



Sovint, es percep el dret internacional públic com un dret inaccessible per als ciutadans o els particulars en l'ordre jurídic nacional. Altres vegades, aquest dret es presenta com un dret polític i immadur, que no es presta a una aplicació judicial. En altres casos, apareix com el dret dels elegants salons diplomàtics<sup>1</sup> i, quan se'n considera l'aplicació judicial, molt sovint es pensa només en els tribunals internacionals en tota la seva diversitat i la seva difícil accessibilitat: el Tribunal Internacional de Justícia, que és accessible només als estats,<sup>2</sup> els tribunals regionals de drets humans com el Tribunal Europeu de Drets Humans, el Tribunal Penal Internacional, competent per a certs crims internacionals com el crim de guerra o el crim de genocidi, o els tribunals arbitrals entre estats i inversors estrangers. Segons aquest retrat, el dret internacional seria el dret de les altes esferes de les Nacions Unides, de la guerra, de les relacions diplomàtiques, de les relacions econòmiques internacionals, o de situacions que són excepcionals per la seva gravetat.

I és veritat, que el dret internacional és això. És, històricament, només això. Però avui en dia ja no és només això. El dret internacional pot ser utilitzat per particulars en situacions "ordinàries" del dia a dia, situacions que, tot i que estan principalment regides pel dret intern, també es regeixen parcialment pel dret internacional. Pot ser l'aplicació d'un conveni sobre la doble imposició en l'àmbit del dret fiscal; els convenis de l'Haia sobre el segrest internacional de menors en l'àmbit del dret de la família; un dels nombrosos convenis de l'Organització Internacional del Treball (OIT) sobre la protecció dels treballadors en l'àmbit del dret social; la Convenció europea sobre els drets humans i el seu article 6 —per exemple, en un cas de dret penal—, etc. En tots aquests casos, sorgeix el tema de l'articulació entre dret intern i dret internacional i, en particular, el del lloc del dret internacional en el dret intern. Tot i que aquesta relació no és nova,<sup>3</sup> és un dels capítols del dret internacional que ha conegut més evolucions des de fa diverses dècades. Això permet de fer, basant-se en el dret positiu i anant més enllà, dos proposicions del que podria ser la posició del dret internacional en l'ordre jurídic intern. La primera, i la més

## Sàida el Boudouhi

Professora catedràtica de dret públic a la Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis



Saïda el Boudouhi

## L'aplicació del dret internacional públic pels tribunals nacionals: cap a un dret internacional comparat?

1- C. SANTULLI *Introduction au droit international*, Pedone, 2013, p. 1.

2- I a les organitzacions internacionals per la seva funció purament consultativa.

3- El Tribunal Permanent de Justícia, que és el predecessor del Tribunal Internacional de Justícia, ja en tractava en una consulta del 1928 (*La competència dels tribunals de Dantzig*, 3 de març del 1928).

4- S. EL BOUDOUIH, *Le juge interne comme juge de droit commun du droit international? Etat des lieux de l'invocabilité du droit conventionnel*, RFDA, 2014/2, p. 371-386.

5- CJCE, *Simmenthal SpA c. Amministrazione delle finanze*, 28 de juny de 1978, aff. 70/77.

6- PELLET A., «Vous avez dit "monisme"? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française», a *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, 2006.

7- Cal remarcar que, a Andorra, al contrari de França, per exemple, existeix a més d'aquesta disposició constitucional, una Llei qualificada reguladora de l'activitat de l'Estat en matèria de tractats (19 de desembre de 1996). L'equivalent al contingut d'aquest text seria, a França, la «Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux».

8- Hi ha, però, altres obstacles que procedeixen de les disposicions de certs convenis internacionals com el Conveni de l'Haia sobre els aspectes civils del segrest internacional de menors de 1980, que condiciona l'aplicació entre dos estats del Conveni a una declaració prèvia d'acceptació de la nova adhesió per l'altre Estat. Sobre l'aplicació d'aquest conveni, vegeu la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra del 29 de juliol del 2011, TSJC-170/11.

discutible potser, és que es podria considerar que el primer, en el sentit del "principal", jutge del dret internacional públic és el jutge nacional. La segona és que, a partir del moment en què es considera que el dret internacional públic és també, i molt, una qüestió aplicable als jutges nacionals, serà possible comparar cada manera d'aplicar una mateixa norma de dret internacional.

