

es engagements et
nce sur le contenu
r. Sans doute fau-
et notamment leur
ements internatio-
issent être formu-
ation ne soit mise
ur les relations in-
il existe un organe
s projets d'engage-
tionaux avant leur

québécois et à ses
ne carrière acadé-
iage, le professeur
a changé depuis
conclusion de ses
ue donne ainsi au-
ements lui confère
des droits et des
(30).

TRAVERSER LES ÉTATS TRADUIRE LE DROIT

François R. VAN DER MENSBRUGGHE

Professeur à la Faculté de Droit

de l'Université Saint-Louis-Bruxelles (USL-B)

*Chargé de cours à la Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie
de l'Université de Liège (ULg)*

« - Katherine. *Sauf votre honneur; le François que vous parlez,
il est meilleur que l'Anglois lequel je parle.*

- King Henry. *No, faith, is't not, Kate : but thy speaking of my
tongue, and I thine, most truly-falsely, must needs
be granted to be much at one. But Kate, dost thou
understand thus much English - canst thou love me ? »*

Shakespeare, Henry V, Acte V, scène 2 (1)

Au gré de nos voyages, dans nos pratiques, ou à l'occasion d'une recherche, nous traduisons le droit. Ces aller-retour, somme toute banals, entre systèmes juridiques et entre langues soulèvent bien des questions. L'herméneutique interculturelle recèle des mystères. À force de pétrir les mots dans des univers différents, certaines personnes en arrivent à brouiller les frontières. D'aucuns ne maîtrisent plus aucune langue tout à fait correctement, terminant dans un yaourt crypto-linguistique tout ce qu'il y a de plus approximatif. D'autres s'en tirent à merveille. Sur le plan littéraire, il n'est que de songer à Borges, Beckett, Élias Canetti, Vladimir Nabokov. Ces génies maîtrisent la matrice polylinguistique à un niveau de perfection artistique. Se construisant un palais de mots (en anglais, on parlerait plutôt d'un *house of words*, plus modeste), Nabokov traverse les langues en potentat-voyageur (2). La vaste majorité des personnes, cependant, ressentent ces problèmes comme un fardeau. Impossible d'échapper à l'à-peu-près, surtout pour le juriste, confronté à l'envie de s'approprier la beauté d'une langue conjugée à l'ardente nécessité d'une précision cisailée au couteau. De tout

(1) Jean-Michel DÉPRATS traduit les propos du roi comme suit : « Non, ma foi, il ne l'est pas, Kate : mais ta façon de parler ma langue et ma façon de parler la tienne, aussi sincère qu'in-correcte, vont de pair, il faut bien le reconnaître. Mais dis-moi Kate, comprends-tu au moins ces mots d'anglais, "Canst thou love me ?" », in SHAKESPEARE, *Histoires, Œuvres complètes*, IV, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 2008, p. 959. La traduction de François-Victor HUGO est légèrement différente : « Non, ma foi, Kate, non pas ; mais il faut avouer que nous parlons, toi ma langue, et moi la tienne, avec des imperfections également imparfaites, et que nos deux cas se valent. Mais, Kate, es-tu capable de comprendre ceci : Peux-tu m'aimer ? », in SHAKESPEARE, *Œuvres complètes*, I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1959, p. 826.

(2) G. STEINER, *Extraterritorial. Papers on Literature and the Language Revolution*, London, Faber & Faber, 1972, p. 7.

