

PARTIE A

CADRE GENERAL

1. INTRODUCTION

Il existe une loi universelle... cette loi, c'est la justice. La justice forme la borne du droit de chaque peuple. Alexis de Tocqueville, 1835

Pour juger une chose, on doit d'abord connaître la norme.
Proverbe sanscrit

Ne coupe pas l'arbre qui te donne de l'ombre. Proverbe arabe

1.1. LE BUT DU MANUEL par le juge Christopher Weeramantry

Cet ouvrage paraît dans un contexte où le monde prend conscience que la protection de l'environnement a rapidement pris de l'importance pour devenir l'un des principaux soucis de la communauté mondiale. La détérioration de l'environnement, provoquée par les activités humaines, se développe à une vitesse sans précédent et à moins que ce processus ne soit maîtrisé, les dégâts provoqués seront graves et irréversibles. Ils nuiront non seulement à nous-mêmes, mais aussi aux générations futures, non seulement à la nation où ils se sont produits, mais aussi à la population mondiale en général.

Par conséquent, toutes les institutions publiques ont besoin d'unir leurs ressources contre ce péril universel, et l'institution ayant la plus grande capacité à le faire sur une base individuelle au cas par cas est le pouvoir judiciaire. Par conséquent, les institutions chargées de responsabilités dans le domaine de la protection de l'environnement ont le devoir particulièrement important de faire ce qui est en leur pouvoir pour éviter une situation dans laquelle le pouvoir judiciaire ne serait pas préparé à relever ce défi considérable.

En effet, l'importance du pouvoir judiciaire dans le domaine de l'environnement était considérée comme tellement cruciale que le Programme des Nations unies pour l'Environnement (PNUE) a jugé approprié, avant le Sommet mondial sur le développement durable, de convoquer une réunion du pouvoir judiciaire mondial à Johannesburg en vue de préparer un document à faire examiner par les chefs d'Etat au Sommet mondial. Les principes de Johannesburg relatifs au rôle du droit et au développement durable, qui consistent en une série de lignes directrices et de principes pour le pouvoir judiciaire en matière de l'environnement, ont résulté de cette réunion. Ce document a été présenté aux chefs d'Etat lors du Sommet mondial.

C'est dans ce contexte que le Programme des Nations unies pour l'Environnement (PNUE) a décidé d'entreprendre la production d'un manuel pour les juges du monde entier, leur donnant facilement accès à un compendium de principes, de documents internationaux, de décisions judiciaires et d'informations pertinentes qui leur serait d'une aide précieuse dans ce domaine judiciaire relativement inconnu.

La publication d'un tel volume est particulièrement opportune aujourd'hui, à une époque où le droit de l'environnement est peut-être le domaine dans lequel le pouvoir judiciaire doit relever le plus grand défi. Paradoxalement, c'est pourtant l'un des domaines de l'administration judiciaire avec lequel le pouvoir judiciaire est le moins familiarisé. C'est également dans ce domaine qu'il dispose du moins bon équipement pour travailler, que ce soit au moyen de concepts, de procédures, d'informations sur la jurisprudence ou d'accès aux matériels pertinents.

Le droit de l'environnement est une branche relativement nouvelle du droit et s'est principalement développé au cours des trente dernières années. Par conséquent, il en est encore au stade de formation et il subit un processus de développement rapide, également stimulé par le bond gigantesque qu'a fait notre compréhension du défi environnemental. A ce stade de son développement, la direction qu'il prendra dépendra fortement du pouvoir judiciaire parce que les situations auxquelles ce dernier devra faire face seront très souvent sans précédent, chaque affaire ayant ses propres nuances qui ne se reproduiront pas dans les autres affaires.

En raison de son apparition relativement récente, le droit de l'environnement n'était généralement pas enseigné en tant que matière dans les facultés de droit. En effet, de nombreux juges devant juger ces affaires n'ont peut-être même pas étudié le droit international en tant que matière à la faculté de droit, car le droit général international n'est pas une matière obligatoire dans les programmes de nombreuses facultés de droit. Le droit de l'environnement international pourrait donc être un domaine totalement inconnu pour de nombreux juges appelés à prendre une décision cruciale dans un procès environnemental qui pourrait avoir des répercussions nationales et internationales. En outre, des sources tels que les traités internationaux ou la jurisprudence pertinente pour l'affaire traitée par le juge seraient difficilement accessibles pour de nombreux juges, particulièrement pour les juges confrontés à ces problèmes qui vivent dans des régions isolées où de telles sources de référence sont rares et difficiles à obtenir.

