

Rita Cencetti

**EPISTEMOLOGIE DE LA TRADUCTION JURIDIQUE: LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE DES NOTIONS PENALES.**

*ISSN 2531-9728*

*Diritti comparati. Working paper [Online]*

*Editore: Andrea Buratti, Oreste Pollicino, Raffaele Torino*

*Coordinatore Editoriale: Serenella Quari*

*Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano*

*E-mail: [submissions@diritticomparati.it](mailto:submissions@diritticomparati.it)*

*Data di pubblicazione: 23/01/2017*

Rita Cencetti

**Epistémologie de la Traduction Juridique:  
la construction progressive des notions pénales.**

SOMMAIRE: 1. Des problèmes de la traduction juridique appliquée à la procédure pénale. – 2. Méthodes de traduction: *a french affair*. - 3. La rationalité de la méthode: la construction progressive des notions pénales (*BegriffaufbauMethode*). – 4. Les éléments du *BegriffaufbauMethode* et son application à la théorie générale de la preuve pénale. - 4.1 Pluralisme méthodologique. - 4.2 Techniques de traduction. - 4.3 Contexte. - 4.4 Transversalité. La contribution de la théorie générale de la preuve civile dans le procès pénal français. - 4.5 Comparaison. L'intermédiation de la *common law* et la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

**1. Des problèmes de la traduction juridique appliquée à la procédure pénale.**

«Traduire, c'est dire presque la même chose»<sup>1</sup>. Aux yeux du *quisque de populo* la traduction d'un texte juridique apparaît quelque chose de simple: il suffit un bon dictionnaire. De plus, la majorité des personnes croit que la langue française et la langue italienne soient parfaitement équivalentes. Cependant, cette croyance ne représente qu'un cliché à abattre. La traduction en français d'un texte italien impose l'analyse de certains aspects particuliers non seulement d'un point de vue grammaticale ou syntactique, mais aussi d'un point de vue *théorique*<sup>2</sup> et *conceptuel*<sup>3</sup>. Ces remarques s'étendent à la traduction d'un texte juridique et, *a fortiori*, d'un texte de procédure pénale. Par rapport à la théorie générale de la preuve pénale le premier obstacle à surmonter dans le processus de comparaison entre législation française et italienne découle de *l'absence* de l'un des termes de la comparaison linguistique. A la différence du nouveau Code italien de procédure pénale (1988) – qui consacre un entier Livre à la réglementation de la preuve pénale – le Code français de procédure pénale (1959) n'accorde pas un rôle prioritaire à la théorie de la preuve pénale. Mais, alors, comment traduire correctement la terminologie probatoire italienne si, en français, n'existe pas une correspondance? Est-ce que la locution italienne *indagini preliminari* correspond peut-être à l'expression française

1 U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa*, Bompiani, 2002.

2 V. M. FRIGO, *La formulation de règle juridique et son interprétation dans l'ordre international*, in M. CORNU, M. MOREAU, (sous la direction de), *Traduction du droit*, cit., p. 77 et suivantes.

3 Le problème de la conceptualisation du droit a été décrit par M. Cornu avec l'expression «*charge conceptuelle de la notions*». V. M. CORNU, *Applications thématiques: terminologie et droit comparée dans le domaine de la culture*, in *Droit de la traduction et traduction du droit*, Actes du colloque international, 15-16 octobre 2005, Faculté de droit de Poitiers; M. MOREAU, *L'avenir de la traduction juridique*, in G. SNOW, J. VANDERLINDEN, (sous la direction de), *Français juridique et Science du droit*, Bruxelles, 1995, p. 267.

*instruction préparatoire*? Le syntagme *fonte di prova* coïncide-t-il avec le terme *pièce à conviction*? Il s'agit, à l'évidence, d'une série de questions rhétoriques, dont la réponse est certainement négative. Tout au cours de notre traduction, nous avons compris tout de suite que si une correspondance conceptuelle n'existe pas, ou si elle n'arrive pas à décrire la notion juridique objet de l'analyse linguistique, il faut élaborer une méthodologie de traduction<sup>4</sup>, dont le point de départ ne peut pas se délaïsser de la contribution déterminante du *droit comparé*<sup>5</sup>.

Tous les traducteurs juridiques, quelque soit leurs époque, en sont conscients : *il n'est pas possible de traduire sans comparer*. C'est un classique du droit criminel à démontrer l'importance des études comparatifs dans la traduction du droit: il s'agit de la traduction en français de l'œuvre de Jeremy Bentham «*Traité des peines et des récompenses ou Exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle*»<sup>6</sup>. Il suffit pas d'identifier, *sic et simpliciter*, le mot correspondant à un terme ou à une notions. La traduction juridique impose un niveau plus élevé d'analyse.

