si un acte de mauvaise pratique a été commis, etc. En ce sens, le bon travail juridique peut être différencié du mauvais non seulement par les arguments normatifs ou conceptuels, mais plutôt par la profondeur avec laquelle il fouille dans les faits pour correctement identifier les questions en jeu.

Alors que les faits constituent, donc, la partie la plus importante dans un cas, la partie la plus intéressante dans un arrêt est comment les faits sont

---

<sup>30</sup> NIETO, *op. cit.*, pp. 137 et 143-5.

<sup>31</sup> GENARO CARRIÓ remarque que celles-ci constituent les parties fondamentales dans une écriture juridique, auxquelles l’avocat doit prêter la plus grande attention et le plus grand soin. *Mutatis mutandis* il s’agit de la même méthode utilisée par Breitell dans ses jugements.

perçus, raisonnés et argumentés. De toute façon, on ne doit jamais considérer que la description des faits est absolument complète et adéquate, puisque la réalité ne peut jamais vraiment entrer dans un arrêt<sup>32</sup>.

Une chose qui peut arriver, pourtant, c'est que certaines questions de fait peuvent avoir influencé la décision et ne pas être comprises dans l'arrêt. En conséquence, le lecteur ne peut pas savoir si ces questions ont eu leur poids dans la décision et si elles devraient jouer un rôle déterminant au moment d'analyser la solution donnée au problème.

### 7. *Ce que le jugement dit "en plus" ou "en moins"*

Si le lecteur fouille parmi les "ruminations sans but" dont parlait le Décret Royal espagnol de 1768, il aura l'impression qu'un arrêt qui en dit trop est bien pire qu'un arrêt qui en dit trop peu. Cela est ainsi parce que *ce qui manque laisse au moins au lecteur la possibilité d'imaginer quelles pourraient être les vraies motivations du jugement*, tandis que la présence d'une trop grande quantité d'arguments - surtout s'ils ne se rapportent pas au nœud de l'affaire - constitue un obstacle pour découvrir ces motivations, étant donné que les arguments superflus mènent le lecteur sur des voies sans issue. Des fois, les deux choses arrivent simultanément: l'arrêt omet ses motivations fondamentales et donne, en échange, des raisons ne conduisant pas à la décision mais qui sont fondées "objectivement", quoique dans l'abstrait.

On accorde moins d'attention à la rédaction finale du jugement qu'à l'élaboration de la décision sur laquelle elle se base. Il est possible que dans la version finale beaucoup d'arguments soient tombés parmi les débris, aussi bien dans le cas où le tribunal en dit trop que trop peu. Quand le tribunal en dit trop, les arguments "glissent" parce qu'il est presque un sport dans notre profession de vouloir regarder les choses sous divers angles. Si l'on peut ajouter un bon argument au jugement, on l'ajoute, même s'il ne joue pas un rôle important dans la décision. De cette manière, une quantité d'arguments se multiplie dans un jugement, même s'ils ne jouent aucun rôle dans le processus d'élaboration de la décision. Et les ouvrages des académiciens qui font des commentaires sur les jugements ajoutent encore plus d'arguments, peut-être aussi insignifiants - mais moins dangereux - que ceux que le propre jugement a ajoutés. Il y a aussi des arguments qu'il serait mieux, par une question de savoir-faire, de ne pas mettre par écrit. Par exemple, quand il s'agit de dommages et intérêts, personne ne veut

---

<sup>32</sup> Parce que les juges ont les mêmes problèmes humains décrits par Leibniz.

condamner l'Etat à payer un montant qu'il ne pourra pas verser, parce que, comme on a dit plutôt âprement, "Quand il n'y a pas d'argent, il n'y a pas de loi"<sup>33</sup>. C'est-à-dire que la responsabilité de l'Etat diminue en périodes de crise et augmente en périodes de croissance. De même, dans un jugement civil, le magistrat tiendra compte de la situation de la victime et de celle du malfaiteur, ou bien les deux - par exemple, en décidant si l'indemnité doit être fixée à un montant égal ou supérieur au bénéfice que le responsable a obtenu en commettant le délit. Des fois, le juge rend explicite le critère adopté<sup>34</sup>, d'autres fois il ne le fait pas<sup>35</sup>.

S'il s'agit de condamner l'Etat à dédommager quelqu'un, aucun arrêt n'inclura un calcul sur le montant qu'il y a dans les coffres publics, mais il est faux de croire que cet argument n'ait pas été soigneusement examiné.

Nous allons étudier deux cas célèbres et deux autres moins connus pour montrer comment les juges, en disant trop ou trop peu, peuvent retarder notre analyse. Si nous n'avons pas compris ce que disent les juges, ce ne sera pas la faute du jugement, ce sera la nôtre. Comme on le verra, ceci est déjà arrivé dans le passé.

### 7.1. Chocobar<sup>36</sup>

La Cour Suprême était surchargée avec plus de soixante-dix mille affaires relatives à des pensions de retraite et en même temps elle examinait une affaire dont le jugement aurait pour conséquence d'élargir ou de limiter les droits de sécurité sociale. C'était une situation difficile, parce que les tribunaux ont toujours été sensibles à ces questions, étant donné que de tels paiements peuvent littéralement alimenter la population qui les reçoit et en raison aussi de l'âge des plaidants. Les lois de sécurité sociale trouvent leur application quand les bénéficiaires des pensions se trouvent dans la dernière étape de leur vie et réclament leurs droits déterminés par la loi. La Cour avait laissé ces cas s'accumuler, parce qu'elle devait les

---

<sup>33</sup> Nous parlons, naturellement, des pays passant par des périodes d'insolvabilité.

<sup>34</sup> La CSJN [Cour Suprême de Justice d'Argentine], dans l'affaire *Ekmekdjian*, a éveillé l'intérêt sur cet aspect et autres; GONZÁLEZ PÉREZ JESÚS, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993, p. 45.

<sup>35</sup> Des fois la loi s'impose. En Finlande, les amendes pour infraction au code de la route dépendent de la situation financière du coupable: un *nouveau riche* peut être condamné à payer presque US\$ 100.000 juste pour avoir changé de bande de manière illégale.

<sup>36</sup> 1996, *LL*, 1997-B, 247.

considérer comme un tout et elle savait bien quelles seraient les conséquences économiques d'une telle décision globale sur le trésor public<sup>37</sup>.

Quand le retard devint insoutenable à cause de l'apparition de l'Ombudsman argentin devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme<sup>38</sup>, on a appris par les journaux (et même à travers les déclarations des membres du tribunal) que, parmi les neuf votes, il y avait deux groupes de quatre. Les journaux<sup>39</sup> ont informé que la neuvième voix allait trancher, soit en adhérant à ceux qui voulaient fixer le plus haut pourcentage d'augmentation des paiements par le gouvernement, soit en essayant de forcer les membres de l'autre groupe à augmenter quelque peu le pourcentage qu'ils reconnaissaient. Les journaux ont aussi souligné quel était le montant global que la décision allait représenter pour le trésor national<sup>40</sup>. Il a été dit que, lorsque les juges constituant le premier groupe ont eu comme défi d'obtenir la majorité, ils ont déclaré que s'ils avaient été la majorité ils n'auraient pas voté en ce sens. Nous n'avons pas de preuve de cela, nous savons seulement ce que les journaux ont rapporté: que lorsque le neuvième juge, celui qui pivotait entre les deux groupes, a obtenu une petite augmentation par le deuxième groupe, il s'est uni à celui-ci pour devenir la majorité.

---

<sup>37</sup> Ce qui n'a pas été dit, naturellement, dans l'arrêt.

<sup>38</sup> Ce qui était de notoriété publique, mais pas mentionné dans l'arrêt.

<sup>39</sup> L'arrêt ne dit pas grand-chose, mais "dans les coulisses" beaucoup de choses se sont passées. Le *horse trading*, comme il est connu aux Etats-Unis, est une pratique habituelle partout dans le monde dans les tribunaux de trois membres. Il s'agit de chercher un accord à mi-chemin entre tous les magistrats, dans lequel chacun d'eux abandonne un petit peu de sa position afin d'aboutir à une décision commune. Même si le *horse trading* est une partie normale du processus d'élaboration d'un accord au sein d'un groupe de magistrats, il ne peut être rendu explicite dans le jugement qui, autrement, manquerait de style. Néanmoins, on ne peut oublier l'analyse du chemin par lequel un accord a été atteint. Même dans les tribunaux individuels, on peut trouver des échanges d'opinions entre le juge et ses secrétaires ou autres fonctionnaires ou employés du tribunal, qui naturellement se sont influencés mutuellement. Même si toutes les idées qui mènent à une décision ne sont pas présentes dans le jugement, celui qui voudra le lire correctement, ne peut pas les ignorer.

<sup>40</sup> Le même type de stratégie a été présenté en 1986 dans l'affaire *Zappa*. Les gros titres dans les journaux disaient: "Impossible de payer le 82 pour cent", "C'est une voie sans issue". Voy. OTEIZA EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, LEP, 1994, p. 158 et ses références de p. 157. Là la décision a été "légale" mais irréaliste: le jugement était impossible d'accomplir, et il n'a pas été accompli, comme l'explique OTEIZA, *op. loc. cit.*



Sur quoi peut-on alors fonder un tel cas? Sur cette phrase pleine d'amertume, "lorsqu'il n'y a pas d'argent, il n'y a pas de justice"? En tout cas, on peut le fonder de manière très brève. Cependant, l'arrêt final contenait une centaine de considérants, ce qui n'est pas, après tout, répréhensible. Ce qui est au contraire blâmable serait d'en faire référence en tant que précédent jurisprudentiel ou comme autorité convaincante. Donc, on ne doit pas faire attention à ce texte en particulier, mais on doit *accorder plus d'attention* à la procédure de décision de la Cour.

### 7.2. Peralta<sup>41</sup>

Un jour, un lundi, un décret de nécessité et d'urgence a été émis qui stipulait que tous les dépôts à terme fixe, du système financier, deviendraient des bons à long terme. On a beaucoup écrit sur cette affaire, mais il y a une information, relative aux faits réels, qui peut résoudre la question.

Le vendredi du long week-end précédant le décret, il y a eu un surchauffement extrême du marché financier. A cause de ce surchauffement, ce jour-là, à l'heure de fermeture des banques, les placements "call" des dépôts bancaires contractés pour le week-end surpassaient le taux du 900% annuel<sup>42</sup>, presque quatre chiffres de taux d'intérêt. Cette seule information montre, sans argument contraire, qu'il était nécessaire et urgent de refroidir immédiatement l'économie. Personne n'a trouvé même nécessaire de lire les proclamations juridiques qui s'ensuivaient, la solution étant tellement auto-justifiée. Rajouter autre chose serait simplement superflu.

### 7.3. Allevato

Des fois je lis tout un cas *très* attentivement, c'est alors que j'ai plus de chances de me tromper. Pour preuve, je me souviens toujours d'un commentaire que j'ai écrit, dans lequel je déclarais que le raisonnement du tribunal était erroné<sup>43</sup>. En vérité, la manière par laquelle l'arrêt était rédigé

---

<sup>41</sup> CSJN [Cour Suprême de Justice d'Argentine], *in re Peralta, Fallos* [Arrêts], 313: 153.

<sup>42</sup> Cinquante fois supérieur à un très préoccupant taux bancaire, en "call", qui s'élève à présent à 15 ou 16%.

<sup>43</sup> Voy. notre livre *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ère éd., annexe au chap. X, pp. 55-60. Il faut remarquer qu'il s'agit d'un excellent tribunal, qui a rendu des jugements magnifiques, dont on sert comme exemple à l'analyse des faits: *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. y Com.,

était loin de la perfection et il était plein d'erreurs de fait et de faux raisonnements juridiques. Ces erreurs m'ont donné du courage et j'ai commenté les arguments du cas en affirmant ma totale divergence. J'ai fait état de chaque erreur *de fait* et j'ai procédé à proposer, d'un point de vue "logique", la solution *juridique* contraire.

Quelle erreur de ma part! Je n'avais pas tenu compte d'une particularité des faits qui n'était pas dans l'arrêt, mais qui constituait l'arrière-plan du problème: une particularité qui permettait, par application d'une ligne de pensée différente - soit de la mienne, soit de celle du jugement - d'arriver à la même solution que le tribunal. Même si je pensais (et je pense encore) que le prononcé n'était pas bien fondé quant aux motifs de fait et juridiques, la perception de la réalité et la décision étaient correctes. Ma propre perception de la réalité était fautive, quoique mes arguments fussent "bons". Evidemment les bons arguments n'ont aucune valeur s'ils sont appliqués de manière incorrecte.

Permettez-moi de le dire encore: le jugement contenait la solution juste, quoique *pour d'autres raisons et se basant sur une autre description des faits du même cas*.

Il est bien sûr préférable de donner la bonne solution en l'expliquant de manière inadéquate que d'en donner la mauvaise en l'expliquant "bien": cette dernière proposition serait fallacieuse, parce que si la solution est erronée on ne peut pas dire que, juridiquement parlant, ce soit bien. Dans un tel scénario, les concepts présentés seraient comme ceux dont parle Savigny, qui sont bons *in vitro* mais ils ne permettent pas de solutionner le problème. Ces concepts seraient donc mauvais dans le cas concret, parce que de la tentative d'utiliser une prémisse qui n'est pas appropriée à la structure du raisonnement normatif, il résulte une fautive application de la loi.

Le droit n'est pas un exercice abstrait, il doit fournir la solution aux problèmes particuliers. Si le droit décide des problèmes de manière incorrecte, ce n'est pas un bon droit.

---

Chambre II, 2000, *LL*, 2000-C, 696; l'analyse juridique était sans doute bonne, mais sa description des faits était si claire que la solution juste en découlait inéluctablement.

#### 7.4. Pereyra

Nous avons déjà parlé<sup>44</sup> de ce jugement pour en montrer uniquement la procédure de son analyse. Nous n'y avons pas expressément inclus notre hypothèse, sur laquelle nous fondons notre propre analyse, afin de la laisser ouverte au lecteur. De toute façon, nous ne possédons pas l'information qui pourrait supporter ou renverser notre prémisse. Nous croyons qu'il s'agit d'une question de sympathie ou d'antipathie envers des catégories de gens (non pas seulement des personnes faisant partie de l'affaire) qui constituaient les deux groupes au centre de l'affaire. Un groupe était composé de Témoins de Jehova, dont un des membres avait refusé, à cause de sa religion, de porter hommage aux symboles de son pays, plus exactement au drapeau<sup>45</sup>. L'autre groupe était celui des institutions militaires et, parmi elles, le tribunal militaire qui l'a condamné pour insubordination.

Dans ce cas-ci, il y avait beaucoup de facteurs en jeu, comme par exemple la liberté de culte, la liberté personnelle, la discrimination religieuse ainsi que le jugement des valeurs présentes durant la période où cette sentence militaire eut lieu. De l'autre côté, il y avait l'essence de l'être national, l'ordre et l'autorité, ainsi que la défense nationale, la défense du drapeau et notre mode de vie occidental et chrétien, prenant aussi en considération que la détention était "bienveillante", qu'il n'y avait pas de mauvais traitement<sup>46</sup>, etc.

Nous utilisons ce cas comme un baromètre des sentiments et des valeurs prédominants dans notre culture. Ceux qui analysent cette affaire dans nos cours post-universitaires sont d'accord en général avec le jugement prononcé contre le Témoin de Jehova. Telle a été la solution judiciaire, y compris l'arrêt de la Cour Suprême de Justice de la République Argentine. Il semble que, comme société, nous n'acceptons pas la différence, nous ne sommes pas en faveur de la diversité: nous préférons l'uniformité, l'homogénéité<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas, *RAP*, 234-91 (Buenos Aires, 1998).

<sup>45</sup> La sincérité de sa croyance n'a jamais été mise en question.

<sup>46</sup> Des tiers nous ont raconté que ces arguments ont été considérés au moment de décider. Ils n'étaient pas expliqués dans le texte du jugement.

<sup>47</sup> En commençant par la disposition symétrique des bancs à l'école et le tablier blanc uniformisant. Toutefois, les écoles privées ont introduit de très élégants uniformes, ainsi les tabliers blancs sont devenus un facteur discriminatoire. Nous avons toujours l'uniforme, mais nous ne permettons plus la liberté ou l'individualité. La même chose peut être affirmée à propos de la manière que les étudiants ap-

### 8. *L'intérêt du sujet ou l'intérêt du jugement*

Il y a des sujets très excitants à cause de leur nouveauté et leur actualité mais qui reçoivent un jugement contraire devant un tribunal, parce que celui-ci ne partage pas l'enthousiasme des parties.

Supposons maintenant que, tout en rejetant la demande, le jugement *explique les intérêts du plaidant et aussi les motifs* pour lesquels le juge rejette la demande.

Dans ce cas, le jugement ne sera pas intéressant *comme tel* mais plutôt comme véhicule instrumental du sujet traité, qui pourrait être aussi bien contenu dans un article de revue, dans un chapitre de livre, etc.

La demande était originale, mais le juge considéra, avec de bons fondements, qu'elle devait être rejetée. Est-ce qu'il y a là une nouveauté juridique?

Strictement parlant, non, parce que le droit n'a changé nullement. Il s'agit d'une information importante seulement si un autre voulait porter la même plainte devant le même tribunal, ou bien pour enrichir sa propre culture juridique et tirer au clair comment la situation devait être jugée. Rien que cela.

Le principe qui doit nous servir comme point de départ pour l'analyse des jugements est donc celui de penser qu'un jugement n'est pas un *matériel de lecture* comme peut l'être un article dans une revue juridique, une monographie ou une thèse.

Ce qui est important dans un jugement est *la résolution du problème*; et cette résolution devra aussi être attirante pour une raison particulière. S'il s'agit d'une décision intéressante, il sera aussi intéressant d'étudier la manière dont le juge explique une telle décision. Si la décision n'est pas innovatrice - peut-être parce qu'elle est évidente - l'intérêt de son contenu n'est pas différent de celui que peut avoir n'importe quelle autre publication sans aucun rapport avec le jugement.

Il est important de préciser ce point, parce que beaucoup de juges sont, en même temps, des professeurs de droit; et ils incluent souvent dans leurs jugements les théories qu'ils publient aussi dans des articles et des livres. Il n'y a rien de blâmable, ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue éthique ou social, dans le fait d'utiliser ses propres jugements comme moyen pour les enseignants de développer des idées, mais il est important de

---

prennent à saluer le drapeau. Cette pratique n'est pas connue aux Etats-Unis, où l'alignement martial n'est pas nécessaire et où personne ne refuse d'honorer son drapeau. De cette manière, nous continuons à récompenser ce qui est semblable et harceler ce qui est différent.

remarquer que le fait que ces idées soient incluses dans le jugement d'une affaire, ou dans d'autres types d'ouvrages juridiques, ne les transforme pas en source de droit.

La valeur de ces idées dépend de leur pouvoir de persuasion intrinsèque ou du pouvoir d'autorité qui a inspiré leur auteur, mais on ne peut pas les citer strictement comme précédent jurisprudentiel.

### 8.1. *Dictum et holding*

Cette question peut être comparée à la distinction entre ce qu'on appelle *dictum* et *holding* dans un jugement. Le *holding* est ce qui est décidé spécifiquement sur la question et les motifs d'une telle décision. *Dictum* est tout ce qui est dit à propos de la question, y compris les sujets collatéraux et sans rapport avec le *thema decidendum*, qui ne constituent donc pas des précédents jurisprudentiels.

### 8.2. *Forme vs. substance*

Quelquefois il est intéressant d'étudier la structure d'un jugement, même s'il est contraire à la plainte quant au fond, non pour ce qu'il dit mais plutôt parce qu'il décide en plaçant la forme au-dessus de la substance. Par exemple, on peut permettre à un citoyen d'entamer une procédure contre un acte de l'Etat parce qu'il est légitimé de le faire, mais on peut rejeter la substance de la demande si elle conteste un acte légalement permis. Le premier point est intéressant, le deuxième non, parce que, si on sait que l'acte est légitime, rien n'est ajouté par la confirmation faite par le tribunal.

### 9. *L'excès d'information*

Nous avons répété plusieurs fois que nous n'avions pas lu les arguments ou les motivations juridiques d'un jugement précis. Certaines personnes pensent que cela est un peu irresponsable ou peu sérieux, mais il y a des raisons permettant de placer ce problème sous une autre perspective.

D'abord, il faut comprendre que le temps qu'on utilise pour recueillir des informations inutiles peut être mieux employé: dans le but d'apprendre quelque chose d'utile ou, du moins, pour se reposer. Si on a peu de temps, on doit le gérer goulûment. Lorsque quelqu'un me demande comment je peux lire une telle quantité de jugements et m'en rappeler, je n'ai qu'une

réponse: je ne les lis pas toujours en entier<sup>48</sup>, je lis seulement la description du problème et la décision adoptée pour le résoudre. Mes collègues pourront remarquer que, dans ma profession d'avocat, je cite beaucoup de livres et d'articles juridiques<sup>49</sup>, mais peu de jugements. Et quand je le fais, je le fais très brièvement<sup>50</sup>.

Une deuxième raison qui m'a mené à lire les cas de la manière décrite ci-dessus a été le besoin d'en lire une grande quantité afin de choisir ceux qui devaient être publiés dans le Supplément de Droit Administratif de la revue *La Ley*: plus je lisais de jugements, mieux je faisais la sélection<sup>51</sup>. De toute façon, le besoin de lire beaucoup de jugements ne découle pas seulement du fait d'avoir été responsable d'une publication, comme je l'ai été pendant plusieurs années dans ce Supplément: il découle du problème que connaissent, actuellement, tous les juristes, c'est-à-dire, une énorme quantité d'information disponible, plus particulièrement en matière de droit jurisprudentiel. Arrêtons-nous un moment pour examiner ce problème.

---

<sup>48</sup> C'est un "catch 22": plus attentivement on lit un jugement, moins de jugements on lit et plus on perd la vision d'ensemble. C'est pour cela que l'analyse d'ensemble est importante, comme le dit OTEIZA dans les chapitres 4 et 5, *op. cit.*

<sup>49</sup> Je ne les cite pas dans les écritures judiciaires, parce que le tribunal les connaît mieux que moi. Si je le faisais, je mettrais un obstacle au fonctionnement du tribunal, parce que des raisons de style l'obligerait à chercher et citer d'autres précédents en dehors de ceux que j'ai cités. Une pratique différente est en application dans les tribunaux internationaux, comme je l'ai expliqué dans *Statutory Limitations of Administrative Tribunals*, Inter-American Development Bank, Administrative Tribunal, *XX Anniversary*, Washington, 2003.

