DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DROIT COMPARÉ ET RECHERCHE JURIDIQUE *

Luca Lupária

Je suis particulièrement ravi de me trouver parmi vous. Moins ravi d'être le premier à prendre la parole. Mon français aurait très probablement bénéficié de quelques jours de rodage pour être plus précis et me permettre de m'exprimer plus couramment. Je m'en excuse d'avance. Je suis professeur de procédure pénale à l'université de Milan et je m'occupe depuis des années de procédure pénale comparée. Je le dis car il est bon de préciser qu'il existe en Italie une nette séparation entre spécialistes du droit pénal et spécialistes de la procédure (étrange pour vous qui êtes versés dans les deux). Ne vous étonnez donc pas si les exemples que je donnerai relèvent strictement du droit de procédure: ils sont utiles dans les deux domaines juridiques.

Mon intervention a une finalité des plus circonscrites. Elle n'entend pas se poser comme une leçon formelle de méthodologie comparative mais tout simplement comme un abrégé de suggestions offertes à ceux qui, comme vous, abordent une activité de recherche destinée à la rédaction des thèses de doctorat. Ne vous attendez pas à des recettes magiques. Tout au plus quelques précautions à prendre pour éviter des erreurs possibles.

Pour commencer, un préliminaire. J'estime que la comparaison a toujours été et reste aujourd'hui le pilier le plus important d'un travail juridique aussi complexe qu'une thèse de doctorat. Ces dernières années, nous avons assisté à la diffusion de l'idée, par ailleurs fausse, que l'analyse des sentences de la Cour européenne des droits de homme devait avoir une importance plus grande et que la comparaison entre les

* Résumé de la relation au XIIème séminaire interdoctoral organisé par les équipes de recherche des Universités de Montpellier 1, Paris Ouest Nanterre, Paris 1, Poitiers, La Rochelle et Limoges (29 mars 2012).

modèles procéduraux des différents pays devait en revanche rester au second plan.

Toutefois, on oublie trop souvent que sans une connaissance comparée des différents systèmes, il sera très difficile de faire ce qui est demandé, par exemple, par la Cour constitutionnelle italienne : voir si les lois internes respectent la Convention telle qu'interprétée par la Cour (on peut dire que «la Charte dit ce que la Cour dit que la Charte dit»). La Cour CEDH est une Cour du fait concret, encadré dans un système spécifique. Lorsque nous vérifions la teneur d'un jugement contre un État et que nous en tirons une règle générale, il est bon de comprendre le droit interne et de savoir le confronter aux autres. Sans cela, nous risquons de commettre des "impairs" monumentaux : un prononcé sur le droit au silence en Angleterre ou sur des témoins anonymes en Allemagne, par exemple, ne peut pas être transposé dans les autres États sans une sensibilité comparative. Nous pourrions dire que le droit et la procédure pénale européenne, loin de marginaliser la comparaison, l'exaltent.

Sur l'importance de la comparaison, à vrai dire, je ne peux pas me déclarer impartiale, dans la mesure où le code de procédure pénale italien est le résultat suprême des études comparatives : années de recherches pour changer un système continental, dans un modèle de type accusatoire, inspiré au monde du common law. Un monde de common law, il est bon de le préciser, qui n'existe plus. Le droit au silence et le «nemo tenetur se detegere» (le droit de ne pas s'incriminer) que nous avons, nous, n'existe plus en Angleterre. Certaines règles d'exclusion et le droit à la confrontation sont plus rigides chez nous par rapport aux pays qui peuvent en revendiquer le droit d'aînesse. Le nôtre a été un exemple de comparaison diachronique : nous pourrions dire nous être inspirés d'un modèle libéral de processus anglo-américain qui n'existe plus (je pense aux preuves par ouï-dire).

Cette introduction faite (trop longue et je m'en excuse), je passe aux recommandations pour votre travail.

Première recommandation : se tenir à la juste distance

Il est bon de tendre vers la macro comparaison, se soustraire à la tyrannie des détails (M. Damaška), mais il faut également se garder des abstractions destinées à fausser la réalité au fur et à mesure que l'on accède à des niveaux plus élevés dans la construction du modèle.

Deuxième recommandation : se préfixer des objectifs

Ne faites pas des comparaisons au tout venant. Définissez le problème que vous voulez affronter, sélectionnez les Pays que vous mettez en confrontation.

Troisième recommandation : effectuer une comparaison à niveaux multiples

La comparaison entre lois et systèmes doit être intégrée de manière dite "horizontale" et "verticale" (E. Amodio). Par intégration horizontale, nous entendons l'étude de l'organisation judiciaire : nous pensons au rôle du MP, au recrutement de la police. Un italien, que peut-il comprendre du ministère public français sans connaître les rapports avec l'exécutif ? Que peut-il comprendre du juge américain sans connaître les modalités à travers lesquelles on devient juge en Amérique ?

Par intégration verticale, nous entendons l'étude de la pratique judiciaire et de celle des tribunaux. Célèbre, même si un peu anecdotique, le cas d'un professeur qui a étudié, pendant des années, une loi américaine et qui a construit sur elle un article possible du code à soumettre au Parlement. Il se rend aux États-Unis et demande à un professeur de l'endroit ce qu'il pensait de la loi. Réponse : cette loi ? Mais elle n'a jamais été appliquée dans la pratique depuis qu'elle existe!