## I. El jutge nacional és el primer jutge del dret internacional públic

Es tracta d'una tesi desenvolupada i discutida en un article publicat el 2014.<sup>4</sup> La proposició parteix del que es diu generalment sobre el jutge nacional en relació amb el dret de la Unió Europea: el jutge nacional és el jutge de dret comú, o el jutge ordinari, del dret de la Unió Europea, en el sentit que és l'encarregat principal de l'aplicació del dret europeu. Es tracta de la jurisprudència iniciada per la sentència *Simmenthal*, adoptada pel Tribunal Europeu de les Comunitats europees en el 1978.<sup>5</sup> Per analogia, l'argument aquí és que els jutges nacionals apliquen internament, cada cop més, el dret internacional públic. El jutge nacional seria, en certa manera, el jutge de dret comú del dret internacional.

### 1) Aquesta idea no és evident des d'un punt de vista teòric.

No és evident per dos raons diferents, en funció de si el sistema jurídic intern és monista o dualista quant al sistema d'incorporació del dret internacional.

Es pot començar pels sistemes monistes perquè són els que ens són més propers.

Que és un sistema monista? És un sistema en el qual els tractats internacionals s'incorporen al dret intern "automàticament", d'una certa manera, a partir del moment en què s'han ratificat i publicat al butlletí oficial. El dret intern i el dret internacional formen una sola unitat. Corresponen a aquesta definició el sistema francès, almenys teòricament i parcialment,<sup>6</sup> l'espanyol i també l'andorrà. Així, la Constitució d'Andorra, per exemple, en l'article 3.4, preveu que: "Els tractats i els acords internacionals s'integren en l'ordenament jurídic a partir de la seva publicació en el *Butlletí Oficial del Principat d'Andorra* i no poden ésser modificats o derogats per les lleis".<sup>7</sup> Aquí, l'obstacle principal a la idea que el jutge nacional sigui el jutge de dret comú del dret internacional<sup>8</sup> és la doctrina de l'aplicabilitat directa.<sup>9</sup>

Aquesta doctrina implica que un tractat pot perfectament haver estat ratificat i publicat per un estat i no poder ésser invocat davant del jutge nacional per un particular. A més, per poder ésser d'aplicabilitat directa, les disposicions d'un tractat han de complir certs criteris, establerts pels tribunals i variables d'un estat a l'altre. En general, s'ha de demostrar que les disposicions en qüestió són prou precises, que no necessiten cap mesura d'aplicació en l'àmbit intern i que no creen obligacions només per als estats.<sup>10</sup> Aquesta doctrina actua com una barrera a la integració del dret internacional i té com a conseqüència que molts tractats internacionals, no obstant la seva ratificació i la seva entrada en vigor en un estat determinat, no es poden utilitzar davant del jutge nacional perquè no compleixen les dites condicions. És el cas, per exemple, de tots els acords de l'Organització Mundial del Comerç segons el Tribunal Europeu de Justícia de Luxemburg,<sup>11</sup> i de molts altres tractats que els tribunals analitzen i que creen obligacions exclusivament entre estats. L'única cosa que es pot fer, en aquest cas, per exigir que es respectin és utilitzar un mecanisme de responsabilitat internacional, tot i saber que l'accés al jutge internacional és molt excepcional i que només certs actors privats poden atorgar aquest dret en casos ben determinats.<sup>12</sup>

En tot cas, quant a la jurisprudència andorrana, cal remarcar que aquesta no sembla referir-se mai, directament o indirectament, a la doctrina de l'efecte directe. Si en certs casos s'ha pogut discutir llargament la vigència d'un tractat internacional en l'ordre jurídic andorrà,<sup>13</sup> no es pot dir el mateix quan es tracta de discutir no la vigència sinó l'aplicabilitat directa d'una disposició d'un tractat la vigència del qual no planteja cap dubte. A propòsit de la Carta social europea que Andorra ha ratificat el 2004 i que és vigent al país des d'aleshores, és sorprenent no trobar cap discussió sobre la natura de les disposicions invocades, com si totes les seves disposicions fossin invocables de la mateixa manera. Així, per exemple, els articles 2 i 3 de la Carta, relatius a les obligacions dels estats en matèria d'eliminació de riscos inherents a les activitats perilloses o insalubres i de seguretat en el treball, són aplicats sense discussió sobre la seva aplicabilitat directa.<sup>14</sup> D'altra banda, els jutges francesos han pogut acceptar l'aplicabilitat directa només de certs articles, separadament, i de manera molt reticent i cautelador.<sup>15</sup> La