Dans ce cadre, il faut identifier le *sens* de la notion objet de transposition dans le contexte du procès pénal, tout en explorant son *polymorphisme sémantique* jusqu'à son noyau ontologique profond. Dans cette perspective, il a fallu adapter la méthodologie aux exigences de *rationalité* posées par la procédure pénale. Il s'agit de ce qu'on a appelé la «*méthode de la construction progressive des notions*» procédurales (*BegriffaufbauMethode*). Seulement la formidable puissance sémantique de la langue allemande peut résumer les traits d'une méthodologie qui compose en soi, de façon symbiotique, certains aspects mis en évidence dans le cadre des recherches de *juritraductologie* menées en France<sup>7</sup> et en Italie<sup>8</sup>.

4 V. J.-C. GÉMAR, *Traduire le droit. Lettre, esprit et équivalence*, in M. CORNU, M. MOREAU, (sous la direction de), *Traduction du droit*, cit., p. 129 et suivantes.

5 Sur l'importance du droit comparé par rapport à la preuve pénale v. G. GIUDICELLI-DELAGE, (sous la direction de), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*, Paris, 2006.

6 C.-J.-A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle ou Exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle, de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, traduction en française a cura di C.-A. ALEXANDRE*, Paris, 1848.

7 Dans le droit français v. M. ANCEL, *Utilités et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971; C. AMBROISE-CASTEROT, N. FRICERO, L.-C. HENRY, P. JACQ, *Glossaire des procédures, Procédure Civile, Procédure Pénale, Procédure Administrative, Procédure Communautaire, Procédure Européenne*, Paris, 2007; M. BALLARD, *De Cicéron à Benjamin, traducteurs, traductions, réflexions*, Villeneuve d'Ascq, 2007; E. BENVENISTE, *Problème de linguistique générale*, Tome I, Paris, 1966; S. BISSARDON, *Guide du langage juridiques, vocabulaire, pièges et difficultés*, Paris, 2005; C. BOCQUET, *La traduction juridique. Fondement et méthode*, Bruxelles, 2008; G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, 2005; M. DETIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, 2000; P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, Paris, 1990; M. GUIDÈRE, *Introduction à la traductologie, Penser la traduction: hier, aujourd'hui, demain*, Bruxelles, 2008; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, 2009; R. JAKOBSON, *Essais de linguistique générale*, Paris, 1963; R. LAROSE, *Théories contemporaines de la traduction*, Québec, 1989; J. PELAGE, *éléments de traductologie juridique, application aux langues romanes*, Paris, 2001; M. CORNU, M. MOREAU, (sous la direction de), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Paris, 2011; S. MONJEAN-DECAUDIN, *La traduction du droit dans la procédure judiciaire*, Paris, 2012.

8 Dans le droit italien v. M. GIALUZ, L. LUPÀRIA, F. SCARPA, *The Italian Code of Criminal Procedure*, Padova, 2014, p. 53 ss; R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano, 1992; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet giuridica, 2008; B. POZZO, (sous la direction de), *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, Milano, 2014, p. 19 ss.; A. DE LUCA, A. SIMONI, (sous la direction de), *Fundamentals of Italian Law*, Milano, Giuffrè, 2014, G. TARLI BARBIERI, V. FEDERICO, *An overview of the constitutional system*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian*

En fait, la doctrine majoritaire<sup>9</sup> est consciente que la traduction du droit impose un *triple niveau d'analyse*: interprétatif; dogmatique; comparatif. Tout d'abord, *interprétatif*<sup>10</sup>, parce que de chaque texte juridique il faut identifier la *voluntas* de son Auteur. Ensuite, l'analyse doit se dérouler au niveau *dogmatique*, puisqu'il s'agit d'énoncer, en les définissant, les notions qui caractérisent, de façon distinctive, plusieurs traditions juridiques. Enfin, *comparatif*: seulement le droit comparé peut jouer le *leading role* dans la traduction du droit.

La rationalité de notre méthodologie de traduction repose sur la classique *tripartition* de la théorie générale de la preuve pénale: charge de la preuve, administration de la preuve, justification de la preuve. De plus, les postulats de base de la réglementation probatoire ont été mis en connexion dans un cadre systématique, tout en tenant compte des innovations introduites par la doctrine pénale française et italienne. Parce que, dans le procès pénal, les différences ne se montrent pas seulement au niveau terminologique, mais surtout au niveau épistémologique.

