

CHAPITRE V

COMMENT LIRE UN JUGEMENT¹

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.

¹ 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'Argentine². 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 argentin³.

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

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

³ 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 pas⁴.

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.

⁴ 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"⁵. 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

⁵ 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*⁶ 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

⁶ 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*⁷, 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 vidéo⁸. Et, en général, dans des cas de discrimination, les “perceptions” peuvent s’appuyer sur les pourcentages

⁷ 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.

⁸ 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 minorité⁹, 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.

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

¹⁰ 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"¹⁰, son nombre et son excellence professionnelle montrent que les vraies fonctions d'un secrétaire vont au-delà de la recherche de jurisprudence¹¹. A ce point-ci, nous suggérons au lecteur de "compléter les cases" en imaginant quelles sont ces fonctions¹².

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 fondements¹³ qu'il utilise pour trancher une affaire sont élémentaires, parce qu'il a déjà appris la valeur du silence et le péril

¹¹ 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*.

¹² 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.

¹³ 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 verbosité¹⁴. 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 ancien¹⁵.

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 décision¹⁶.

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 parties¹⁷ (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*¹⁸ 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-

¹⁴ 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.

¹⁵ 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".

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

¹⁷ Pour cette raison nous devons parler et faire des visites de courtoisie.

¹⁸ 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 jugement¹⁹, 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 similaires²⁰.

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*²¹.

3.4. La politique juridique derrière la décision et son explication

Les tribunaux adoptent des politiques juridiques diverses pour faire face à des affaires semblables²². 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-

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

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

²¹ 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.

²² 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 générale²³. Une autre voie c’est que le tribunal mette en évidence une quantité de fautes de l’administration à l’encontre de l’ordre juridique²⁴. 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 justiciable²⁵ 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

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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”²⁶ 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)²⁷. 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 gagnante²⁸ 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.

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

²⁷ Il y a aussi les motifs *ex post*, dont parle NIETO.

²⁸ 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'affaire²⁹. 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

²⁹ 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 décisives³⁰.”

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)³¹; 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

³⁰ NIETO, *op. cit.*, pp. 137 et 143-5.

³¹ 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 arrêt³².

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

³² 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"³³. 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 adopté³⁴, d'autres fois il ne le fait pas³⁵.

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. Chocobar³⁶

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

³³ Nous parlons, naturellement, des pays passant par des périodes d'insolvabilité.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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 public³⁷.

Quand le retard devint insoutenable à cause de l'apparition de l'Ombudsman argentin devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme³⁸, 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 journaux³⁹ 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 national⁴⁰. 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.

³⁷ Ce qui n'a pas été dit, naturellement, dans l'arrêt.

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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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. Peralta⁴¹

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% annuel⁴², 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 erroné⁴³. En vérité, la manière par laquelle l'arrêt était rédigé

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

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

⁴³ 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 parlé⁴⁴ 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 drapeau⁴⁵. 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 traitement⁴⁶, 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'homogénéité⁴⁷.

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

⁴⁵ La sincérité de sa croyance n'a jamais été mise en question.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 entier⁴⁸, je lis seulement la description du problème et la décision adoptée pour le résoudre. Mes collègues remarqueront que, dans ma profession d'avocat, je cite beaucoup de livres et d'articles juridiques⁴⁹, mais peu de jugements. Et quand je le fais, je le fais très brièvement⁵⁰.

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 sélection⁵¹. 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.

⁴⁸ 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.*

⁴⁹ 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.

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

⁵¹ 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, 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 nouvelles⁵². 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.

⁵² 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 informations⁵³.

⁵³ 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."