9- Sobre la noció, vegeu J. JERHOEVEN, «La notion d'applicabilité directe du droit international», *Revue belge de droit international*, 1980/2, p. 243-264.

10- Per França, vegeu la sentència del Conseil d'État, 11 abril 2012, *GISTI-FAPIL*, núm. 322326, *Lebon*.

11- Per una discussió d'aquesta solució, vegeu H. RUIZ FABRI, «Is there a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *JDI* 2014/1, p. 151-173.

12- Aquestes condicions existeixen quan el seu estat de nacionalitat ha conclòs un tractat en aquest sentit amb l'estat amb què sorgeix el litigi (cas dels inversors estrangers) o quan l'estat en el qual resideix està lligat per un conveni que s'acompanya d'un tribunal internacional, com el cas del Tribunal europeu en matèria de drets humans.

13- Sobre la data d'entrada en vigor del Conveni de l'Haia sobre els aspectes civils del segrest internacional de menors, vegeu la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra del 29 de juliol del 2011, *TSJC-170/11*.

14- Vegeu, per exemple, les sentències del Tribunal superior de Justícia del 16 de juny del 2015, *TSJC-86/2015* i del 29 de gener del 2015, *TSJA-082/14*.

15- Vegeu, però, evolucions relativament recents: C. NIVARD, «L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises», *RDLF* 2012, chronique 28,

<<http://www.revuedf.com/cedh/lef-fet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-article/>>; vegeu, per a una comparació entre França i Espanya, J. SARMIENTO BARRA et M. AUBRIÈRE, «La Charte sociale européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la

jurisprudence française et espagnole», *Lex Social*, 2015/1  
<[https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/download/1187/947](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/download/1187/947)>

16- En aquest cas, l'efecte real del dret internacional és molt reduït, si no nul.

17- Com a Cass., soc., 16 de desembre del 2008, *Eichenlaub c./Axia France, Droit social*, 2009, p. 236. (un cas que porta sobre el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals).

18- Vegeu, per exemple, la sentència del jutjat (social) de Barcelona, del 19 de novembre del 2013 (412/2013). Vegeu també J. SARMIENTO BARRA et M. AUBRIERE, *op. cit.*

19- Vegeu, per exemple, Cass., soc., 16 de desembre del 2008, *Eichenlaub c./Axia France, Droit social*, 2009, p. 236.

situació a Andorra, però, no pot ser més que un bon indicador de la intenció d'aplicar la Carta de manera efectiva en tots els aspectes i, per tant, d'una bona protecció a Andorra dels drets garantits en aquest conveni. No obstant, s'ha de precisar que en tots els casos sembla que la referència al dret internacional permet no tant d'excloure el dret intern contrari sinó d'interpretar-lo. Així, no es troben casos en què el jutge aplica l'article 3.4 de la Constitució per preferir una norma internacional a una norma interna menys protectora. És només en aquest cas que es podria considerar que el dret internacional permet realment una protecció suplementària a la que ofereix el dret intern. Així, s'ha d'invocar el dret internacional no només quan va en el mateix sentit que la reglamentació interna<sup>16</sup> —la qual cosa sembla el cas en la major part de la jurisprudència andorrana—, però, també i sobretot, per pal·liar una bretxa del dret intern,<sup>17</sup> o per excloure una disposició contrària del dret intern en favor d'una norma internacional més favorable a qui la invoca. Així, per exemple, s'ha vist recentment els tribunals espanyols excloure una nova disposició legislativa el 2012, que establia un període de prova de dotze mesos basant-se en l'article 4.3 de la Carta social europea, relatiu al dret a una remuneració equitativa.<sup>18</sup>