Des nos jours, le rythme exponentiel des évolutions technologiques s'oppose aux «mitologies juridiques» élaborées depuis le XIX siècle<sup>11</sup>. Dans ce cadre, les métamorphoses du tissu sociale et de la criminalité se sont répercutées sur la réglementation du procès pénal lui-même. La coopération judiciaire et policière a contribué à la démolition des frontières non seulement réelles, mais surtout idéelles qui empêchaient la circulation des preuves pénales au niveau européen<sup>12</sup>. La déterritorialisation du droit impose une *communication* efficace entre juristes appartenant à systèmes juridiques tout à fait différents. Droit et traduction constituent un *binôme indissociable*: à notre avis, il s'agit d'un véritable *continuum juridique et linguistique*. Sous cet angle, l'exemple plus remarquable de traduction juridique appliquée à la matière de la preuve nous a été offert par la Loi sur la preuve au Canada (*Canada Evidence Act*), dont la duplicité sémantique révèle tous les efforts de la communauté des académiciens dans

---

*Law*, cit., p. 1 ss.; S. BIONDI, *Judicial review of legislation*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 25 ss.; A. CIAMPI, *The Italian legal system and International Law*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 41 ss.; A. ADINOLFI, *The Italian Legal System and EU Law*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 61 ss.; P. GIUNTI, *Italian Private Law and his Roman Law Roots*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 75 ss.; I. STOLZI, *Codification of Private Law in Italy: a short historical survey*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 89 ss.; S. LANDINI, *Private Law. Sources and Principles*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 97 ss.; S. SCIARRA, W. CHIAROMONTE, *Labour Law: an overview*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 113 ss.; S. BENVENUTI, *The Italian Machinery of Justice*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 143 ss.; N. TROCKER, G. PAILLI, *Basic features of Civil Procedure*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 163 ss.; M. PAPA, *Criminal Law: Basic features and principles*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 185 ss.; F. MACRÌ, *Criminal Law: selected offences*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 203; P. TONINI, F. MACRÌ, *Criminal Procedure*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 217 ss.; D. SORACE, S. TORRICELLI, *Administrative Law*, in A. DE LUCA, A. SIMONI, *Fundamentals of Italian Law*, cit., p. 213 ss.

9 S. MONJEAN-DECAUDIN, *La traduction du droit*, cit., p. 401 ss.

10 J.-C. GÉMAR, *Traduire ou l'ars d'interpréter: langue, droit et société: éléments de jurilinguistique*, deux volumes, Saint-Nicolas, 1995.

11 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005.

12 L. KALB, S. NEGRI, *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale. Estratto da "Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di L. KALB, Torino, 2013, p. 107 ss; p. 140 ss.

le développement du droit et de la société<sup>13</sup>.

Toujours en matière de preuve, il faut signaler trois importants vocabulaires de droit canadien<sup>14</sup>. Ces textes normatifs nous ont permis de connaître la transposition française de la terminologie propre au procès pénal de *common law* et de retracer les correspondances avec le lexique probatoire du procès pénal italien.

### 2. Méthodes de traduction: *a french affair*.

Les innovations engendrées par la *juritraductologie* peuvent aider l'évolution de la théorie générale de la preuve pénale non seulement en France, mais aussi en Italie. Dans un premier moment on a menée la traduction du présent traité à un niveau exclusivement empirique. A vrai dire, parfois, on a rencontré les mêmes difficultés qui se sont présentées dans la traduction du terme anglais «*falsificationism*»<sup>15</sup>. Dans cette occasion, Karl Popper avait mis en évidence que le mot français falsifier ne correspond pas à la notion anglaise de *falsificationism*: en effet, seulement le mot «*réfutation*» exprime l'âme profonde de l'épistémologie poppérienne<sup>16</sup>.

Cet anecdote nous offre la possibilité de montrer, *mutatis mutandis*, le décalage linguistique qui existe entre la réglementation probatoire française et la théorie générale de la preuve pénale codifiée par le Code italien de procédure pénale.

En France, plusieurs Auteurs de la nouvelle génération ont mis en évidence le caractère fragmenté de la réglementation probatoire du Code français de procédure pénale<sup>17</sup>. En Espagne, depuis 2011, les défauts de la codification napoléonienne ont poussé le législateur à abandonner la procédure pénale mixte: plusieurs projets de loi ont été présentés en s'inspirant directement au Code italien de procédure pénale<sup>18</sup>.

