

CONTRIBUTION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES RÉPONSES JURIDIQUES AU PLURIJURIDISME

MIGUEL ANGEL CIURO-CALDANI*

a) La théorie générale des réponses juridiques

1. La théorie générale des réponses juridiques, élaborée en partie sur la base de la riche théorie de la partie générale du Droit International Privé classique, permet de reconnaître la portée des réponses, leur *dynamique* et les *relations*¹ qui existent entre elles. Avec ces références, il est possible d'apprécier, à son tour, la portée des éléments du plurijuridisme, leur dynamique et les relations qui s'établissent entre eux². Les réponses et les systèmes juridiques "vivent" et il est important de compter avec les instruments doctrinaires pour capter cette vie.

b) La portée des réponses juridiques

2. La portée des réponses et des systèmes trouve son déploiement dans le *territorial* (spatial), le *temporel*, le *personnel*, le *relatif aux objets*, le *potentiel* (concernant les puissances et les impuissances, c'est-à-dire, les sens favorables ou nuisibles à l'être et spécialement à la vie) et dans *les raisons* ayant des développements conceptuels et factuels.

Pour ce qui est du territorial et du temporel, il faut différencier la portée *active* et *passive*. La portée active correspond à l'endroit et au moment où s'appliquent les réponses et les systèmes. La portée passive se rapporte à l'endroit et au moment où les cas ont dû avoir lieu pour que ces réponses et ces systèmes entrent en jeu.

A titre d'exemple, la juridicité des États nationaux est la preuve d'une large vocation de totalité active en ce qui concerne le temps, les personnes, les objets, les potentialités et les raisons, mais elle est limitée au territorial. Cependant, aujourd'hui, par exemple en matière pénale, elle est en train d'étendre sa portée, en certains cas, à l'échelle planétaire (par exemple, les célèbres procès prétendus par le juge espagnol Baltasar Garzón pour poursuivre

* Professeur à la Faculté de Droit de la Universidad Nacional de Rosario; chercheur du Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentine).

Traduction faite par Gabriela BROCHIER et Graciela ORTIZ en collaboration avec l'auteur de l'exposé.

1 Cf. notre étude "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.

2 Cf. BERGEL, Jean-Louis, "Méthodologie juridique", Paris, Presses Universitaires de France, 2001, pages 170 et suiv.; aussi "La Méthodologie de l'étude des sources du droit", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pages 257 et suiv.

des délits commis dans de différents endroits de la Planète³).

La juridicité internationale met en évidence une active vocation mondiale, qui a eu traditionnellement une restriction concernant les puissances et les impuissances mais qui est en train de céder face à l'internationalisation de presque toutes les questions.

Les *questions pénales* traitées à la fin de la Deuxième Guerre mondiale par les Tribunaux de Nuremberg ont fait chemin et aujourd'hui ces avancements se manifestent dans les Tribunaux concernant l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁴, par exemple. Même si les espaces de référence de ces derniers sont limités, leur organisation suppose une rémission tacite de la portée sensée mondiale.

Il faut aussi reconnaître la portée active et la portée passive des obligations financières internationales, à savoir, les tribunaux intervenants et les pays où elles se concrétisent.

Il est vrai que le plurijuridisme se manifeste spécialement dans le domaine du territorial, cependant il faut signaler, de par son analogie, la portée des réponses dans les autres domaines. En général, la diversité des effets actifs et passifs des solutions semblent être importants - surtout- sur la *culture juridique occidentale très tendue*.

c) La dynamique des réponses

3. La *dynamique* des réponses et des systèmes met en évidence aussi des mouvements de "*progression du modèle*", "*régression du modèle*" ou "*substitutions des modèles*", dans l'ordre conceptuel et factuel.