La impressió que fa aquest estat del dret a Andorra és que aquesta doctrina —també coneguda als Estats Units com la doctrina dels *self-executing agreements*— no s'aplica —encara?— davant les jurisdiccions andorranes. Potser això es pot explicar per la baixa quantitat de tractats internacionals que Andorra ha ratificat —en comparació dels països veïns— i que es podrien invocar com a part de l'ordenament jurídic andorrà. Més probablement, es podria pensar també que és la conseqüència que els advocats andorrans no tinguin encara el costum de basar-se en arguments de dret internacional públic en les seves al·legacions. Així doncs, sembla que en la majoria dels casos en què es troben referències a convenis internacionals, aquestes referències intervenen a instància dels jutges, més que dels advocats de les parts. Si a França també es troben casos en què, per exemple, un treballador guanya un plet contra la seva empresa perquè la Cour de Cassation es va basar, a instància pròpia, en una disposició d'un conveni internacional,<sup>19</sup> són més sovint els consells de les parts que condueixen els tribunals a adoptar una posició

sobre l'aplicabilitat o no de normes internacionals que són cada cop més presents en les al·legacions. Potser si els consells de les parts a Andorra es fundessin més sovint sobre disposicions de tractats internacionals en els seus raonaments, els jutges haurien de reaccionar fent la diferència entre les disposicions que poden ser invocades per particulars i les que només es poden invocar en les relacions entre estats. No s'ha d'oblidar que la doctrina de l'aplicabilitat directa pot ser un obstacle per a l'aplicació del dret internacional quan podria posar en perill el dret intern d'una certa manera. Molt sovint és una manera de protegir el dret intern i de no aplicar el principi de jerarquia normativa que imposa la Constitució. És un mecanisme de defensa de l'ordre jurídic intern enfront de normes internacionals que lliguen l'estat a escala internacional però de les quals no es pot induir sistemàticament conseqüències —directes— en l'ordre jurídic intern. Per tant, mentre l'estratègia dels consells jurídics no es recolzi prou sovint en el dret internacional, no és sorprenent que no s'hagi desenvolupat la doctrina de l'aplicabilitat directa. La necessitat de la doctrina no s'ha fet sentir encara.

Quant als sistemes dualistes, l'objecció a la idea que el jutge nacional sigui el jutge de dret comú del dret internacional és necessàriament diferent perquè els tractats mai no poden ser d'aplicabilitat directa. Els sistemes dualistes són els sistemes en els quals un tractat ratificat no s'aplica en l'ordre jurídic intern fins que no ha estat formalment incorporat, a través de l'adopció d'una llei o d'un acte administratiu. Com a exemple de sistema dualista, tenim el sistema britànic i la majoria dels sistemes anglosaxons, excepte el dels Estats Units, que presenta un sistema força mixt.

En el cas dels sistemes dualistes purs, la incorporació al dret intern no és automàtica a partir de la publicació de l'acte de ratificació o de la publicació. Cal, a més, que les autoritats internes adoptin un acte en el qual figurin les obligacions del tractat. Aquestes obligacions s'aplicaran formalment com a dret intern i no com a normes internacionals. Poden passar anys entre la ratificació (que fa que l'estat estigui lligat a escala internacional) i la incorporació en el dret intern (que permetrà que el conveni en qüestió s'apliqui en el dret intern), i, teòricament, el jutge no aplica mai el tractat internacional mateix, sinó la reglamentació nacional que l'ha incorporat.

**2) No obstant aquestes objeccions, una observació de la**

**pràctica recent —a partir dels anys 90— dels tribunals nacionals de molts països mostra que aquests obstacles es poden superar.**