Le véritable *punctum dolens* de la traduction en français du droit italien des preuves pénales découle de l'opposition entre deux différents systèmes de procédure pénale: le système accusatoire, d'une part; le système mixte de tradition napoléonienne, d'autre part. En effet, plusieurs Auteurs estiment que le caractère mixte de la procédure pénale française soit à l'origine des nombreuses antinomies qui découlent de la combinaison entre système

---

13 D. POIRIER, *Le rôle des universitaires dans le développement de la common law en français*, in *Les cahiers de droit*, n. 3, 2001, p.571-594, consultable su <http://id.erudit.org/iderudit/043660ar>.

14 *Programme de l'administration juridique dans les deux langues officielles, Vocabulaire bilingue de la common law: Droit de la preuve – Terminologie française normalisée*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1984; MINISTÈRE DU PROCUREUR GENERAL, DIRECTION DES SERVICES EN FRANÇAIS, *Le lexique du droit pénal et du droit de la preuve*, 133 pages, 1995; S. ROUSSELLE, *La preuve*, Cowansville, Yvon Blais, et Bruxelles, Bruylant, coll. « La common law en poche », vol. 4, 106 pages, 1997; sur la corédaction des lois canadiennes v. *amplius*, A. DOETSCH, *La corédaction des lois canadiennes: historique, pratique, apports*, in M. CORNU, M. MOREAU, *Traduction du droit*, cit., p. 51 ss.

15 C. BASTYNS, *Note et remerciements de la traductrice, versione parziale de La connaissance objective*, 1978, Editions Complexe.

16 K. POPPER, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, in *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, 151; Id., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, 5 ss. To falsify. Mentre in inglese il termine significa smentire, in francese falsifier è sinonimo di aduler, alterare la purezza originale attraverso una miscela di elementi di qualità infima. In italiano il termine può essere tradotto con il lemma «smentita».

17 J.-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012.

18 Pour un exemple, v. I. FLORES PRADA, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Tirant lo Blanch Editorial, 2011.

accusatoire et système inquisitoire<sup>19</sup>. Or, la nécessaire adéquation de la procédure pénale française et italienne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme montre une progressive *convergence* des deux systèmes en direction d'un troisième modèle, qu'on a choisi en tant que *tertium comparationis* de notre analyse: le procès pénal de *common law*<sup>20</sup>.

Plusieurs mots anglais sont désormais *acquis* dans le langage probatoire continental: il s'agit, par exemple, de l'expression *cross-examination* ou du terme *discovery* (ou *disclosure* selon la terminologie anglaise). La rationalité de la tradition juridique de *common law* séduit les Auteurs. Faut-il mettre en garde la doctrine des «sirènes anglo-saxonnes»<sup>21</sup> ? Nous aussi on n'a pas pu résister au chant hypnotique de ces sirènes. Notre analyse comparative montre, en effet, une *structure pyramidale*: la comparaison entre le droit italien de la preuve pénale et la réglementation probatoire française se relie, dans le cadre du présent étude, de façon indissociable avec la soi-disant *law of evidence* de marque anglo-américaine. La présente traduction prend, alors, la dimension d'un véritable ménage à trois: *a french affair*.

### 3. La rationalité de la méthode: la construction progressive des notions pénales (BegriffaufbauMethode).

La méthodologie de traduction choisie est essentiellement *empirique*. Il est impossible de prédire, *hic et nunc*, quels seront les difficultés à surmonter dans la traduction d'un texte juridique sans prendre *contact direct* avec le texte lui-même. Après la première lecture, la puissance de la méthodologie de la construction progressive des notions pénales a démontré toute son ampleur. La méthode de traduction doit *s'adapter* aux aspects particuliers du domaine scientifique objet de transposition linguistique. Le *pluralisme méthodologique* se relie aux *techniques de traduction* expérimentée au niveau empirique. L'opération – qui découle d'un approche *comparatif* et *transversal* – est encadrée par le *champ d'application processuel* de l'institut analysé. La *transversalité* de la méthode suppose *l'analyse spatio-temporelle* de la notion procédurale dans le cadre de son *évolution* normative et jurisprudentielle *en connexion* avec les autres branches de l'ordre juridique (notamment la procédure civile et le droit civil). Cette démarche nous a menée à l'identification d'une série de *notions procédurales de base*, que l'on a placées en système avec une série des *notions dérivées*.

Au final, la méthodologie de la construction progressive parvient à l'identification de la transposition linguistique *la plus adhérente* à l'esprit sémantique du mot objet de traduction. La conclusion est tranchante: la traduction du droit doit être *qualitative*, non pas quantitative.