En cherchant à aider le pouvoir judiciaire mondial à cette nouvelle frontière vitale de la jurisprudence, les instigateurs de ce projet ont été conscients que la décharge de la fonction judiciaire implique des procédures, des problèmes et des approches pratiques pour lesquels l'expérience judiciaire peut être un guide d'une valeur inestimable. En se basant sur le fait que l'expérience judiciaire est essentielle pour comprendre les nombreux problèmes pratiques que présentera le litige environnemental, cet ouvrage a été préparé avec l'aide d'un petit groupe de juges spécialistes. Ainsi, son utilité et son acceptabilité peuvent fortement augmenter, surtout en vue des énormes possibilités qu'offre ce sujet pour l'exercice judiciaire et informé de la discrétion

judiciaire parmi les nombreuses possibilités de choix judiciaire qui s'ouvrent devant le juge dans ce domaine relativement peu développé.

Particulièrement dans les pays en développement, la majorité des procès environnementaux ne se situera peut-être pas dans les limites d'une disposition législative bien définie ou d'une jurisprudence établie, mais dans une zone floue qui n'est pas spécifiquement couverte par la lettre de la loi. Pourtant, ils sont toujours dans la portée de principes existants qui peuvent être appliqués ou étendus jusqu'à eux. Même dans les pays où la législation environnementale a été promulguée dans les détails, il n'est pas de la compétence du corps législatif d'anticiper chaque situation factuelle donnant lieu à des considérations environnementales. Par conséquent, c'est le pouvoir judiciaire qui devrait traiter de telles situations quand elles surviennent pour la première fois. Tous ces facteurs ouvrent un large champ pour l'exercice de la discrétion judiciaire. Les juges se trouvent donc au centre du développement du droit de l'environnement et au premier plan de son adaptation pour répondre aux besoins de la communauté.

Le panorama de considérations qui se présente dans le litige environnemental est extrêmement étendu. Il va de la justice entre les générations à la relation entre les humains et les autres occupants vivants de la planète et au devoir de préservation de la capacité de vie sur Terre. Ces considérations ont une qualité et une portée très différentes de celles rencontrées habituellement dans le litige ordinaire. Ce manuel a pour but de prêter main-forte aux juges dans leur voyage à travers ce terrain inexploré et inconnu.

Les différentes façons dont les juges traiteront les nouvelles situations se présentant à eux influenceront et façonneront le développement de l'aspect pertinent du droit international pour l'avenir prévisible. Les branches délicates de cette discipline croissante doivent être guidées dans des directions compatibles avec les normes internationales communément admises et qui favoriseraient le développement continu du droit. Une décision inconsiderée peut non seulement retarder un tel développement continu, mais pourrait aussi diriger sa croissance dans une mauvaise direction, endommageant à la fois la structure du droit et l'environnement lui-même de façon durable.

De même, le principe en développement pourrait, s'il est utilisé avec les connaissances et la prudence requise, être d'une aide précieuse non seulement dans le cas présent, mais aussi sur une base plus générale.

Une autre raison pour laquelle un manuel de ce genre est indispensable est que des affaires environnementales sont jugées quotidiennement dans des juridictions du monde entier et que les juges de n'importe quelle juridiction particulière tireront un immense avantage d'être au courant du travail que font leurs collègues ailleurs dans le même domaine.

Ce manuel tentera de présenter aux juges, sous une forme facilement accessible, une sélection représentative de jugements des pouvoirs judiciaires de toutes les régions du monde. La sélection de cette jurisprudence s'est faite sur une base assez représentative pour refléter les développements qui ont lieu dans toutes les régions ainsi que dans des pays dont les économies se trouvent à des niveaux de développement différents. Les pays industrialisés ainsi que les pays en développement peuvent chacun tirer profit de la connaissance acquise grâce à leurs expériences mutuelles dans le domaine environnemental.

Là où les jugements d'autres tribunaux ont été mentionnés, on a tenté de rendre ces jugements publics grâce à un compendium du PNUE reprenant les jugements les plus importants. On a également essayé de diriger les juges vers d'autres sources et d'autres affaires qu'ils souhaitent peut-être poursuivre.