Així, la doctrina de l'aplicabilitat directa i els seus criteris es poden interpretar de manera extensiva i favorable als particulars, per limitar al mínim possible una aplicació interna del dret internacional. En altres paraules, la mateixa doctrina pot ser aplicada de manera més o menys favorable segons la cultura i "l'obertura al món" dels consells de les parts però, sobretot, del jutge intern en qüestió. Això ho mostra una tendència recent dels jutges nacionals a interpretar els criteris de l'efecte directe de manera flexible i favorable als peticionaris. Per exemple, el jutge francès, i en particular el jutge administratiu francès, que no ha tingut mai la reputació de ser el més obert de tots al dret internacional, s'ha mostrat obert aquests últims anys. Un cas del Conseil d'État del 2012, *Gisti et Fapil*, mostra una voluntat, si no d'obrir-se més al dret internacional, almenys de ser didàctic en el raonament que el conduirà a rebutjar o a acceptar l'aplicabilitat directa d'una disposició.<sup>20</sup> Es tractava de treballadors estrangers que havien estat víctimes de discriminació pel que fa a l'accés a un allotjament social, en violació d'un conveni de l'OIT. De manera general, la quantitat de disposicions de tractats internacionals que es veuen declarades d'efecte directe és cada cop més gran. Així, fa poc encara, l'article 24 de Carta social europea —relatiu a la protecció en cas d'acomiadament— va veure reconegut el seu efecte directe pel jutge administratiu francès que hi era fins aleshores molt reticent.<sup>21</sup> Així, avui en dia, els tractats internacionals que contenen disposicions d'aplicabilitat directa són no només els tractats relatius als drets humans com el Conveni europeu dels drets humans o la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de l'infant, sinó també tota una sèrie de tractats internacionals, bilaterals o multilaterals, de caràcter més econòmic, com ara els convenis fiscals o els convenis d'establiment.

Pel que fa al segon obstacle, el que és específic als sistemes dualistes, aquí també es veuen exemples en què els jutges nacionals van més enllà dels límits imposats pel sistema nacional d'incorporació i ho fan amb tècniques d'interpretació com la que s'anomena *interpretació conforme*.<sup>22</sup> Aquesta tècnica va aparèixer primer als Estats Units, on es coneix com

20- CE, 11 d'abril del 2012, *GISTI-FAPIL*, núm. 322326, *Lebon*.

21- CE, 10 de febrer del 2014, *B v Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, *Council of State*, núm. 358992.

22- BETLEM G. & NOLLKAEMPER A., *Giving Effect to Public International Law and Community Law before Domestic Courts. A comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, *EJIL*, 2003, p. 569-589.

a *Charming Betsy*, el nom d'una sentència del 1804.<sup>23</sup> Sembla que l'ús d'aquesta tècnica s'ha intensificat en els darrers vint anys, almenys en altres països. En podem donar un exemple llunyà, del Tribunal Superior del Canadà, el cas *Baker*, del 1997.<sup>24</sup> En aquest cas, tot i que el Canadà no havia ratificat la Convenció sobre els drets de l'infant, els jutges es van recolzar en aquest instrument per interpretar la legislació nacional — que comportava una bretxa, ja que les disposicions invocades no havien estat incorporades per una llei— de manera favorable a la peticionària. Així, el Tribunal Suprem va anul·lar la denegació de la demanda de permís de residència de la peticionària basant-se en els drets dels fills tal com s'indica a la Convenció, que no era part de l'ordenament jurídic canadenc a l'època. Aquesta pràctica d'interpretació del dret intern en funció de les normes del dret internacional que no han estat ratificades és corrent i mostra que el dualisme no és suficient per impedir l'aplicació *indirecta* del dret internacional pels jutges nacionals.

Aquesta situació en els sistemes dualistes es pot comparar amb el que passa en un sistema monista com Andorra, quan l'Estat no és part d'un conveni i, no obstant això, els tribunals s'hi basen per interpretar el dret intern. En aquest cas, el conveni internacional no ratificat no s'imposa al tribunal i, si s'hi refereix, ho fa únicament segons la tècnica de la interpretació conforme i li dona un valor de persuasió i no d'obligació. Així, en relació amb la protecció dels candidats en eleccions laborals, el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra ha pogut referir-se a un conveni i a una simple recomanació de l'OIT per interpretar el dret intern de manera que sigui compatible amb les exigències internacionals, i això malgrat el fet que les disposicions internacionals en qüestió no creen cap obligació jurídica per a Andorra, sigui perquè no ha ratificat els convenis de l'OIT o perquè les recomanacions de l'OIT no comprometen l'Estat.<sup>25</sup> Així, ha pogut fer una interpretació que ha permès de pal·liar el silenci de la llei que només prenia en compte el cas dels representants laborals i no mencionava els candidats a la funció de representant. Procedint d'aquesta manera, els jutges andorrans es poden assimilar, per la seva actitud progressista, als tribunals dualistes que s'inspiren en convenis internacionals que no han estat incorporats en el dret intern.