Si pour exemplifier on prend comme cadre la juridicité des États nationaux, il est possible d'apprécier, comme cas de régression du modèle dans l'ordre conceptuel et factuel, surtout dans l'ordre personnel et matériel, l'avancement déjà mentionné des juridictions pénales internationales et, comme exemple de régression du modèle dans l'ordre factuel (pourtant moins conceptuelle, par exemple dans le potentiel) la perte subie par divers États du contrôle penal, du contrôle financier et du contrôle de grandes entreprises ayant une portée mondiale. En revanche, il est à signaler la progression du modèle dans l'ordre conceptuel et factuel du système international, la progression conceptuelle et factuelle de la pénalisation internationale et la progression dans l'ordre factuel (pourtant moins conceptuelle) des systèmes financiers internationaux et des entreprises multinationales en relation avec les systèmes des États.

La Cour Pénale Internationale⁵ et les Tribunaux Internationaux déjà mentionnés sont, par exemple, des institutions permanentes qui font progresser le modèle dans l'ordre conceptuel

3 The Truth About Pinochet, <http://www.lakota.clara.net/Library/garzon.html> (22-7-2003).

4 Cour Pénale Internationale et Cours ad hoc, <http://www.icrc.org/ihrcspa.nsf/0/642e89e74b3320bd4125663a0054e35b?OpenDocument> (21-7-2003).

5 International Monetary Fund, <http://www.imf.org/external/spa/> (21-7-2003).

et factuel, elles sont complémentaires des juridictions nationales qui s'avèrent incapables de juger, ou qui ne désirent pas le faire, les actes de génocide, les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité⁶.

Le Fonds Monétaire International est une réponse financière créée pour encourager la coopération monétaire internationale, faciliter l'expansion et la croissance équilibrée du commerce international, encourager la stabilité monétaire, contribuer à établir un système multilatéral de paiements et mettre à la disposition des pays membres -ayant des difficultés dans la balance des paiements, avec des cautions adéquates- les ressources générales de l'institution⁷. Il doit veiller, en général et conformément à ses objectifs, à la stabilité du système financier international. Cependant, il s'est produit non seulement une régression du modèle dans l'ordre factuel concernant les raisons de l'action du Fonds, centrées sur la stabilité monétaire, mais encore l'institution a développé une progression du modèle dans l'ordre factuel, se transformant dans les faits, en un pouvoir qui vide la capacité de décision de beaucoup d'États⁸. À travers la progression du modèle concernant l'argent, le Fonds règne non seulement sur les "objets" mais encore sur de multiples autres aspects de la vie des États, par exemple, l'ensemble des potentialités adjugées dans la vie étatique.

L'internationalité financière s'accroît parfois par l'intervention des tribunaux choisis et par la référence à des Droits de fond applicables selon les exigences des entités financières ou par les négociations avec les États, comprenant des faits qui y ont eu lieu.

Les progressions conceptuelles et factuelles de la juridicité internationale avancent, surtout par la voie des traités internationaux et des contrats, à l'égard des facultés des organes législatifs et administratifs de l'État national voire sur la juridicité des provinces (facultés étatiques "locales") qui montrent une régression respective du modèle.

L'histoire du Droit met en évidence des jeux de dynamique des effets passifs et actifs des réponses juridiques. La *non-rétroactivité* est une expression de la régression des aspects actifs des modèles précédents sans répercussions sur les effets passifs de celles-ci et la *rétroactivité* est une manifestation de la progression active et passive de nouveaux modèles.

La *culture juridique de l'Occident* se caractérise par la fréquence élevée de phénomènes de régression et de progression des modèles, étroitement liés aux grandes tensions qui la distinguent.

6 El Dinero, http://www.geocities.com/a_paronetto/dinerofmi.htm (21-7-2003); BBC Mundo.com, ABC del Fondo Monetario Internacional, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_1297000/1297148.stm (21-7-2003); STIGLITZ, Joseph E., "El malestar en la globalización", trad. Carlos Rodríguez Braun, 6e réimp., Bs. As., Taurus, 2002.