cela découle une sensibilité accrue pour les mots, leur couleur, leur usage, leur agencement, leur mouvement, leur son. Le fait de se retrouver passeur de frontière, malgré soi, et d'y éprouver une sensibilité pour la couleur des mots, pousse à la traduction/comparaison permanente. De deux choses l'une : on y éprouve de la joie ou on y éprouve de la tristesse. George Steiner parle de la tristesse qui accompagne depuis toujours l'acte de traduire : une *miseria* spéciale, une mélancolie après Babel (3). En effet, « il y a dans cette expérience une souffrance, celle du traducteur confronté à la défaillance du sens privé de sa lettre » (4). On ne peut le nier : « En traduction, il n'y a pas de miracle ; il y a des réussites relatives mais jamais totalement satisfaisantes, du fait même de la substitution d'un signifiant à un autre » (5). Il y a aussi, cependant, une joie, si ce n'est une certaine euphorie de se retrouver dans pareille situation. Jean-Michel Déprats souligne qu'en contrepartie de la perte inhérente au travail du traducteur, la « substitution ouvre vers des significations autres ; c'est peut-être l'aspect positif de la trahison qui n'est pas seulement trahison par défaut par rapport au sens originel, mais trahison par ouverture à d'autres sens » (6).

Revenons à des considérations plus juridiques et attachons-nous à la seule famille juridique du *Common law*. D'abord, il y a le substantif. On ne traduit pas *Common law* en français, ni en néerlandais, ni en italien ou en espagnol. Rien à voir avec l'usage des élites « offshore » de la planète pour qui l'anglais est le premier des signes de reconnaissance. Rien à voir avec une soumission volontaire ou résignée à l'hyperpuissance américaine et l'adoption de sa langue comme unique outil de communication internationale (7). Rien à voir non plus avec les phénomènes en cours d'américanisation du droit (8). Non, la formule résiste seule et depuis longtemps – avec obstination – à la traduction. Il faut dire que *The Common law* est déjà si chargé de significations accumulées au fil des siècles. Par couches successives, par

(3) G. STEINER, *After Babel. Aspects of Language & Translation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 283 : « Each translation falls short. At best, wrote Huet, translation can, through cumulative self-correction, come ever nearer to the demands of the original, every tangent more closely drawn. But there can never be a total circumscription. From the perception of unending inadequacy stems a particular sadness. It haunts the history and theory of translation. "Wer übersetzt", proclaimed the German poet and pietist Matthias Claudius, "der undersetzt". His play on words, though elementary, is untranslatable. But the image is perennial. There is a special *miseria* of translation, a melancholy after Babel. Ortega y Gasset gives the best account of it. The theme itself, however, is as ancient as the art ».

(4) J.-M. DÉPRATS, « Traduire Shakespeare. Pour une poétique théâtrale de la traduction shakespearienne », in SHAKESPEARE, *Tragédies, Œuvres complètes*, I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 2002, pp. LXXIX et s., spéc. pp. LXXXI-LXXXII.

(5) *Ibid.*, p. LXXXII.

(6) *Ibid.* Valéry Larbaud traite plus explicitement encore de la joie du traducteur. Avec un enthousiasme communicatif, il expose son point de vue dans un texte peu connu, extrait de *Sous l'invocation de Saint Jérôme* (1944) (V. LARBAUD, *De la traduction*, Arles, Actes Sud, 1984).

(7) B. CASSEN, « Un monde polyglotte pour échapper à la dictature de l'anglais », *Le Monde diplomatique*, janvier 2005, pp. 22-23.

(8) « L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 45, Paris, Dalloz, 2001.

une sédimentation de roc qui s'appréhende petit contingentement dans le dictionnaire bien construit de ces expressions. Seulement la traduction, encore elle les reconstruit confrontée à ce qu'elle associe indé-

Ensuite, il y a l'arrêt, est moins anodin que minimal », selon I. Le mot qui permet de traduire, d'enceinte, le traducteur féminin et masculin, l'objectif de coller le mot. S'il est illusoire de penser de communiquer, tient ? Si nous retrouvons faire l'écophonie privilégiée « la » *Common law* la tige « el » *Common Law*. Certaines personnes, Pierre Legrand contre tous » (12). tionnée. Les raisons. D'aucuns s'appuient sur Pollock (1845-1932) *Common Law* pour les raisons, Pollock pense que *Common Law* ». D. Lévy-Ullman considère que masculine que masculine que le choix du masculin de la loi. « Le »

(9) P. LEGRAND, « P. », pp. 941-947, spéc. p. 94.