<sup>50</sup> *Cien notas de Agustín. Notas asistémáticas de un lustro de jurisprudencia en derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

<sup>51</sup> La méthode est restée avec moi, même si le motif n'existe plus. J'ai le privilège de recevoir beaucoup de jugements à peine parus, envoyés par des amis et par des collègues. Ensuite il y a des réseaux d'intérêt public qui fournissent aussi de pareils services. Par exemple, celui de l'Université de Palermo, dénommé Red DIP [Réseau DIP] ou Red de Derecho de Interés Público [Réseau de droit d'intérêt public]: [red.dip@palermo.edu.ar](mailto:red.dip@palermo.edu.ar), dont l'abonnement est gratuit.

### 9.1. Les recueils officiels de jurisprudence

Chaque recueil officiel s'enrichit de plusieurs volumes chaque année et cela ne représente qu'une partie du nombre total d'affaires nouvelles<sup>52</sup>. Si on y ajoute les jugements des tribunaux provinciaux et étrangers, le total dépasse, naturellement, la capacité normale de lecture d'une personne.

Supposons maintenant que je dois faire une recherche sur des affaires traitant un sujet déterminé. Naturellement, il y a une première sélection thématique à effectuer selon le type de tribunal et d'affaire que l'on recherche. En même temps, on peut s'orienter grâce aux glossaires et aux tables des matières des bibliothèques que l'on consulte. Une fois cette première sélection accomplie, il y aura toujours trop de jugements par rapport au temps qu'on a pour les lire.

Si, dès le début, on commence par les lire *tous* en profondeur, l'investissement en temps sera si élevé qu'on ne pourra pas lire la quantité de jugements dont on a besoin. Il peut alors arriver que, parmi ceux qu'on n'a pas pu contrôler, se trouvent des cas intéressants. Donc, afin de ne pas laisser de côté des jugements potentiellement importants, on doit lire vite et bien. On doit être capable de conserver une vision d'ensemble en même temps qu'on prend des notes. Autrement, on peut se perdre ou s'embrouiller dans la recherche.

### 9.2. La sélection par livres: ses limites

Un autre moyen possible pour la recherche est celui de se fier au choix déjà fait par l'auteur d'un livre en particulier. Cela n'est pas une mauvaise idée au début, le problème c'est que le livre ne concerne probablement pas le problème précis que l'on souhaite examiner. Un livre peut fournir une orientation générale, mais ne donnera pas les sources précises du sujet spécifique que l'on recherche. Cela vaut également pour les articles dans des revues, les monographies, les thèses et les traités. Etant donné que chaque cas est particulier, une telle approche peut orienter, mais elle ne résout pas le problème. Dans cette première étape, il est important de découvrir s'il existe des arrêts qui ont déjà décidé, d'une manière ou d'une autre, sur le *thema decidendum* en question, parce qu'il est essentiel de savoir où l'on se situe avant de commencer.

---

<sup>52</sup> Sans parler du tribunal. D'après des commentaires non officiels, la Cour Suprême, par exemple, ne publie pas tous ses jugements, mais elle "choisit" les plus importants - selon, naturellement, le critère de la personne chargée de la sélection.

### *9.3. La sélection à travers les sommaires des revues*

Une autre possibilité est celle de chercher dans les sommaires des revues juridiques et dans les CD qui réunissent ces sommaires. Beaucoup de jeunes avocats ne lisent *que* les sommaires des jugements publiés par les revues, mais cela pose un problème de base: les sommaires ne sont pas nécessairement un bon compte rendu des arrêts. Si l'autre partie découvre que l'on a cité des sommaires tirés d'un CD, elle va probablement répondre avec un jugement réel et se moquer des sommaires de "doctrine".

### *9.4. La sélection personnelle: ses problèmes*

Si on souhaite choisir des jugements contribuant à un certain point de vue ou statuant sur un certain sujet, le seul choix possible est de survoler une énorme quantité de jugements en cherchant rapidement ceux qui peuvent être intéressants. Si on n'a pas beaucoup de temps, il ne faut pas lire les jugements en détail, puisque à la fin on peut découvrir qu'en réalité cela n'était pas de grande utilité. Lire d'une manière ordonnée peut ne pas être utile non plus, parce que ce qui compte c'est ce qui a été décidé et cela se trouve généralement à la fin.

En conséquence, avant de continuer, on doit déterminer d'abord si on est intéressé par la décision. Si on parcourt les jugements afin d'épargner du temps, on risque d'en sauter un qui serait vraiment important ou rester piégé dans un autre qui ne l'est pas autant. Donc, si on ne connaît pas les techniques de lecture rapide - qui sont encore plus rapides que de parcourir le texte - on ne pourra lire que quelques jugements et la qualité de l'information sera limitée à un secteur de référence assez réduit. Peut-être les personnes qui savent mieux chercher trouveront-elles des arrêts qu'on n'a pas été en mesure de trouver; il faut donc acquérir la vitesse de lecture dont on aura besoin au moins pour trouver les précédents se rapportant au sujet à analyser.

#### *9.4.1. Se tenir informé quotidiennement*

Une autre possibilité est de lire tous les jours les journaux juridiques, ce qu'un juriste devrait, sans doute, faire. Une fois encore, le problème est la quantité d'information, le manque de temps qui ne permettra pas une lecture approfondie et il est possible que la matière ne soit pas d'intérêt. Naturellement on doit commencer par une sélection thématique parmi le grand



nombre de sujets, par exemple, si on est intéressé au droit civil ou au droit pénal, commercial ou administratif, etc. Dans chacun de ces sujets il y aura encore des thèmes pouvant attirer notre attention plus que d'autres, mais, une fois cette sélection faite, il y aura encore trop des jugements à lire pour être à jour. Comme lorsque nous recherchons quelque chose en particulier, nous sommes confrontés au problème de combiner le temps et la qualité.

La lecture journalière présente d'autres difficultés. L'une d'entre elles est la nécessité de prendre ses distances par rapport à l'objet pour comprendre que les informations recueillies ne doivent pas être considérées comme données spécifiques du droit en vigueur, mais plutôt en tant qu'hypothèses juridiques. Lire rapidement et tous les jours c'est lire sans une réflexion adéquate, et il n'est pas bon de se bourrer d'informations destinées à changer; plus encore, la lecture de tous les jours ne nous prépare pas suffisamment à ces changements.

Enfin, on doit aussi comparer le nombre d'heures que l'on passe à réfléchir avec le temps qu'on utilise à recevoir l'information. La technique que nous avons suggérée pour la lecture des arrêts nous empêche de compter sur des réponses toutes faites et contribue, au contraire, à la créativité et à tenir l'esprit toujours sur ses gardes. Cette technique nous prépare pour les changements à venir, en générant des réflexions plutôt qu'en accumulant des informations<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> BIELSA a dit: "Il y a des personnes qui étudient pendant cinq heures mais qui ne réfléchissent que pendant une seule. C'est le contraire qui est correct: on doit étudier une heure et réfléchir pendant cinq heures."

## CHAPITRE VI

### LE LANGAGE COMME MÉTHODE

#### *1. Le besoin d'une méthodologie*

SANS aucune connaissance de la méthodologie et de la théorie générale du droit, il est très difficile, sinon impossible, de comprendre la différence entre les divers ouvrages<sup>1</sup>, ce qui pourrait mener à des conflits sans fin. Dans le présent Chapitre, nous allons reconsidérer quelques aspects de la théorie juridique générale que nous jugeons essentiels tant pour l'étude que pour l'application du droit<sup>2</sup>.

Sans un point de départ précis sur ce qu'est *une définition* en droit, quel est le rapport des *mots* ou des *dénominations* utilisés dans le monde, ce qu'il est et à quoi servent les *classifications*, et de quoi il s'agit la "*nature*" ou l'"*essence*" d'une institution de droit, on peut seulement écrire un ouvrage logomachique, c'est-à-dire un ouvrage consacré à la lutte des mots. A part les problèmes de valorisation économique ou sociale, le point est aussi mis sur le problème du pouvoir et de l'autorité par rapport à la liberté.

---

<sup>1</sup> Le lecteur devra être capable de trouver certaines informations sur ce sujet dans l'analyse du "cas des explorateurs de cavernes" que nous avons publié dans notre livre *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1995, 5ème éd., annexe II au chap. IV; et aussi dans le cas "le devoir de ne pas fumer en public", annexe III au même chapitre IV, *Cine Callao*, annexe au chapitre VI et *E., F.E.*, chap. VIII, cas I.

<sup>2</sup> Il y a là une fausse dichotomie. Voy. l'*Epilogue* et notre livre *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 3ème réimpr., 2001.

## 2. *La structure ouverte du langage commun et du langage juridique*<sup>3</sup>

Comme a écrit Hospers<sup>4</sup>, les mots ne sont que des étiquettes pour désigner des choses. Nous désignons les choses pour pouvoir en parler, et les mots n'ont donc avec les choses aucun autre lien que celui-ci. L'étiquette d'une bouteille, par exemple, a un rapport seulement avec la "chose" en question, c'est-à-dire, la bouteille. "On pourra se servir de n'importe quelle étiquette, pourvu qu'on se mette d'accord et qu'on l'utilise en conséquence. La bouteille peut contenir la même substance malgré qu'on ait changé l'étiquette; et la 'chose' sera identique même lorsque l'on utilise un nom différent pour la désigner."<sup>5</sup>

## 3. *L'usage commun*

Le langage ne serait pas utilisable en l'absence de quelques conventions concernant les étiquettes au moyen desquelles on peut désigner les choses; c'est pour cette raison qu'il existe le langage commun. L'usage commun n'est pas appliqué seulement dans le langage ordinaire, mais aussi dans le langage dénommé technique ou scientifique. Le langage commun et le langage scientifique manquent en général de précision suffisante et se caractérisent par l'imprécision et l'ambiguïté, c'est-à-dire le même mot peut souvent être utilisé dans une grande diversité de sens et ceux qui l'appliquent ne sont pas toujours conscients du sens qu'ils donnent à ce mot à ce moment-là et, moins encore, du sens que leur interlocuteur lui attribue<sup>6</sup>.

## 4. *La structure ouverte du langage*<sup>7</sup>

Il est impossible de surmonter cette difficulté, parce que le langage naturel a toujours une structure ouverte. La seule manière de résoudre ce pro-

---

<sup>3</sup> Plus généralement dans CARRIÓ GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, troisième partie, pp. 63 et seq., où on peut trouver une large bibliographie; ROBINSON RICHARD, *Définition*, Oxford, 1972.

<sup>4</sup> Sur ce point nous suivons HOSPERS JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, Macchi, 1965, chapitre I.

<sup>5</sup> HOSPERS, *op. cit.*, p. 22; ROSS ALF, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32 et *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 109 et 110.

<sup>6</sup> CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 23-35, 67-69.

<sup>7</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 48-58.

blème serait de créer un langage artificiel<sup>8</sup>. C'est ce que les sciences exactes ont fait et que le droit, étant une science sociale, ne sera jamais capable de faire. Pour cette raison le droit ne peut pas atteindre la précision des sciences exactes<sup>9</sup>.

De toute façon, l'application de symboles logiques au droit<sup>10</sup> a permis d'éviter des arguments sans fondement<sup>11</sup>, mais n'a pas donné une solution à la nature imprécise du langage et des termes juridiques employés comme point de départ<sup>12</sup>. Les symboles logiques n'ont ni pu nous donner une solution aux problèmes axiologiques dont nous devons tenir compte au moment d'interpréter et d'appliquer la loi<sup>13</sup>.

Comme dit Popper, "Dans la science, nous devons faire attention à ce que les affirmations ne dépendent pas du sens de nos expressions [...] C'est pour cela que nos expressions ne nous posent pas trop de problèmes, nous ne les surchargeons pas, nous essayons de leur accorder la moindre importance possible. Nous ne prenons pas leur 'sens' trop au sérieux. Nous sommes toujours conscients que nos expressions sont un peu imprécises (parce que nous avons appris à nous en servir seulement à travers des applications pratiques) et nous devons arriver à la précision sans pouvoir réduire leur ombre d'imprécision. Au contraire, nous en sommes immergés."<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Plus étendu dans HART H.L.A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, pp. 24 et seq.; COPI, IRVING M. / GOULD JAMES A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, New York, 1967, pp. 93 et seq.; ROSS ALF, *op. cit.*, pp. 110 et 111.

<sup>9</sup> CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>10</sup> Voy. KLUG ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, pp. 41 et seq.; WEINBERGER OTA, *Rechtslogik*, Vienne, Springer, 1970, pp. 189 et seq.

<sup>11</sup> AYER, ALFRED JULES, *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, année 1965, p. 77, il dit que "l'introduction de symboles dénotant des constructions logiques est un artifice qui nous permet de prononcer des propositions compliquées, quant à leurs éléments, d'une manière relativement simple."

<sup>12</sup> Dans un sens similaire, HART, *op. cit.*, p. 34; naturellement les symboles logiques ont quand même de nets avantages; BLANCHE, *op. cit.*, pp. 15 et seq. Comparez GOLDSCHMIDT WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ème éd., pp. 332-333.

<sup>13</sup> Nous en expliquons plusieurs dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, *Partie générale*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ème éd., chap. III, "Bases políticas, constitucionales y sociales del derecho administrativo".

<sup>14</sup> POPPER KARL, *Popper Selection*, textes choisis par DAVID MILLER, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1985, p. 97; POPPER KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, *op. cit.*, pp. 260-261; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarro-*

### 5. *L'usage commun et la liberté de stipulation*

Il n'y a aucune obligation de s'en tenir à l'usage commun, mais "chaque fois qu'on *emploie* un mot d'une manière différente de l'usage commun, on doit informer notre public sur le sens qu'on lui a donné. Inversement, quand on ne dit rien à propos du sens dans lequel on a employé un mot, l'audience a tout droit de croire qu'on l'a utilisé dans le sens conventionnel; c'est-à-dire l'usage commun." On pourrait l'exprimer ainsi: "Quiconque peut utiliser le bruit qu'il souhaite pour parler de n'importe quoi, pourvu qu'il informe les autres à quoi se rapporte le bruit en question<sup>15</sup>."

Evidemment, il ne convient pas toujours de s'éloigner de l'usage commun, parce que l'on risque d'être mal compris ou de ne pas être compris du tout. La règle sur la liberté de stipulation est applicable surtout lorsque: *a)* il n'y a pas de mot pour désigner la chose dont on veut parler; *b)* la chose dont on veut parler a *déjà* un mot qui la représente exactement, mais l'usage commun utilise *un autre* mot pour la désigner et cet autre mot donne lieu à confusion; *c)* et plus particulièrement, le mot conventionnel "est tellement vague et imprécis que son utilisation selon l'usage commun n'est pas satisfaisant"<sup>16</sup>. Dans telles circonstances, si "l'on considère que continuer à utiliser le mot selon l'usage commun est une source continue de confusion, on peut essayer d'adopter une des méthodes suivantes: *1)* abandonner complètement ce mot<sup>17</sup>; ou *2)* continuer à utiliser le même mot *mais en essayant de le purifier à travers son utilisation dans un sens plus spécifique et limité, en le restreignant de manière à renfermer sa signification dans une partie spécifique de sa portée.*"<sup>18</sup>

---

*llo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976, etc.

<sup>15</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 14-15; ROSS ALF, *op. cit.*, p. 110.

<sup>16</sup> HOSPERS, *op. cit.*, p. 17.

<sup>17</sup> C'est ce que j'ai fait avec les mots "*policía*" et "*poder de policía*": voy. le vol. 2 de notre *Tratado...*, *op. cit.*, *La defensa del usuario y del administrado*, 2003, 6ème éd., chap. V: "El poder de policía". Tout se réduit à une preuve de clarté: si on peut expliquer les problèmes relatifs au système juridique pertinent sans utiliser ces mots et sans tomber dans l'imprécision ou l'obscurité; ou si, au contraire, les mots en usage donneraient plus de clarté à l'exposé. Dans le premier cas, on aura agi correctement en écartant ces mots, dans le deuxième cas, le mieux serait de continuer à les utiliser.

<sup>18</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 17 et 18; le souligné est notre; HAYAKAWA S.I., *Language in Thought and Action*, Londres, 1970, 2ème éd., pp. 214 et seq.

### 6. La définition des termes juridiques comme problème méthodologique

Comme nous venons de dire, la définition des termes juridiques sera, le plus souvent, une question de liberté de stipulation. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il s'agit d'une question peu importante ou qu'on peut prendre la décision arbitrairement. Le sujet est très important parce que, selon l'usage que l'on donne à une expression, on devra après faire face aux conséquences de son utilisation. La clarté d'un concept stipulé d'une façon déterminée est une condition préalable et indispensable pour fonder tout ce qu'on dira ultérieurement sur ce sujet. On doit, donc, éviter dès le début de tomber dans ce que Popper appelle "un des préjudices que nous avons hérité d'Aristote, le préjudice de croire que le langage peut gagner en précision par moyen des définitions"; "Une définition ne peut pas fixer le sens d'une expression [...], pour plusieurs raisons, elle peut être aussi vague et confuse que le terme duquel on est parti [...], tous les termes dont nous avons vraiment besoin sont indéfinis."<sup>19</sup> Il ne s'agit pas non plus de chercher la "nature" ou l'"essence" des choses ou des institutions. Par exemple, Alf Ross a souligné qu'autrefois on posait des questions sur ce qu'une chose "est vraiment", ce qui est lié à "la croyance que les mots représentent objectivement certains concepts ou certaines idées dont le sens doit être découvert et décrit"<sup>20</sup>. Ceci nous ramène à la théorie de la définition d'Aristote, selon laquelle "le philosophe se demande ce que la 'vérité', la 'beauté', la 'bonté' sont 'vraiment' et pense qu'il est possible d'établir de vraies définitions."<sup>21</sup> Il ne s'agit pas de savoir si une définition stipulée est aussi "bonne" qu'une autre, mais plutôt de savoir si on peut les comparer. Ainsi, les définitions stipulées sont arbitraires seulement selon le sens spécifié. De toute façon, déterminer si une définition est claire ou obscure, avantageuse ou défavorable, est une question de fait<sup>22</sup>, à partir de laquelle on pourra déduire si la définition stipulée qu'on propose est convenable ou non<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Popper *Selections, op. cit.*, pp. 95-97.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 109, note 3.

<sup>21</sup> *Op. loc. cit.*

<sup>22</sup> COPI IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 103.

<sup>23</sup> Bien sûr, une définition stipulée "n'est pas vraie ou fausse, mais doit être considérée comme une proposition ou une décision d'utiliser le *definiendum* pour qu'il signifie le *definiens*, ou comme une demande ou un ordre. Sous cet aspect, la définition stipulée a un caractère directif plutôt qu'informatif" (COPI, *op. cit.*, p. 102).

Donc, il y a de bonnes raisons pour éviter les définitions dogmatiques dont “L’idée [...] répond à une tendance irrépressible de l’esprit, à savoir la recherche de l’inconditionné. Dans ce cas, le but est de trouver une source unique, illimitée et supérieure pour chaque norme juridique et pour chaque argument. Une telle source, si elle existe, est au-delà de nos possibilités de connaissance et d’expression.”<sup>24</sup>

Quand on stipule une définition, on doit chercher une liste des caractéristiques se rattachant à la chose en question, faute desquelles le mot ne pourrait pas être appliqué. Celles-ci seront les caractéristiques du mot, ainsi la dénotation ne devra être ni trop large<sup>25</sup> ni trop limitée<sup>26</sup>, mais, bien sûr, ce risque existera toujours<sup>27</sup>.

### 7. *Éléments dont on devra tenir compte pour stipuler des définitions*

Ce qui a été dit ci-dessus pose une autre question: avec quels critères pourra-t-on définir un mot en particulier? Il faut répéter qu’il ne s’agit pas d’une question dogmatique avec de grands principes juridiques en jeu, il s’agit plutôt d’une question méthodologique, pragmatique. La théorie juridique générale et la méthodologie scientifique<sup>28</sup> sont d’accord sur cet aspect, duquel se font écho quelques juristes du droit administratif<sup>29</sup>.

Le premier point fondamental est, donc, de savoir si on doit penser qu’il n’y a qu’une définition possible pour un terme en particulier. Si l’on considère que la définition est nécessairement valide et que quiconque n’est pas

---

<sup>24</sup> CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 57.

<sup>25</sup> COPI, *op. cit.*, p. 121; HOSPERS, *op. cit.*, p. 36; GOLDSCHMIDT WERNER, *Introducción al derecho*, *op. cit.*, p. 326.

<sup>26</sup> COPI, *op. cit.*; HOSPERS, *op. cit.*; GOLDSCHMIDT, *op. cit.*; “il est rarement éclairant de recevoir une définition sous forme d’une affirmation brève et concise”: STEBBING L.S., *Introducción a la lógica moderna*, Mexique, 1965, p. 195.

<sup>27</sup> HOSPERS, *op. cit.*, p. 37; d’autres conditions pour une définition, dans COPI, *op. cit.*, pp. 120 et seq.; STEBBING, *op. cit.*, pp. 199 et seq.

<sup>28</sup> E.g., CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 66-71.

<sup>29</sup> FORSTHOFF ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 280; VON HIPPEL ERNST, *Untersuchungen zum problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Berlin, Springer, 1960, 2ème éd., pp. 2 et seq.; ANTONOLLI WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, Manzschke, 1954, p. 195.

d'accord *se trompe*, on fait vraiment fausse route<sup>30</sup>. Dans ce cas-là, la communication devient "une voie sans issue" et, comme dit Carrió: "on construit un monument à la stérilité"<sup>31</sup>.

Par conséquent, ce qui importe réellement, par dessus tout, c'est de déterminer quels sont les objets dont on va parler et de décider si on va les regrouper sous une seule définition ou sous plusieurs. C'est-à-dire, qu'on doit déterminer quelle est notre réalité linguistique. En partant de cette réalité (et non d'une définition présupposée), on devra décider quel est le système juridique applicable à cette réalité, afin d'examiner quelles sont les choses qui reçoivent le même traitement légal et quelles sont celles qui reçoivent un traitement différent. Si un groupe de questions relève essentiellement du même système juridique, il sera convenable de les grouper sous une même définition.

Ce dernier aspect nous amène au point crucial de la discussion, qui est celui de déterminer quel est le groupe de faits qui reçoit essentiellement un traitement égal conformément à la loi. Naturellement, c'est une tâche à laquelle le juriste est préparé, mais une fois arrivé à un accord, on devra décider s'il est toujours commode, utile et clair de les grouper sous une certaine définition.

#### 8. Définition et classification

On pourrait affirmer que la définition ne peut qu'être le résultat d'une classification préalable des objets. Voyons donc ce qu'est une classification, d'un point de vue scientifique:

"Quand on utilise des mots de classe, on place ensemble plusieurs choses sous la même dénomination (on met la même étiquette sur plusieurs bouteilles) sur base des caractéristiques que partagent ces diverses choses. En utilisant le même mot pour faire référence à plusieurs choses, on les traite de la même façon, et on ignore leurs différences. Les avantages et les désavantages des mots de classe se trouvent dans ce fait."