En plus du travail de leurs homologues dans d'autres juridictions, les juges ont également besoin de se familiariser avec les normes et les standards internationaux en développement, tels que ceux contenus dans l'ensemble croissant de traités, de déclarations, de conventions, de protocoles et d'autres documents. A cause du manque de connaissance de ces documents, les principes qu'ils contiennent ne s'infiltrèrent pas souvent dans le domaine de décision judiciaire qui dépend le plus d'eux.

Les juges ont également besoin de se familiariser avec les nombreuses institutions internationales traitant les problèmes environnementaux, avec leurs fonctions, leur compétence et leur portée géographique. Sans une telle prise de connaissance, le pouvoir judiciaire traiterait les problèmes environnementaux en dehors de leur contexte structurel, et ce travail cherche aussi à leur fournir la connaissance de base nécessaire. Ce manuel attire aussi l'attention sur des tendances du développement du droit telles qu'elles ont été discutées et analysées dans les traités juridiques les plus détaillés.

De plus, le pouvoir judiciaire est l'une des institutions les plus estimées et respectées dans toutes les sociétés. Le ton qu'il utilise pour annoncer ses décisions influence les attitudes sociales et les réactions vis-à-vis du problème en question. C'est d'autant plus vrai dans un domaine nouveau et qui se développe rapidement. Les décisions et les attitudes judiciaires peuvent aussi jouer un grand rôle en influençant la perception qu'a la société du danger environnemental et des ressources disponibles de la société qui doit maîtriser ce danger.

Un pouvoir judiciaire se montrant sensible aux problèmes environnementaux peut également inciter davantage le pouvoir judiciaire à résoudre ces problèmes. Il n'y a pas de moyen plus sûr de résoudre de tels problèmes qu'un pouvoir judiciaire suffisamment sensibilisé et informé à propos de ce domaine vibrant du

développement légal... L'un des buts de ce manuel est de susciter de telles réactions.

Le manuel se concentre sur les juges au niveau national plutôt que sur les juges des tribunaux internationaux qui jugent les litiges entre les Etats souverains. En jugeant les problèmes au niveau national, ils fonctionneront au sein de leur propre corpus de lois nationales. Pourtant, le droit international devient pertinent pour eux, et pas uniquement en raison de son incorporation dans le droit national. Il devient également pertinent pour l'exercice du droit dans leurs juridictions nationales où la législation nationale a été basée sur des normes ou des instruments internationaux. Dans ce cas, la connaissance du droit international pertinent sera très importante pour interpréter la législation nationale. Encore une fois, la documentation, les normes et les principes internationaux peuvent être très utiles en donnant aux juges nationaux les connaissances nécessaires et les perspectives avec lesquelles ils doivent aborder le litige en cours.

Au cours des nombreuses étapes de la préparation de ce manuel, on a toujours eu à l'esprit le fait qu'en raison de leur nouveauté, les problèmes environnementaux représentent de nombreux défis de procédure pour les juges, que ce soit dans le domaine des preuves, de l'accès au processus judiciaire, de la procédure judiciaire appropriée, de la méthodologie de l'enquête judiciaire, du recueil de témoignages scientifiques, de la charge de la preuve et d'autres choses de ce genre. Les juges tireraient un immense avantage de la connaissance non seulement du droit international pertinent, mais aussi de la façon dont leurs collègues de différentes juridictions ont abordé ce problème. Les juges de différentes juridictions, confrontés à des problèmes pour lesquels il n'existe aucun précédent, ont parfois mis au point des mesures ou des stratagèmes innovateurs pour traiter ces problèmes que ce soit lors de procédures d'évaluation de situations de fait sur le terrain, pour s'assurer de toujours être compatibles avec un ordre judiciaire déjà établi ou pour évaluer l'impact environnemental d'une action soumise à une enquête. Il serait extrêmement utile aux juges nationaux de mieux connaître la façon dont leurs homologues de l'étranger procèdent pour trouver et mettre au point des mesures, dans le cadre de leur système judiciaire national, pour rendre la justice environnementale. Chaque juridiction a ses propres antécédents et ses propres problèmes, et les juges de chaque juridiction seraient les meilleurs intermédiaires pour jongler avec leurs différentes nuances en restant dans le cadre des normes et des principes internationaux.