(10) M. GREVISSE, *La Goosse*, Paris, Louvain.

(11) P. LEGRAND, « P. », (12) *Ibid.*, p. 942.

(13) Les conférences *mon Law* en 1912. La j'entré dans le domaine avant : <http://oll.libertyfu> 2016).

une sédimentation juridico-géologique, le substantif s'est cristallisé en un roc qui s'appréhende comme tel. La polysémie du *Common law* suffit. Un petit contingentement d'expressions résiste de la sorte à la traduction – le dictionnaire bien connu des intraduisibles. Reprenant Pierre Legrand, « Traduire ces expressions serait [...] malencontreux pour deux raisons : non seulement la traduction les dépouillerait de leur bagage historique, mais encore elle les rendrait davantage hermétiques à l'auditoire francophone, confronté à ce qu'il se trouverait alors à force néologismes équivoques ou associations indésirables » (9).

Ensuite, il y a l'article défini. *Le Common* ou *la Common law* ? La question est moins anodine qu'il n'y paraît. Assurément, « l'article est le déterminant minimal », selon Maurice Grevisse, mais Grevisse ajoute aussitôt, c'est « le mot qui permet de s'actualiser, de se réaliser dans une phrase » (10). À l'évidence, le traducteur qui écrit dans une langue romane, tenu de choisir entre féminin et masculin, se doit de « choisir l'article défini en poursuivant l'objectif de coller le plus étroitement possible au langage auquel il emprunte. S'il est illusoire de prétendre rendre le mot à mot, du moins est-il possible... de communiquer le message » (11). Qu'en est-il pour le sujet qui nous retient ? Si nous retenons bien les deux mots *Common law* en anglais, nous ne pouvons faire l'économie du genre grammatical. En règle générale, la francophonie privilégie le féminin pour désigner *the Common law*. On étudie « la » *Common law*. En revanche, le monde hispanophone évoque davantage « el » *Common law*. Que cachent ces différences ? Est-ce important ? Certaines personnes ont mené des batailles homériques sur ces questions. Pierre Legrand considère qu'il s'agit d'un « sujet apparemment fondamental entre tous » (12). En vérité, la raison de ces polémiques paraît disproportionnée. Les raisons pour le masculin ou le féminin vont dans les deux sens. D'aucuns s'appuient sur une série de conférences données par Sir Frederick Pollock (1845-1937) aux États-Unis en 1911, intitulées *The Genius of the Common Law* pour privilégier le choix du féminin (13). Lors de ces allocutions, Pollock personnifie l'objet de son étude sous les traits de « Our lady the Common Law ». De là découlerait une prise en otage de l'expression, Henri Lévy-Ullman considérant que la métaphore renverrait à une idée plutôt féminine que masculine de l'expression. D'autres, au contraire, considèrent que le choix du masculin s'impose. Le masculin ressortit du droit, le féminin de la loi. « Le » *Common law* s'imposerait tout naturellement puisque

(9) P. LEGRAND, « Pour le Common law », *Revue internationale de Droit comparé*, 1992, pp. 941-947, spéc. p. 942.

(10) M. GREVISSE, *Le bon usage. Grammaire française*, 12^e éd. (refondue par André GOOSSE), Paris, Louvain-la-Neuve, 1986, § 563, p. 906.

(11) P. LEGRAND, « Pour le Common law », *op. cit.*, p. 946.

(12) *Ibid.*, p. 942.

(13) Les conférences de Pollock mèneront à la publication de *The Genius of the Common Law* en 1912. La première partie s'intitule « Our Lady and Her Knights ». L'ouvrage, entré dans le domaine public, est disponible dans sa version intégrale sur le site suivant : <http://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-genius-of-the-common-law> (consulté le 8 juin 2016).