---

<sup>30</sup> Comme le dit HEMPEL, *op. cit.*, p. 5, "d'après la logique traditionnelle, une définition 'réelle' [...] (est) la formulation de la 'nature essentielle' ou des 'attributs essentiels' d'une entité. Cependant, la notion de nature essentielle est si vague qu'elle rend cette caractérisation inutile au cours d'une recherche sérieuse."

<sup>31</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, p. 69.



On sait bien qu'il n'y a pas deux choses dans tout l'univers qui soient exactement égales dans tous leurs aspects, donc, aussi semblables que deux choses puissent paraître, on peut toujours utiliser leurs caractéristiques qui les différencient pour les placer dans de différentes classes: "Il est possible de choisir un critère tellement détaillé et précis qu'en fin de compte on arrive à répertorier un seul individu de ce groupe dans l'univers entier. En pratique, on ne procède pas de cette façon, parce que le langage serait si incommode comme si tous les mots étaient des noms propres. Ce que l'on fait c'est d'employer des mots appartenant à une grande classe, et puis, s'il est nécessaire, on établit des différences à l'intérieur de chaque classe, en tant que base pour des distinctions postérieures, en divisant la classe principale en autant de sous-classes que l'on juge nécessaire."

Mais il est aussi évident qu'il n'existe pas dans l'univers deux choses qui soient tellement différentes l'une de l'autre qu'on ne puisse distinguer de caractéristique commune. Elles présentent toujours une certaine base pour être placées dans la même classe<sup>32</sup>. Néanmoins, les caractéristiques communes qu'on adopte dans l'usage d'un mot de classe est une question de convenance. Nos classifications dépendent de nos intérêts et de notre besoin de reconnaître les similitudes ou les différences entre les choses. Beaucoup de classifications différentes peuvent être également valides. "Il y a une énorme quantité de classes possibles dans le monde ayant des caractéristiques communes ou des combinaisons de caractéristiques qui peuvent être prises comme base pour fonder une nouvelle classification." "La méthode qu'on utilise pour chaque cas dépend en grande mesure de ce qu'on juge comme le plus important; les similitudes ou les différences." "Il n'y a pas une manière correcte ou incorrecte de classer les choses, de la même façon qu'il n'y a pas une manière correcte ou incorrecte de dénommer les choses."<sup>33</sup>

Chaque mot n'a d'autre fonction que celle d'ordonner et de systématiser la connaissance, de la transmettre et de la conduire de ses principes les plus généraux à ses notions les plus détaillées. Selon l'étendue qu'on donnera à une définition précise, elle sera plus ou moins utile dans le contexte du cas, mais elle ne sera jamais ni "vraie" ni "fausse"<sup>34</sup>. D'autre part, "les mots n'ont que le sens qu'on leur *donne* (sens donné par la personne qui l'utilise ou par les conventions de la communauté linguistique). Il n'y a,

---

<sup>32</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 25 et 27.

<sup>33</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 28 et 30.

<sup>34</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, p. 65.

donc, dans aucune stipulation ou dans aucun usage linguistique accepté, de sens ‘intrinsèques’, ‘vrais’ ou ‘réels’<sup>35</sup>.

Naturellement, la même chose vaut pour l’ensemble de *la science* et non pas seulement pour le langage scientifique. Encore selon Popper, “La science ne suit jamais l’objectif illusoire de donner des réponses définitives, ou même probables, au contraire, [...] son but est celui de découvrir sans cesse des problèmes nouveaux, plus profonds ou plus généraux et d’assujettir les réponses (toujours temporaires) à des contestations continuellement renouvelées et de plus en plus sévères”<sup>36</sup>, “dans la logique de la science que j’ai élaborée, il est possible d’éviter l’utilisation des concepts de vrai et de faux: [...] il n’y a pas besoin, pour nous, de dire qu’une théorie est fautive, nous pouvons simplement dire qu’un ensemble d’affirmations fondamentales et généralement acceptées la contestent.” “Par conséquent, la corroboration n’est pas une ‘vraie valeur’”<sup>37</sup>.

Carrió en convient, en affirmant que “les classifications ne sont ni vraies ni fausses, elles sont *utiles* ou *inutiles*. Les avantages ou les désavantages des classifications sont soumis aux intérêts de la personne qui les formule et à la fécondité qu’elle aura pour présenter un domaine de connaissances d’une manière plus compréhensible ou plus riche en conséquences pratiques souhaitables.”<sup>38</sup> Et puis, il dit encore: “Il y a toujours plusieurs chemins pour grouper ou classer un domaine de relations ou de phénomènes; le critère d’en sélectionner un au lieu d’un autre dépend de considérations scientifiques, didactiques ou pratiques. Choisir en faveur d’une classification n’est pas la même chose que choisir une carte soigneusement dessinée au lieu d’une autre qui ne l’est pas [...] c’est plutôt comme choisir le système métrique au lieu du système anglais.”<sup>39</sup>

Tout ce que nous venons de dire a pour but de supprimer le dogmatisme des débats sur les définitions et les classifications et centrer l’analyse et la discussion sur le système juridique en particulier qui devra régler chaque institution. L’important c’est le système et son interprétation et non pas les

---

<sup>35</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>36</sup> *La lógica de la investigación científica, op. cit.*, p. 262; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991.

<sup>37</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 256-257.

<sup>38</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>39</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-73. “Si la première est préférable à la deuxième ce n’est pas parce que l’une est vraie et l’autre est fautive, mais parce que l’une est plus commode, plus facile à traiter ou plus apte à satisfaire certains besoins ou intérêts de l’homme avec moins d’effort.”

définitions et les classifications qui s'y trouvent; sinon elles provoquent des confusions ou tentent de sacrifier la liberté en faveur du pouvoir.

Les classifications manquant d'utilité démontrable ou d'intérêt et qui n'expliquent rien sur le système juridique ne sont pas seulement incompréhensibles mais aussi dangereuses. Pour cette raison, le lecteur devra, chaque fois qu'il lit une classification, se demander: A quoi sert-elle? Et s'il n'obtient pas de réponse satisfaisante, il devra chercher vers d'autres directions, parce que le monde du savoir est trop vaste pour prendre des voies sans issue.

## CHAPITRE VII

### LA “CERTITUDE” QUE DONNE LE POUVOIR

#### *1. Certitude*

DISONN-LE clairement dès le début, en chœur avec Karl Popper<sup>1</sup>, que la science évite d'adorer “l'idole de la certitude”, parce que l'adoration de cette idole réprime le courage et met en danger la rigueur et l'honnêteté de nos affirmations. La fausse opinion de la science est celle de prétendre d'être vraie: ce qui fait d'un homme un homme de science n'est pas sa possession de la *connaissance* de la vérité irréfutable, mais plutôt sa *recherche* permanente et critique de ce qu'est la vérité [réalité].

Popper affirme aussi - et nous sommes d'accord - que la science ne suit jamais l'objectif illusoire de donner des réponses définitives, ou même probables. Au contraire, la science vise toujours la découverte incessante de problèmes de plus en plus profonds et généraux et, en même temps, elle vise à considérer les réponses à ces problèmes comme rien d'autre que des contestations provisoires qui doivent être constamment mises à jour et devenir de plus en plus rigoureuses à travers le temps. Tout cela parce que, dans la logique de la science, il est possible d'éviter l'utilisation des concepts de “vrai” et de “faux”: il n'y a pas besoin de dire qu'une théorie est fautive, mais simplement qu'un ensemble d'affirmations de base et généralement acceptées la contredisent. Par conséquent, la corroboration d'une théorie “fautive” ne peut être “vraie” *per se*.

Vidal Perdomo place cette théorie dans un contexte vivant quand il fait remarquer qu'une telle recherche difficile peut décourager les esprits des personnes qui sont préparées à des choses établies et précises, mais, en re-

---

<sup>1</sup> POPPER KARL, *Unended Quest*, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *Popper Selections*, textes choisis par MILLER DAVID, Princeton University Press, New Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc.

vanche, elle stimule ceux qui sont toujours à la poursuite de choses nouvelles et qui aiment l'aventure intellectuelle<sup>2</sup>.

## 2. *Au service du pouvoir*

Avoir une méthodologie et accepter l'incertitude sont les seules règles d'une science. Leur manque peut, à son tour, mener à compter sur une autre certitude également fausse, celle de justifier le pouvoir à tout prix. Invoquer "l'autorité" de certaines affirmations élaborées à dessein peut avoir deux conséquences: d'une part, il peut mener quelques uns à croire aux théories de droit comparé qui sont, ou qui ont été à un certain moment, au service du pouvoir, comme par exemple "l'acte institutionnel" des dictatures brésiliennes ou la "réserve de l'administration" dans la Constitution de De Gaulle, etc. D'autre part, il peut les mener à se laisser guidés par les auteurs qui exaltent le mieux le pouvoir, c'est-à-dire les idéologues du pouvoir administratif illimité. Plusieurs d'entre eux, peut-être la majorité, écrivent en bonne foi.

## 3. *La certitude selon le pouvoir du moment*

Les arguments de ces auteurs sont dogmatiques et erronés, mais, en plus, ne sont pas fortuits ni innocents (même lorsqu'ils sont établis en toute bonne foi). En réalité ils nourrissent le lecteur avec une *certitude qui n'existe pas dans les sciences* et qui est *au service du pouvoir dans un moment précis de l'histoire* et, dans le cas des juges, avec des conseils donnés par un Machiavel en vêtements modernes.

En donnant au lecteur la "certitude", ces arguments ont toujours été reçus avec grand succès, même s'ils sont contraires à la raison; *ou peut-être c'est précisément parce qu'ils défient la raison qu'ils ont eu du succès*. Même face au fait que le déboursement des ressources de l'Etat fait par l'exécutif, sans approbation préalable du législatif, est sans doute inconstitutionnel, des auteurs ont soutenu que l'exécutif peut, par voie de décret, créer des organismes administratifs indépendants, sans tenir compte si cet acte ébranle clairement le balance des pouvoirs statué par la Constitution. En prenant ceci comme point de départ, ceux qui détiennent le pouvoir affirmeront qu'ils possèdent cette faculté, basés sur l'autorité que les auteurs lui donnent. Même si personne ne peut trouver le fondement dans la Constitu-

---

<sup>2</sup> VIDAL PERDOMO JAIME, *Derecho Administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10ème éd., p. 8.

tion, ce pouvoir “académique” suffira pour vaincre n’importe quelle dispute.

*La recherche de ces certitudes inconditionnelles et éternelles pour défendre le pouvoir du moment* constitue la base de ce pouvoir illusoire, et c’est la même base que Comte, “le sociologue de la préhistoire”, utilise dans sa recherche des lois éternelles et immuables. Les règles éternelles et immuables de Comte ont été exprimées sous forme des règles d’action et de réaction, ceci étant exactement opposé à la philosophie de Popper. Ces règles ont été très bien reçues, à leur tour, par les écrivains du droit et ont été très répandues grâce à leur acceptation.

Ce qui est vraiment étonnant, sinon pathétique, c’est le succès que ces conceptions autoritaires ont eu dans notre pays. Malgré le fait que la Constitution change, l’ordre international change, les traités internationaux auxquels est soumis notre pays en matière de droits de l’homme changent, ces concepts-là (ou plutôt, leurs auteurs) continuent à citer les mêmes vieilles sources ou à lire les normes actuelles avec les mêmes paramètres utilisés dans le passé.

#### 4. La loi au service du pouvoir

Quand on arrive au point de dire qu’un décret de l’exécutif peut remplacer la loi, on est déjà arrivé à un point inexistant dans la Constitution argentine en violant au passage ses articles 36, 42, 43, 75 section 22, 76, 99 alinéa 3. Plus encore, ceci n’est pas conforme aux pactes et traités internationaux de droits de l’homme et défie les organismes supranationaux qui les appliquent.

Le juge Jackson a remarqué le dilemme posé par cette situation en disant que, si le résultat de la “loi” et de la “doctrine” est de violer le droit, on n’a besoin ni de système juridique ni de tribunaux. Le droit administratif est un droit constitutionnel et politique, et il lutte contre le pouvoir - n’importe quel pouvoir - pour défendre les libertés et les droits individuels. C’est-à-dire que si on devait adopter toutes les lois en faveur de l’administration, en légitimant toujours son pouvoir, on ne ferait pas du droit, mais on serait plutôt en train de le détruire<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> BONNARD ROGER, *Le droit et l’Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, V 1939, 2ème éd.; un exemple plus récent est celui de la Chine de la fin de siècle, comme explique CORNE PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996, tout est *guanxi*, rapports.

En effet, si on remonte quelque huit siècles dans l'histoire, jusqu'au temps de la Grande Charte de 1215, on trouve les mots de Lord Bracton qui, en lisant ce document, dit: "*Car le Roi est assujetti non pas aux hommes, mais à Dieu et aux lois*" (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*)<sup>4</sup>. Grâce à cette déclaration, les affirmations faites par le roi James I (et après par Charles I) disant que c'était une trahison de croire que le roi était soumis à la loi n'ont pas survécu. En fait, Charles I ne survécut pas non plus, il fût condamné à mort<sup>5</sup>, bien qu'il ait soutenu, pendant tout le jugement, que le tribunal n'avait pas de compétence pour le juger.

##### 5. L'usage émotionnel, politique et axiologique du langage

En raison de ce que nous venons de dire, le langage du droit administratif est plein d'usages dangereux, émotifs et politiques, dans des expressions telles que: "pouvoir de police"<sup>6</sup>, "actes de gouvernement", "autorité de régulation", "décret", etc. Comme le dit Genaro Carrió, à propos de l'idée originale du pouvoir constituant, tout a commencé par le caractère ambigu du mot "pouvoir" et son usage diversifiée: des fois ce mot signifie "autorité" (compétence, faculté, capacité, autorisation, etc.) et d'autres fois il signifie "force" (puissance, contrôle, domination, etc.). A partir de là, il ne manque qu'un pas pour déclarer que le sujet ou l'agence en question détient l'autorité simplement parce qu'il a la force<sup>7</sup>. Carrió écrit aussi que, afin d'expliquer les raisons cachées derrière ces expressions, il faudrait découvrir une réponse ayant une portée générale<sup>8</sup>: Carrió lui-même suggère qu'une telle réponse pourrait avoir trait à un penchant irrésistible de l'esprit vers la

---

<sup>4</sup> Voy. LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterwoths, 1989, p. 6.

<sup>5</sup> LORD DENNING, *op. loc. cit.*

<sup>6</sup> Nous avons censuré ce langage dans La crisis de la noción de poder de policía, *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, n° 2; reproduit dans notre livre *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, et publications postérieures; inclus dans notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ème éd., chap. V. RASPI ARTURO EMILIO, La publicidad de los documentos de la administración y el resguardo de la privacidad individual, *ED*, 187: 900, 907. Quand quelqu'un invoque le pouvoir de police, il ne discute pas une question académique, il cherche un pouvoir sans conditions.

<sup>7</sup> CARRIÓ GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50-51.

<sup>8</sup> CARRIÓ rappelle "des outrages linguistiques semblables commis par des théoriciens du droit", *op. ult. cit.*, p. 56. La similitude avec Jhering-Savigny est évidente.

recherche de l'inconditionné<sup>9</sup>. Cette idée est appréciée dans les concepts de droit public et privé - en effet, la controverse entre Savigny et von Jhering est aujourd'hui toujours vivante<sup>10</sup>.

#### 6. Des "lois" qui ne sont pas des lois

Dans le même ordre d'idées, il serait bon de corriger la mauvaise habitude de dénommer "lois" les décrets-lois des anciens gouvernements *de facto* de l'Argentine<sup>11</sup>, comme ceux de 1966-1973 et 1976-1983. Une fois la démocratie rétablie, et la théorie des gouvernements *de facto* condamnée par l'article 36 de la Constitution argentine, il n'est ni juridiquement ni politiquement acceptable de continuer à les qualifier de "lois". Malgré ces efforts, l'Argentine est encore loin de posséder un système de droit administratif qui soit constitutionnel, libéral et démocratique, parce que l'idée de la force et de l'autorité sans limites imprègne encore ses couches linguistiques et conceptuelles.

Les organismes internationaux d'application des traités compromettant l'Argentine ont beau nous rappeler cette question - nous continuons à l'ignorer. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit: "pour cette raison, la protection des droits de l'homme exige que les actes de l'Etat pouvant porter atteinte aux droits de l'homme fondamentaux ne soient pas laissés au libre arbitre des gouvernements, mais qu'ils soient plutôt entourés d'un ensemble de garanties inflexibles afin d'assurer que les qualités inviolables d'une personne restent intactes. Parmi ces garanties, la plus importante est, peut-être, celle *d'établir des limites à travers des lois sanctionnées par le Pouvoir législatif conformément à ce qui est statué dans la Constitution.*"<sup>12</sup> Dans la même voie, la Commission interaméricaine des

---

<sup>9</sup> *Op. ult. cit.*, p. 57. Que notre admiration pour l'auteur soit l'excuse pour répéter la même expression brillante à quelques lignes d'intervalle. Espérons que le lecteur s'en souviendra.

<sup>10</sup> Voy. le cas *Allevato* dans *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ère éd., chap. X.

<sup>11</sup> *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447-448; Analyse critique de la loi de développement, *Revista de Legislación Argentina*, 2: 88 (Buenos Aires, 1966).

<sup>12</sup> Paragraphe 22 de OC 6/96, dans ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe annual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65 (les italiques sont de nous). Les avis consultatifs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont obligatoires dans le droit interne, conformément à ce qu'il a été décidé par la Cour Suprême de Justice d'Ar-



droits de l'homme a décidé que "par conséquent, tout acte pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux doit être ordonné par loi qui sera sanctionnée par le pouvoir législatif et conforme à l'ordre juridique interne."<sup>13</sup>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme définit la loi comme "la règle juridique générale, limitée à l'intérêt public, *déoulant des organes législatifs constitutionnels choisis et établis démocratiquement et élaborés selon la procédure statuée par la constitution de l'Etat membre pour la formation des lois*".<sup>14</sup> "Le principe de légalité, les institutions démocratiques et l'état de droit sont inséparables"<sup>15</sup>; seule la législature élue a le pouvoir de légiférer<sup>16</sup>.

---

gentine dans l'affaire *Giroidi* en 1995. Nous avons expliqué dans notre note La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales, dans la *RAP*, 215: 151, Buenos Aires, 1966. Ce critère a été répété dans *Bramajo, DJ*, 1996-196, considérant 8, et dans *Arce, LL*, 1997-F, 696 avec notre note Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado reproduit in *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 165, § 76, "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado".

<sup>13</sup> *Op. ult. cit.*, paragraphe 62, p. 65; le souligné est de nous. Voy. les explications de la note précédente.

<sup>14</sup> Avis consultatif n° 6, paragraphes 23 et 32.

<sup>15</sup> Avis consultatif n° 8, paragraphe 24.

<sup>16</sup> Avis consultatif n° 8, paragraphes 22 et 23; le tout répété dans le vote concordant du représentant argentin devant la CIDH, Fappiano Oscar Luján, arrêt 10.843, *Chile*, 15 octobre 1996, Rapport n° 36/96, paragraphe 31, p. 197 du rapport de 1996 de la COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME; le principe de bonne foi nous oblige à nous conformer, au niveau national, à ce que nous soutenons aux fora internationaux; les traités internationaux auxquels nous adhérons, sont bien entendu directement et immédiatement applicables à l'intérieur de nos frontières.

## CHAPITRE VIII

### L'INTERNATIONALISATION CROISSANTE DU DROIT

#### *1. Introduction*

LE SUJET des droits de l'homme constitue la première et plus importante manifestation de l'internationalisation du droit, mais elle n'est pas la seule. Le présent Chapitre vise à mettre en contexte cette internationalisation, avant de procéder à un examen détaillé de ses autres aspects.

#### *2. Réalité supranationale, économique et juridique, au début du XXIème siècle*

Très souvent ceux qui étudient le droit national ont du mal à accepter la notion, que nous introduisons ici, de la suprématie du droit conventionnel supranational sur le droit constitutionnel interne<sup>1</sup>.

Même s'il est assez difficile qu'un conflit d'interprétation éclate entre une norme supranationale et une Constitution nationale (car elles se portent toutes les deux garantes des droits de l'homme)<sup>2</sup>, c'est, de toute façon, un point qui entraîne le débat, puisque nous avons déjà expliqué comment cette question peut être tranchée dans le cadre des droits fondamentaux<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Avec l'addition du dénommé *jus gentium* mentionné par l'article 118 de la Constitution et par la loi 48, art. 21.

<sup>2</sup> ZAFFARONI RAÚL, La Convention américaine des droits humains et le système pénal, *Revista de Derecho Público*, 2:61 (Buenos Aires, FDA, 1987) souligne que les normes constitutionnelles "ne peuvent être interprétées, dans l'avenir, que dans un sens compatible avec le texte de la Convention" même s'il s'agit "de conséquences qui pourraient avoir été tirées par une exégèse correcte et de garantie de nos principes constitutionnels."

<sup>3</sup> Nous avons expliqué une de ces discussions en particulier dans le livre *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1999, 4ème éd., chapitre XII, *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional*. Comme le dit PESCATORE, "Dans

Le lecteur qui ne serait pas convaincu sur ce sujet, peut être rassuré, car dans les pays les plus importants du monde il y a aussi des juristes qui hésitent encore sur la prédominance des normes supranationales sur le droit national. Ainsi, par exemple, les Etats-Unis exercent souvent leur juridiction au niveau des habitants, même s'il s'agit d'activités hors de leur territoire (p. ex. des faits de corruption dans un pays étranger)<sup>4</sup>. Les Etats-Unis n'ont pas souscrit, ratifié ou notifié, selon le cas, des différents traités: le Pacte de San José, pour ne pas être assujettis à la juridiction d'une Cour siégeant à Costa Rica<sup>5</sup>; ni la Convention de l'ONU sur le droit de la mer, pour des raisons de contenu et de juridiction. Ils ont toutefois signé et ratifié le NAFTA qui, comme tout autre traité d'intégration, conduit à la création de lois supranationales. Les Etats-Unis ont également signé et ratifié l'OMC bien qu'ils n'aient qu'une seule voix dans cet organisme supranational.

Quant au cas de l'Argentine, sa Constitution est extrêmement ambivalente: elle place les traités au-dessus des lois avec une certaine réticence et elle ne les place pas explicitement au-dessus d'elle-même. Cependant, elle accepte explicitement la prédominance de la juridiction des autorités supranationales (article 75, alinéa 24) sur la Constitution.