Nos observations sont validées par l'un des plus grands juristes de l'histoire, Cicéron. En se référant expressément aux problèmes posés par la traduction en latin des discours – rédigés en langue grecque - du juriste Démosthène, Cicéron affirmait : «je les ai pas rendu (les discours) en agissant comme un simple traducteur (*ut interpretes*), mais comme un écrivain (*ut orator*). J'ai respecté les propositions, leurs mots et leurs pensées, en utilisant, toutefois, des mots cohérents avec les règles latines. J'ai pas estimé nécessaire de rendre chaque mot avec

19 CARMIGNANI, *Delle Leggi*, F. C. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 119.

20 Con riferimento al processo penale italiano si v. F. C. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 210 ss; pour le procès pénal français v. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 157.

21 S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 157.

un autre mot; cependant, j'ai conservé le sens essentiel et la valeur des mots [...] parce que le lecteur ne doit pas connaître le nombre des mots, mais leurs poids»<sup>22</sup>. En suivant la sagesse cicéronienne notre traduction s'est déroulée de façon rationnelle.

#### 4. Les éléments du *BegriffaufbauMethode* et son application à la théorie générale de la preuve pénale.

##### 4.1 Pluralisme méthodologique.

Le *pluralisme* représente le trait principal de notre méthodologie. La *polymorphie* de la méthode se déroule à partir d'un double plan. *Lato sensu*, la transposition linguistique doit s'adapter aux aspects spécifiques du système juridique objet de l'analyse comparative. Dans notre cas, il a fallu relier la méthode de traduction à la classique *dichotomie* entre système accusatoire et système inquisitoire. Le *premier niveau* de l'analyse nous a conduit à la *conceptualisation* des notions primordiales propres aux deux systèmes; cette opération a abouti à l'identification d'un vocabulaire différencié en fonction du système considéré. *Stricto sensu*, la méthodologie a été modelée en suivant une série de *délimitations conceptuelles progressives*, tout en tenant compte des exigences propres à la procédure pénale. Cette fois, entre les notions pénales, on a établi un *rapport genre/espece*: 1) procédure pénale (*genus*); droit de la preuve pénale (*species*).

##### 4.2 Techniques de traduction.

Dans les faits, les techniques de traduction ont été développées de façon expérimentale et empirique<sup>23</sup>. Chaque fois qu'une notion fondamentale du droit italien de la preuve pénale ne trouvait pas de correspondance dans l'ordre juridique français, il a fallu, tout d'abord, étudier la phase du procès pénal – soit italien soit français – dans laquelle l'institut pénal est censée opérer; ensuite, en identifier la fonction à la lumière de la *ratio* du choix législatif; enfin, en donner une *définition comparative*. Plusieurs cas démontrent l'approche empirique de notre méthodologie.

Dans certaines hypothèses la traduction a été simple: il s'agit, par exemple, de la traduction du mot italien « *contraddittorio* » avec la locution française « *contradictoire* » (ou *contradiction*).

Cependant, dans le droit de la preuve pénale, il existe une série terminologique qui, à l'apparence, ne pose pas de problèmes particuliers face à sa traduction, mais qui, dans la réalité, révèle une divergence non secondaire au niveau sémantique. Il s'agit de la *correspondance fonctionnelle* entre le syntagme « *indagini preliminari* » et l'expression « *instruction préparatoire* ».

Parfois il a fallu introduire une nouvelle expression, tout en définissant ses caractères: ça a été le cas de la locution « *massima d'esperienza* » que l'on a traduit en français avec le syntagme « *règle d'expérience* ». Mais c'est surtout le terme anglais *cross-examination* à avoir engendré les difficultés majeures. Si on traduisait cette expression de façon littérale avec la formule *contre-audition* le résultat ne serait pas satisfaisant. La méthode de la *cross examination*

<sup>22</sup> CICÉRON, DE OPTIMO GENERE ORATORUM, 13-14.

<sup>23</sup> V. *amplius* F. FELDMAN, *Méthodologie de la traduction juridique*, in M. CORNU, M. MOREAU, *Traduction du droit*, cit., p. 145 ss.

prévoit trois différents moments : tout d'abord, l'audition du témoin par la partie qui l'a appelé à la barre; ensuite, la contre-audition du témoin par la partie adverse ; enfin, le réexamen, dont le but c'est permettre à la partie qui a conduit l'audition principale de défendre les éléments de preuve en sa faveur<sup>24</sup>. Donc, il est préférable que l'expression *cross examination* soit traduite avec la locution "audition croisée".