écisément pas ;
va du *Common*
r ces questions.
ité d'article de
3. En art comme

1 Droit constitu-
erlinguistique. Il
d'aiguillon pour
reconnaissance
Constitution fé-
ocat en matière
ixième amende-
nière expresse –
es pénales (16).
les États-Unis :
t [...] d'être as-
ar le biais d'une
estion surgit au
nendement dis-
liberté ou de sa
e relevant de sa
entre ces deux
'autre en 1868 –
atière. Sans en-
Unis, *Barron v.*
lu *Bill of Rights*,
pour l'État fédé-
idéal américain
ept de *due pro-*
ndement est non
is, il a une portée
e la *due process*

it, 1979, p. 183, n° 2.
ulin : « le » *Common*

ts-Unis s'entend des
arre, le *Bill of Rights*
e 1689 qui porte da-
qui définit les limites
s en Angleterre, voir
6 et s.

I shall enjoy the right

: « No state shall [...] w;
w; nor shall deny to

243 (1833).

clause du cinquième amendement). Reste que – très rapidement – la Cour suprême fédérale prive cette disposition de tout effet utile (voir notam- ment les *Slaughterhouse Cases* de 1873 (20)). Au fil du temps, et à travers une jurisprudence passablement sélective, la Cour suprême « incorporera » une série de garanties du *Bill of Rights* – considérées comme fondamen- tales – pour les rendre opposables aux États fédérés et non plus seulement à l'État fédéral (21). C'est véritablement avec l'affaire *Gitlow v. New York* de 1925 qu'une série de libertés fondamentales (*civil liberties*) vont peu à peu tomber dans le giron fédéral (22). Peu à peu, les libertés d'expression (*free- dom of speech*) (23), de la presse (*freedom of the press*) (24), de réunion (*freedom of assembly*) (25), et de religion (*freedom of religion*) (26) s'ap- pliquent dans les États en termes nationaux. Reste qu'en 1937, dans son célèbre arrêt *Palko*, la Cour suprême fédérale réitère sa position selon la- quelle le quatorzième amendement n'incorpore pas l'ensemble des libertés garanties par le *Bill of Rights* mais seulement les plus fondamentales (27). Certes, la Cour rappelle que la protection de la *due process clause* s'étend à la liberté de penser et de s'exprimer qu'elle considère comme « la matrice, la condition *sine qua non*, de presque toutes les formes de libertés », et un droit fondamental sans lequel ni la justice, ni la liberté ne seraient ga- rantis au sein du système politique (28). La question reste de savoir si le

(20) *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

(21) Dans le célèbre arrêt *Lochner v. New York* de 1905, la majorité de la Cour suprême in- terprétera la *due process clause* du quatorzième amendement comme protégeant une « liberté de contrat » qui n'y figure pas nommément : voir *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). L'arrêt est partiellement reproduit, en anglais, in M.-F. TOINET, *La Cour suprême – Les grands arrêts*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1989, pp. 104-108. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir F. D. RAGAN, « "Mere Meddlesome Interferences": the Apogee of Substantive Due Process », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 – An Encyclopedia*, (ed. John W. John- son), New York, Garland Publishing Inc., 1992, pp. 269-277.

(22) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). Dans le même sens, voir *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444, 450 (1938) ; *Staub v. City of Baxley*, 355 U.S. 313, 321 (1958). L'arrêt est partiellement reproduit, en anglais, in M.-F. TOINET, *La Cour suprême – Les grands arrêts*, op. cit., pp. 114-118. Pour des commentaires sur l'arrêt *Gitlow v. New York*, voir H. JOSEPHSON, « Expanding Free Speech to the States », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 : An Encyclopedia*, op. cit., pp. 501-505.

(23) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).