7 Constitution de la Nation Argentine, <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/ConstitucionNacional.htm> (21-7-2003).

8 Cf. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935; "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

4. En tenant compte des *composants basiques* -grecs, romains, judéo-chrétiens, germanis, etc. - de la culture occidentale - présents aussi dans le domaine juridique- il est clair qu'il y a une forte progression des apports *romains*. En revanche, il y a une régression variable des contributions grecques, judéo-chrétiennes, germaniques, etc.

C'est à la Grèce qu'on doit le legs de la vocation de savoir de la Philosophie, le sens prométhéen du péché triomphant, l'art anthropocentrique et l'expérience démocratique. Rome a fourni un grand esprit pratique, le solide sens privatiste de sa propriété privée et sa liberté de contrat. Le judéo-christianisme a apporté la croyance en un Dieu unique, créateur, personne, omniscient, omnipuissant, omniprésent, non-représentable, voire innommable, ce Dieu qui s'est incarné et qui a préconisé l'amour à l'ennemi et qui nous a appris que son Royaume n'appartient pas à ce monde. La contribution germanique concerne les individualités puissantes qui font, néanmoins, partie de la communauté.

L'esprit pratique et privatiste de Rome est présent à plusieurs reprises dans la juridicité occidentale. En revanche, d'autres déploiements, voire le sens le plus publiciste du legs démocratique de l'expérience grecque, semblent perdre de leur signification.

Il n'y a pourtant pas d'uniformité et la présence des composants basiques de la culture occidentale se différencie selon l'espace, de telle sorte qu'en *Amérique Latine* les éléments judéo-chrétiens (surtout dans la version catholique) sont plus présents que dans les pays centraux de l'Occident.

5. Il faut signaler qu'au sein de l'Occident il y a une progression, au moins factuelle, du versant *anglo-saxon* du "common law" liée à une régression du modèle "continental". Même si la culture juridique "continental" est souvent appelée "romano-germanique", nous considérons que les deux «sous-familles» juridiques occidentales renvoient à des moments différents de l'histoire du Droit Romain.

L'héritage d'Occam, Locke, Hume et James, qui constitue tout particulièrement le cadre anglo-saxon, met en évidence une régression relative du legs de saint Thomas d'Aquin, Descartes, Leibniz et Hegel, plus présent dans le cadre "continental".

6. Il est à reconnaître une régression dans les diversités *spatiales* en faveur de la progression des modèles de différenciation *personnelle, relatifs aux objets, aux potentiels et aux raisons*. Il est possible que, lors de la crise relative de l'État moderne national, le plurijuridisme se rapporte de plus en plus aux contacts entre des juridicités diverses développés dans le même espace.

d) Les relations entre les réponses.

7. Les *contacts* des réponses et des systèmes se produisent en matière de *coexistence* de domaines indépendants, *domination*, *intégration*, *désintégration* et *isolement relatif*. Dans ce sens, il est important de déterminer quel type de réponse ou système “*qualifie*” les problèmes; si la problématique d’une réponse ou système peut *absorber* l’autre réponse ou l’autre système; s’il est admissible la *fraude* entre réponses et systèmes; si les réponses et les systèmes peuvent renvoyer à une troisième réponse ou à un troisième système et si une réponse ou un système a la force suffisante pour *rejeter* les contenus d’une autre réponse ou d’un autre système. C’est dans les relations entre les réponses que les enseignements de la doctrine du Droit International Privé classique sont profités plus largement en ce qui concerne les références aux problèmes de qualifications, la construction de l’antécédent et de la question préalable, la fraude à la loi, le renvoi et l’ordre public⁹.

