

Perspectives régionales⁴³

Les vues exprimées sont celles des auteurs, et non du Bureau Permanent, de la Conférence de La Haye ou de ses États membres.

Les liens entre les mondes du *common law* et du droit civil en Amérique du Sud

Par Graciela TAGLE, Juge de la Ville de Cordoba, Argentine⁴⁴

Le système juridique de droit civil des États d'Amérique latine se définit de plus en plus par la présence du constitutionnalisme. Celui-ci impose aux juges de considérer non seulement le droit codifié et écrit, mais aussi les principes généraux du droit, de manière à garantir le plein respect des droits et de juger des affaires que la norme positive ne couvre pas.

Le droit codifié n'a rien perdu de sa pertinence, mais l'incorporation progressive dans le droit civil de critères donnant la primauté au droit constitutionnel sur la jurisprudence et l'histoire constitutionnelle entraîne d'importantes transformations. Le système du *common law* se caractérise essentiellement par la protection des droits dans les cas particuliers. Le système actuel, en ouvrant le contrôle normatif des lois aux juges dès lors qu'un conflit est résolu, promeut une pratique réunissant les deux systèmes – *common law* et droit civil.

Le modèle du constitutionnalisme hiérarchise les droits de telle manière que les lois doivent se soumettre aux principes constitutionnels. Le contrôle constitutionnel, comme celui du *common law*, donne aux magistrats le pouvoir de décider si une loi est conforme à la Constitution et les oblige à l'interpréter et à l'appliquer conformément à ses principes fondamentaux. L'évolution jurisprudentielle en Amérique latine cherche à lier les deux mondes – droit civil et *common law* – par un néoconstitutionnalisme qui, en tant que processus historique, nous apporte une conception plus proche de la réalité juridique et une vision doctrinaire et institutionnelle de la fonction que les juges sont appelés à exercer dans une démocratie constitutionnelle. Le néoconstitutionnalisme repose sur trois concepts fondamentaux :

- a) L'incorporation, dans la Constitution, d'un ensemble de droits fondamentaux – les nouvelles constitutions d'Amérique latine épousent la constitutionnalisation de certains principes de justice matérielle visant à éclairer l'ensemble du système juridique. C'est le cas par exemple de la Constitution du Brésil (1988), mais aussi de celles de la Colombie (1991), de l'Argentine (1994) et d'Équateur (2008). Dans cette transformation, la constitution revêt l'importance de la loi et sa suprématie est garantie par les cours constitutionnelles, surtout à travers l'œuvre de protection et de développement des droits de l'Homme

⁴³ Le Bureau Permanent accueille favorablement tout commentaire et point de vue différent.

⁴⁴ L'auteur est membre du Réseau international de juges de La Haye pour l'Argentine.

accomplie par les juges constitutionnels. C'est une profonde transformation de l'ordre juridique qui est à l'œuvre dans ces pays. Autrefois considérée comme une orientation politique à l'intention du Parlement, la constitution devient la loi suprême directement applicable, énoncée principalement à l'intention des tribunaux, surtout la Cour constitutionnelle.

- b) Des juges en tant que protagonistes – l'activisme judiciaire – processus au cœur duquel se place la tâche d'interprétation, qui façonne le droit. Le juge fonde sa décision sur les principes dérivés de la Constitution. Les tribunaux sud-américains ont réglé des conflits portant sur des questions institutionnelles transcendantes (comme les droits des peuples indigènes, les minorités, les problèmes de marginalisation, les garanties démocratiques, les questions d'environnement) sur la base de ces principes.
- c) La théorie constitutionnelle contribue à définir la portée et le sens des clauses relatives aux droits fondamentaux en corrigeant les défauts systématiques qui peuvent apparaître dans les textes par la résolution des lacunes ou des incohérences qu'ils peuvent présenter.

La thèse proposée par cette doctrine du néoconstitutionnalisme a été incorporée au droit constitutionnel argentin, en particulier par la réforme constitutionnelle de 1994 et certains des arrêts les plus récents de la Cour suprême argentine.