(24) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931). Dans le même sens, voir *Grosjean v. Ame- rican Press Co.*, 297 U.S. 233, 244. Pour des commentaires sur l'arrêt *Near v. Minnesota*, voir P. L. MURPHY, « The Limits of Prior Restraint », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 : An Encyclopedia*, op. cit., pp. 533-538.

(25) *DeJonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 364 (1937).

(26) *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948) ; voir aussi *Zorach v. Claiborn*, 343 U.S. 306 (1952). Pour des commentaires sur ces deux arrêts, voir F. J. SORAUF, « Religion in the Public School Day : the Released Time Cases », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 : An Encyclopedia*, op. cit., pp. 565-572.

(27) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). L'arrêt est partiellement reproduit, en anglais, in M.-F. TOINET, *La Cour suprême – Les grands arrêts*, op. cit., pp. 131-133.

(28) D'après Justice Cardozo dans l'arrêt *Palko*, « If the Fourteenth Amendment has absor- bed [certain social and moral values], the process of absorption has had its source in the belief that neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed. [...] This is true, for illustra- tion, of freedom of thought and speech. Of that freedom one may say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom ».

droit à l'assistance d'un avocat dans le cas de poursuites pénales, consacré au sixième amendement, d'envergure fédérale, constitue un droit suffisamment « fondamental » que pour justifier son opposabilité au niveau étatique. La peine capitale étant encourue, la Cour suprême l'affirme sans ambages dans l'affaire *Powell v. Alabama* de 1932 : « le droit à l'assistance d'un avocat participe de cette nature fondamentale » (29). Puis, curieusement, en 1942, dans *Betts v. Brady*, elle revient en arrière. Ce revirement, que la Cour suprême elle-même qualifiera plus tard de « rupture brutale avec ses propres précédents bien considérés » (30), plonge le monde judiciaire américain dans la consternation. Reste que le contexte juridique et l'environnement socio-culturel américains évoluent rapidement au cours des années cinquante/soixante. Le mouvement des droits civiques et une prospérité économique certaine (*the affluent society*), auxquels s'ajouteront des changements politiques en profondeur, conduiront la Cour suprême à se montrer plus activiste (31). Dorénavant pour la Cour, l'accent est mis sur une méthode *contextuelle* (et non plus seulement *textuelle*). Dans cette optique, on cherche à percevoir et à respecter le contexte historique, social et économique dans lequel une action fondée sur la Constitution prend naissance. L'avocat américain participe de cette ouverture d'esprit et devient, un temps, une figure emblématique de valeurs d'abnégation et de dévouement, au service de la société. Il devient un *role-model*. Du reste, l'avocat le plus célèbre des États-Unis, Atticus Finch, héros idéalisé du roman de Harper Lee (1926-2016), *To Kill a Mockingbird* (*Ne tirez pas sur l'oiseau moqueur*) publié en 1960, est un avocat commis d'office (32). Faut-il y voir une rencontre fortuite ? La renommée d'Atticus Finch coïncide avec le célèbre arrêt *Gideon v. Wainwright* de 1963 (33). Les faits de cet arrêt céléberrime de la Cour suprême des États-Unis ressemblent de très près à ceux de *Betts v. Brady*. Clarence Earl Gideon est poursuivi pour un *felony*

(29) *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68 (1932) : « the right to the aid of counsel is of this fundamental character » (*dictum* du Justice George Sutherland). L'arrêt *Powell* est le premier des « *Scottsboro Cases* » : ces affaires désignent un ensemble de procès de neuf jeunes noirs jugés coupables de viol et condamnés à la peine de mort dans l'État de l'Alabama. À l'évidence, les procès furent bâclés dans une atmosphère d'émeute et la défense assurée de manière incompétente. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir R. F. MARTIN, « The Scottsboro Cases », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 : An Encyclopedia*, op. cit., pp. 382-388.

(30) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 344 (1963) : « the Court in *Betts v. Brady* made an abrupt break with its own well-considered precedents ».