8. En ce qui concerne *l’espace*, l’intervention des tribunaux pénaux internationaux *coexiste* parfois avec celle des États nationaux et elle prime parfois sur la dernière. La “qualification” laisse tomber fréquemment la condition de typicité sur laquelle s’appuie la notion de délit dans le cadre national, en renvoyant finalement à une antijuridicité générique qui correspond à des valeurs de la culture “occidentale” prédominante, c’est-à-dire à une juridicité coutumière. Contrairement à ce qui est arrivé à Nuremberg, les arguments semblent se baser sur les simples faits malgré les plaidoiries fortement enracinées dans la dogmatique pénale libérale, propres aux pays occidentaux qui priment à l’intérieur des États occidentaux dominants. Des conflits culturels plus profonds que ceux de la délinquance interne sont mis en marge, à savoir, les querelles de longue date chez l’ex- Yougoslavie ou au Rwanda. Un conflit millénaire concernant des aires continentales et des continents -comme celui de l’ex- Yougoslavie- est réduit à des perspectives pénales internationales, relativement ad hoc, voire différentes à celles de la tradition garante occidentale. Des diversités telles que les rôles de témoin et de victime sont souvent abandonnées, on défend plutôt la *priorité* des organes internationaux même s’il y a des tribunaux internationaux et nationaux parallèles. Il se peut que l’intervention internationale ne soit pas du tout en marge des manoeuvres frauduleuses pour imposer la primauté de quelques secteurs internes dans les pays concernés.

Quant à la capacité de refus, la juridicité internationale dominante pourvoit souvent à l’exclusion de la peine de mort et à la soumission à des prisons dégradantes émanant de l’intervention de tribunaux nationaux. On peut même signaler que la juridicité du pays qui est aujourd’hui en tête de la mondialisation / marginalisation a une certaine primauté sur la juridicité internationale, en excluant la considération des crimes commis à son service.

La juridicité financière internationale domine en général - surtout de fait - sur celle de l’État et ceci est mis en évidence dans la “qualification” que celle-là fait de la portée des problèmes concernant leurs projections économiques. En Argentine, par exemple, la

9 CIURO CALDANI, “Aportes ...”, pages 59 et ss.

réinterprétation et la redétermination des questions sanitaires, éducatives, culturelles, etc. en termes économiques, imposées par l'autorité financière internationale, sont une réalité fréquente. La domination se manifeste aussi dans la possibilité qu'a la juridicité financière de renvoyer à d'autres juridicités, par exemple, à la juridicité des entreprises, qui acquièrent plus de pouvoir face à la juridicité de l'État et dans l'impossibilité de celle-ci de rejeter les impositions financières internationales.

La place du pénal et du financier international s'élargit de plus en plus.

9. Malgré le changement d'ère de l'histoire -fortement marquée par les possibilités techniques tout particulièrement sur la vie humaine- la postmodernité signifie l'isolement relatif en ce qui concerne le *temps* et d'une certaine manière la primauté du présent par rapport au passé et à l'avenir. Le passé et l'avenir sont qualifiés en règle générale au présent. Dans la mondialisation / marginalisation, il semble y avoir un retour à la primauté des caractères concernant les *personnes*, les *objets*, le *potentiel* et les *raisons*.

10. Quant aux contributions constitutives de la culture juridique occidentale, il faut remarquer une primauté du *sens romain* sur les autres. Le versant anglo-saxon pourvue de fortes affinités avec le monde romain devance les autres.

La culture juridique occidentale a engendré des diversités internes de coexistence spatiale voire temporelle; cependant la postmodernité, étant un mélange de coexistences matérielles superficielles et de profonde domination économique, produit malgré l'anéantissement apparent des phénomènes coloniaux une forte prétention de l'Occident de primer sur les autres cultures.