Au-delà de ce cas limite, pensons au juge américain : la loi lui permettant de poser des questions aux témoins a toujours existé mais il s'agit d'une loi appliquée avec une grande parcimonie. Une parcimonie

extrême. En revanche, en Italie, nous avons un article, l'article 506 du code de procédure pénale, qui précise que le juge ne peut poser des questions aux témoins qu'une fois terminées les questions posées par les parties en cours d'examen contradictoire. Ceux qui connaissent la pratique savent que les vieux juges, habitués à poser des questions sur la base du vieux code depuis 1988, n'ont jamais cessé d'interrompre l'interrogatoire du témoin et de poser des questions à volonté.

Souvent, il est inutile de changer la partition si les violonistes et les instruments restent les mêmes : j'ai publié, même sur une revue française, différents articles sur le procès en Chine. Nous y trouvons un code qui est très bien conçu mais avec plein de dispositions qui ne sont jamais appliquées.

Quatrième recommandation : chercher des chemins insolites

Dans la recherche comparative il faudra réserver une grande place à la créativité. Je cite toujours à ce sujet l'exemple suivant. Les anglais n'ont jamais eu un code de procédure pénale. Si nous voulions étudier comment ils concevaient leur procès, il nous faut recourir au case law du 19ème siècle. Mais au 19ème siècle, les anglais conquirent l'île de Malte qui avait toujours pratiqué la procédure pénale napolitaine du Royaume des deux Siciles, résolument inquisitoire. Vers la moitié du 19ème siècle, ils décidèrent de charger une commission de juristes anglais de créer un nouveau code de procédure pénale pour l'île. Il se trouve que c'est, dans une large mesure, le code que les anglais auraient écrit si en Angleterre ils avaient eu besoin de passer de la pratique de la jurisprudence à celle de la loi écrite.

Un autre chemin insolite est l'analyse de comment se transforme le code d'un pays à l'intérieur de ses ex-colonies. Inutile de dire que pour la France c'est un effort particulièrement important. De mon coté, j'ai eu l'occasion d'étudier le code de procédure pénale et le code pénal italien encore aujourd'hui en vigueur dans l'ancienne colonie de Lybie : cela a été pour moi un travail extrêmement intéressant parce que dans ce pays les règles italiennes se sont mélangées et combinées avec des

règles de droit musulman et cet étude m'a permis de faire de remarquables réflexions sur l'univers juridique du monde arabe.

Cinquième recommandation : jamais oublier les ascendances historiques et philosophiques

N'oubliez jamais les racines historiques d'un système, son rapport avec le concept de vérité, par exemple, et le rôle attribué au juge. Damaška raconte d'un professeur de droit européen, arrêté aux États-Unis pour un accident de la route, qui se présente au tribunal. Au juge qui lui demande, comme prévu, s'il se déclare coupable ou innocent, il répond "c'est une question qu'il vous appartient à vous d'établir et non pas à moi de commenter...." C'est un bon exemple pour remarquer l'incommunicabilité entre les systèmes qui ont un concept de vérité matérielle et ceux qui se base sur la vérité formelle, ou, comme dans le cas cité, consensuelle.

Sixième recommandation : considérer le facteur « prestige »

Faites attention - lorsque vous analysez les institutions qui ont été transplantées d'un pays à l'autre - à ne pas perdre de vue le fait que certains mécanismes procéduraux circulent non pas tellement parce qu'ils sont vraiment positifs mais par un phénomène d'imitation qui dérive du prestige d'un système (E. Grande). La circulation des modèles procéduraux a souvent des raisons irrationnelles, à la mode au moment présent. L'Allemagne a beaucoup exporté sur le plan du droit pénal substantiel, les États-Unis en ont fait autant sur le plan de la procédure mais les apparences sont parfois trompeuses.

Il est des rapports de dépendance culturelle qui s'enracinent et déterminent ces phénomènes. Cela se produit en procédure civile (mais également en procédure pénale) entre l'Italie et l'Amérique du Sud. Les livres italiens y sont lus vu que durant la guerre d'éminents juristes juifs italiens se sont réfugiés en Amérique du Sud et y ont fondé des écoles doctrinales. Le prestige dont jouit le système italien pousse à des transplantations (pas toujours heureuses).

Septième recommandation : étudier les laboratoires de contamination

Étudiez les codes modèles, même les codes les moins connus - comme les codes sud-américains - qui sont souvent le fruit d'efforts comparatifs considérables et analysez également les laboratoires de contamination. Je pense au Corpus Juris et au Corpus Juris 2000 et, hors du cadre européen, aux élaborations au sein de la Cour pénale internationale : comparaison et contamination font de ces expériences extraordinaires des instruments essentiels.

Je m'arrête là. J'en ai trop dit. Ou peut-être trop peu. Je vous quitte avec une remarque du Prof. Albin Eser que j'ai toujours trouvée fort juste. La comparaison pour un juriste est un exercice nécessaire s'il ne veut pas rester confiné aux petites vérités de son microcosme. La comparaison est le meilleur antidote contre le mythe des vérités absolues.