(31) Cette Cour suprême activiste sera un des traits caractéristiques des présidences successives de Earl Warren (1953-1969) et Warren E. Burger (1969-1986).

(32) Le personnage d'Atticus Finch, et son rôle dans l'imaginaire juridique américain, continuent de fasciner. Pour preuve, voir S. LUBET, « Reconstructing Atticus Finch », *Michigan Law Review*, 1999, pp. 1339-1362 ; B. V. POWELL, « A Reaction : "Stand Up, Your Father [A Lawyer] is Passing" », *Michigan Law Review*, 1999, pp. 1373-1375 ; X., « Being Atticus Finch : The Professional Role of Empathy in "To Kill a Mockingbird" », *Harvard Law Review*, 2004, pp. 1682-1702.

(33) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Pour des commentaires sur cet arrêt, voir T. E. YARBROUGH, « "Incorporation" and the Right to Counsel », in *Historic U.S. Court Cases, 1690-1990 : An Encyclopedia*, op. cit., pp. 597-600. L'audition des plaidoiries dans cette affaire est disponible sur le site suivant : http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155/argument/ (consulté le 8 juin 2016).

dans l'état de Floride seul. Loin de reculer, la défense se révèle plus déterminée (*statement*) et fait valoir qu'il procède aux interrogatoires en *cross-examination*. Forts, les arcanes du jury le déclarent coupable de cinq ans. Tout comme *habeas corpus* devant sa déclaration de culpabilité judiciaire garantie par la Cour suprême, mais la Cour suprême fédérale des vingt-deux États interviendra. Jugeant que l'arrêt avait été rendu, ils ont prudence (*urging reversal*) la Cour suprême censure l'arrêt en amont de *Bett* dernière jurisprudence pour rétablir des précédents garantissant la justice à l'assistance d'un avocat, troisième amendement

Toujours est-il qu'aujourd'hui nous n'avons toujours pas de procédure par « procédure Pactet et Alain Levasseur » on vient de le voir, la Cour contrôle de constitutionnalité. Traduire par « procédure Toinet et à sa suite Yvon » qu'améliorer très légèrement de la Cour suprême

(34) Trois États demandent la Floride, l'Alabama, et la Californie.

(35) Gideon lui-même comparaît (*in forma pauperis*). La Cour de plusieurs juges à la Cour la Cour suprême (1965-1966). Notons toutefois que Gideon n'écrit pas, « I agree that I deserve a more respectful burial than I have » (1963).

(37) Pour Justice Black, « fair system of justice » : Gideon

énales, consacré
n droit suffisam-
niveau étatique.
ie sans ambages
l'assistance d'un
s, curieusement,
revirement, que
ire brutale avec
monde judiciaire
uridique et l'en-
nt au cours des
ues et une pros-
iels s'ajouteront
Cour suprême à
cent est mis sur
lle). Dans cette
istorique, social
ition prend nais-
sprit et devient,
n et de dévoue-
u reste, l'avocat
sé du roman de
z pas sur l'oi-
fice (32). Faut-il
h coïncide avec
faits de cet arrêt
nt de très près à
i pour un *felony*

of counsel is of this
owell est le premier
le neuf jeunes noirs
abama. À l'évidence,
urée de manière in-
Scottsboro Cases »,
i. 382-388.
Betts v. Brady made

les présidences suc-

que américain, conti-
Finch », *Michigan*
Up, Your Father [A
being Atticus Finch :
Law Review, 2004,

taires sur cet arrêt,
Historic U.S. Court
des plaidoiries dans

le 8 juin 2016).