La tendance vers l'intégration juridique supranationale est, quand même, un bon indicateur de ce que nous devons nous attendre dans un avenir proche. Si on y ajoute une plus grande interdépendance entre les pays, la

---

la Communauté il n'y a pas de retour. Il n'est pas permis de juger de nouveau les engagements qui ont été assumés; il n'est pas permis de nationaliser de nouveau les secteurs qui ont déjà été sous l'autorité de la Communauté." Ainsi, l'article 27 de la Convention de Vienne sur les Lois des Traités, adoptée par la Loi 19.865, établit que "une partie n'aura pas le droit d'invoquer des dispositions de son droit interne comme excuse à une violation du traité." PESCATORE PIERRE, Aspectos judiciales del "acervo comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, pp. 331 et seq., p. 336.

<sup>4</sup> Il s'agit de la loi sur les pratiques corrompues à l'étranger, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, qui est le complément de la loi contre la mafia ou loi sur les organisations corrompues et les affaires illégales, loi *RICO Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. art. 1962 et seq.; une autre loi applique directement la confiscation de tout produit de corruption (18.U.S.C. art. 3666) sans préjudice de l'existence d'autres délits. Notre Constitution laisse le jugement des crimes contre le *jus gentium* commis à l'étranger dans les mains d'une loi spéciale (art. 118).

<sup>5</sup> HENKIN LOUIS, Les droits humains internationaux et le droit aux Etats-Unis, dans MERON THEODOR (compilateur), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 25 et seq., 50 et seq.

globalisation de l'économie, l'énorme croissance des compagnies transnationales partout dans le monde et l'endettement chronique des nations<sup>6</sup>, on voit clairement que la question de la supériorité du droit des conventions supranationales est une question qui, dans une certaine mesure, nous échappe. Ce sera ainsi, surtout, si nous voulons interagir dans l'économie mondiale, car chaque fois qu'on adhère à un traité (soit par besoin, par obligation ou par conviction), le principe de bonne foi nous empêche de venir ensuite en désaccord avec ledit traité pour ne pas violer le droit interne. Une fois le traité signé, ratifié et déposé, aucune loi interne d'aucun des pays signataires ne peut, par définition, s'y opposer, y compris les dispositions contenues dans leurs propres constitutions<sup>7</sup>. Comme remarque finale, notons que tout ce qui a été dit rend inexorable la tendance à réguler le secteur de la haute mer, du fond de la mer<sup>8</sup> et de la protection de l'environnement<sup>9</sup>.

### 2.1. Les droits individuels dans le droit supranational

La Constitution argentine octroie au Congrès le pouvoir de ratifier des traités internationaux en attribuant juridiction à des autorités supranationales, sans obliger le Congrès à soumettre ces traités au vote populaire (article 75, alinéa 24). Il n'y a pas de droit d'initiative populaire par rapport aux traités internationaux (art. 39), même si la consultation populaire n'est pas exclue dans ces cas-là (art. 40).

Le droit supranational modifie, donc, l'ordre constitutionnel sans la participation directe du peuple, qui est, pourtant, le détenteur de la souveraineté interne; cela pourrait être remédié par la décision du Congrès de soumettre le traité au vote populaire, ce qu'il devrait faire par principe.

Il convient de mettre, quand même, en évidence que les traités internationaux, qu'ils soient des traités sur les droits de l'homme ou des traités d'intégration, limitent, par leur nature, le pouvoir interne et externe de

---

<sup>6</sup> Notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, *Partie générale*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ème éd., chap. IV et XI, § 8.3 et leurs renvois; Le contrat de crédit externe, dans le livre *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ème éd., chap. IV.

<sup>7</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, chap. VI; PESCATORE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>8</sup> Voy. ROZAKIS CHRISTOS L. / STEPHANOU CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, Hollande du Nord, 1983; notre *Tratado...*, vol. 1, *op. cit.*, chap. IV, pp. 54 et seq.

<sup>9</sup> AMAN JR. ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, N.Y. Cornell University Press, 1992.

l'Etat. En conséquence, ces traités ne portent normalement pas atteinte aux droits de l'homme dans les rapports entre les individus et l'Etat. A titre d'exemple, en 1995, la Cour Suprême d'Argentine, dans l'affaire *Giroidi*, a soutenu que les avis consultatifs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de San José de Costa Rica, sont obligatoires dans le droit interne de notre pays. Cette décision arriva deux années après que la Cour de San José eût décidé que la Commission interaméricaine des droits de l'homme était compétente pour qualifier *toute* norme du droit interne d'un Etat membre comme manquant aux obligations prises au moment de signer ou ratifier la Convention<sup>10</sup>.

Donc, en Argentine, non seulement l'administration est soumise à la loi et la loi, à son tour, à la Constitution, mais aussi tout le droit interne est soumis au droit supranational en matière de droits de l'homme et de libertés publiques.

Aujourd'hui donc, les droits individuels ont la primauté sur la Constitution, sur les arrêts, sur les décrets gouvernementaux, sur les règlements, etc. Les lois peuvent réguler les droits individuels en statuant sur leur portée et leurs limites, mais même en l'absence de toute loi sanctionnée, les droits individuels existeraient quand même par la force de la Constitution, de la Convention américaine des droits de l'homme et d'autres accords internationaux sur les droits de l'homme prévus dans l'alinéa 22 de l'article 75 de la Constitution argentine.

## 2.2. *La coordination entre la législation nationale et internationale*

Conformément à l'article 31 de la Constitution argentine, "Cette Constitution, les lois nationales promulguées sous cette Constitution, et les traités avec des puissances étrangères constituent la loi suprême de la Nation". Donc "on peut affirmer que, en principe, la seule approbation des traités internationaux, conformément à la procédure statuée par la Constitution elle-même, les incorpore dans le droit interne de la Nation<sup>11</sup>." La Constitution de 1853-60 établissait un ordre de hiérarchie pour sa juridiction territoriale et, étant donné qu'elle fut promulguée il y a plus d'un siècle, cette règle doit être à présent interprétée à la lumière de l'actuelle hiérarchie des lois en vigueur. Plusieurs solutions<sup>12</sup> ont été proposées pour aider à déter-

---

<sup>10</sup> Cette décision est passée le 16 juillet 1993 dans l'avis consultatif numéro 13.

<sup>11</sup> PTN, *Dictámenes [Avis]*, 58: 222 (1956).

<sup>12</sup> Arrêt cité; CSJN, *Fallos [Arrêts]*, 150: 84; 186: 258; 254: 500, *La República*, 1962.

miner si le contenu normatif d'un traité doit devenir une loi interne avec pour seule condition l'approbation du Congrès. Ces solutions dépendent des caractéristiques particulières de la convention en question et de la loi de ratification promulguée. De toute façon, la plus importante de ces "solutions" consiste à reconnaître que, lorsqu'une loi ratifie un traité, il établit des règles qui se rapportent exclusivement aux êtres humains (en matière de droit du travail, de droits de l'homme, etc.). A cet égard, il n'y a pas d'excuse pour prétendre que cette ratification soit valable seulement par rapport aux autres pays et non à l'intérieur de son propre pays, car la ratification législative transforme les normes de ces traités en droit interne<sup>13</sup>. Le sujet des traités est aussi lié étroitement à l'existence et à la portée d'un "droit commun" en Amérique Latine. Là, l'intégration économique n'a pas fait partie des stratégies nationales des pays; pour cette raison, même s'il y a des accords économiques entre les différents pays auxquels on a accordé le caractère de traités, ils ne possèdent pas la dynamique des traités de la Communauté Européenne. D'autres raisons qui expliquent le manque de dynamisme sont, par exemple, le fait que la Cour Suprême avait autrefois l'habitude d'interpréter ce type de traités postérieurs comme non supérieurs aux lois nationales précédentes<sup>14</sup>; et certains instruments juridiques communautaires, en Amérique Latine, n'avaient pas la force légale nécessaire pour être effectifs.

Nous allons voir ensuite que le débat européen entre les défenseurs des droits nationaux souverains et les défenseurs de la thèse d'un quasi-fédéralisme est arrivé en Amérique prédéterminé et "résolu". Cependant, ce débat continue toujours en Amérique Latine, parce qu'il découle naturellement de l'acceptation en 1984 du Pacte de San José de Costa Rica et du progrès effectué dans le processus d'intégration, comme dans le cas du MERCOSUR.

### 2.3. *Une réglementation internationale croissante*

Nous avons déjà vu que le système des droits de l'homme est, à présent, clairement supranational, et qu'il y a certains secteurs de l'économie qui

---

<sup>13</sup> LILICH RICHARD B. / NEWMAN FRANK C., *International Human Rights*, Boston, Little, Brown and Co., 1979; BUERGENTHAL THOMAS, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing Company, 1988 et ses références.

<sup>14</sup> *Fallos [Arrêts]*, 254: 500, *La República*, année 1962.

<sup>15</sup> Nous avons déjà expliqué certaines choses sur ce sujet au chapitre IV de la 5ème édition, vol. 1, de notre *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*

sont aussi presque totalement internationalisés, comme le secteur financier<sup>15</sup>. Il y a, en plus, d'autres secteurs dans lesquels la réglementation internationale est croissante, comme dans la protection<sup>16</sup> des ressources naturelles<sup>17</sup>.

Il est probable que la réglementation internationale connaisse des développements ultérieurs. En effet, il existe, par exemple, de nos jours, des activités exercées dans les eaux internationales, qui sont au-delà de la juridiction de tout pays. Des raisons pour la collaboration internationale croissante sont, par exemple, les casinos flottants dépassant la limite de quatre miles correspondant aux eaux juridictionnelles des Etats-Unis, et les émetteurs de radio installés au-delà de la juridiction maritime de l'Angleterre dans le but d'échapper aux contrôles nationaux.

En même temps, une question probablement plus pressante encore est celle de la pêche en eaux internationales, car ceci est devenu meilleur marché avec les "bateaux usines", qui réalisent tout le processus de fabrication dans les eaux internationales au-delà de la juridiction de tout pays. Souvent, ces navires ne respectent pas les limites des ressources marines. Il y a aussi des bateaux usines que, sous des "drapeaux de convenance", fabriquent d'autres produits en haute mer pour rester hors de portée des lois fiscales et des lois du travail. Ceci contribue à baisser leurs coûts, tout comme le fait que ces bateaux ne rentrent jamais dans un port: d'autres navires s'y approchent pour emporter la production, changer le personnel, etc.

En bref, toute cette activité croissante dans les eaux internationales peut prendre de telles proportions économiques suffisantes pour que les pays désirent la réguler, la contrôler et exiger le paiement d'impôts. Il est raisonnable d'espérer une évolution lente mais progressive des traités internationaux auxquels tous les pays seront assujettis.

---

<sup>16</sup> On peut consulter ROZAKIS / STEPHANOU, *The New Law of the Sea*, op. cit., AMAN JR. ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1992. D'une perspective idéologique placée dans une autre réalité nationale et internationale, cela a déjà été commenté dans *Le nouvel ordre économique international et l'administration publique*, livre coordonné par GÉRARD TIMSIT, Aire-sur-la-Lys, France, Unesco-IISA, 1983.

<sup>17</sup> Quelques exemples: lois 15.802 et 24.216, Traité antarctique; loi 18.590, Traité du bassin del Plata, signé par l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay et l'Uruguay; lois 21.836, 23.456 et 24.089 sur la pollution de la mer; lois 22.344 et 23.815, sur le commerce international des espèces en danger de la faune et la flore sauvages; loi 22.502, protocole de Londres sur la sécurité de la vie en mer; loi 23.778 sur la couche d'ozone.

### 3. *Différentes sources supranationales*

#### 3.1. *Les traités en général*

L'Argentine est, actuellement, soumise à un ordre juridique établi, en partie, par les normes suivantes:

a) les compilations de règles qui ont un organisme supranational d'application, comme le Pacte de San José de Costa Rica;

b) les traités de droits de l'homme incorporés par l'article 75, alinéa 22, de la Constitution n'ayant pas de tribunal supranational;

c) les traités d'intégration autorisés par l'alinéa 24 du même article n'ayant pas, non plus, de tribunal supranational. Avec le temps, il est probable que les traités d'intégration prévoient aussi des tribunaux, comme en Europe. Ces tribunaux vont sûrement étendre leur juridiction au cours du XXIème siècle, ce qui les rendra susceptibles d'être classés, conjointement avec le Pacte de San José de Costa Rica, comme des organismes donnant lieu à un système juridique commun plus effectif;

d) le reste des lois supranationales, telles que les nombreuses conventions sur la protection de l'environnement qui ont été souscrites par l'Argentine; plus de quarante traités bilatéraux pour la protection des investissements étrangers, d'autres statuant sur l'arbitrage international, etc.

#### 3.2. *Le cas particulier de la Convention américaine des droits de l'homme*

En 1984, le Congrès argentin adopta la loi 23.054, qui soumet l'Argentine à la Convention américaine des droits de l'homme et à ses procédures supranationales<sup>18</sup>. En particulier, lorsque le traité fut formellement déposé<sup>19</sup>, cette loi soumit l'Argentine à la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont le siège est à San José de Costa Rica. Plus tard, la Constitution de 1994 octroya à celui-ci et à d'autres traités une "hiérarchie constitutionnelle".

Nous allons mettre ici l'accent particulièrement sur ce pacte parce que c'est le premier qui possède une cour supranationale. L'autre est le Traité

---

<sup>18</sup> TREJOS GERARDO, Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana, dans HERNÁNDEZ RUBEN / TREJOS GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1977, pp. 59 et seq.

<sup>19</sup> Avec une réserve plutôt inusitée par décret: *Revista de derecho público*, op. cit.



de Rome statuant la Cour pénale internationale. Naturellement, le fait que d'autres pactes ne possèdent pas de tribunal supranational ne modifie pas son état en vigueur et sa nature obligatoire dans le droit interne; les pactes et les traités peuvent, et doivent, être appliqués par les tribunaux nationaux. Cependant, il faut reconnaître que, du point de vue pratique, ce n'est pas la même chose lorsque l'interprétation d'un traité est limitée au jugement d'une cour interne et ne peut avoir recours à une cour internationale ou supranationale. Quant aux traités d'intégration, il semble évident que la négociation ne fournit pas les moyens nécessaires pour résoudre les litiges et que, au fur et à mesure que l'intégration se développe, la création d'une cour indépendante apparaît comme un complément indispensable pour son fonctionnement et pour son application efficace.

Pour en revenir à la Convention des droits de l'homme, elle énumère d'importantes garanties individuelles et libertés publiques, qui constituent un progrès par rapport à l'état précédent de la législation dans les pays membres. En outre, la Convention définit certains droits civils d'une façon plus complète que, par exemple, la Constitution argentine<sup>20</sup>. En ce sens, la Convention a une grande importance de par son objectif normatif, qui est celui d'accroître la portée de la liberté et la sphère des droits civils.

De ce point de vue pratique, indépendamment du fait que ses procédures pour déterminer la juridiction internationale<sup>21</sup> soient plus ou moins efficaces<sup>22</sup>, le caractère de la Convention quant à la légitimation de la juridiction pour les personnes dont les droits ont été lésés<sup>23</sup> constitue un progrès en matière de droits individuels. Comme tout individu désire voir ses droits améliorés, on ne peut donc nier que la Convention constitue un pas

---

<sup>20</sup> En les élargissant et non pas en les rétrécissant. Il y a donc lieu à un conflit normatif. On peut même affirmer que la Convention ne fait que souligner ce qui est déjà expliqué dans la Constitution.

<sup>21</sup> Art. 44: "Toute personne ou groupe de personnes ou autorité non gouvernementale dûment reconnue dans un ou plusieurs pays membres de l'Organisation peut entamer un procès devant le Comité en portant plainte ou en présentant des rapports sur l'infraction à cette Convention par un des pays membres."

<sup>22</sup> Nous l'expliquons *infra*, Chap. IX.

<sup>23</sup> Art. 57: "La Commission portera tous les cas devant la Cour". Et l'article 61, alinéa 1, statue sur le rituel restrictif: "Seule le pays membre et la Commission a le droit de proposer un cas au jugement de la Cour".

important en ce sens pour le développement de notre ordre juridique et nous devons l'interpréter et l'appliquer en conséquence.

### 3.3. *Autres conventions sur les droits de l'homme*

Comme nous l'avons déjà souligné, en 1990, la Convention américaine des droits de l'homme<sup>24</sup> a devancé la Constitution argentine dans l'ordre de hiérarchie des sources du droit. En 1992, la Cour Suprême de Justice de la République Argentine a ouvert une voie importante<sup>25</sup>, qui est toujours en évolution<sup>26</sup>, en reconnaissant l'ordre supranational dans le droit interne. La Constitution a introduit clairement cette notion, en 1994, même si elle n'a pas employé explicitement la hiérarchie de normes que nous avons employée ici<sup>27</sup>.

La question que le lecteur peut se poser est: pourquoi supranational? Est-ce que la Constitution n'est pas au plus haut et au plus important niveau dans la pyramide des sources du droit? Ceci est une question qui peut être répondue petit à petit et de manière satisfaisante seulement avec le temps. Nous voulons, en tout cas, chercher à expliquer cette question sous un autre angle, *infra*, Chapitre IX.

### 3.4. *La jurisprudence et les avis consultatifs supranationaux*

La Cour Suprême d'Argentine a statué que l'interprétation de la Convention américaine doit être faite "conformément à la manière dont cette Convention est d'application sur la scène internationale, en considérant particulièrement son application dans la jurisprudence des tribunaux compétents internationaux, afin de l'interpréter et de l'appliquer"; "ladite jurisprudence doit servir comme guide pour l'interprétation des principes de la Convention américaine (Constitution Nationale, article 75, Convention

---

<sup>24</sup> Notre article La supranationalité opérative des droits humains dans le droit interne, dans *La Ley, Actualidad*, 17 avril 1990.

<sup>25</sup> *Ekmekdjian*, 1992, *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 338.

<sup>26</sup> *Fibracca, Fallos [Arrêts]*: 316: 1669; *Hagelin, Fallos [Arrêts]*: 316: 3176; *Cafés La Virginia, LL*, 1995-D-277; *Giroldi, LL*, 1995-D-462.

<sup>27</sup> Nous expliquons une des nombreuses discussions dans *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional, infra*, chapitre XII du livre *Derechos Humanos, op. cit.*; vol. 1 de notre *Tratado...*, *op. cit.*, chap. VI et VII.

américaine, articles 62 et 64, loi 23.054, article 2)”, les avis consultatifs de la Cour y compris<sup>28</sup>. Nous allons revenir sur ce sujet plus tard.

Pour le moment, le point essentiel est que les arrêts et les avis consultatifs de la Cour interaméricaine ne sont pas, jusqu’à présent, une source de droit quantitativement importante, mais, en Argentine, on a au moins déjà reconnu l’existence d’une telle source. Ceci est, en effet, un pas fondamental du point de vue qualitatif.

D’autres organismes judiciaires supranationaux peuvent faire en fin de compte leur apparition et, si des progrès sont réalisés dans les traités multilatéraux et d’intégration, de nouvelles réglementations et des règles secondaires s’ajouteront dans le système juridique supranational. L’intégration européenne a déjà suivi ce chemin et nous devons le suivre si nous voulons faire des progrès dans le processus d’intégration.

Pour le moment, il est prématuré de se demander de quelle façon ces règles secondaires pourront être inscrites dans l’ordre local, mais il semble *prima facie* clair que le droit interne devra céder devant le droit supranational créé par les organismes auxquels appartient un pays en particulier. Les juges locaux devront, donc, se soucier d’appliquer ce droit supranational pour le rendre immédiatement fonctionnel en se fondant sur la jurisprudence internationale.

### 3.5. *Transactions et compromis internationaux*

On ne doit pas sous-estimer l’importance pratique et juridique des compromis qu’un pays fait devant la Commission interaméricaine des droits de l’homme afin d’éviter l’assignation devant la Cour interaméricaine, dont il est tenu respecter les jugements au même titre que les siens. Malheureusement ce ne sont pas des compromis publics, mais finalement ils sont mis au grand jour quand une partie plaidante invoque le manquement d’un Etat face à ses obligations. Naturellement, il s’agit d’une question qui évoluera au cours des décennies dans la mesure où la supranationalité continuera à évoluer.

On peut voir un exemple des conséquences de ce type de compromis dans l’affaire *Birt*. Le désaccord entre les juges par rapport aux motivations de la décision met en évidence les raisons de la haute incidence des accords conclus par les pays devant la Commission interaméricaine des droits de l’homme.

---

<sup>28</sup> *In re Giroldi, LL*, 1995-D-462; BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 166.

La Cour Suprême d'Argentine devait juger sur la manière dont une indemnité devait être calculée; il s'agissait d'un dédommagement statué par le décret 70/91 conformément à la loi 24.043<sup>29</sup>. Dans cette affaire, aussi bien les juges constituant la majorité que les juges dissidents se sont concentrés sur le fait que les modèles de calcul spécialement utilisés paraissaient applicables et adéquats pour déterminer le montant du dédommagement dans une affaire relative au secteur public comme celui-là. Cependant, la majorité, de cinq voix, jugea l'appel recevable, tandis que trois membres dissidents approuvèrent l'indemnité tout en soutenant l'appel.

Le neuvième membre de la Cour, tout en approuvant l'indemnité et en soutenant l'appel, fonda son jugement sur le contexte du problème - *in textu et contextu consideratam*<sup>30</sup> - en affirmant que la question présentée n'avait rien à voir avec le secteur public. La neuvième voix expliquait que, au contraire, le but du décret était de dédommager économiquement ceux qui, dans une période très pénible de l'histoire argentine, avaient été privés de leur liberté<sup>31</sup>. Ce juge expliquait encore que ces règles tentaient d'honorer les engagements pris par le Gouvernement argentin devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans le sens qu'il allait oc-

---

<sup>29</sup> Le délai fixé pour réclamer le dédommagement de la loi 24.043 avait été prolongé par la loi 24.436 en cent quatre-vingt jours à partir de la promulgation (le 11-I-95); la loi 24.321 sur la disparition forcée des personnes qui était en vigueur jusqu'au 10 décembre 1983 ne fixait aucun délai pour l'exercice de ses actions et n'était pas censée être limitée par la loi 24.447. L'indemnité de la loi 14.411 par rapport à la disparition forcées de personnes avait un délai de 180 jours à partir de sa promulgation (elle a été publiée le 1-3-95); la loi 24.499 (J.O. 13-VII-95) prolongea ce délai de cinq ans. Ceci donna, par analogie, une motivation supplémentaire pour prolonger le délai de réclamation d'indemnité de la loi 24.043 et pour exercer les actions de la loi 23.321.

<sup>30</sup> *Codici Iuris Canonici*, art. 17.