Les problèmes particuliers que rencontrent les pays en développement à la suite de l'activité industrielle des sociétés et des multinationales qui opèrent dans leurs régions et de l'actuelle intensification de la mondialisation constituent un facteur auquel les auteurs ont été attentifs. On a parfois tendance à donner priorité à de telles activités au détriment de concepts tels que le respect de la nature, la préservation des ressources de la Terre et les intérêts de la

communauté dans les aménagements communs, dans lesquels les traditions de nombreux pays en développement peuvent apporter beaucoup au droit international moderne. Elles peuvent être une grande source d'inspiration pour le droit international de l'avenir. On leur consacre de l'attention là où elles sont pertinentes.

Par conséquent, ce livre a pour but de sensibiliser le pouvoir judiciaire à l'échelle mondiale aux problèmes environnementaux, de leur donner une connaissance plus complète des concepts et des principes environnementaux, des développements dans les juridictions du monde entier, une meilleure compréhension des directions que devrait prendre cette branche du droit qui se développe depuis peu et une plus grande capacité pratique à aborder ces nouveaux phénomènes que les tribunaux n'ont pas traités au cours des précédents siècles d'activité judiciaire.

Ce texte ne peut pas fournir de solutions universelles aux problèmes environnementaux, mais a plutôt pour but de stimuler le pouvoir judiciaire par les moyens mentionnés ci-dessus pour en faire un mécanisme qui applique la justice environnementale de façon plus efficace qu'il ait pu le faire autrement.

1.2. LES JUGES ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

1.2.1. Le rôle du juge

Les institutions judiciaires exercent plusieurs fonctions dans la société, dont:

- 1) Le règlement pacifique des litiges
- 2) Le respect de l'autorité de la loi
- 3) L'application et l'interprétation de la loi

Le rôle du juge en droit de l'environnement n'est en principe pas différent, mais pour de nombreux juges, le problème dont il est question semble complexe et mal connu. En tant que gardiens de l'autorité de la loi, les juges sont dans une position unique pour donner force et effet au droit de l'environnement. Ils peuvent apporter de l'intégrité et de la conviction au processus de protection de l'environnement, et contribuer à assurer la responsabilité environnementale au sein du gouvernement et du secteur privé. Les juges contribuent également au développement du droit environnemental grâce à leur tâche traditionnelle d'interpréter et de combler les vides des textes de loi. Ils ne peuvent accomplir cette tâche que s'ils sont correctement informés.

Dans ce contexte, les buts de ce manuel sont au nombre de quatre:

1. Aider les juges à comprendre la nature et la gravité du dilemme environnemental, de sorte qu'ils traitent les procès environnementaux avec le sérieux qui convient;
2. Introduire certains des principes communs fondamentaux sur lesquels se base le droit de l'environnement moderne, ainsi que certaines méthodologies régulatrices communes pour donner à ces principes expression et applicabilité;
3. Exposer les juges à l'expérience judiciaire dans d'autres Etats dans le contexte environnemental; et
4. Donner aux juges des conseils pratiques pour gérer les affaires environnementales.

1.2.2. Les juges en tant qu'éducateurs

Les juges jouent un rôle important en droit de l'environnement. Le pouvoir judiciaire devrait être vu comme l'une des institutions les plus stables et les plus respectées de la société qu'il sert. En tant que tel, le pouvoir judiciaire reflète et donne également le ton pour une société dans son ensemble. La voix du juge devrait représenter la raison, l'impartialité et la compréhension de tous les intérêts en jeu. La réaction sérieuse d'un juge à une affaire déterminée contribue à façonner et à renforcer la vision qu'a une société de la gravité du problème représenté par cette affaire. Par conséquent, les juges sont capables d'encourager tous les groupes de la société – le gouvernement, l'industrie et les citoyens – à se partager la tâche de la gestion de l'environnement.

La protection de l'environnement peut exiger qu'on repense et qu'on change les pratiques économiques et même les modes de vie, mais aussi qu'on assume et qu'on partage de nouvelles responsabilités et de nouveaux frais. Le juge est l'arbitre suprême des tensions qui en résultent et des conflits d'intérêts. Il est appelé à fournir la réponse correcte, d'une façon acceptable pour les parties et les personnes concernées.