Comme on peut l'observer, ce mouvement contribue, à travers la participation active des juges, à donner une vraie tangibilité aux droits de l'Homme. En effet, en liant les deux systèmes, le juge ne se soumet pas froidement au texte de loi, il recherche la justice dans l'espèce qu'il est amené à trancher. Tout comme les juges de *common law* peuvent s'écarter des précédents dans la recherche d'une solution à un cas particulier, les juges de droit civil doivent exercer le contrôle constitutionnel et conventionnel des normes afin de garantir les droits fondamentaux. Les juridictions nationales et les juridictions constitutionnelles exercent un contrôle de constitutionnalité, qui consiste à « comparer » la constitution et les normes qui lui sont inférieures, la primauté étant donnée à la première. Pour sa part, le contrôle de conventionnalité est un mécanisme qu'un juge national devrait appliquer en premier lieu, et qui consiste à « comparer » le droit local et le droit supranational, afin de garantir l'efficacité des instruments internationaux, découlant des traités, du *jus cogens* ou de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Cette tâche sera ensuite exercée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme si l'affaire lui est soumise. La hiérarchie des normes veut que lorsqu'un État a ratifié un traité international comme la Convention américaine, ses juges y sont également soumis, ce qui les oblige à s'assurer que son efficacité n'est pas diminuée ni anéantie par l'application de lois contraires à ses dispositions et à ses objectifs. Autrement dit, les organes judiciaires doivent non seulement exercer un contrôle constitutionnel, mais aussi un contrôle d'office de conventionnalité entre les normes internes et la Convention américaine.

On observe clairement une tendance à s'éloigner du principe selon lequel les droits de l'Homme sont valides pour autant qu'ils sont reconnus par la loi, pour se rapprocher du principe selon lequel les lois et autres normes juridiques sont valides pour autant qu'elles respectent le contenu essentiel des droits de l'Homme, lesquels bénéficient aujourd'hui de garanties constitutionnelles suffisantes pour être tangibles. Ainsi s'instaure et se diffuse une culture juridique non plus basée sur des normes ou des obligations juridiques, mais inspirée par des droits. Cette nouvelle réalité conduit à développer la fonction et l'importance du pouvoir judiciaire, qui joue un rôle institutionnel essentiel.

Le néoconstitutionnalisme implique donc une importante altération de la structure fondamentale du système des sources du droit civil, puisque d'une part, y sont incorporés de nouveaux traités internationaux contenant de multiples dispositions conçues pour gouverner les relations internes entre sujets de droit et que, d'autre part, le juge peut directement appliquer la constitution sans que l'action législative soit indispensable. Un modèle activiste du pouvoir judiciaire qui protège les droits de l'Homme pour leur conférer leur pleine validité pratique est donc encourageant.

Comme on peut l'observer, le néoconstitutionnalisme touche une fois de plus à la question complexe du rôle des juges, en particulier ceux qui sont chargés du contrôle de constitutionnalité, puisqu'ils doivent contrôler et même représenter les autres pouvoirs pour garantir les droits et faire respecter la Constitution. Bref, ce sont les juges qui actualiseront la loi et le système juridique et qui les dynamiseront pour les adapter aux nouvelles réalités et aux nouveaux besoins. Cette tâche pose une double difficulté : se garder d'une conception par trop relativiste des droits de l'Homme et contrôler la pratique des juges afin de ne pas risquer un excès de pouvoir (*ultra vires*) qui pourrait nuire au fonctionnement du système institutionnel.

Enfin, il faut souligner que le changement de paradigme judiciaire a modifié l'enseignement du droit dans les universités, ainsi que l'approche de la théorie du droit, qui était autrefois consacrée à l'étude des codes et des lois et promeut aujourd'hui l'examen des critères jurisprudentiels des juridictions nationales et internationales, en particulier celles qui statuent en matière de droits de l'Homme. Il est certain que la mondialisation, en permettant la confrontation des expériences juridiques et en promouvant l'universalité des droits, a réduit les écarts, résorbé les différences et réuni différents modes d'approche et de résolution des conflits.



Le quinzième anniversaire du RIJH à Cumberland Lodge en juillet 2013