<sup>31</sup> Cette situation a été analysée en 1979 de la façon suivante: "Quand on considère un acte précis de violence ou d'intimidation, dans un contexte politique général, le problème concernant la prescription de l'action ou la caducité, dans son cas, devient moins clair: nous estimons que la prescription ou la caducité peut être calculée seulement à partir du moment où a cessé l'intimidation ou la violence. Et bien, l'acte particulier de l'intimidation peut cesser mais le cadre général d'insécurité peut continuer. Dans ce cas-là, nous croyons qu'il faut adopter un vaste critère et accepter l'action ou le recours, peu importe combien de temps s'est écoulé à partir de l'acte concret d'intimidation ou de violence.": GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1979, 3ème éd., chap. IX, p. 50; Buenos Aires, Belo Horizonte, FDA et Editora de la Rey, 2003, 6ème éd., et Lima, FDA et ARA éd., 2003, 6ème éd., chap. IX.

troyer certains bénéfices aux victimes de cette époque. L'arrêt conclut en disant que la question ne concernait pas seulement l'exécution d'un compromis mais aussi le fait d'éviter des sanctions internationales que la République Argentine aurait pu subir.

Il faut remarquer que, même si d'autres cas n'ont pas eu de pareilles répercussions juridiques, ils ont eu des répercussions dans les journaux et il semble que ce qui s'est passé "dans les coulisses" est plus important qu'on le croit<sup>32</sup>.

#### 4. Caractéristiques générales

Une interprétation idéale est celle qui serait: *a)* réaliste et sensée, *b)* fondée sur les valeurs et la justice, *c)* téléologique ou finaliste, et *d)* tenant compte des faits qui ont déterminé notre adhésion à une convention précise<sup>33</sup>. Ceci n'étant qu'un idéal, nous ne pouvons faire réellement autre chose que rechercher ces méthodes d'interprétation qui, dans chaque cas, assurent l'efficacité des règles et des principes.

La seule interprétation finaliste en harmonie avec la Convention, les droits de l'homme et le "droit international communautaire" est celle qui recherche des solutions en visant l'efficacité, la garantie et l'immédiate application des droits individuels et de l'intégration régionale. Des interprétations qui insisteraient sur le manque de défense des individus et leur soumission au gouvernement, en isolant la Convention du contexte international, ne sont pas souhaitables<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Lorsque, il y a peu de temps, on a essayé de faire passer un projet limitant la liberté de presse, nous avons appris, à travers la presse, qu'un journaliste très connu, condamné pour outrage journalistique envers un membre de notre Cour, avait négocié sa plainte à Washington en échange d'un engagement formel du gouvernement argentin d'abroger l'outrage. Lorsqu'il a vu le projet de loi de presse, ce journaliste est retourné à Washington pour déclarer que cette loi violait le texte et l'esprit de la transaction internationale. Devant la force obligatoire de la transaction, le projet de loi a été abandonné. Cette affaire montre que les mécanismes supranationaux de transaction sont en train de fonctionner plus efficacement.

<sup>33</sup> Ce qui n'est autre que l'insuffisance précédente de ces droits quant à leur fonctionnement ou à leur application pratique.

<sup>34</sup> Certaines difficultés spécifiques de l'interprétation peuvent être étudiées dans *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional*, dans notre livre *Derechos Humanos, op. cit.*, chap. XII.

Certes, la globalisation, en termes de communication et d'économie et même en matière d'idéologies et de politiques prédominantes, ne laisse aucune place aux pays qui choisissent de rester isolés, comme des parias, dans la communauté internationale, car le coût en est trop élevé.

#### *4.1. Le droit interne*

Une des premières affirmations qu'il nous semble inévitable de faire est que les règles dont nous venons de parler ne sont pas seulement supranationales, elles sont *aussi* internes. Ce droit interne est, à son tour, efficace, fonctionnel et applicable pour encadrer n'importe quelle situation comprise dans ces normes, pourvu que ces normes n'aient pas un contenu simplement déclaratif et donc évidemment inopérant.

En ce sens, la Convention et les autres lois supranationales ont un double caractère qui implique, pour les autorités nationales, l'obligation de les appliquer, sans préjudice quant à la manière dont les autorités judiciaires supranationales les appliqueront, le cas échéant.

#### *4.2. Abrogation ipso jure*

On peut déduire clairement, à partir de ce que nous venons de dire, que toute norme contraire et préexistante cesse automatiquement d'être en vigueur et que toute loi s'opposant directement ou indirectement à ces nouvelles lois est immédiatement abrogée ou perd son efficacité comme conséquence de la législation postérieure.

Une interprétation voulant soutenir que ces accords supranationaux ne peuvent être appliqués directement par les juges ou que les individus ne peuvent pas entamer des actions en s'y appuyant ne serait qu'une moquerie envers l'ordre juridique et les libertés et garanties publiques. Il est vrai qu'il y a eu, dans le passé, des juristes et des jugements qui soutenaient, de façon inexplicable, le caractère inefficace de la Convention, mais c'était les premières fois où le Pacte devait être appliqué et juste après le retour de la démocratie. La jurisprudence et la doctrine actuelle ont commencé, au contraire, à adopter - semble-t-il - une certaine tendance vers l'évolution.

Une loi postérieure serait également inefficace pour éloigner un pays de la Convention, tant que le pays ne renonce à son adhésion et à sa soumission au droit supranational en question. Si le Congrès veut séparer le pays des règles auxquelles il s'est lui-même valablement assujéti, il devra d'abord décider l'abandon de cette communauté juridique internationale à

travers la procédure établie. Un tel acte serait, pourtant, perçu comme un pas en arrière vers le barbarisme et serait très difficile à effectuer par n'importe quel pays dans le contexte international actuel.

#### 4.3. Application législative et judiciaire

En ce qui concerne la Convention, les pays signataires se sont engagés *ipso jure* "à respecter les libertés et les droits qui y sont reconnus" (art. 1, alinéa 1), et à "garantir son exercice libre et total" à travers la tutelle juridictionnelle et l'application directe de ses dispositions et ses principes. Cet engagement doit être accompli sans préjudice de l'obligation des Etats de réglementer ces normes avec les mécanismes internes complémentaires dont il y aura besoin<sup>35</sup>, mais cette obligation ne leur permettra pas non plus d'en nier la directe et immédiate application.

Tous les écrivains juridiques n'ont pas accepté ou ne se sont pas montrés réceptifs à cette conclusion. Parmi eux, on retrouve des législateurs qui adoptent occasionnellement des lois prétendant "créer" certains droits qui sont, en réalité, déjà consacrés dans la Convention. Il faut comprendre qu'il s'agit, en tout cas, d'une recherche pour mieux instrumenter la disposition en question ou pour la rendre plus opérative, mais que cela ne veut pas dire qu'elle n'existait pas ou qu'elle n'était pas en vigueur avant d'être transformée en loi de droit interne.

En absence d'une loi du Congrès, les juges peuvent appliquer directement la Convention, comme pour n'importe quelle autre question constitutionnelle.

#### 4.4. Le caractère supranational

La Convention ainsi que le reste des instruments du droit international éliminent, évidemment, le pouvoir interne de tout pays ou gouvernement pour son caractère inconditionné et illimité. Le prix de faire partie de la communauté *internationale* est de reconnaître *au niveau national* le res-

---

<sup>35</sup> Art. 2°: "Si l'exercice des libertés et des droits mentionnés dans l'art. 1 n'était pas déjà garanti par leurs lois internes ou par d'autres dispositions, les Etats membres conviennent d'adopter, en adaptant leurs procédures constitutionnelles et les dispositions de la présente convention, les mesures législatives ou de tout autre nature nécessaires pour concrétiser leurs droits et leurs libertés". Il est clair que la Cour de San José n'est pas le seul interprète pour l'application de la Convention, mais elle juge en dernier ressort des cas soumis à sa juridiction.

pect que la communauté porte à ses normes. Même les pays ayant le pouvoir suffisant pour s'isoler du reste du monde finissent par admettre qu'ils ne sont pas vraiment intéressés à le faire.

Il n'y a plus beaucoup de pouvoirs nationaux illimités dans un monde si étroitement interconnecté comme le nôtre et, dans l'avenir, il y en aura encore moins. Dans le cas de l'Argentine, il est évident que son rôle actuel est d'une importance assez réduite. C'est en partie pour cette raison qu'elle a reconnu, expressément, la juridiction d'une cour internationale de justice compétente pour prononcer des jugements contre le pays en cas de manquement aux garanties individuelles minimales de ses propres citoyens. Cette reconnaissance s'étend aux avis consultatifs et englobe aussi la jurisprudence d'autres tribunaux, spécialement celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le moins qu'on puisse dire c'est que, du point de vue téléologique, il existe un vrai droit supranational présentant toutes les caractéristiques d'un ordre juridique suprême.

Les caractéristiques dont nous avons déjà parlé en expliquant la primauté du droit supranational<sup>36</sup> sur le droit interne, sont applicables aussi aux règles de la Convention. Cependant, certains auteurs et interprètes refusent de le considérer comme un droit *supranational*. Ce sont peut-être ceux qui refusaient aussi de le considérer comme *droit interne* ou tout simplement comme *droit* avant l'amendement constitutionnel; il y avait aussi ceux qui niaient que la Constitution elle-même constituait un droit applicable<sup>37</sup>. Ce sont pourtant des fausses suppositions, qui ne peuvent pas troubler le raisonnement scientifique et politique de l'écrivain du droit, qui tente d'interpréter de la meilleure façon possible l'ordre juridique qui devra assurer dans son pays la paix, la justice, l'ordre, etc.

Dans les grandes lignes, il semble évident qu'il n'y a plus de place pour un retour au "barbarisme national", au moins au barbarisme sous le couvert de la légalité. Quoi qu'il arrive dans une communauté nationale précise, il ne sera plus possible de dire, en termes de droit, que "le génocide, la torture, le crime commis par le pouvoir absolu d'un tyran sont des matières du ressort exclusif de *la juridiction interne*"<sup>38</sup>. D'autres pays et les Nations-Unies pourront ne pas avoir la volonté politique d'intervenir multilatérale-

---

<sup>36</sup> Notre *Tratado...*, *op. cit.*, chap. VI.

<sup>37</sup> Nous croyons que nous avons déjà mis en évidence l'erreur de ces concepts dans la première édition de notre *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, et nous jugeons bon maintenant de formuler l'hypothèse ultérieure sur le progrès juridique.

<sup>38</sup> ORTIZ PELLEGRINI MIGUEL ANGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 63.



ment dans des massacres internes, mais personne ne pourra prétendre reconnaître la nature juridique de tels faits si aberrants. En effet, “protéger les hommes dans chaque partie du globe, quelle que soit la souveraineté du pays, contribue à l’intérêt de l’humanité entière ... la paix mondiale n’est pas seulement l’absence de guerres, ni ne doit être réduite à un équilibre de forces contraires, il s’agit surtout du travail de la justice.”<sup>39</sup>

#### 4.5. Pas de dénonciation unilatérale

Dans l’affaire *Cafés La Virginia*, en 1994<sup>40</sup>, la Cour Suprême nous rappelle que, dans l’interprétation des traités, le principe de bonne foi ne nous permet pas de soutenir qu’un traité “crée des engagements éthiques et non pas juridiques”, puisqu’il crée, au contraire, de véritables “droits et obligations” (paragraphe 6) et que, en conséquence, “l’application par le gouvernement argentin d’une loi interne qui viole un traité, enfreint le principe de la suprématie dudit traité sur les lois internes (paragraphe 8), hormis le fait qu’elle constitue un manquement à une obligation internationale”, “une loi contenant des provisions contraires à un traité ou qui rend impossible le respect d’un traité [...] est une loi constitutionnellement invalide” (paragraphe 10).

Dans le même jugement, le vote du juge Boggiano rappelle celui de John Jay quand il soutient qu’un traité ne peut pas être modifié ou annulé unilatéralement et qu’on peut le faire uniquement moyennant un accord des parties (paragraphe 21 et 22) et il nie *a fortiori* la juridiction du congrès pour abroger un traité à travers d’une loi (paragraphe 23). D’autre part, “les pactes sont faits pour être accomplis; *pacta sunt servanda*” et, donc, “ça ne fait aucun sens de considérer, comme principe général, la possibilité d’une abrogation unilatérale, puisqu’elle constituerait un manquement de l’accord” (paragraphe 26); il renvoie aussi à la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne (paragraphe 29).

Le jugement, dans son ensemble, suit la tendance inévitable d’appliquer le nouvel ordre juridique et économique, mais le vote de Boggiano va un peu plus loin; même si la terminologie pose des problèmes de compréhension, il inclut un ordre juridique supranational<sup>41</sup>. Peu à peu, on devra s’ha-

---

<sup>39</sup> ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 63, qui cite à cet égard *Gaudium et Spes*, p. II, c. 5, numéro 78.

<sup>40</sup> CSJN, LL, 1995-D-277.

<sup>41</sup> En ce sens, voy., GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 1, Prologue et chapitres VI et VII.

bituer à consulter les recueils de jurisprudence supranationale, sans oublier non plus que les avis consultatifs de la Cour de San José sont obligatoires au niveau national.

### 5. La coordination entre la justice nationale et la justice supranationale

#### 5.1. La Cour interaméricaine des droits de l'homme

L'Argentine s'était déjà valablement soumise à la juridiction supranationale et supra-constitutionnelle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>42</sup> lorsque, en 1993, la Cour Suprême déclare le pouvoir efficace des clauses de la Convention, même en l'absence d'une réglementation législative<sup>43</sup>.

D'autre part, l'article 75, alinéa 22, complète ce point en fixant un mécanisme très strict pour élever les traités de droits de l'homme à un statut constitutionnel, plus rigide encore que le mécanisme établi pour les traités d'intégration dans l'alinéa 24. Cela signifie clairement placer les droits de l'homme sous le contrôle supranational et supra-constitutionnel, qui est irrévocable par le droit interne, sans préjudice d'être irrévocable aussi dans le droit supranational.

A ce point, il ne faut pas oublier le principe, toujours répété, du "caractère irréversible des engagements communautaires". Ce principe statue que "il est légalement interdit de revenir au niveau communautaire. Il est interdit de réviser les compromis une fois pris; il n'est pas admissible de nationaliser de nouveau les secteurs qui ont été déjà placés sous l'autorité de la Communauté"<sup>44</sup>.

Ainsi, l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, promulgué par la loi 19.865, établit que "aucune partie ne pourra invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la violation d'un traité". Certes, cela ne peut être appliqué seulement dans le cadre des relations internationales d'un Etat, parce que, autrement, il y aurait une duplicité dans son interprétation, contraire à la bonne foi et à l'unité indispensable dans l'ordre juridique. De la même façon, il est évident que, lorsqu'on affirme

---

<sup>42</sup> Notre article La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno, *LL, Actualidad*, 17 avril 1990.

<sup>43</sup> *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos [Arrêts]*, 308:647, *ED*, 148: 338; *Fibracca, Fallos [Arrêts]*: 316: 1669; *Hagelin, Fallos [Arrêts]*: 316: 3179; *Cafés La Virginia*, CSJN, *LL*, 1995-D-277.

<sup>44</sup> PESCATORE, Aspectos judiciales del 'acervo comunitario', *op. cit.*, p. 336.

que le droit interne ne doit pas s'opposer à un traité, ce droit interne inclut la Constitution. "C'est au moment où les Etats se préparent à ratifier un traité qu'ils doivent considérer et résoudre les problèmes de nature constitutionnelle que peut provoquer une telle ratification. Chaque Etat doit chercher par lui-même la solution possible mais, une fois qu'un compromis a été librement accepté, il devient un fait historique qui ne peut être modifié"<sup>45</sup>. C'est pour cela qu'il n'est pas possible d'interpréter la Constitution de 1994 dans n'importe quel sens qui la rendrait moins "garante" que le droit supranational.

### 5.2. Les "conditions d'efficacité" des traités

Nous avons déjà vu que, en 1995, la Cour Suprême de Justice d'Argentine a décidé, dans l'affaire *Giroldi*, dont nous avons parlé auparavant, que, lorsque la Constitution confère une "hiérarchie constitutionnelle"<sup>46</sup> aux traités et autres accords "dans les conditions de son état en vigueur"<sup>47</sup>, cela signifie: comme la Convention est interprétée par les organes internationaux compétents (paragraphe 11), "la jurisprudence susmentionnée doit servir comme guide pour l'interprétation des préceptes de la Convention, parce que l'Etat argentin a reconnu la juridiction de la Cour interaméricaine pour connaître des affaires relatives à l'interprétation et l'application de la Convention américaine (voy. art. 75 de la Constitution, art. 62 et 64 de la Convention américaine et art. 2 de la loi 23.054)."<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> PESCATORE, "C'est au moment où les Etats se préparent à ratifier un traité qu'ils doivent considérer et résoudre les problèmes de nature constitutionnelle qu'une telle ratification peut provoquer. Chaque Etat doit chercher par lui-même la solution possible mais, une fois l'engagement librement accepté, il devient un fait historique qui ne peut être changé", p. 348.

<sup>46</sup> La Constitution emploie dans le premier paragraphe de l'article 75, alinéa 22, la phrase "hiérarchie supérieure aux lois" et, dans le troisième, "hiérarchie constitutionnelle". La première option sémantique pourrait indiquer qu'il s'agit d'une hiérarchie intermédiaire entre la loi et la Constitution, mais la deuxième accepte, définitivement, le niveau constitutionnel des traités. La Cour a choisi expressément la deuxième option. Nous croyons que, au cours du temps, elle reconnaîtra aussi la nature supra-constitutionnelle des règles et des principes dont nous avons parlé dans *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, *op. cit.*

<sup>47</sup> Art. 75, alinéa 22, § 2.

<sup>48</sup> Considérant 11, § 2.

### 5.3. L'efficacité des avis consultatifs

Il en résulte que la Cour Suprême d'Argentine doit appliquer les traités "dans les conditions susmentionnées, parce que faire autrement pourrait compromettre la responsabilité de la Nation devant la communauté internationale."<sup>49</sup>

Notre Cour a intégré, donc, les *jugements et les avis consultatifs à notre texte constitutionnel* conformément à la clause selon laquelle les traités doivent être appliqués "sous les conditions de leur état en vigueur". Cela inclut la jurisprudence actuelle et future des organismes internationaux pertinents.

Le même critère est applicable par rapport aux tribunaux qui pourront être créés à l'avenir pour les traités d'intégration, comme le MERCOSUR, ou par rapport à d'autres autorités des traités internationaux signés et approuvés.

### 5.4. La suprématie sur "n'importe quelle" norme du droit interne

En 1993, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a statué, dans son avis consultatif numéro 13, que la Commission des droits de l'homme est compétente pour qualifier *n'importe quelle* norme du droit interne d'un pays membre comme ayant manqué aux obligations prises au moment de ratifier ou d'adhérer à la Convention; c'est-à-dire qu'aucune interprétation constitutionnelle locale ne pourrait s'opposer à la jurisprudence supranationale.

### 5.5. Son application à travers la jurisprudence nationale

Ce qui a été affirmé dans l'opinion susmentionnée dans l'affaire *Birt* a été complété par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Giroldi*<sup>50</sup>. La tendance internationaliste ou mondialiste qui a été adoptée récemment par la Cour (*Ekmekdjian*<sup>51</sup>, *Fibracca*<sup>52</sup>, *Hagelin*<sup>53</sup>, *Cafés La Virginia*<sup>54</sup>) est claire, et la

---

<sup>49</sup> Considérant 12.

<sup>50</sup> *LL*, 1995-D-462.

<sup>51</sup> *Fallos [Arrêts]*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 338.

<sup>52</sup> *Fallos [Arrêts]*, 316: 1669.

<sup>53</sup> *Fallos [Arrêts]*, 316: 3176.

<sup>54</sup> CSJN, *LL*, 1995-D-277.

Cour Suprême de Justice d'Argentine reste ainsi correctement incorporée au système international. En premier lieu, cette intégration a été possible grâce au fait que la Cour Suprême a utilisé les jugements et les avis consultatifs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, sans porter préjudice à la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux. En second lieu, l'organisation hiérarchique du pouvoir judiciaire national et supranational a contribué à son assimilation. Nous avons déjà vu que, en dehors des traités, l'Argentine a signé des accords de transaction à l'occasion de procédures portées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme et que ces accords constituent aussi une source croissante de droit supranational et interne.

### 5.6. Les mesures "d'autre nature"

La question que l'on pose généralement à propos des Pays Membres qui s'engagent à adopter des mesures législatives ou "d'autre nature" (Convention américaine, art. 2), est si effectivement ils conviennent de dicter des lois ou de prononcer des jugements<sup>55</sup> pour suppléer à une omission législative. La Cour argentine a déjà adopté une position à ce sujet dans l'affaire *Ekmekdjian*<sup>56</sup>, qui réunit les principes lointains des arrêts *Kot*<sup>57</sup> et *Siri*<sup>58</sup>: que les juges sont également soumis à l'obligation d'agir, et pas uniquement le législateur. C'est aussi la ligne adoptée par les arguments du cas *Girolodi*, dans le paragraphe 12, qui affirme que "à cette Cour, comme organisme suprême d'un des pouvoirs du gouvernement fédéral - conformément à sa juridiction - revient l'application des traités...". La Cour Suprême d'Argentine, ajoute que l'article 1 de la Convention exige des Etats membres non seulement le "respect" des droits et des libertés reconnus, mais aussi la "garantie" de leur exercice. Elle souligne aussi que la Cour interaméricaine interprète que ce devoir "comprend l'obligation des Etats de prendre toutes les mesures nécessaires afin de lever tout obstacle existant pour permettre aux individus de jouir de tous les droits reconnus par la Convention"<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Ou un acte administratif, dans ce cas.

<sup>56</sup> *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich Gerardo y otros, Fallos [Arrêts], 308: 647; ED, 148: 338.*

<sup>57</sup> *Fallos [Arrêts], 241: 291; LL, 92: 632.*

<sup>58</sup> *Fallos [Arrêts], 239: 459.*

<sup>59</sup> Un autre aspect intéressant de l'arrêt, c'est qu'il invoque expressément non seulement un jugement de la Cour interaméricaine mais plutôt un avis consultatif,

### 5.7. Le droit au jugement dans un délai raisonnable

En somme, la question est de savoir ce que fera la Cour Suprême dans d'autres secteurs dans lesquels le législateur est impuissant, par exemple, par rapport à la création de nouveaux tribunaux administratifs afin d'éviter l'infraction à l'article 8, qui garantit, dans son alinéa 1, le droit à un jugement "dans un délai raisonnable". La Cour européenne des droits de l'homme, en appliquant la même clause de la Convention européenne, a condamné la Suisse pour ne pas avoir respecté le droit à obtenir un jugement dans un délai raisonnable. L'affaire avait duré presque trois ans et demi, non pas à cause de la négligence des magistrats, mais plutôt à cause de la négligence des législateurs qui n'ont pas créé au moment opportun les tribunaux nécessaires pour la quantité de procès en cours. Peut-être notre Cour devrait aussi se servir d'une comparaison avec la jurisprudence européenne qui a déjà interprété la *même* clause existant dans la Convention américaine. Il n'aurait aucun sens de reconnaître la nature obligatoire de la jurisprudence supranationale *interaméricaine*, comme on a fait, et nier les précédents *européens*, compte tenu que la clause en question est la même et qu'il n'y a aucune différence dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine. Donc, nous attendons une version nationale de l'affaire *Zimmerman et Steiner* avant que la Cour de San José<sup>60</sup> puisse nous condamner explicitement.