Les juges sont incapables d'obtenir ce résultat par eux-mêmes. Leur connaissance des faits repose sur les preuves qu'on leur fournit, et ils les comprennent grâce aux questions et aux arguments présentés. En effet, même un pouvoir judiciaire bien informé et efficace représente relativement peu de choses si les affaires ne sont pas portées devant les tribunaux. L'éducation judiciaire dans ce domaine n'est qu'une partie d'un défi plus important ayant pour but d'éduquer, d'informer et d'équiper tous les dépositaires d'enjeux importants.

La participation et l'accès du public à la justice sont essentiels au renforcement du droit de l'environnement. La participation du public devrait être aussi large que possible, à la fois directement grâce à l'accès et à l'implication dans les audiences, et indirectement grâce aux médias.

1.2.3. Le droit national et international

Ce manuel se concentre sur le juge au niveau national, plutôt que sur les juges des tribunaux internationaux qui ont autorité pour régler les litiges entre les Etats souverains. Pour le juge national, le droit environnemental international est surtout pertinent quand il a été «nationalisé» ou qu'il s'ajoute au corpus de lois nationales, par exemple par ratification, incorporation ou transposition.

Cependant, ce n'est pas la seule manière dont le droit de l'environnement international peut être pertinent. Dans les juridictions où la législation nationale suit de près ou est modelée suivant des normes internationales, la référence au droit international peut être précieuse pour interpréter le droit national. En outre, les développements du droit de l'environnement international provoquent un sentiment d'urgence dans l'ensemble de la communauté internationale à propos des problèmes environnementaux et, par conséquent, ils permettent de mieux comprendre la nature et l'importance des problèmes environnementaux.

Pour toutes ces raisons, ce manuel exposera aux lecteurs certaines des caractéristiques principales du droit de l'environnement international et fournira en même temps des exemples de législation ayant un rapport avec le droit international et de jurisprudence au niveau national.

1.2.4. Différents systèmes légaux

Les principes de base du droit de l'environnement, tout comme l'environnement lui-même, peuvent être pertinents dans le monde entier. Le droit international reflète ces principes communs, particulièrement par le biais de traités et d'autres instruments, et informe les droits nationaux. Alors que la méthodologie, les mécanismes et les procédures que les juges utilisent pour administrer la justice diffèrent sous certains rapports, la recherche de la justice est la même et les principes généraux de droit sont similaires, tout comme le sont de nombreuses méthodes et pratiques utilisées pour essayer d'obtenir réparation.

Par conséquent, les systèmes de droit coutumier et de droit écrit partagent de nombreux principes identiques, et les autorités et les affaires ayant un rapport avec un de ces deux systèmes peuvent être pertinentes pour chacun d'entre eux. Cependant, pour comprendre parfaitement ces affaires, il est nécessaire de connaître leurs origines et d'être attentif à leur contexte légal. Ce manuel se concentrera sur des principes généraux et des affaires jugées par des tribunaux nationaux seront citées en guise d'illustrations plutôt que de précédents légaux. Là où il existe des différences entre les approches du droit écrit et du droit coutumier, l'accent sera mis sur le droit écrit, étant donné que le

droit coutumier constitue le sujet d'un manuel s'adressant spécifiquement aux juges au sein des systèmes de droit coutumier.

En tout cas, il faut rappeler que le premier devoir du juge est d'appliquer la loi de la juridiction qu'il sert. Pour résoudre un problème environnemental particulier, il faudra toujours commencer par prendre en considération toutes les lois nationales et locales pertinentes. En effet, nous devons garder à l'esprit qu'il peut y avoir d'importantes différences entre les systèmes légaux nationaux, bien qu'ils aient en commun l'approche du droit écrit.

Bien sûr, le manuel ne peut pas remplacer une telle considération. Néanmoins, il est destiné à être utilisé dans toutes les juridictions de droit écrit, dans l'espoir qu'il puisse partout mettre les juges dans une meilleure position pour faire progresser l'autorité de la loi dans le contexte environnemental.