Així doncs, independentment del fet que l'Estat hagi optat pel

23- Va aparèixer en una sentència de 1804 del Tribunal Suprem dels Estats Units: *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

24- 9 de juliol de 1999, [1999] 2 SCR 817.

25- Tribunal Superior de Justícia, 27 de maig del 2014, TSJC-327/13.

dualisme o el monisme, que hagi ratificat o no els convenis internacionals en qüestió, els jutges nacionals semblen cada cop més familiaritzats amb les normes internacionals i amb l'argument internacional. Utilitzen, també, diverses tècniques per donar efecte al dret internacional, allà on fa uns anys no s'haurien sentit habilitats per fer-ho. Això vol dir que el jutge nacional se sent cada cop més legítim per aplicar directament el dret internacional ell mateix, sense esperar que l'executiu o el legislatiu el transformi en llei interna. I per fer-ho de la millor manera, no dubta a anar a buscar inspiració en la jurisprudència de tribunals estrangers que han estat confrontats a la mateixa norma de dret internacional. Aquest fenomen força recent de mimetisme és la segona idea que la contribució proposa de desenvolupar.

## II. Cap a un dret internacional comparat?

El signe d'interrogació té la seva importància aquí.<sup>26</sup> Ens indica que aquesta idea és una hipòtesi que s'ha d'agafar amb el sentit crític necessari. Com la primera proposició, no té res d'evident. No només s'ha d'explicar, sinó que també s'ha de demostrar. De fet, la noció mateixa de *dret internacional comparat* no és una noció ben establerta en la literatura jurídica. Encara no hi ha llibres que portin el títol de *Dret internacional comparat*.<sup>27</sup> Aquesta idea pot tenir quelcom de sorprenent o, fins i tot, de xocant per a alguns. Però veurem després que es basa en elements concrets.

### 1) Les objeccions al concepte de 'dret internacional comparat'

Aquesta idea pot sorprendre perquè és una juxtaposició de dos disciplines jurídiques ben diferents que se solen estudiar separatament. De manera molt esquemàtica, es pot dir que el dret internacional és el dret de les relacions internacionals enteses en un sentit ampli, que impliquin persones públiques o privades. Quant al dret comparat, que no té res d'internacional tal com es practica generalment, és una disciplina universitària que tradicionalment s'ha interessat per temes com el dret administratiu, el dret fiscal, el dret de la família, el dret penal o el dret internacional privat, però no pel dret internacional públic. Per exemple, els comparatistes solen ser especialistes d'una branca del dret intern, sigui el dret civil, el dret penal o el dret internacional privat, i no tenen res a veure amb els especialistes en dret internacional públic. A més, la noció pot fins i tot xocar a certs internacionalistes,

26- Sobre els dubtes que poden sorgir sobre la noció, vegeu l'article que es publicarà en breu, S. EL BOUDOUHI, «Le droit international comparé. Mythe ou réalité?», *RGDIP*, 2017/4.

27- Alguns estan en preparació. Vegeu, per exemple, el llibre, que es publicarà en breu, de A. Roberts i altres, *Comparative International Law*.



que poden objectar que el dret internacional públic és únic. El seu raonament és el següent: si el dret internacional es caracteritza justament pel fet de ser el mateix a tot arreu al món, sigui quin sigui el sistema jurídic intern, com pot ser comparat? Com es pot comparar una sola cosa? Així doncs, la noció pot aparèixer com una heretgia o semblar perillosa per a la unitat o la universalitat del dret internacional.

**2) Hi ha elements, però, que permeten, si no de superar aquestes objeccions, almenys de matisar-les.**

El primer element és una precisió metodològica. En realitat, un cop es precisa l'objecte de la recerca, no hi ha res de sorprenent ni de xocant en la noció de *dret internacional comparat*. El dret internacional és el mateix a tot arreu, però s'aplica de manera diferent d'un sistema jurídic a l'altre. Això és un fet incontestable, com ho és també que certs sistemes jurídics són més oberts al dret internacional que d'altres, tot i que les obligacions internacionals poden ser exactament les mateixes en l'ordre jurídic internacional.