---

le numéro 11/90, de 1990, qui précise que la garantie due par l'Etat concerne "le devoir des pays membres d'organiser tout le mécanisme étatique et, en général, toutes les structures qui permettent l'exercice du pouvoir public" (paragraphe 23 de l'avis consultatif, considérant 12 '*in fine*' de l'arrêt ici commenté). L'avis consultatif acquiert ainsi un caractère obligatoire pour notre pays.

<sup>60</sup> Voy. notre livre *Derechos humanos, op. cit.*, chap. VII.

## CHAPITRE IX

### LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS LE DROIT INTERNATIONAL

#### *1. La croissance qualitative et quantitative du droit international<sup>1</sup>*

MON EXPÉRIENCE personnelle sur ce sujet a été une découverte incessante. Quand j'étais encore à l'Université, le droit international était une matière complètement éloignée du monde de l'avocat moyen. Cette situation n'a pas beaucoup évolué, car il y a encore aujourd'hui des avocats qui obtiennent leur diplôme en étudiant le droit international avec le même livre que j'utilisais dans les années cinquante. Et pourtant, le droit international a beaucoup changé, que nous nous en rendons compte ou non. La quantité de traités en vigueur dépasse notre entendement et, des fois, nous oublions encore qu'aujourd'hui, en Argentine, ces traités sont placés, de droit et de fait, au-dessus de la Constitution.

#### *2. L'évolution-involution de la responsabilité*

Un phénomène assez curieux est que, alors que la responsabilité interne de l'Etat diminue (en opposition à la tendance historique vers la responsabilité croissante de l'Etat), sa responsabilité internationale augmente. Ceci est contradictoire, parce qu'il ne semble pas très cohérent que la responsabilité augmente dans un domaine et diminue dans un autre.

Au niveau interne, l'explication pour cela peut être trouvée dans l'expérience vécue par d'autres pays, certains il y a quelques siècles de cela: une banqueroute totale ou partielle. Comme un moyen de sortir de la faillite, les Etats essaient d'augmenter les impôts jusqu'à ce qu'il n'y ait plus d'ar-

---

<sup>1</sup> Nous renvoyons aux chapitres IV et VI de notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ème éd.; et chap. XX du vol. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 6ème éd.

gent à recouvrer, réduire les dépenses jusqu'à ce qu'il n'y ait aucune possibilité de les restreindre, et emprunter des crédits jusqu'à ce que la capacité d'endettement soit dépassée. Ce qui reste alors c'est le remède héroïque de ne plus payer toutes les dettes mais seulement quelques unes, ou simplement les ajourner.

Des fois, de vieux livres d'histoire apparemment obsolètes, deviennent incroyablement actuels. En 1840, M. de Cormenin<sup>2</sup> a écrit les deux volumes de son *Droit Administratif*, dans lequel racontait comment, au XVIII<sup>ème</sup> siècle l'Etat français tomba en flèche, comme tombe maintenant l'Argentine, plus de deux siècles plus tard. A cette époque-là, de nombreuses lois ont été créées par rapport aux catégories des créanciers qui n'allaient pas être payés, puis d'autres catégories ont été ajoutées, puis on arriva à une exclusion générale. En effet, la liste des créanciers exclus par l'Etat français à cette époque remplit les premières cinquante pages du livre. Ce phénomène est semblable à la situation que vit aujourd'hui l'Argentine, mais dans un autre contexte, avec un autre langage et en utilisant d'autres explications.

### 3. Responsabilité pour violation des droits de l'homme

La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme commence à apparaître sous l'égide des droits de l'homme inclus dans la Convention américaine des droits de l'homme. Quand l'Argentine signa cette convention, elle statua aussi, à travers un décret du pouvoir exécutif, une réserve par rapport à la faculté de la Cour de condamner le gouvernement argentin à verser des dommages-intérêts. De toute façon, ce n'est pas le fait d'obliger la République Argentine à payer un certain montant qui va faire fonctionner le mécanisme international de réparation des dommages causés par l'Etat; il fonctionne d'une manière plus informelle.

Les parties intéressées - ou même les tiers, dans une sorte d'action populaire - portent plainte devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, à Washington. Après avoir accompli quelques formalités, on arrive généralement à des solutions à l'amiable, à travers lesquelles le gouvernement d'Argentine (ou de tout autre pays) s'engage à créer les mécanismes nécessaires pour se tenir responsable des dommages allégués; l'alternative est de subir un rapport condamatoire. Dans les deux cas, les do-

---

<sup>2</sup> M. DE CORMENIN, *Droit Administratif*, vol. II, Paris, Thorel et Pagnerre 1840, 5ème éd.



cuments sont en premier lieu réservés: le premier de fait, le deuxième de droit.

Si le gouvernement ne donne pas une réponse satisfaisante et s'il n'y a pas de solution à l'amiable, le rapport condamatoire est publié dans le rapport annuel de la Commission, dont la publication et la diffusion sont limitées. Si le gouvernement conclut un accord à l'amiable, le pays reste sous la juridiction de la Commission et, si l'accord n'est pas accompli, le Comité peut ouvrir une procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>3</sup>. En général, ce stade n'est pas atteint.

Un des problèmes de cette procédure est que les décisions ne sont pas publiées et qu'il n'est pas facile d'y avoir accès.

#### 4. In re Birt

L'affaire la mieux connue au niveau interne, qui a invité l'Argentine à comparaître devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, est le cas *Birt*. Le nom de cette affaire vient du nom figurant en tête de la liste d'une action collective sur la responsabilité de l'Etat face à ceux qui avaient été privés illégitimement de la liberté pendant la dernière dictature militaire. Selon le système juridique argentin, on sanctionne d'abord une loi et après un décret de l'exécutif pour la mettre en vigueur; finalement un arrêt de la Cour Suprême d'Argentine, qui porte le même nom, *Birt*, a appliqué la jurisprudence interaméricaine<sup>4</sup>. Dans cet arrêt, il y avait trois groupes de votes et, même si tous les trois affirmaient la même chose, leurs fondements étaient différents. Les deux premiers votes, signés par huit membres de la Cour, semblent n'être qu'un débat sur l'administration publique et sur les salaires des fonctionnaires. Le troisième vote, en revanche, identifie parfaitement le sujet en question et déclare que la République Argentine doit payer les dommages à la partie offensée, parce que

---

<sup>3</sup> Qui peut finir par une condamnation. Voy. CURIEL ALICIA / GIL DOMÍNGUEZ ANDRÉS, Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, n° 8, pp. 36 et seq. Voy. aussi, en général, MARTINS DANIEL HUGO, Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo, dans le livre collectif *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, chap. I. Voy. CURIEL, Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso 'Guillermo José Maqueda vs. República Argentina', *LL*, 1997-E, 515.

<sup>4</sup> CSJN, *in re Birt*, que nous avons commenté dans *LL*, 1995-D, 292. Voy. aussi GORDILLO AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, § 2, "¿Una excepción a la ley 24.447?", pp. 33-36.

le pays s'est engagé devant la Commission interaméricaine à traiter en bonne foi les problèmes découlant de la dictature militaire.

Après cette affaire, plusieurs lois ont été promulguées et de nouveaux jugements de la Cour Suprême ont été prononcés, afin de proroger les délais pour entamer les demandes. Ceci a eu pour conséquence un déboursement important pour le trésor de l'Etat, qui continue encore. C'est un exemple de la responsabilité de l'Etat gérée, apparemment, par les législateurs et les juges internes, mais le vrai moteur est, en réalité, l'existence d'organismes internationaux.

## 5. In re Verbitsky vs. Belluscio

### 5.1. Son origine

L'affaire *Verbitsky vs. Belluscio*<sup>5</sup> illustre l'exemple de la force informelle des procédures menées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Verbitsky est un journaliste qui a été accusé par le juge Belluscio pour diffamation. Le tribunal a requalifié le délit comme outrage et condamné Verbitsky. Le journaliste a eu recours, alors, à la Commission interaméricaine et il est arrivé à une solution à l'amiable avec le gouvernement argentin: le dernier s'est engagé à rectifier la situation en éliminant le délit d'outrage du droit argentin. La loi a été dûment abrogée, mais personne n'a appris, dans le pays, que c'était la conséquence de cet accord qui engageait la responsabilité de l'Etat devant l'organisme international.

### 5.2. Effets résiduels

Plus tard, quand un projet de loi de censure, appelé *loi bâillon*, commença à circuler, Verbitsky s'est présenté de nouveau à la Commission en alléguant que l'esprit de l'accord était sur le point d'être violé. La Commission a jugé cette plainte recevable, la République Argentine a mis le projet au placard et on n'en a plus parlé.

## 6. Mendoza

Il s'agit du cas de deux personnes qui ont été assassinées dans la province de Mendoza. Il y a eu recours à la Commission interaméricaine des

---

<sup>5</sup> Rapport sur le cas 11.012 (*Verbitsky vs. Belluscio*).

droits de l'homme et la République Argentine est arrivée à un accord selon lequel elle acceptait sa responsabilité. Les parties, d'un commun accord, ont alors soumis la question d'indemnisation à un tribunal local *ad hoc*. Comme la question s'attardait, un crédit que la province de Mendoza était en train de négocier dans un autre organisme international fut aussi ajourné. Cet organisme n'avait rien à voir avec le système interaméricain des droits de l'homme, mais les représentants provinciaux furent avertis que les fonctionnaires considéraient gênant d'octroyer des crédits à cette province qui n'avait pas encore résolu l'affaire de l'indemnisation en faveur des personnes assassinées à Mendoza. A bon entendre...!

Le comité *ad hoc* a finalement fixé le montant de l'indemnisation et la décision fut publiée dans les journaux locaux, mais non dans ceux du reste du pays ni dans les recueils de jurisprudence que nous connaissons. Nous en avons pris connaissance par pur hasard.

#### 7. Les accords internationaux sur les investissements étrangers<sup>6</sup>

Il existe plus de quarante traités bilatéraux, visant à protéger les investissements étrangers, qui concernent l'arbitrage international pour les litiges pouvant surgir entre un investisseur étranger, au sens large, et l'Etat argentin.

La formation et les décisions d'un tribunal d'arbitrage ne sont pas nécessairement publiées dans des journaux officiels ou dans des revues juridiques et, souvent, la presse ne le mentionne que très brièvement. De toute façon, ces traités et les arbitrages postérieurs sont une source incontestable de la responsabilité internationale de l'Etat.

#### 8. Tribunaux étrangers

Des fois, on apprend qu'il y a eu des accords transactionnels dans un tribunal étranger ou des arrêts condamnant l'Etat argentin, mais l'information qu'on reçoit est peu systématique et peu complète.

Ce qui est important c'est de savoir que l'Argentine accepte souvent la juridiction étrangère. Dans le journal officiel, qui publie les sommaires des jugements des tribunaux argentins, on peut s'informer quelquefois sur des décrets de constitution du Procureur du Trésor de la République Argentine comme avocat pour une affaire en cours à l'étranger, qui est habilité à con-

---

<sup>6</sup> Nous expliquons cette question dans le chapitre XVIII, "El arbitraje administrativo internacional", du vol. 2, *La defensa...*, *op. cit.*

tracter sur place les services professionnels nécessaires. C'est un grand changement dans la politique argentine, qui traditionnellement suivait les lignes établies par Goldschmidt, selon lesquelles l'Argentine ne devait pas traiter les plaintes et même s'opposer à la juridiction, parce que, disait-on, s'opposer à la juridiction c'était en quelque sorte la reconnaître. Même si le pays présenta une plainte diplomatique, il resta néanmoins judiciairement en défaut. De nos jours, en revanche, les demandes sont traitées, la juridiction<sup>7</sup> est acceptée et finalement on arrive aux tribunaux du pays en question, que ce soit par jugement ou par arbitrage.

En parlant de jugements, il y a une célèbre affaire qui a deux différentes lectures, une dans la jurisprudence nord-américaine, l'autre dans la jurisprudence argentine: *Weltover vs. la République Argentine* fut jugé par la Cour Suprême des Etats-Unis, qui trouva l'Argentine responsable d'un manquement de contrat. En Argentine, l'arrêt a été publié et a reçu des commentaires semblables à ceux du cas *Alvarez Machaín*<sup>8</sup>, qui, dans les cercles de juristes de l'Argentine, a été âprement critiqué par des nombreux articles, dont un portait le titre: "La república imperial"<sup>9</sup>. Un des auteurs de tels articles va jusqu'à demander malicieusement si les plaignants auraient pu exécuter le jugement. Mais le système ne fonctionne pas comme ça, parce que si un pays ne se conforme pas à un arrêt international, son risque pays, évalué par cinq ou six entreprises qualificatrices

---

<sup>7</sup> Pourtant, la défense de l'Etat devant les tribunaux étrangers est très médiocre: les avocats de l'Etat n'ont pas de pouvoirs pour bien conduire l'affaire et ils utilisent donc principalement, ou exclusivement, des défenses formelles. Si elles sont rejetées, l'Etat reste sans défense.

<sup>8</sup> Il s'agit du principe *male captus, bene detentus*: le délinquant avait été détenu à tort dans le pays où il demeurerait (Noriega, Eichmann, etc.), mais il a été justement arrêté dans le pays qui l'avait capturé à l'étranger, et qui lui a appliqué sa juridiction: *Alvarez Machaín*, 1992, publié dans *ED*, 148: 155, avec des notes de ZUPPI ALBERTO LUIS, Los Estados Unidos a contramano: el voto de Rehnquist en el caso *Alvarez Machaín*; OUTEDA MABEL N., El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados, *ED*, 148: 170; BIDART CAMPOS GERMÁN J., Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en los Estados Unidos, *ED*, 148: 170; BIANCHI ALBERTO B., La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico, *ED*, 148: 173; LEGARRE SANTIAGO, ¿Es realmente monstruosa la sentencia *Alvarez Machaín*?, *ED*, 148: 187.

<sup>9</sup> L'arrêt *Weltover*, publié dans *LL*, 1992-D, 1124, avec note de ZUPPI, La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública, *LL*, 1992-D, 118. Notre opinion dans *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ème éd., chap. IV.

internationales, augmente ainsi que les taux d'intérêt flottant que le pays devra payer pour *toutes* ses dettes externes<sup>10</sup>. En effet, si un Etat se pourvoit formellement contre un jugement respectable, son attitude peut lui coûter à la fin plus cher que de payer la condamnation.

### *9. Contrats de crédit externe*<sup>11</sup>

Il y a eu plusieurs voix locales soutenant l'inconstitutionnalité de soumettre le pays à une juridiction étrangère. Certes, le Code Civil argentin statue que les contrats sont réglés par les lois et soumis à la juridiction du lieu de leur exécution. Mais, personne ne va nous prêter de l'argent (sauf nos investisseurs internes) à moins que le contrat soit conclu dans un pays développé et que les déboursements soient faits aussi dans ce même lieu à travers des dépôts dans une agence locale de la Banque Centrale de la République Argentine.

C'est là aussi, dans le pays étranger, que les billets à ordre sont signés, que la juridiction est stipulée et que le Procureur du Trésor de la République Argentine approuve l'acte en statuant, par le biais d'un avis raisonné, élaboré et convaincant, que le contrat est constitutionnel selon notre propre système juridique et qu'on peut le faire valoir dans cet autre pays, et que les tribunaux de notre pays n'ont aucune objection au contrat, ni au fait que toute demande sera entamée dans le pays en question au cas où un litige devrait surgir à cause du manquement audit contrat.

En vertu du principe de bonne foi, l'Etat ne sera pas en mesure, à l'avenir, de contester avec succès les actions entamées pour manquement de contrat devant des tribunaux étrangers. D'autre part, les avis du Procureur du Trésor sont devenus de plus en plus élaborés, car chaque fois que le créancier (ou même le débiteur) imagine des nouveaux arguments contraires sur ce sujet, on demande au pays de les inclure dans le prochain avis obligatoire pour renouveler un crédit.

---

<sup>10</sup> Parce qu'elles sont interconnectées à un degré variable et ont une clause de *cross-default*.

<sup>11</sup> Nous expliquons ce sujet dans notre livre *Después..., op. cit.*, chap. IV. Il ne s'agit pas seulement du fait que le pays ait conclu un contrat d'emprunt externe à l'étranger: c'est là qu'il a reçu l'argent et accordé les paiements, donc il y a sans doute une base incontestable, de droit et de fait, pour la juridiction étrangère. Mais il s'est aussi soumis volontairement aux autorités étrangères à travers d'autres actes, comme par l'inscription de bons publics au SEC, décret de l'exécutif 395/97, J.O. 11-IX-97, p. 5, parmi d'autres.

### *10. Comment toucher les crédits*

Cette matière s'enrichit continuellement et il existe toute une série de mécanismes qui ne sont pas du tout connus publiquement. Lorsqu'un pays a des intérêts économiques qui ne sont pas dûment honorés par l'Etat argentin, son ambassadeur fait un *lobby* intense, et il importe peu qu'il s'agisse ou non de l'ambassadeur d'un pays développé ou dominant<sup>12</sup>. Nous avons appris des cas d'ambassadeurs de pays qui ne sont pas d'une grande importance pour nous, qui ont réussi à faire céder le gouvernement argentin, national ou local selon le cas, dans des questions où il n'aurait pas dû normalement avoir cédé.

En somme, dans le contexte actuel, la responsabilité internationale de l'Etat est remarquable, même si elle n'apparaît pas clairement dans la jurisprudence. En même temps, grand paradoxe, la responsabilité interne ne cesse de diminuer.

---

<sup>12</sup> Cette pratique internationale est tellement étendue que son interdiction, contenue dans les contrats, est pratiquement inutile. Voy. loi 25.350, accord avec Guatemala, art. IX, alinéa 6: "Les parties signataires devront s'abstenir de traiter par la voie diplomatique des questions se rapportant à des litiges soumis à des procédures judiciaires ou à des arbitrages internationaux, en vertu du présent article, jusqu'à ce que lesdites procédures soient finies. Sauf dans le cas où l'autre partie du litige n'ait pas accompli le jugement judiciaire ou la peine arbitrale dans les conditions stipulées."

## CHAPITRE X

### RÉSUMÉ

#### *1. Le droit romain*

CICÉRON nous laissa la meilleure preuve que les principes et les cas sont les choses les plus importantes que nous devons apprendre et utiliser du droit romain. Grâce à lui, les formalités absurdes du droit furent abandonnées, tandis qu'une grande partie de son héritage survit encore. Cependant, tous les formalismes ne sont pas morts: nous, juristes, utilisons des formules latines parce que nous les aimons et de nouveaux principes du droit ont été baptisés en latin contemporain - *male captus, bene detentus*<sup>1</sup>.

#### *2. La procédure régulière*

Au fur et à mesure que le temps passe, l'humanité a réintroduit dans le droit la procédure régulière, après l'avoir précédemment déshonorée. Il s'agit, peut-être, d'une des grandes récupérations par rapport aux retours en arrière qu'on a fait dans la période post-romaine. Avec la procédure régulière nous avons appris de nouveau qu'on ne peut pas être à la fois accusateur et juge, ni partie et juge (*nemo iudex in causa sua*). Le juge doit être un tiers désintéressé de la procédure (Carnellutti). Ce critère n'implique pas distance ou froideur; au contraire, il faut avoir du cœur et de la sensibilité.

---

<sup>1</sup> USSC, *Alvarez Machain*, 1992, [www.supremecourtus.gov](http://www.supremecourtus.gov). Au-delà de tout dogmatisme juridique, il est nécessaire de remarquer l'importance qu'ont pour les Etats-Unis les faits mentionnés dans la note 1 du jugement et dans son premier paragraphe (l'action simultanée des groupes de trafiquants de drogues, de la corruption, du crime, de la torture et de la mort organisés, etc. tout dans le même cas), et puis comparer cette affaire avec les cas *Noriega*, à Panama, *Eichmann*, en Israël, *Argoud*, en Israël et Allemagne, etc. De toute façon l'Argentine a fait la même chose: *Gorriarán Merlo*, au Mexique, *Pico* et *Trovato*, au Brésil, etc.

Mais il ne suffit pas non plus que le juge soit étranger au litige. Il doit aussi être indépendant, c'est-à-dire qu'il ne doit être sous les ordres de personne. Le juge doit avoir du courage afin de pouvoir maintenir l'égalité des parties pendant le procès.

### 3. *Le premier jus gentium et le droit de la mer*

Le *jus gentium* est né, à partir de l'activité maritime croissante des grands pays, afin de combattre la piraterie (en octroyant, pourtant, des lettres de marque)<sup>2</sup> et l'esclavage. Pendant le XIX<sup>ème</sup> siècle, tout cela paraissait être devenu à peine un chapitre intéressant dans les livres d'histoire du droit et, en fait, il a été souvent enseigné de cette manière au XX<sup>ème</sup> siècle.

### 4. *Le dogme du droit*

A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup>, le dogme juridique a commencé à prospérer avec l'apparition des différents codes civils. Et les codes pénaux, de leur part, ont commencé comme une ode au dogme juridique, pour donner des garanties contre les vieux châtiments, excessifs et irrationnels, en donnant lieu à la renaissance de l'idée, perfectionnée, de la procédure régulière.

### 5. *Les recherches sur le langage*

Plus ou moins à la même époque, des études sur la philosophie du langage ont commencé à fleurir. Avec le temps, cette philosophie a démontré qu'il était fallacieux de vouloir construire un dogme à partir des mots, ce qui constituait une *contradictio in terminis*. On ne peut pas créer un dogme en utilisant des mots, parce que les mots constituent l'un des instruments les moins précis possédés et utilisés par l'homme.

---

<sup>2</sup> Il est facile de démontrer que l'ordre international n'a pas été établi entre des êtres égaux, ni même à l'origine. ALLOT PHILIP, *Mare Nostrum: A New International Law of the Sea*, dans *American Journal of International Law*, 86: 764 (octobre 1992). Voy. aussi la note suivante.



## 6. *Le common law*

Le *common law* de cette époque semble être différent du droit continental parce qu'il mettait l'accent sur les cas et les valeurs et non pas sur les constructions dogmatiques et les normes. Au contraire, en Europe à la même période, le droit continental s'épanouit considérablement dans des codes, des systèmes, des dogmes.