Les relations entre les différentes réponses juridiques, économiques, religieuses, etc. de la culture occidentale ont mis en évidence des périodes où la perspective *religieuse* a primé sur les autres, en engendrant une forte influence du Droit canonique. En revanche, actuellement, il y a une claire primauté de l'*économie* et de l'approche juridique la concernant

On aperçoit un grand développement de l'*analyse économique du Droit*. La puissante force qualificative de l'économie fait que la plupart des branches juridiques reconnues s'y réfère ou bien on y voit une tendance à les qualifier selon ses conditions (Droit civil patrimonial, Droit commercial, Droit de travail, voire Droit de famille, ce dernier perçu du point de vue économique), en empêchant la possibilité de constitution d'autres branches plus attentives aux déploiements moins économiques, tel le Droit de santé, Droit de la science et de la technologie, Droit de l'art, Droit de l'éducation, etc.

11. La *théorie de la réception* est une autre perspective de poids pour la compréhension du plurijuridisme, laquelle, à mon avis, n'est pas encore considérée comme elle le mérite. Cela est dû en partie à la domination des pays exportateurs de modèles sur les pays importateurs.

La réception de modèles juridiques -parfois un mélange d'origines diverses- peut produire des phénomènes d'*assimilation* ou de *rejet* et elle peut parcourir les chemins de la mondialisation / marginalisation ou de l'universalisation respectueuse des diversités¹⁰.

e) *L'horizon de fonctionnement des normes*

12. Les relations de *coexistence* des domaines indépendants, *domination*, *intégration*, *désintégration* et *isolement relatif* s'expriment au travers de solutions différentes quant au "fonctionnement" des normes, c'est-à-dire, dans les tâches de reconnaissance, interprétation, détermination, élaboration, argumentation, application et synthèse¹¹. Par exemple dans la mesure où une juridicité "prime" sur l'autre, la première imposera enfin ses conditions en ce qui concernent les tâches citées précédemment.

En ce qui concerne le *spatial*, lorsque l'internationalité pénale ou financière prime sur la juridicité étatique, fait très fréquent de nos jours, les sources internationales s'imposent aux sources internes qui s'y opposent, en conditionnant leur *reconnaissance*. La force de l'élément systématique international exerce une influence sur l'*interprétation* des normes internes; la *détermination* des normes internes est faite sous des critères internationaux ; on rejette des normes internes considérées non-précieuses depuis la perspective des normes internationales (il y a des lacunes axiologiques) et l'on élabore la normativité *intégrative* de l'ordonnement à portée internationale. Dans ces phénomènes de domination, l'*argumentation* prédominante s'appuie sur des raisons internationales. Quant à l'*application*, l'encadrement des cas dans les normes et leurs conséquences s'accomplissent selon des questionnements basiques des cas et des prétentions à l'échelle internationale conformément aux forces internationales. La *synthèse* lors de conflits entre normativités qui ne s'encadrent pas dans les faits est faite en vue de la prééminence des intérêts internationaux.

D'ailleurs, depuis les perspectives concernant le *temporel*, les *personnes*, les *objets*, le *potentiel* et les *raisons*, le fonctionnement des normes met en évidence de nos jours la primauté des perspectives internationales sur les perspectives internes.

13. À présent, le fonctionnement des normes s'oriente souvent selon la prééminence de critères pratiques et de propriété privée et de la liberté de contracter émanant du *legs romain*

10 Cf. PAPACHRISTOS, A. C., "La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique", Paris, L. G. D. J., 1975; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", "Revista de Direito Civil", 8, pages 73 et ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, pages 33 et ss.; WATSON, Alan, "Legal Transplants", 2^a. ed., Athens, University of Georgia Press.

11 GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6e édition, 5e réimpression, Bs. As., Depalma, 1987, pages 251 et suiv.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pages 70 et suiv.

et du versant culturel *anglo-saxon*. Il exprime en même temps l'emprise des perspectives *économiques* sur les autres de la culture.

Un cas très important de la dynamique des réponses juridiques est l'histoire du *Droit Romain* dont on a pu parler à maintes reprises des versions assez «actuelles»¹².