Pel que fa als elements concrets que demostren que assistim actualment a l'emergència d'una mena de dret internacional comparat, es poden classificar en dos categories que no s'han de posar al mateix nivell.

D'una banda, els tribunals nacionals es refereixen al que altres tribunals nacionals estrangers han decidit en relació amb una mateixa norma de dret internacional. Hi ha un fenomen de mimetisme cada cop més marcat. Com a conseqüència del fenomen global de mundialització, es constata el recurs, cada cop més important, pels jutges i pels advocats als arguments de dret comparat. Això és vàlid per a totes les branques del dret, i inclou fins i tot el dret internacional. El fenomen es veu sobretot als tribunals de dret anglosaxó que utilitzen un tipus de motivació que els condueix a referir-se expressament a totes les fonts que n'inspiren el raonament, però també es veu en tribunals de dret civil que solen ser més concisos quan es tracta de detallar la motivació que els condueix a la conclusió adoptada. Un exemple pot ser la sentència del Tribunal Superior de l'Índia, que es recolza en la interpretació feta pel Tribunal Constitucional portuguès del principi d'especialitat en matèria d'extradició.<sup>28</sup>

L'especificitat constitucional d'Andorra en relació amb els seus dos veïns fa que es trobin referències abundants a la jurisprudència espanyola i, més rarament, la francesa, però en

28- Tribunal Suprem de l'Índia, *Abu Salem Abdul Qayyum Ansari c. Central Bureau of Investigation and India*, 5 d'agost del 2013 (núm. 415-416 of 2012): <<http://supremecourtindia.nic.in/outtoday/ar41512.pdf>> (comentat a «Jurisprudence étrangère intéressant le droit international», *RGDIP* 2014-4, p. 935-992).

tots els casos aquest recurs al dret comparat —i veí— té com a objecte el dret intern i no el dret internacional. El que seria interessant, cosa que les jurisdiccions franceses no fan explícitament, per exemple, seria poder invocar davant dels jutges andorrans la manera com els veïns interpreten certes normes internacionals. El risc aquí és que s'utilitzi el dret comparat de manera, si no arbitrària, almenys "legitimadora", tant per atorgar una protecció més important que la que ofereix el dret intern com per reduir-ne l'abast referint-se al fet que els tribunals dels estats veïns no van més lluny. Si agafem el cas de la doctrina de l'efecte directe que s'ha presentat, s'ha d'observar que es pot utilitzar el dret comparat per limitar les possibilitats d'invocació de normes internacionals allà on actualment els jutges andorrans semblen més indulgents. Hi ha casos famosos en què el jutge del Tribunal Suprem dels Estats Units, A. Scalia, que s'ha fet conèixer per les seves posicions conservadores, fins i tot pel que fa al dret internacional, utilitza el dret comparat per rebaixar la protecció que ofereix una norma internacional basant-se en sentències de tribunals estrangers seleccionades de manera molt lliure i legitimadora.<sup>29</sup> Per això, s'ha d'utilitzar la tècnica comparativa amb molta precaució ja que no sempre s'utilitza de manera favorable a l'efectivitat del dret internacional públic i a la seva màxima eficàcia.<sup>30</sup>

D'altra banda, en l'àmbit de la recerca jurídica hi ha un interès cada cop més gran per la manera d'aplicar el dret internacional a l'estranger. Per exemple, una de les revistes més importants de dret internacional a França, la *Revue Générale de droit international public*, dedica, des del 2014, una secció a la jurisprudència estrangera sobre el dret internacional. Un altre exemple significatiu és la importància que ha anat guanyant la base de dades International Law in Domestic Courts que es va crear fa uns vint anys. S'hi llista i analitza la jurisprudència interna que conté aspectes de dret internacional. A això s'ha d'afegir l'interès creixent que manifesta la doctrina universitària per les comparacions de cada manera d'aplicar el dret internacional. Hi ha, doncs, monografies consagrades a l'aplicació del dret internacional per diverses jurisdiccions nacionals. Es pot tractar de dret internacional dels drets humans de manera general,<sup>31</sup> de dret humanitari,<sup>32</sup> o d'interpretació convencional davant els jutges nacionals.<sup>33</sup> A més, hi ha tot un moviment doctrinal recent que