1.2.5. Juger les affaires environnementales

Le droit de l'environnement est une branche relativement nouvelle du droit national et international. En tant que tel, il est en train de se former, contrairement à d'autres domaines du droit qui ont déjà admis des procédures, des principes et des concepts bien définis. Au cours de ce processus de formation, le pouvoir judiciaire a un rôle fondamental à jouer. Les nuances subtiles des situations particulières que les juges rencontrent dans des affaires individuelles ne sont pas souvent des problèmes auxquels les corps législatifs ont du temps et des ressources à consacrer. Souvent, ils surviennent pour la première fois devant le pouvoir judiciaire. Par conséquent, c'est souvent la prise de décision judiciaire qui façonne et qui dirige les nouvelles procédures et les nouveaux concepts impliqués. Étant donné que les juges sont confrontés à davantage de situations de ce genre, ces décisions individuelles amorcent des tendances, qui donnent à la discipline récemment apparue qu'est le droit de l'environnement le cadre conceptuel et le dynamisme nécessaires à son développement.

Vu sous cet angle, il est essentiel que le pouvoir judiciaire comprenne les problèmes environnementaux et trouve une façon créative dont la loi peut les aborder, sans négliger le fait que le droit international puisse être rendu inefficace ou être retardé dans son développement et son accomplissement. Voici des problèmes particuliers qu'il peut être utile d'aborder:

- (a) ***La gestion des incertitudes.*** La prévention des incertitudes ou la question de savoir si un événement dommageable déterminé risque de se produire ou pas est un aspect difficile et important du jugement des affaires environnementales. L'administration de la justice dépend des méthodes en cours de développement utilisées pour répartir équitablement les risques inhérents au manque de connaissance. Certaines des méthodes admises

pendant des jugements suggèrent d'utiliser des présomptions et de modifier les charges de preuve.

- (b) **Le développement durable.** Avec l'intégration des principes du développement durable dans les cadres légaux nationaux, on attache de plus en plus aux facteurs environnementaux une importance égale à celle accordée aux considérations économiques ou autres dans la prise de décision gouvernementale. Sous sa forme la plus complète, la prise de décision politique intégrée pour le développement durable porte une attention explicite aux conséquences sociales, culturelles et environnementales des actions. Par conséquent, lorsqu'ils contrôlent la légitimité des décisions gouvernementales, les tribunaux sont de plus en plus fréquemment invités à appliquer les principes du développement durable aux affaires qu'ils doivent traiter.
- (c) **Des problèmes plus vastes.** Les problèmes d'environnement et de développement qui sont portés devant les tribunaux ne sont pas limités aux litiges entre les seules parties spécifiques, mais ont des implications de grande envergure qui ont une importance nationale et internationale. Les juges peuvent être contraints d'examiner des problèmes concernant les droits de l'homme, les politiques de développement et de l'économie lorsqu'ils jugent une affaire individuelle. Ces affaires soulèvent souvent la question de la relation existant entre l'Etat et ses citoyens.
- (d) **Les individus et la société.** Un défi à relever lors de la prise de décision judiciaire dans ce domaine est la définition de l'équilibre approprié entre les droits individuels et les problèmes de société plus généraux. Certaines décisions en matière des droits de l'homme liées à la pollution balancent les dommages aux individus contre le profit des intérêts économiques de l'entreprise causant le dommage. Ces décisions, et d'autres, auront souvent des impacts dépassant ceux des parties directement concernées. Dans de nombreux cas, les frais engagés pour éviter ou pour remédier aux dommages en question seront peut-être supportés par la société dans son ensemble ou par un groupe qui ne sera pas pleinement représenté dans l'action.
- (e) **L'économie.** Les principes économiques fournissent des connaissances importantes. Par exemple, la notion de coût extérieur – un coût supporté par n'importe quelle autre personne que l'acteur – est essentielle pour comprendre et appliquer le principe du pollueur payeur (voir chapitre 3). Des concepts de droit de l'environnement tels que la responsabilité objective pour des activités dangereuses ont joué un rôle en

faisant en sorte que des externalités de ce genre soient intériorisées.

- (f) ***L'application immédiate.*** Les juges peuvent être confrontés au problème de l'effet immédiat des lois et des règlements environnementaux. Le droit est supposé n'avoir d'effets que sur l'avenir, mais le droit de l'environnement cherche à réparer des dommages causés à l'environnement dans le présent. Pour qu'il soit efficace, il peut donc être nécessaire de l'appliquer immédiatement à des activités et des opérations pré-existantes. Dans de telles circonstances, les législateurs peuvent même, dans des circonstances particulières, ordonner expressément l'application rétroactive de la loi. L'application rétroactive de la loi peut parfois être justifiée par le principe du «pollueur payeur» (voir chapitre 3), en se basant sur le fait que, même si la situation résultait d'une activité considérée comme légale à une époque antérieure, il était plus approprié pour l'entreprise à l'origine du dommage de payer les frais engendrés par son activité polluante que d'imposer ces frais à la société tout entière. L'application rétroactive des lois et des règlements doit cependant être abordée avec prudence et ne sera en général pas acceptée quand il s'agira de dispositions pénales, sur base du *lex certa* principe, un principe qui figure dans la Convention internationale des droits civils et politiques et dans plusieurs autres conventions internationales des droits de l'homme et dans nombreuses constitutions nationales.