## 7. *L'holocauste*

L'holocauste nous a appris que le *jus gentium* doit aborder l'époque à laquelle nous vivons. Le génocide est passé à faire partie de la vieille liste du *jus gentium* des crimes contre l'humanité. Tandis que des cas apparaissant sous le titre de "crimes contre l'humanité", manquent encore des garanties de procédures usuelles mais comportent des règles *ad hoc* et *ex post facto*<sup>3</sup> et même des juges *ad hoc*, comme le seul moyen pour trouver une solution juste pour les crimes les plus horribles connus par l'humanité. La Cour pénale internationale commence à apporter une solution. Le droit international sera toujours supérieur au droit national.

Radbruch parle des aspects philosophiques de cette question quand il enseigne qu'il y a un droit au-dessus de la loi et que pour cette raison une "loi" peut être illégale<sup>4</sup>. Radbruch ne parle pas de hiérarchie constitutionnelle ni de droit international impératif (*jus cogens*) pour justifier ses idées<sup>5</sup>, parce qu'il part d'une position philosophique ayant comme prémisses que, dans des cas extrêmes, la sécurité précède la justice dans l'ordre de préférence des valeurs<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Voy. ZUPPI, La prohibición 'ex post facto' y los crímenes contra la humanidad, *ED*, 131: 765.

<sup>4</sup> RADBRUCH GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, traduction de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

<sup>5</sup> Voy. ZUPPI, El derecho imperativo ('jus cogens') en el nuevo orden internacional, *ED*, 147: 863; La noción de soberanía en el nuevo orden internacional, *ED*, 151: 781.

<sup>6</sup> L'expression *fiat iustitia pereat mundo* est utilisée pour démontrer qu'on ne doit pas aller si loin.

### 8. Piraterie internationale, prise d'otages, etc.

L'holocauste n'est pas un cas particulier dans l'histoire en termes d'avancement du *jus gentium*. De nos jours, la piraterie, sous la forme du terrorisme international, est en train de donner naissance à un nouveau "droit des gens". *Entebbe*, *Eichmann* et *apartheid* montrent aussi que le *jus gentium* est en vigueur et qu'il évolue aussi. Il y a un droit au-dessus des territoires nationaux et, qui plus est, est appliqué. L'histoire montre que le droit ne peut pas être oublié, parce que le passé est aussi le présent, comme il nous a été rappelé, dramatiquement, le 11 septembre.

### 9. Génocide, torture, disparition forcée de personnes, apartheid, etc.

Les traités internationaux ont ajouté au *jus gentium* des dispositions contre la traite des blancs, le génocide (maintenant de façon expresse), la disparition de personnes organisée par le gouvernement (p. ex. sous la forme de kidnapping et de meurtre), le terrorisme et la torture. Le trafic de drogues<sup>7</sup> et la corruption sont dans la même voie. On peut dire, cyniquement, que tout cela n'est fait qu'au profit des pays dominants, comme le vieux droit de la mer qui donna naissance au premier *jus gentium*. Pourtant, cette explication ne change pas le fait qu'il faut trouver des solutions pour résoudre les problèmes qui menacent le bien-être de l'homme.

### 10. Vers une synthèse des conflits philosophiques

Ce qui arrive maintenant semble être une forte confrontation entre les commentateurs du dogme juridique - c'est-à-dire les partisans de l'interprétation littérale -, les "iusnaturalistes", les positivistes et leurs variantes. Les auteurs appartenant à chacun de ces secteurs diffèrent fortement les uns des autres. Les uns n'apprécient pas du tout qu'on ait laissé au découvert le langage comme élément de pouvoir. D'autres n'aiment pas que Popper affirme que l'homme n'a pas l'usage de la *Vérité*, qui n'appartient qu'à Dieu et à la religion et pas aux hommes de droit; et que, à part des questions de foi, l'être humain, avec humilité chrétienne, ne peut utiliser que des conjectures et des hypothèses et, à son tour, les contester. Affirmer le con-

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84; *jus cogens superveniens*; BARBERIS JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.

traire constituerait un péché d'orgueil ou, au moins, un usage incorrect du langage. D'autres critiquent les iusnaturalistes parce qu'ils essaient de transmettre une conception religieuse du monde et une série de valeurs supérieures au droit. Il y a, certes, des sociétés dans lesquelles la religion et le droit positif coïncident à un certain degré mais, en général, elles ne sont pas présentées comme des modèles occidentaux et de fonctionnement du droit dans une société contemporaine. Il y a aussi des sociétés démocratiques et modernes ayant des points communs entre religion et droit, mais elles ne sont pas la règle générale et ne peuvent pas non plus être présentées comme un *système* établi de relations entre religion et droit<sup>8</sup>.

Mais, au-delà des perceptions de chaque auteur, il paraît que l'humanité, pour certaines raisons, a accepté l'idée qu'il existe une série de valeurs juridiques supérieures aux codes nationaux; c'est une sorte de iusnaturalisme. Quant à l'origine ecclésiastique du droit public, il est accepté surtout comme un élément historique et non comme une composante actuelle<sup>9</sup>.

Le vieux *jus gentium* est devenu le nouveau droit international impératif avec juridiction extraterritoriale et des sources qui dépassent les codes pénaux locaux. Ces sources, contrairement à ce que nous avons appris à la Faculté de droit, sont la coutume, la jurisprudence et la doctrine, ainsi que les traités. Et ce sont les traités qui ont, en particulier, la fonction de mettre par écrit ce qui a été en premier lieu convenu et appliqué par l'ensemble des nations civilisées.

Ce phénomène du droit pénal international peut aussi être présent autre part, mais à des degrés différents. En premier lieu, les tribunaux internationaux, dont le nombre est croissant (tels que la Cour européenne de justice, les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, les tribunaux administratifs internationaux et les tribunaux internationaux d'arbitrage), en raison de leur composition variée, doivent se mettre d'accord sur des questions fondamentales du droit: en effet, l'accord est trouvé *dans les principes supérieurs, dans les hautes valeurs juridiques*.

---

<sup>8</sup> Il y a certainement des auteurs qui essaient de construire ce système en partant de la doctrine de l'Eglise catholique. BIDEgain, BARRA, COVIELLO, etc. Comme nous le savons tous, un tel parallélisme est en train de se développer dans l'Islam.

<sup>9</sup> STARCK CHRISTIAN, *The Religious Origins of Public Law*, *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, pp. 621 et seq.; *Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten*, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 à 30; *Le christianisme et les Eglises dans leur signification pour l'Union Européenne et ses Etats membres*, dans MIRANDA JORGE, publication, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-768.

Les traités internationaux ne s'occupent pas seulement des crimes contre l'humanité. Les conventions des droits de l'homme, par exemple, incluent un éventail de droits individuels fondamentaux et supérieurs au droits des Etats. D'autres textes ont commencé à inclure des valeurs telles que l'équité, la justice et l'efficacité comme principes supranationaux (la Convention interaméricaine contre la corruption) ou ont établi des solides pratiques supranationales de comptabilité (la Convention internationale contre la corruption transnationale). On a averti que certaines mesures peuvent éroder la souveraineté nationale<sup>10</sup>, et les normes jusqu'ici établies ne font que le confirmer.

Il était impossible que les procédures internationales n'eussent pas un accueil national. A ce point, les pays commencent à se rendre compte, forcément, de la primauté des principes sur les lois et à reconnaître qu'il n'existe pas de si grande différence entre le fonctionnement du *common law* et du droit continental européen contemporain: tous les tribunaux utilisent la même méthode pour traiter une affaire. Ces "systèmes" juridiques sont et ont toujours été, tous deux, ni plus ni moins des solutions à des cas définis et particuliers, solutions qui, dans chaque procès, seront définitives grâce à la *res iudicata*, mais qui ne contiendront jamais la valeur de Vérité<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> PEDRIERI ALBERTO, Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità, dans UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, Mucchi Edizioni, Modena, 1996, pp. 1413 et seq.

<sup>11</sup> Les juges sont des êtres humains, donc ils sont faillibles. Beaucoup de gens ne sont pas d'accord avec la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis en faveur de Bush et contre Gore. Le tribunal (au-delà de ses arguments - nous raisonnons comme nous avons proposé dans le Chapitre V) a clairement privilégié la sécurité (en mettant un point final à un recensement de votes sûrement très long qui allait ajourner la décision formelle sur les élections présidentielles) par rapport à la justice (il aurait été alors évident que Gore soit le vainqueur si les erreurs existant dans le système avaient été corrigées). C'est de cela qu'il s'agit dans la justice: une procédure pour élaborer des décisions qui, dans un certain moment, seront finales, même si elles n'ont pas, ni peuvent avoir une valeur de vérité. La clé de l'ordre judiciaire c'est que les décisions judiciaires qui mettent fin à une affaire soient respectées. Tous les Nord-américains sont d'accord sur ce point. Ceux qui ne le sont pas n'ont pas encore compris ce que le droit est vraiment.

## ÉPILOGUE

### *1. Les prémisses*

#### *1.1. Sapere vedere*

J'AI EU l'idée de témoigner ce que j'ai appris et enseigné à travers ma vie académique de Ataliba Nogueira, dont le provocateur et prophétique *O perecimento do Estado* (1966) fut sa leçon d'adieu comme professeur de Théorie de l'Etat à São Paulo. Cet ouvrage aborde la mort de l'Etat comme il était perçu à cette période et annonçait la naissance de l'Etat tel que nous le connaissons aujourd'hui; en réalité, cet ouvrage ne traite pas tellement la disparition de l'Etat, il suggère plutôt de voir l'Etat comme en train de construire son propre avenir. Tel est le *sapere vedere*, une tâche difficile que proposait Michel-Ange.

J'ai copié aussi le style "de témoignage" et quelques paroles de Cardozo, et de plusieurs autres, comme une façon de rendre hommage à ces grands esprits. Pour cette raison j'encourage le lecteur à essayer de reconnaître les mots qui ne sont pas miens et d'identifier l'auteur original.

En somme, je dois mettre mon nom à la fin d'une longue liste d'hommes de droit qui, à travers le monde, ont contesté toutes les notions préconçues et abstraites qui considèrent le droit comme étant détaché de la réalité.

#### *1.2. L'égalité entre le common law, le droit continental européen et le nôtre*

Je voudrais ajouter une autre idée qui ne m'appartient pas: que le *common law* fonctionne exactement de la même façon que le droit continental européen qui, à son tour, fonctionne exactement comme notre droit argentin. Cette idée m'a été expliquée par Charles Breitel, mon enseignant et mon mentor dans le Tribunal administratif de la BID. A mon avis, les œuvres de Julio C. Cueto Rúa, un autre grand juriste de notre temps, peuvent aussi être lues comme appui de ce point de vue.

### 1.3. Courte bibliographie

On doit bien commencer l'étude du droit par quelque part, donc, je propose, à côté de ce livre, mon ouvrage *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*<sup>1</sup> et *La Administración Paralela. El parasistema jurídico-administrativo*<sup>2</sup>, qui a été traduit par le Professeur de droit administratif à l'Università di Bologna Dr Luciano Vandelli et publié sous le titre: *L' Amministrazione parallela. II "parasistema" giuridico-amministrativo*<sup>3</sup>, avec une introduction de Feliciano Benvenuti<sup>4</sup>.

J'y ai inclus les chapitres I du vol. 1 et 2 de mon *Tratado de derecho administrativo* avec quelques modifications et ajouts. Je crois que relire ces pages peut être utile à ceux qui sont versés en droit administratif<sup>5</sup>, mais sa version actuelle peut également intéresser ceux qui s'occupent d'autres secteurs du droit, ou même ceux qui n'ont pas de formation juridique.

De plus, je propose de lire Jhering et ses notes pleines d'esprit, où il utilise des pseudonymes et d'autres œuvres, réunies sous le titre *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*<sup>6</sup>, ainsi que Cueto Rúa<sup>7</sup> et Genaro Carrió<sup>8</sup>. Ces auteurs sont importants mais, bien sûr, insuffisants pour ceux qui vou-

<sup>1</sup> Publié à Madrid, 1988, par Civitas, 4ème réimpr., 2001. Disponible aussi gratuitement sur le site [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>2</sup> Publié à Madrid, 1982, par Civitas, 3ème réimpr., 2001. Disponible aussi gratuitement sur le site [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>3</sup> Ed. Giuffrè, Milan, 1997.

<sup>4</sup> Je conseille ces ouvrages avec peu de modestie, je l'admets.

<sup>5</sup> En effet, de nos jours, nous commençons des cours post-universitaires en utilisant cet ouvrage comme référence.

<sup>6</sup> Sous-titré *Ridendo dicere verum*, Civitas, Madrid, 1987, traduction de l'allemand *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

<sup>7</sup> Je recommande de lire au moins *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, et *El 'common law'*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

<sup>8</sup> Tout au long de ce petit livre, le lecteur constatera que ses ouvrages sont peu cités car je n'ai pas examiné tous les sujets dont il traite. C'était un maître dans le secteur de la pensée juridique et un personnage exemplaire. Je n'étais pas très proche de lui, même si j'ai eu l'occasion de travailler avec lui sur certaines affaires de droit privé. Je lui voue autant d'admiration et de reconnaissance qu'au juge Breitel. C'est pour cette raison que les éditions espagnole et anglaise de ce livre leur sont dédiées. La version française est dédiée à Guy Braibant, pour des raisons expliquées dans la *laudatio* que je lui ai consacrée à Spetses, en septembre 2002, EGPL/GEDP, *Laudatio of President Guy Braibant / Laudatio du Président Guy Braibant*, 2003, pp. 27-33. Le discours sera également publié dans la REDP.

draient savoir ce qu'est le droit (y compris, naturellement, les juristes eux-mêmes).

## 2. Mes premiers pas

### 2.1. L'hypothèse d'un futur étudiant de droit

Je suis né le 22 octobre 1938 dans un petit village appelé Ascensión, dans le département de General Arenales, de la Province de Buenos Aires. Quand j'étais à l'école primaire, nous avons déménagé à Avellaneda, une ville aux alentours de Buenos Aires. Après une série de déménagements, j'habite à présent dans le centre de Buenos Aires, mais ces changements successifs m'ont donné le goût pour un style de vie plutôt nomade - j'aime beaucoup voyager.

En 1955, j'avais 17 ans et j'étais sur le point d'achever mes études secondaires<sup>9</sup>. Afin de me préparer pour entrer à la Faculté de Droit de l'Université de Buenos Aires, j'ai lu *La lucha por el derecho*, de Jhering et quelques pages d'un ouvrage classique, *Introducción al Derecho*. Avec l'enthousiasme de la jeunesse, je me faisais des illusions sur ce que mon éducation juridique allait m'apporter, c'est-à-dire m'apprendre à discerner, dans chaque situation, si une personne avait un droit particulier sur une chose en particulier. Comme je me trompais!

### 2.2. L'étude et l'enseignement du droit

En décembre 1958, j'ai passé avec mérite mon dernier sujet et, en 1959, j'ai suivi les cours pratiques et obtenu mon diplôme. Pendant ces deux années, sous la direction de Rafael Bielsa, j'ai fait ce qu'on appelait, à ce temps-là, "Enseignement libre en droit administratif", qui consistait à un cours pratique d'enseignement et de recherche. Puis, en 1959, j'ai com-

---

<sup>9</sup> Depuis mon enfance, j'avais un penchant libertaire. J'ai toujours consenti plus d'effort à étudier seul qu'à suivre systématiquement des cours. J'ai toujours cherché à apprendre, sous n'importe quelle circonstance et dans n'importe quel moment de ma vie - même en vacances ou en voyage. J'ai commencé à étudier, par ma propre volonté, avant d'entrer à l'école primaire (il n'y avait pas d'école maternelle à ce temps-là, et je voulais lire les bandes dessinées des revues et des journaux et j'ai eu donc mon premier professeur particulier). Je souligne ce point parce qu'on a souvent dit que je conseille de ne pas étudier, ce que je n'arrive pas à comprendre. Voy. la note suivante.

mencé formellement mon doctorat et obtenu le titre de docteur en droit en 1960. En même temps je suis devenu professeur associé de Manuel María Diez, dans la même chaire où étaient aussi professeurs Jorge Tristan Bosch et Miguel S. Marienhoff.

J'ai été le premier d'une nouvelle génération à faire partie de ce groupe, avec Hector A. Mairal, Jorge A. Saenz, Graciela Reirz et d'autres futurs professeurs titulaires de droit administratif. Après dix années passées dans cet environnement d'enseignement et de recherche, je suis devenu, en 1969, par voie de compétition, professeur titulaire comme, peu après, le sont devenus les autres.

En faisant un pas en arrière, en 1961 - l'année après où je devins professeur associé à Buenos Aires - je suis devenu aussi, à travers un concours de sélection, professeur associé de Miguel S. Marienhoff à l'Université de La Plata. Je suis resté à ses côtés jusqu'à ce qu'il ait atteint la limite statutaire d'âge, en 1968, et, lorsque je fus nommé Doyen, en 1969, mon premier acte a été de proposer à l'Université de lui accorder le titre de *Professeur émérite*.

### 2.3. La réponse à la question de ma jeunesse. La première leçon de vie

Dans ces premières années, alors que je poursuivais toujours mes études, je commençai à travailler, en 1961, au bureau du Procureur du Trésor de la République Argentine. C'est là que j'ai commencé vraiment à apprendre, parce que, sincèrement, on n'apprend qu'en *faisant*.

C'est dans ce bureau que, quelques années plus tard, j'ai compris que mon hypothèse juvénile était fautive et hors de propos. "Savoir" ce que le droit signifie, était en réalité savoir que *je n'étais jamais sûr de rien* et que je ne savais pas si une personne avait des droits dans une situation précise, sauf s'il s'agissait des cas si évidents où il n'était pas nécessaire d'avoir étudié le droit pour le savoir.

Avec le temps, je suis arrivé à accepter que ce manque de certitude était normal, permanent, immuable et même souhaitable; que ce qui était vraiment important c'était les valeurs et les principes supérieurs du droit parce que, même s'ils ne nous fournissent pas de règles concrètes, ils nous orientent d'une manière inestimable. En bref, j'ai compris que le droit était pour des êtres pensants et pas pour des automates.



#### 2.4. *Etudier, toujours étudier. Mais cela ne suffit pas*

Je me rappelle un conseil que m'a donné un ancien juriste il y a longtemps, en 1955: en apprenant que j'étais en train d'étudier pour mes cours, il m'a dit que, en réalité, il était plus important d'étudier *après* avoir obtenu le diplôme, et que pendant mes années à l'université je devais étudier au minimum; il ajouta que je ne devais pas faire confiance à tout ce qu'on m'apprenait à l'Université, parce que cela n'avait rien à voir avec la profession d'avocat.

De nos jours, quand les parents veulent guider leurs enfants, et me demandent de leur donner quelques conseils, je leur dis la même chose; généralement les parents pensent que je leur conseille qu'*étudier n'est pas nécessaire*<sup>10</sup>. Evidemment, *il est nécessaire* d'étudier, et même beaucoup et *toujours*, en dépit du fait qu'une personne apprend seulement à travers la pratique et l'expérience et à cause des changements incessants dans le droit et le cadre extérieur (politique, économique et factuel). Les faits dans chaque cas sont toujours nouveaux; et la même chose vaut pour le contenu. Qui peut arriver à devenir un bon avocat sans devoir étudier en profondeur tous les détails, tout le temps et dans chaque cas? Il y aura toujours de nouveaux traités, de nouvelles lois, de nouvelles jurisprudences et de nouvelles réalités dans lesquelles il faut insérer le système juridique; ignorer tout cela c'est assurer l'échec final. Du moins son propre échec.

Certes, personne ne peut devenir un bon avocat sans étudier constamment tout le système juridique, y compris ses lois, ses jugements, sa doctrine. Mais, si cette tâche est *sine qua non*, elle ne suffit pas. On doit étudier aussi la réalité du droit et la manière de s'en approcher; mais si cela est aussi *sine qua non*, il est matériellement impossible, parce que l'homme ne peut en réalité déterminer toute la vérité. En effet, c'est ici que l'on retrouve les grands échecs des avocats débutants. Mais cela fait, hélas, inévitablement partie de leur vie professionnelle.

A cet égard, étudier et enseigner le droit doit servir à éviter les erreurs et doit aider les étudiants à comprendre la manière de travailler.

---

<sup>10</sup> Aucun des étudiants qui a passé des examens avec moi ne pourra dire une telle chose, mais ce qui est vrai c'est que je n'examine pas mes étudiants sur ce qu'ils ont lu dans mes livres.

### 2.5. La deuxième leçon: essayer de voir la réalité

J'ai appris au cours de ma carrière qu'il est impossible de voir clairement la réalité, qu'on se trompe tout le temps, et qu'il existe des erreurs qui peuvent être importantes et impardonnables. Cela doit être enseigné - et appris - afin d'améliorer notre connaissance générale.

Avec intelligence, cependant, on peut apprendre de ses propres erreurs. Avec plus d'intelligence encore, on peut apprendre des erreurs des autres. L'erreur est simplement humaine, et ne doit pas être considérée comme un échec personnel, ou être l'objet de blâme ou de honte. Bien sûr, on doit essayer de ne pas faire deux fois la même erreur, mais commettre une nouvelle erreur fait partie du processus d'apprentissage.

En guise d'exemple, examinons la loi qui oblige les produits importés à porter une étiquette qui indique leur pays d'origine. Il s'agit, paraît-il, d'une norme très claire et qui ne peut donner lieu à quelconque confusion. Cependant, dans le cas en question, l'administration infligea une amende à un importateur parce que l'étiquette ne s'y conformait pas. L'importateur fit recours à la justice et le juge confirma, en premier ressort, l'amende, parce que l'étiquette n'indiquait pas le pays d'origine. La Cour d'appel renversa, après, ce jugement parce que l'étiquette indiquait que le produit provenait de l'Union Européenne, ce qui constituait une identification suffisante. Cette cour développa toute une série de bons arguments pour surmonter la disposition qui exigeait l'indication précise du pays d'origine. Ce fut une décision laborieuse et juridiquement correcte, qui prit en considération que la *loi* en soi n'était ni injuste ni arbitraire, mais que son application dans ce cas-là l'était.

Jusque-là, tout semble clair. Mais la chose devient assez comique lorsqu'on constate que dans l'arrêt on a transcrit en entier la légende de l'étiquette, qui disait: "Fabriqué à l'Union Européenne (puis il y avait deux ou trois lignes de texte), Tolède, Espagne"<sup>11</sup>. C'est-à-dire, que l'étiquette indiquait, bien à la fin, le pays d'origine! Ni l'administration qui imposa l'amende à l'importateur, ni le juge qui la ratifia, ni la Cour d'appel qui la renversa, ni les avocats qui plaidèrent le cas, ne remarquèrent ce détail. Si l'avocat du demandeur avait remarqué et mis l'accent sur l'existence de ce texte dans l'étiquette, il aurait gagné l'affaire sur base de ces motivations plutôt qu'au moyen d'un procédé compliqué et superflu de réinterprétation de la loi.