### 4.3 Contexte.

*Ubi societas, ibi ius*<sup>25</sup>. La « complexité de l'univers juridique »<sup>26</sup> nous montre que «le droit se produit là où plusieurs êtres humains se rencontrent»<sup>27</sup>. En effet, "le paramètre nécessaire du droit est seulement la société, la société en tant que réalité complexe"<sup>28</sup>.

Les instituts fondamentaux du droit de la preuve pénale se relient nécessairement au contexte social, politique, culturel et idéologique de leur application<sup>29</sup>. Il s'agit d'une analyse dynamique qui se déroule sur un double plan: spatial, d'une part; temporel, d'autre part.

*Spatial* parce que – malgré la mondialisation et l'internalisation qui caractérise l'ère contemporaine – le droit demeure *l'expression sociale* d'une communauté dans un contexte territorial. Il s'agit pas de l'Etat, mais d'une *communauté* dont l'ampleur comprend tous les peuples européens et les valeurs démocratiques communs à des traditions juridiques tout à fait différentes. Le droit est un phénomène communautaire. Cependant, la procédure pénale – dernier bastion de défense de la souveraineté de l'Etat - demeure une compétence réservée aux Etats membres de la communauté européenne. Le législateur pénal ne peut donc pas écarter le droit communautaire qui se forme au-dessus de l'Etat. L'harmonisation et l'intégration européenne ouvre la *séduisante perspective* d'une réglementation européenne de la preuve pénale. Dans ce cadre, la traduction du droit joue un rôle capital.

L'analyse du contexte ne délaisse pas le niveau *temporel* de l'interprétation des instituts de la procédure criminelle. Le lexique probatoire s'origine à un moment donné au cours de *l'histoire*<sup>30</sup>: il faut donc étudier ses origines, son évolution et la perspective de son développement. Dans notre cas l'analyse comparative du droit de la preuve pénale nous a offert de regarder à travers le *caléidoscope rétrospectif* du procès pénal français le passé de la procédure pénale italienne, dont les origines étaient inscrites dans la codification napoléonienne du XIX siècle.

### 4.4 Transversalité. La contribution de la théorie générale de la preuve civile dans le procès pénal français.

Entre preuve pénale et preuve civile existe, depuis les origines de la codification

24 V. en ce sens P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, p. 702 suiv.

25 SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918.

26 P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 109.

27 P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2004, p. 13.

28 P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 15.

29 En ce sens v. *amplius* I. DE LAMBERTERIE, *Des pratiques de la traduction*, in M. CORNU, M. MOREAU, (sous la direction de), *Traduction du droit*, cit., p. 123 et suivantes.

30 V. R. SACCO, *Aperçus historique et philosophique des relations entre droit et traduction*, in M. CORNU, M. MOREAU, (sous la direction de), *Traduction du droit*, cit., p. 13 et suivantes.



napoléonienne, une corrélation étroite. Avant la codification de 1988, les interprètes italiens se referaient constamment à la réglementation civile de la preuve dans le but de remédier aux insuffisances du système de procédure pénale. Même tendance se manifestait au sein du procès pénal français: les aspects les plus lacunaires de la discipline probatoire étaient comblés en faisant appel aux dispositions du Code de procédure civile. Dans ce cadre, au sein de la jurisprudence de la Chambre Criminelle la procédure civile jouait le rôle de «*droit commun*» aux systèmes de procédure tout court<sup>31</sup>. La doctrine a mis en évidence les justifications du choix des interprètes: tout d'abord, le principe d'unité entre juridiction civile et pénale; ensuite, la similarité existante entre les actes de procédure; enfin, la prévision de l'action civile dans le cadre du procès pénal<sup>32</sup>.

Le recours à la théorie de la preuve civile n'était pas entièrement libre. Au contraire, il fallait respecter certains *limites* découlant de la jurisprudence de la Cour de Cassation: les règles civiles ayant *caractère général*, elles pouvaient être appliquées à la procédure pénale dans les limites de leurs *compatibilité* avec le procès pénal. Des nos jours, l'art. 34 de la Constitution de la Vème République prévoit expressément la réserve de loi en matière de procédure pénale: les sources de la procédure pénale sont nécessairement législatives. Même si plusieurs différences existent, preuve civile et preuve pénale représentent le noyau dur de la théorie générale du procès. Cette conclusion a été mise en évidence par deux maîtres alsaciens, C. Aubry e C.-F. Rau, dont l'œuvre de traduction du traité du juriste allemand K. Salomo Zachariä<sup>33</sup> nous a montré la *rationalité* de la réglementation de la preuve dans le droit civil français<sup>34</sup>.