Le fonctionnement du *Droit Romain* à travers le temps, tel les travaux des glossateurs et des postglossateurs, est une expression des relations diverses entre les réponses. Il suffit de mentionner qu'en 1228, lors de la fondation du Droit "interrégional" Privé (base du Droit international privé actuel), Acursio a tiré de la Constitution "Cunctos Populos" des conséquences radicalement opposées au sens historique¹³. C'est du territorialisme romain que le juriste médiéval a tiré, selon ses critères juridiques appliqués à ce moment-là, l'extraterritorialité interrégionale. La réponse médiévale a primé sur la solution originaire.

f) *Horizon juristico-sociologique*

14. La dynamique et les relations des réponses et des systèmes peuvent être aussi comprises depuis la "dimension" juristico-sociologique du "monde juridique". Dans ce cadre, cette dynamique et ces relations peuvent se présenter comme des phénomènes d'adjudication de puissance et d'impuissance dus à la conduite d'hommes déterminables. Ces phénomènes d'adjudication constituent des *partages* de la nature, des influences humaines «vagues» ou du hasard, tous les trois composants des *distributions*. Lors des partages, on peut y reconnaître les répartiteurs, les récipiendaires, les puissances et les impuissances, les formes et les raisons.

Les partages peuvent être *autoritaires* -dégagés par imposition- et *autonomes* -faits au gré des intéressés- chacun d'eux accomplissant respectivement la valeur de pouvoir et la valeur de coopération. L'ordre des partages peut se produire selon un soi-disant *plan gouvernemental* où l'on signale les répartiteurs suprêmes et les critères suprêmes de partage, accomplissant ainsi la valeur de prévisibilité ou bien conforme à l'*exemplarité* où se déploie la marche des modèles sensés raisonnables et leur suivi, satisfaisant la valeur de solidarité.

Dans ce cadre, il est important de savoir comment ont lieu la dynamique et les relations des réponses et des systèmes. Si on parle de la dynamique on doit parler tantôt dans l'ordre conceptuel que factuel.

La coexistence de domaines indépendants et l'intégration sont plus proches de l'autonomie et de l'exemplarité; alors que la domination est plutôt proche de l'autorité et de la planification.

La régression du modèle et les relations des modèles peuvent correspondre à l'existence

12 SAVIGNY, F. C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878.

13 http://www.storia.unive.it/_RM/didattica/anto_ame/cap_I/I_1_or.htm (25-8-2003).

de *limites nécessaires*, émanant de la «nature des choses», qui peuvent être physiques, psychiques, sociopolitiques, socioéconomiques, etc.

15. Les exemples présentés précédemment, la dynamique et les relations des solutions internationales et internes, de la vie du Droit Romain, des éléments de la culture et des branches juridiques et politiques, on peut les comprendre selon les partages et les distributions, l'autonomie et l'autorité, la planification et l'exemplarité, tout en reconnaissant l'existence de limites nécessaires.

La progression des solutions internationales financières, des apports culturels romains et anglo-saxons et de la politique économique correspond dans une certaine mesure à l'une des manifestations des plus importantes du *pouvoir* et de la planification de nos jours aussi.

g) *Horizon juristico-axiologique*

16. Nous estimons que, à partir des bases partagées, il est possible de construire une dimension scientifique sur les valeurs du monde juridique. Dans ce sens, la portée des réponses, leur dynamique et leurs rapports peuvent être compris en rapport avec des valeurs différentes à celles qu'on a mentionnées, surtout la *justice* mais aussi l'*utilité*, l'*amour*, etc.

h) *Le plurijuridisme et la complexité du monde*

17. Le plurijuridisme est une expression de la complexité du monde actuel. Je souhaite que la théorie des réponses juridiques puisse aider à comprendre et à résoudre cette complexité¹⁴. (*)

14 BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), "La sfida della complessità", traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10^a.ed., Milán Feltrinelli, 1997

(*) Exposición del autor en el VIII Congreso de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica (Aix-en-Provence, 4-6 de septiembre de 2003).