En résolvant ces problèmes, les juges utiliseront les techniques ordinaires de l'interprétation légale telles qu'elles se développent dans leurs propres tribunaux, mais ils auront besoin de les adapter au contexte particulier. Par exemple:

- (a) ***Des décisions judiciaires motivées.*** Des décisions entièrement motivées sont importantes pour façonner le droit et pour expliquer les conséquences du comportement individuel, surtout quand des jugements ayant un large impact social sont rendus. Une opinion entièrement motivée empreint non seulement la prise de décision judiciaire de transparence et d'équité, mais fournit aussi une base plus efficace pour l'étude par des instances judiciaires supérieures, et pour le développement d'un système légal cohérent et basé sur des principes.
- (b) ***L'interprétation de la loi.*** La prise de décision judiciaire commence par les textes des lois applicables, qu'il s'agisse de traités, de lois constitutionnelles ou ordinaires ou des règlements. Les mots utilisés dans les textes sont le meilleur guide pour comprendre leur signification. Si le texte est clair, il faut simplement l'appliquer à l'affaire. Quand il contient

des incertitudes, une lecture plus poussée peut contribuer à remettre le langage dans le contexte du texte intégral, en la regardant comme un tout intégré pour déterminer ses objectifs et ses buts. Des adages peuvent contribuer à résoudre certaines ambiguïtés.

(c) **L'histoire législative.** Dans de nombreux systèmes légaux, les juges peuvent examiner l'histoire législative, y compris les travaux préparatoires, afin de déterminer les objectifs de la disposition et comment ses auteurs pensaient qu'elle devait être interprétée. Dans d'autres systèmes, on désapprouve le fait de consulter l'histoire législative, parce qu'on considère qu'il est difficile d'attribuer une intention commune à un groupe tel qu'un corps législatif ou administratif. La mesure dans laquelle l'histoire législative peut être examinée sera déterminée par le droit national et la pratique, qui, en retour, peuvent être influencés par les procédures législatives et la façon dont l'histoire législative se développe et s'exprime.

(d) **La jurisprudence établie.** Les systèmes légaux varient dans la mesure où ils exigent qu'on se conforme à une jurisprudence établie. Même là où il n'existe aucune obligation formelle de suivre un précédent, il existe des raisons valables de considérer les décisions précédentes des tribunaux parallèles ou supérieurs comme un guide:

- Selon un principe général de justice et d'équité, les égaux devraient être traités de façon égale. Donc, là où se présente un problème ou une affaire qui est, dans tous ses aspects essentiels, identique à un autre problème ou une autre affaire précédemment abordée, le même résultat devrait normalement être obtenu.
- Se conformer à la jurisprudence établie favorise l'efficacité judiciaire. Là où des individus pensent que chaque cas qui a été jugé constitue un défi renouvelé, les charges d'une affaire judiciaire ont tendance à augmenter. De plus, un précédent peut fournir une référence rapide pour la résolution judiciaire de l'affaire, en supprimant le besoin de «changer la donne» ou d'entreprendre une première étude originale du problème.
- Des changements majeurs dans l'interprétation ou l'application de la loi d'une affaire à l'autre peuvent être critiqués et être qualifiés de jurisprudence dépourvue de principes ou de «législation judiciaire».

Cependant, le précédent ne devrait pas devenir une camisole de force. En tout cas, il est nécessaire d'évaluer le précédent de façon fonctionnelle pour comprendre l'effet légal d'une décision déterminée. Un juge doit analyser l'affaire précédente pour voir si les faits diffèrent

sur le plan matériel et si ces différences ont une importance légale. Il peut également y avoir de bonnes raisons de renverser ou de ne pas tenir compte du précédent, par exemple si de nouvelles connaissances ébranlent les fondations du jugement précédent ou si les valeurs sociales ont clairement et fondamentalement changé.