29- Vegeu els dos casos del Tribunal Suprem americà: 17 de maig del 2010, *Abbott v Abbott*, núm. 08-645, 560 US (2010), p. 12-15 i 24 de febrer del 2004, *Olympic Airways v Husain*, núm. 02-1348, 540 US 644 (2003), 316 F.3d 829 (Sup. Ct. 2003), 124 S. Ct. 1221 (2003), ILDC 703 (US 2003). Per a la presentació i el comentari d'aquests casos, vegeu S. EL BOUDOUHI, «Le précédent étranger relatif au droit international», a Société française pour le droit international, *Le précédent*, Pedone, 2016, p. 431-443.

30- Sobre els riscos del dret comparat i la seva funció legitimadora, vegeu S. EL BOUDOUHI, «Le précédent étranger...», *ibid.*

31- B. CONFORTI i F. FRANCONI (dir.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, l'Haia, 1997.

32- S. WEILL, *The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law*, Oxford University Press, 2014.

33- H. P. AUST et G. NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, OUP, 2016.

reivindica l'emergència d'una nova subdisciplina del dret que consistiria a estudiar el dret internacional comparant les diferents pràctiques nacionals.<sup>34</sup>

Aquestes dos realitats, la del mimetisme judicial i la de la doctrina universitària, no poden, però, formar part de la mateixa categoria: si es parteix del concepte ben establert de dret comparat, s'ha de recordar que es tracta d'una disciplina universitària i no d'una pràctica de dret positiu.<sup>35</sup> Així, quan un jutge nacional o un advocat es refereix en el seu raonament judicial a la manera segons la qual un altre tribunal, estranger, ha aplicat una mateixa norma de dret internacional, el que fa és simplement utilitzar la tècnica o l'argument del dret comparat. No és dret comparat en si, amb la seva metodologia i les seves especificitats científiques. En canvi, quan la doctrina universitària estudia de manera comparativa diverses maneres d'aplicar una mateixa norma de dret internacional, potser sí que es pot parlar de dret internacional comparat, amb la condició, no obstant, que s'adopti la metodologia més o menys establerta del dret comparat. Tanmateix, pot aparèixer una altra pregunta sobre aquest aspecte del dret internacional comparat: es tracta realment de comparar "dret internacional" o, més exactament, "dret intern relatiu al dret internacional"? Tot sembla indicar que és més aviat aquesta segona possibilitat que s'ha de privilegiar. En aquest cas el concepte de *dret internacional comparat* seria simplement una versió curta de la subdisciplina que podria ser "el dret (intern) comparat amb el dret internacional". En tots els altres casos, el dret internacional comparat no seria una disciplina científica, sinó una manera fàcil —"une facilité de langage"— de designar tot el que té a veure amb el dret internacional i la tècnica comparativa.

Disciplina científica o "facilité de langage", el que és cert és que el dret internacional comparat només ha sigut possible quan els jutges nacionals i els advocats que intervenen davant d'ells s'han apropiat del dret internacional i n'han fet en certs casos una branca del dret com qualsevol altra. Així, seria natural que a Andorra la pràctica evolucioni de manera que l'argument de dret internacional no sigui només a instància dels jutges, sinó també dels consells jurídics de les parts, que hi poden trobar en certs casos recursos sorprenents.

34- Vegeu p. ex. A. ROBERTS, P. B. STEPHAN, P.-H. VERDIER I M. VERSTEEG, *Comparative International Law: Framing the Field*, *AJIL* 2015, p. 467-474; també A. ROBERTS, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, *ICLQ*, 2011, p. 57-92.

35- E. PICARD, *L'étude du droit comparé en France en 1999*, *RIDC*, 1999/4, p. 885; M. REIMAN, «Comparative Law and Neighbouring Disciplines», a M. BUSSANI i U. MATTEI, *Cambridge Companion to Comparative Law*, 2012, p. 14.