dans l'état de Floride et se voit dénier l'aide d'un avocat. Gideon se défend seul. Loin de reculer devant cette tâche, Gideon avance avec ténacité et sa défense se révèle plutôt percutante : d'emblée, il s'adresse au jury (*opening statement*) et fait venir des témoins à la barre. Méthode accusatoire oblige, il procède aux interrogatoires et contre-interrogatoires (*examination and cross-examination*) propres au procès anglo-américain. Nonobstant ses efforts, les arcanes du système accusatoire américain échappent à Gideon et le jury le déclare coupable. Il est condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans. Tout comme Betts avant lui, Gideon introduit une requête en *habeas corpus* devant la Cour suprême de l'État de Floride considérant que sa déclaration de culpabilité et sa peine découlent de l'absence d'assistance judiciaire garantie par la Constitution fédérale. La requête est entendue mais la Cour suprême de l'État de Floride ne fait pas droit à ses demandes. La Cour suprême fédérale, quant à elle, octroie *certiorari*. Pas moins de vingt-deux États interviennent dans la procédure, en tant qu'*amicus curiae*. Jugeant que l'arrêt *Betts* constituait un anachronisme au moment où il avait été rendu, ils supplient la Cour d'opérer un revirement de sa jurisprudence (*urging reversal*) (34) (35). Dans une décision unanime, la Cour suprême censure l'arrêt de Floride (36). Elle s'appuie sur les précédents venus en amont de *Betts* plutôt que sur *Betts* lui-même. Considérant que cette dernière jurisprudence constituait une anomalie, la Cour entend ouvertement rétablir des principes constitutionnels qu'elle juge indispensables à la garantie de la justice au sein du système politique américain (37). Le droit à l'assistance d'un avocat trouve, enfin, dans la *due process clause* du quatorzième amendement une assise solide.

Toujours est-il qu'au terme de ces développements passablement détaillés, nous n'avons toujours pas traduit ce concept de *due process of law*. Traduire par « procédure légale », comme le font Maurice Duverger, Pierre Pactet et Alain Levasseur, dénature la portée et le sens du concept. Comme on vient de le voir, la *due process of law* est une norme de référence du contrôle de constitutionnalité qui permet de juger de la validité de la loi. Traduire par « procédure légale régulière », comme le font Marie-France Toinet et à sa suite Yves Mény et de nombreuses autres personnes, ne fait qu'améliorer très légèrement la signification. À l'évidence, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis conduit à une interprétation sensible-

(34) Trois États demandent que la jurisprudence *Betts v. Brady* soit laissée intacte : la Floride, l'Alabama, et la Caroline du Nord.

(35) Gideon lui-même bénéficie de mécanismes de gratuité des frais pour les plus démunis (*in forma pauperis*). La Cour suprême désigne Abe Fortas pour sa défense. Ce dernier, ami de plusieurs juges à la Cour et confidant de plusieurs présidents, deviendra par la suite juge à la Cour suprême (1965-1969).

(36) Notons toutefois deux opinions concurrentes des Justices Douglas et Harlan. Ce dernier écrira, « I agree that *Betts v. Brady* should be overruled, but I consider it entitled to a more respectful burial than has been accorded... ». *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 349 (1963).

(37) Pour Justice Black, « we but restore constitutional principles established to achieve a fair system of justice » : *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 344 (1963).

ment plus large : à côté de la *procedural due process of law* existe un *substantive due process of law*. La notion de *due process of law* implique le respect de règles de fond qui tiennent aux atteintes à la vie, à la liberté et aux biens des personnes. Autrement dit, «[la notion] implique le respect de véritables droits ou libertés dont les personnes ne peuvent en principe être privées et qui ne sont susceptibles que de limitations pour motif d'intérêt général et dans le respect du principe de proportionnalité» (38). Sans doute s'approche-t-on davantage du concept lorsque Suzanne et André Tunc, Jean-Pierre Lassalle et Jean Pradel traduisent *due process of law* par «garanties légales suffisantes». On s'écarte ainsi d'une traduction littérale. Il reste que la clause de *due process of law* implique des garanties juridiques suffisantes mais ne se confond pas avec elles. «Elle consiste plutôt dans les principes fondamentaux de liberté et de justice qui exigent ces garanties» (39).