---

<sup>11</sup> CNCom. [Cour d'appel commerciale nationale], Chambre E, *Plan Rombo*, ED, 8-II-2000, p. 7, chap. II.

Tout cela pour montrer que l'avocat dans ce cas-ci ne doit pas seulement s'entraîner à lire et à comprendre les réinterprétations possibles de la loi en question dans son application injuste dans une affaire, *il doit aussi s'entraîner à lire les étiquettes*. Ce n'est pas une plaisanterie, et celui qui croit qu'il s'agit d'une plaisanterie n'a pas bien compris ce livre. Si on ne lit pas l'étiquette correctement, tout ce qui suit est inutile et, encore pire, erroné<sup>12</sup>.

Pourtant, le lecteur ne doit pas dénoncer l'avocat, les parties ou les juges de cette procédure. Le lecteur doit savoir que l'erreur, même si elle est évidente, est normale; *sapere vedere* est extrêmement difficile pour les êtres humains; la *perfection* dans le *sapere vedere* est impossible. Comme dit Leibniz, les données de la réalité sont infinies, c'est notre capacité de les percevoir qui est limitée.

### 3. Mon apprentissage juridique

#### 3.1. La fonction publique

Maintenant, je voudrais répéter quelque chose que je crois fermement: que c'est dans les premières et meilleures années de ma vie professionnelle, en travaillant dans le bureau du Procureur du Trésor de la République Argentine, de 1961 à 1968, que j'ai *appris le droit* (s'il vous plaît, lisez bien: je ne l'ai pas appris à l'université)<sup>13</sup> en rédigeant les brouillons d'avis et en même temps je recevais les enseignements d'un extraordinaire avocat, Rafael Castro Videla.

Après cette période chez le Procureur du Trésor, j'ai eu d'autres postes auxquels je ne m'attendais pas, et j'ai fini comme doyen de la Faculté de droit à La Plata, en 1969, et de Buenos Aires, en 1973. Plus tard, en 1983-84, je suis passé brièvement par l'Institut National d'Administration Publique.

---

<sup>12</sup> Il y a un autre cas excellent, pour plusieurs raisons que nous expliquons plus tard, qui a trait aussi avec la lecture des étiquettes. Voy. *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. y Com. [Cour d'appel civile et commerciale nationale fédérale], Chambre II, 2000, LL, 2000-C, 696.

<sup>13</sup> Ce n'est pas dû au fait qu'il n'y avait pas de professeurs pour nous enseigner comment travailler, mais parce que j'ai "appris" à tort par mes amis qu'il valait mieux les éviter: trop de travail, trop d'insécurité. La situation se répète encore de nos jours, mais avec un facteur aggravant: le marché de l'emploi est limité. Et si les étudiants souhaitent améliorer leurs chances de succès, ils doivent poursuivre une formation post-universitaire à l'étranger. C'est plus cher et demande beaucoup plus de temps que de bien étudier dès le début.

### 3.2. *Avocat-conseil dans le secteur public et privé*

Au niveau international, j'ai offert mes services pendant plusieurs années au secteur public. Au niveau national, j'ai fait alternativement l'avocat-conseil du secteur public et des clients du secteur privé pendant plus de quatre décennies. Je maîtrise bien "les deux côtés de la médaille", et j'essaie d'appliquer toujours cette double approche aux questions, parce que pour travailler comme juriste il est essentiel de comprendre l'objectif d'une situation déterminée, mais aussi la stratégie de l'autre partie.

### 3.3. *Stage au Conseil d'Etat français*

En 1984, j'ai fait un stage au Conseil d'Etat, en France, à côté de Guy Braibant; j'ai eu le privilège, pas tout à fait habituel, d'être présent aux débats de l'Assemblée Restreinte et d'autres comités internes. Cette expérience m'a confirmé, une fois de plus, que *le droit, dans sa pratique concrète, est une expérience universelle*.

C'est une erreur de croire que c'est seulement dans le monde du *common law* qu'on fait des réflexions empiriques; s'il y a des gens qui ne sont pas de cet avis, c'est à leur propre risque et à leur propre préjudice intellectuel. Partout j'ai eu l'occasion de m'entretenir avec des juristes expérimentés, j'ai donné des cours de séminaire exclusivement pour des magistrats, et tous ces gens, quel que soit le système juridique duquel ils provenaient, analysaient les problèmes en utilisant des méthodes similaires et arrivaient ainsi à des conclusions similaires.

### 3.4. *Membre de tribunaux administratifs internationaux*

Une des expériences qui m'a le plus enrichi c'est d'avoir fait partie de plusieurs tribunaux administratifs: j'ai travaillé pendant cinq années auprès du Tribunal administratif du BID, où j'ai fini comme président, et neuf années au Tribunal administratif du FMI. Depuis 2002, je suis aussi juge du Tribunal administratif de l'OEA.

Dans les tribunaux internationaux (composés, naturellement, par des magistrats de différentes nationalités provenant, donc, de cultures et systèmes juridiques différents)<sup>14</sup> j'ai vérifié l'accomplissement de ce qui est

---

<sup>14</sup> Dans ces tribunaux j'ai eu le grand honneur et privilège de travailler, naturellement à de moments différents, avec un juge américain, qui avait été ma-

toujours établi dans leurs statuts, que *les juges ne peuvent ni appliquer ni invoquer leur propre droit national*.

Si les juges ne peuvent pas invoquer leur propre droit national (constitutions, lois, jurisprudence, doctrine), le seul champ d'action commun est celui qui est constitué par les quelques règles expresses qu'ils doivent observer et les principes et valeurs supérieurs qu'ils acceptent en commun et dont la liste se répète partout dans le monde avec, seulement, quelques modifications de temps en temps selon la période en question ou le pays: le raisonnable, proportionnalité, procédure régulière, bonne foi, prudence, ne pas porter atteinte aux autres, etc.

D'autres tribunaux internationaux fonctionnent de la même façon: la Cour internationale de justice, la Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cela vaut également pour les tribunaux internationaux d'arbitrage, bien que les traités ou les compromis arbitraux leur demandent de décider conformément au droit national<sup>15</sup>. La magistrature fonctionne, nous le verrons, de la même manière. La Cour pénale internationale suit aussi ce modèle.

---

gistrat une vie entière; avec un éminent juriste américain, spécialiste en droits de l'homme; avec un professeur suisse, qui est actuellement le président de la Cour européenne des droits de l'homme; avec le président à ce moment-là de la Cour Suprême de Barbados; avec le président à cette époque de la Cour Suprême de Jamaica; avec le président à cette époque de la Cour internationale de justice; avec un magistrat du Conseil d'Etat français; avec un professeur japonais; avec un professeur égyptien; avec des magistrats de notre région: un Costaricain, deux Brésiliens, un Mexicain, un Salvadorien et un Vénézuélien. J'ai eu, en plus, nombre de rendez-vous avec des professeurs et magistrats locaux, et des entretiens informels mais brillants avec des membres de la Cour constitutionnelle italienne, de la Cour Suprême des Etats-Unis, de la Cour Suprême du Brésil et de la Cour Constitutionnelle du Chili. Il serait absurde de prétendre qu'ils disaient tous ce que je dis ici, mais il serait aussi injuste de ne pas reconnaître que je leur dois beaucoup. Dans notre profession, quand on travaille avec d'autres professionnels expérimentés, on apprend les mêmes leçons vitales. Personne, parmi tous ces juristes qui exercent activement la profession d'avocat, de fonctionnaire de l'Etat ou de juge, ne m'a jamais appris quelque chose qui soit entièrement en désaccord avec ce que je viens d'expliquer ici. Mes collègues de l'université, en revanche, ne pensent pas toujours ainsi.

<sup>15</sup> Des fois la règle indique que le tribunal devra appliquer aussi les principes du droit international, comme dans le cas des traités bilatéraux entre la République Argentine et la République Sud-africaine (loi 23.352), art. 9.4 *in fine*.

### 3.5. Enseignement et recherche

Pendant plus de quarante années, j'ai travaillé avec zèle comme professeur, à temps partiel mais de façon continue. J'ai dédié, et je dédie toujours, mes meilleurs efforts à la recherche<sup>16</sup>, à écrire et à publier, à voyager, à assister à des conférences et des congrès internationaux (parce que la diversité nous enrichit, l'homogénéité ne le fait pas) et à écouter des collègues (magistrats, professeurs, avocats, fonctionnaires) ayant des profils différents et provenant de pays différents. J'ai entendu des magistrats dire en privé des choses qu'ils ne diraient pas publiquement, parce que dire certaines choses en public ne fait pas partie de leur profession (le juge parle à travers ses décisions, il ne doit pas les expliquer oralement). Par contre, j'écoute toujours des collègues du monde universitaire - d'Argentine et de différents pays européens - et je constate leur surprise quand un magistrat - de n'importe quel pays - leur explique la simple réalité de la raison et de la manière qu'une affaire a été jugée de telle ou telle manière.

### 3.6. Les leçons de l'expérience

J'ai lu ce mot qui dit que la démocratie ou l'Etat de droit n'est pas un gouvernement d'hommes mais de lois. J'ai aussi lu le contraire: que la démocratie a besoin de juges pour contrôler le pouvoir et d'une société qui supervise les juges, parce que les hommes se trompent toujours et n'obéissent pas toujours aux lois, même si elles sont claires. J'ai appris qu'il est fondamental que ceux qui exercent le pouvoir soient divisés, séparés et contrôlés par des magistrats: *a) étrangers au litige* (des tiers n'ayant aucun intérêt dans la procédure), *b) indépendants* (non soumis aux ordres ou aux instructions de quiconque par rapport à la prise de décisions), *c) des instances de révision* (au minimum une *double instance plénière*, plus une autre instance *extraordinaire*) et *d) contrôle social* (nous devons surveiller

---

<sup>16</sup> Exception faite de ma thèse doctorale, que j'ai faite en 1958-59 avec une bourse d'études d'Initiation scientifique de l'organisme connu aujourd'hui comme CONICET. Faire des recherches et devoir rendre des comptes à autrui n'est pas idéal. Je ne suis pas resté satisfait de la thèse et je n'ai jamais publié le résultat, un ouvrage volumineux de 558 pages, pas du tout nécessaire. (Je voulais *montrer* mon *travail matériel*; j'ai négligé la *qualité* du résultat *intellectuel*). Je préfère la recherche libre et un peu chaotique; je commence des projets, j'y travaille ou pas, je les complète ou je les abandonne, sans rendre de comptes à personne sauf à moi-même et, bien entendu, à mes lecteurs.

ce qu'ils font). Un bon Sénat, un organisme indépendant de contrôle des magistrats et un *ombudsman* judiciaire peuvent également aider.

Je me suis rendu compte que, quoique l'on doive travailler avec des cas précis, il est faux de chercher des solutions prédéterminées qui ne sont pas certaines, même si elles sont présentées *ex post*. Dans mon chemin vers ces conclusions, j'ai une fois de plus rencontré Jhering, cette fois dans sa vive controverse avec Savigny (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*).

#### 4. Les essais. Les temps

Après un point de départ kelsenien-axiologique-empirique, dans mon *Introducción al derecho administrativo*, de 1962, j'ai commencé à exposer ces nouvelles explications, d'abord dans la deuxième édition de *El acto administrativo*, en 1969, et puis, à partir 1974, dans les éditions successives du volume I de mon *Tratado*. Ensuite, en 1984, j'ai davantage étoffé le sujet dans ma *Teoría general del derecho administrativo*, publiée à Madrid en 1984. Puis, j'ai poursuivi un ouvrage que j'ai fait pendant mon stage au Conseil d'Etat français, qui n'a pas été publié, mais que j'ai présenté en 1985 aux cours de doctorat en droit administratif de l'Université de Paris II, sur une aimable invitation d'Yves Gaudemet. J'ai fait un bilan de ces idées en 1988 dans *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer* et, après j'ai continué à réfléchir. J'ai ajouté au deuxième volume de mon traité - *La defensa del usuario y del administrado* - un premier chapitre à propos de la preuve: sans preuve il n'y a pas de droit.

J'ai formulé un nouveau bilan, actualisé et élargi, l'année dernière dans *l'Académie de droit public européen*, en Grèce, où j'ai donné un cours sur *Le common law et le droit continental européen*, grâce à l'invitation de mon ami et éminent collègue, Spyridon Flogaitis. J'ai également participé à un travail de collaboration, en rédigeant des notes à l'ouvrage d'Alejandro Nieto, *Los límites del conocimiento jurídico*<sup>17</sup>.

Je crois que cet ouvrage, *Une introduction au droit*, est maintenant prêt à être publié, non pas parce qu'il est bon, mais plutôt parce qu'il est temps d'écouter davantage d'opinions et d'expériences et parce qu'il est temps de partager des réflexions dans un environnement plus élargi.

---

<sup>17</sup> Madrid, Trotta, 2003, où je continue à développer comment le droit est réellement fait dans le monde entier.

## TABLE DES MATIÈRES

|  |    |
|--|----|
| CHAPITRE I. SEUIL .....  | 13 |
| 1. A propos du titre.....  | 13 |
| 2. Un livre pour les avocats et pour ceux qui ne le sont pas.....                          | 14 |
| 3. Une bibliographie minimale .....  | 14 |
| 4. Sauter des pages et des chapitres.....  | 15 |
| 5. Philosophie et méthodologie .....   | 16 |
| 6. Le droit et les meubles de la maison.....   | 16 |
| CHAPITRE II. QU'EST-CE QUE C'EST LE DROIT?.....  | 17 |
| 1. Une science de problèmes .....  | 17 |
| 2. Des principes et des valeurs, et non des "concepts" .....                               | 19 |
| 3. La connaissance du droit .....  | 21 |
| 4. La procédure régulière, le droit soviétique et le droit naturel.....                    | 22 |
| 5. Concepts et faits .....   | 23 |
| 6. Le <i>common law</i> et le droit continental européen.....                              | 23 |
| 7. La construction du droit dans les tribunaux internationaux.....                         |    |
| 8. Analyse comparative générale de certains tribunaux nationaux<br>et internationaux ..... | 26 |
| 8.1. En général, ils n'ont pas un travail excessif.....                                    | 27 |
| 8.2. Les cas sont décidés promptement et au fur et à mesure.....                           | 27 |
| 8.3. Les erreurs sont moins fréquentes .....   | 28 |
| 8.4. La composition du tribunal est plus riche.....  | 28 |
| 8.5. L'indépendance et l'impartialité sont mieux préservées .....                          | 30 |
| 8.6. Il y a davantage de contrôle social .....   | 30 |
| 8.7. La préparation des cas.....   | 31 |
| 8.8. Chaque tribunal établit ses propres règles de procédure .....                         | 31 |
| 8.9. Quelques conclusions.....   | 32 |
| CHAPITRE III. LES FAITS DU CAS: FAITS ET PREUVES .....                                     | 33 |
| 1. L'importance du cas.....  | 33 |
| 2. L'importance des faits.....   | 34 |
| 3. La difficulté de déterminer les faits .....   | 36 |



|  |    |
|--|----|
| 4. L'analyse des preuves déjà existantes.....  | 37 |
| 4.1. Avocats .....   | 38 |
| 4.2. Fonctionnaires et magistrats .....  | 39 |
| 4.3. Les faits "non significatifs" .....   | 40 |
| 4.4. Remarques générales .....   | 40 |
| <br>CHAPITRE IV. D'AUTRES CONSIDÉRATIONS SUR LA PREUVE DES DROITS ...                | 51 |
| 1. Introduction .....  | 51 |
| 2. Unité de preuves dans des procédures différentes .....                            | 55 |
| 3. La création du droit vs. l'application du droit: Vérité et preuve .....           | 56 |
| 4. Dispense de preuve.....   | 57 |
| 5. La preuve dans les pouvoirs discrétionnaires<br>et les pouvoirs réglementés ..... | 58 |
| 6. L'interdiction de " <i>venire contra factum proprium</i> " .....                  | 59 |
| 7. La preuve devant le tribunal .....  | 59 |
| 8. Production de la preuve par voie privée .....                                     | 60 |
| 8.1. Témoignages .....   | 60 |
| 9. La preuve obtenue illégalement.....   | 61 |
| 10. La plaidoirie informelle.....  | 61 |
| 11. Preuve et respect de la vie privée .....   | 62 |
| 12. Moyens de preuve.....  | 63 |
| 12.1. Photographies et vidéos.....   | 64 |
| 12.2. Fax, télex, etc. ....  | 64 |
| 12.3. Enregistrements téléphoniques.....   | 65 |
| 12.3.1. Enregistrements par téléphone fixe.....                                      | 65 |
| 12.3.2. Téléphones portables et autres enregistrements.....                          | 65 |
| 12.4. D'autres moyens de preuve .....  | 66 |
| <br>CHAPITRE V. COMMENT LIRE UN JUGEMENT.....  | 69 |
| 1. Savoir lire .....   | 69 |
| 1.1. Savoir lire: comment commencer.....   | 69 |
| 1.2. Savoir lire la fin.....   | 70 |
| 1.3. Les petits caractères illisibles.....   | 70 |
| 1.4. Les écritures cachées.....  | 71 |
| 1.5. Savoir lire ce qui est évident .....  | 71 |
| 1.6. Savoir lire ce qui n'as pas été écrit .....                                     | 71 |
| 2. Mettre en pratique le savoir lire.....  | 72 |
| 2.1. ... pour lire une loi .....   | 72 |

|   |        |
|---|--------|
| 2.2. ... pour lire un contrat: attention aux faits.....                                       | 72     |
| 2.3. ... pour lire des livres.....  | 73     |
| 3. La décision juridique.....   | 73     |
| 3.1. La formation de l'hypothèse initiale.....  | 74     |
| 3.2. Comment sont construits les fondements.....  | 75     |
| 3.3. L'explication de la décision.....  | 76     |
| 3.4. La politique juridique derrière la décision et son explication..                         | 78     |
| 3.5. Pour lire un jugement.....   | 79     |
| 4. La difficulté à trouver l'objet du jugement<br>(ce que le juge décide, ce qu'il fait)..... | 80     |
| 5. Ce que l'on doit chercher: ce qu'est le jugement ou ce qu'il décide.....                   | 81     |
| 6. Découvrir le jugement.....   | 82     |
| 6.1. Savoir lire.....   | 82     |
| 6.2. La description et le raisonnement de droit et de fait.....                               | 83     |
| 7. Ce que le jugement dit "en plus" ou "en moins".....  | 84     |
| 7.1. <i>Chocobar</i> .....  | 85     |
| 7.2. <i>Peralta</i> .....   | 87     |
| 7.3. <i>Allevato</i> .....  | 87     |
| 7.4. <i>Pereyra</i> .....   | 89     |
| 8. L'intérêt du sujet ou l'intérêt du jugement.....   | 90     |
| 8.1. <i>Dictum</i> et <i>holding</i> .....  | 91     |
| 8.2. Forme vs. substance.....   | 91     |
| 9. L'excès d'information.....   | 91     |
| 9.1. Les recueils officiels de jurisprudence.....   | 93     |
| 9.2. La sélection par livres: ses limites.....  | 93     |
| 9.3. La sélection à travers les sommaires des revues.....                                     | 94     |
| 9.4. La sélection personnelle: ses problèmes.....   | 94     |
| 9.4.1. Se tenir informé quotidiennement.....  | 94     |
| <br>CHAPITRE VI. LE LANGAGE COMME MÉTHODE.....  | <br>97 |
| 1. Le besoin d'une méthodologie.....  | 97     |
| 2. La structure ouverte du langage commun et du langage juridique.....                        | 98     |
| 3. L'usage commun.....  | 98     |
| 4. La structure ouverte du langage.....   | 98     |
| 5. L'usage commun et la liberté de stipulation.....   | 100    |
| 6. La définition des termes juridiques<br>comme problème méthodologique.....                  | 101    |
| 7. Eléments dont on devra tenir compte pour stipuler des définitions.....                     | 102    |
| 8. Définition et classification.....  | 103    |

|   |         |
|---|---------|
| CHAPITRE VII. LA “CERTITUDE” QUE DONNE LE POUVOIR .....                               | 107     |
| 1. Certitude .....  | 107     |
| 2. Au service du pouvoir .....  | 108     |
| 3. La certitude selon le pouvoir du moment .....                                      | 108     |
| 4. La loi au service du pouvoir .....   | 109     |
| 5. L’usage émotionnel, politique et axiologique du langage.....                       | 110     |
| 6. Des “lois” qui ne sont pas des lois.....   | 111     |
| <br>CHAPITRE VIII. L’INTERNATIONALISATION CROISSANTE DU DROIT .....                   | <br>113 |
| 1. Introduction .....   | 113     |
| 2. Réalité supranationale, économique et juridique,<br>au début du XXIème siècle..... | 113     |
| 2.1. Les droits individuels dans le droit supranational .....                         | 115     |
| 2.2. La coordination entre la législation nationale<br>et internationale .....        | 116     |
| 2.3. Une réglementation internationale croissante.....                                | 117     |
| 3. Différentes sources supranationales .....  | 119     |
| 3.1. Les traités en général.....  | 119     |
| 3.2. Le cas particulier de la Convention américaine<br>des droits de l’homme.....     | 119     |
| 3.3. Autres conventions sur les droits de l’homme .....                               | 121     |
| 3.4. La jurisprudence et les avis consultatifs supranationaux.....                    | 121     |
| 3.5. Transactions et compromis internationaux.....                                    | 122     |
| 4. Caractéristiques générales .....   | 124     |
| 4.1. Le droit interne.....  | 125     |
| 4.2. Abrogation <i>ipso jure</i> .....  | 125     |
| 4.3. Application législative et judiciaire.....                                       | 126     |
| 4.4. Le caractère supranational.....  | 126     |
| 4.5. Pas de dénonciation unilatérale .....  | 128     |
| 5. La coordination entre la justice nationale et la justice supranationale. 129       |         |
| 5.1. La Cour interaméricaine des droits de l’homme .....                              | 129     |
| 5.2. Les “conditions d’efficacité” des traités .....                                  | 130     |
| 5.3. L’efficacité des avis consultatifs.....  | 130     |
| 5.4. La suprématie sur “n’importe quelle” norme<br>du droit interne .....             | 131     |
| 5.5. Son application à travers la jurisprudence nationale .....                       | 131     |
| 5.6. Les mesures “d’autre nature” .....   | 132     |
| 5.7. Le droit au jugement dans un délai raisonnable .....                             | 133     |