

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 consiste¹ en des lois, en des règles, en des normes en général². Je prends parti dans cette question³ 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.

¹ Voy. Chapitre VI.

² 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.

³ Voy., encore, Chapitre VI.

affaire de droit, la seule règle est qu'il n'y a pas de règles⁴; il y a, par contre, des cas concrets, individuels⁵.

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 pas⁶.

Sans règles, donc, qu'est-ce qu'il nous reste? Pour citer encore une fois Cardozo⁷, il existe des idées et des principes généraux⁸, et grâce à l'application de ces valeurs générales à des faits particuliers, on aboutit à la solution des cas⁹. On trouve toujours des "faits particuliers", parce que tous les cas sont différents¹⁰, soit parce qu'on reçoit des informations nouvelles¹¹, 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

⁴ 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.

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

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

⁷ *Op. cit.*, p. 161.

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

⁹ 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.

¹⁰ POPPER: Voy. référence *infra*, Chapitre III, note 1.

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

social différent¹². 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”

Jhering¹³ 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”¹⁴. 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 régulière¹⁵ et ses

¹² 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.

¹³ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, supra*, Chapitre I.

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

¹⁵ 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 raisonnable¹⁶, la proportionnalité¹⁷ 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-discrimination¹⁸.

Il y a beaucoup d'autres idées, constamment révisées, qui ressemblent à celle de la procédure régulière, telles que: impartialité¹⁹, *audi alteram partem*²⁰, *détournement de pouvoir*²¹, "pouvoir discrétionnaire zéro" ou "unique solution juste"²², certitude juridique, sécurité ou stabilité²³, la clause *rebus sic stantibus*²⁴, bonne foi²⁵, et confiance légitime²⁶. Nous pou-

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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

²⁰ *Tratado...*, *op. cit.*, vol. 2, chapitre IX, § 10.

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

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

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

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

²⁵ 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.

²⁶ 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 valables²⁷.

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.

²⁷ 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 alternative²⁸.

²⁸ 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 émergents²⁹, 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.

²⁹ 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 administratifs³⁰ 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 cas³¹. 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 excessif³²

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-

³⁰ 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".

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

³² 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 monde³³, 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 connaissance³⁴. 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 approfondi³⁵.

³³ 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.

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

³⁵ 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'administration³⁶.

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'origine³⁷. 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

³⁶ 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.

³⁷ 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%³⁸ des réussites de la Cour.

³⁸ 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.