De plus, le traité en question nous a révélé une surprenante *convergence* entre la méthode judiciaire et la méthode historique<sup>35</sup>.

31 Crim. 11 février 1932, motifs, G.P., 1932..1.601.

32 Le considerazioni che seguono sono tratte da R.MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale, tome II*, Paris, 2001, p.23 ss.

33 K. SALOMO ZACHARIÄ, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 1827.

34 C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français. D'après la méthode de Zachariä*, Tome XII, Paris, 1922, p. 62 ss : «Prouver [...] c'est de la part de l'une des parties, soumettre au juge saisi d'une contestation, des éléments de conviction propres à justifier la vérité d'un fait qu'elle allègue et que l'autre partie dénie, fait que sans cela le juge ne serait, ni obligé, ni même autorisé à tenir pour vrai» (p. 62-63). En donnant leur définition de preuve, Aubry et Rau s'approchent à la définition de preuve donnée par la doctrine italienne. Dans un premier sens «le mot preuve [...] désigne ce que les docteurs appellent *actus probandi*, c'est-à-dire le fait de la production d'éléments de conviction à l'aide desquels l'une des parties entend établir la vérité d'une allégation. C'est en ce sens que l'on parle de la charge de la preuve». Dans un deuxième sens, le mot preuve «s'étend de ce éléments de conviction considérés en eux-mêmes. C'est en ce sens que l'on dit qu'une partie est munie ou dénuée de preuve, et que l'on distingue les différentes preuves admissibles en justice». Dans un troisième sens, le mot preuve «exprime le résultat de la production de ces éléments, quant à la conviction du juge. En ce sens on dit qu'une partie a fait ou a pas fait telle preuve, que la preuve est ou non complète».

Dans la doctrine italienne v. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, 4 volumes, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946– 1947; ID., *La prova civile. Parte Generale. Il concetto giuridico della prova* (1947), Milano, 1992.

35 V. C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil*, cit., note 2-bis, p. 63-64: «La preuve judiciaire se rapproche bien de la preuve historique [...] l'une et l'autre se ramènent invariablement à des inductions fondées sur le témoignage humain et aussi en ce sens que les qualités d'esprit qu'on exige de l'historien ressemblent à celle que doit posséder le juge ; mais il faut se garder d'aller plus loin, et notamment d'en conclure que la preuve judiciaire n'est qu'une variété de preuve historique. La preuve, au sens général et de pure logique de l'expression,

### 4.5 Comparaison. L'intermédiation de la *common law* et la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

C'est une évidence incontestable: la traduction d'un texte juridique se relie nécessairement à l'analyse comparative. Dans notre cas, la comparaison entre systèmes de procédure pénale a imposé une *structure triangulaire*, qui a conduit à l'identification d'un point commun de convergence: le procès pénal de *common law*.

Par rapport à la preuve pénale, la *law of evidence* de marque anglo-saxonne démontre sa formidable capacité *d'expansion*, tout en dégageant sa rationalité. Depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, les garanties et les valeurs consacrés par la *due process* clause ont été englobés par les codifications continentales. Au cours de l'histoire, un *fil rouge* relie plusieurs documents internationaux. En particulier, trois étapes ont marqué l'histoire des droits fondamentaux reconnus à l'inculpé dans le cadre du procès pénal<sup>36</sup>: il s'agit, tout d'abord, du *Bill of Rights* américain (1791)<sup>37</sup>; ensuite, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789); enfin, de la Déclaration américaine des droits de l'homme (1948). Ces documents consacrent certains postulats fondamentaux de la théorie générale des preuves pénales. Au niveau européen, c'est la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales à constituer le bastion fort des droits processuels de l'inculpé. Certains principes conventionnels intéressent directement la matière de la preuve pénale: contradictoire dans la formation de la preuve; égalité des armes; droit à la preuve contraire. Sur le fond, la présomption d'innocence représente le substrat théorique sur lequel reposent les valeurs démocratiques inspirants la réglementation du procès pénal. Il s'agit de ce qu'on appelle *procès équitable*<sup>38</sup>.

L'appartenance de la France et de l'Italie au système de la CEDH a imposé aux

---

suppose la pleine liberté de l'investigation sur la question à résoudre [...] elle implique, d'autre part, la possibilité de ne pas conclure et la nécessité de conclure toujours provisoirement. Tout cela est aussi vrai de la preuve historique que de la preuve dans l'ordre de science naturelles ou physiques. La preuve judiciaire [...] présente des caractères tout opposés». Le juge «n'a pas l'initiative en matière de preuve. D'autre part il ne peut, en cette qualité, se dérober à l'obligation de statuer [...]. Enfin, sa décision, quelle qu'elle soit, est mise à l'abri de toute critique ultérieure dans la mesure où l'autorité de chose jugée s'y oppose». La conclusion est tranchante : «On ne peut imaginer, entre la preuve judiciaire et la preuve sans épithète, un contraste plus frappant».

Dans la doctrine italienne v. *amplius* P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 393 ss; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, rist. 1964, 128 ss; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 307 ss.

36 Pour ces considérations v. K. MARTIN-CHENUT, F. DE MELO E SILVA, *La constitutionnalisation/conventionnalisation du droit de la preuve* in G. GIUDICELLI-DELAGE, (sous la direction de), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*, Paris, 2006, p.31 et suivantes.

37 Art. VI: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a *speedy and public trial*, by an *impartial jury* of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been *previously* ascertained by law, and to be *informed of the nature and cause of the accusation*; to be *confronted* with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining *witnesses in his favor*, and to have the *Assistance of Counsel* for his defense". V. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, seconda edizione, p.155.

38 V. H. RUIZ FABRI, (sous la direction de), *Procès pénal et enchevêtrement des espaces normatifs. Travaux de l'Atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, 2003; S. GUINCHARD, *Le Procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel*, Paris, 1999.

deux Etats membres de donner exécution aux dispositions conventionnelles. Cela va sans dire: *chacune à sa façon*. En 1999, l'Italie a englobé les principes du procès équitable dans le cadre de la *Charte constitutionnelle*, en lui reconnaissant un rang supérieur à celui de la loi ordinaire. Au contraire, en 2001 le législateur a introduit – avec quelque différence – les mêmes principes dans le cadre de l'Article Préliminaire du Code de procédure pénale<sup>39</sup>. Dans le procès pénal français, donc, les garanties conventionnelles s'arrêtent au niveau *législatif*: c'est le Conseil Constitutionnel français a jouer le *leading role* dans l'évolution du système probatoire<sup>40</sup>.

De toute façon, la Convention Européenne impose une réglementation *fair* du procès pénal, découlant directement de la *procedural due process* clause opérante dans le procès pénal américain<sup>41</sup>. L'évolution continue du droit anglo-américain de la preuve pénale – dont la puissance théorique découle de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats Unis – impose l'examen des plus récentes décisions jurisprudentielles en matière de preuve. Il s'agit, par exemple, du *leading case* *Brown v. Mississippi*<sup>42</sup> sur l'admissibilité des preuves obtenues avec la force et la violence ou de l'arrêt *Rochin v. Californie*<sup>43</sup> sur les limites dans l'acquisition des preuves physiques du corps de l'inculpé. Sans oublier le célèbre cas *Miranda*<sup>44</sup>.

Aux Etats Unis, le législateur a codifié une série de règles en matière de preuve: il s'agit, à l'évidence, des *Federal Rules of Evidence*, dont le but c'est «de consentir le déroulement équitable du procès pénal» et «de contribuer au développement du droit des preuves»<sup>45</sup>. En Angleterre, il faut signaler le *Police and Criminal Evidence Act*<sup>46</sup> (1984), dont l'art. 1 paragraphe 1.0 fait référence au caractère équitable des enquêtes menées envers l'accusé. Sans oublier la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>47</sup>.

Notre analyse comparative – développée au double niveau *normatif* et *jurisprudentiel* – se place, donc, dans une perspective européenne et internationale de développement de la procédure pénale.

39 L. 15 giugno 2000 sur la présomption d'innocence. V. K. MARTIN-CHENUT, F. DA MELO E SILVA, *La constitutionnalisation/conventionnalisation*, cit., p. 45.

40 V. *amplius* K. MARTIN-CHENUT e F. DE MELO E SILVA, *La constitutionnalisation/conventionnalisation du droit de la preuve* in G. GIUDICELLI-DELAGE, (sous la direction de), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*, Paris, 2006, p.31 et suivantes.

41 V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2006, p. 329.

42 U.S. SUPREME COURT, *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

43 U.S. SUPREME COURT, *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

44 U.S. SUPREME COURT, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

45 *Federal Rules of Evidence*, Rule 102 "Purpose".

46 *Police and Criminal Evidence Act*.

47 SOPINKA, LEDERMAN, BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, Butterworths, 1992, p. 157.