D'autres exemples de traduction s'offrent à nous, et ce d'autant plus que des considérations d'efficience et «d'américanisation» du droit gagnent – chaque année – du terrain. En effet, les interfaces du droit national belge, français, italien ou allemand avec le *Common law*, se multiplient, souvent sous couvert d'une volonté politique de faire des économies, conjuguée à la promesse d'une meilleure justice. En Belgique, ce double souci constitue l'élément moteur du plan Justice du ministre Koen Geens, dont les trois premiers volets, «Pot-Pourri I», «Pot-Pourri II» et «Pot-Pourri III», ont déjà été adoptés (40). Pour ne s'attacher qu'à un seul point visant à trouver un nouvel équilibre entre l'accusation et la défense, le prévenu en Belgique a désormais la possibilité de «plaider coupable» (41). Autrement dit, lorsqu'il se déclare coupable, il aura la possibilité de se mettre d'accord avec le procureur sur une peine réduite (42). La Belgique à ce propos n'a rien

inventé. Il y a une introduction du *plea* du 9 mars 2004 (ar On se rappellera q de cette réforme c lable de culpabilit coupable» qui – c cide des Américai au profit d'une fo pour quantifier la tatement, il est à se français et en dro val de Troie du sy la logique du syst accord devant un

Toute traduction texte juridique éci duire et renseigne champ d'observati dépassement indis hortation d'Étienn le discours juridi tical, légi-centré, par les figures de fortement théoris giques [...]» (47)

(38) F. MIATTI, «La "due process of law" américaine : quelle traduction française ?», *Revue de recherche juridique*, 1997, pp. 693-704, spéc. p. 702.

(39) *Ibid.*

(40) Voir la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite «Pot-Pourri I», publiée au *Moniteur belge* du 22 octobre 2015, et entrée en vigueur – pour l'essentiel – le 1^{er} novembre 2015); la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite «Pot-Pourri II», publiée au *Moniteur belge* du 19 février 2016, et entrée en vigueur – pour l'essentiel – le 1^{er} mars 2016); la loi relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice (loi dite «Pot-Pourri III», publiée au *Moniteur belge* du 13 mai 2016).

(41) Voir l'article 96 de la loi dite «Pot-Pourri II» (mentionnée ci-dessus). La nouvelle «procédure de reconnaissance préalable de culpabilité» en Belgique est régie par l'article 216 du Code d'instruction criminelle. Pour un commentaire d'ensemble de cette loi, voir C. GUILLAIN, «La loi du 5 février 2016 : quand les soucis d'efficacité procédurale prennent le pas sur la cohérence du système pénal», *Journal des tribunaux*, 2016 (n° spécial à paraître).

(42) À ne pas confondre avec la «transaction pénale» étendue (ou élargie), inscrite à l'article 216bis, § 2 du Code d'instruction criminelle. Le 2 juin 2016, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt (n° 83/2016) constatant l'inconstitutionnalité de la «transaction pénale étendue». Pour une lecture de cet arrêt, voir le site de la Cour constitutionnelle, <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-083f.pdf> (consulté le 8 juin 2016). Voir M. FERNANDEZ-BERTIER, «La transaction pénale étendue jugée inconstitutionnelle : QUEL IMPACT sur les affaires Ecofinisc?», *L'Écho*, 3 juin 2016. Antérieurement

au prononcé de l'arri même pour les nant transaction-pénale-jus

(43) Initialement r 13 décembre 2011 am parution sur reconnai de la peine d'empriso de presse, l'homicide i une loi spéciale).

(44) Voir le recour constitutionnel : Déc du Palais, n° 102, 11/

(45) M. LANGER, «I Bargaining and the Ar Law Journal, vol. 45,

(46) Pour d'autres introduit dans le Codi du 22 septembre 1988. *Strafverfahren*, du 28 voir M. FROMMANN, «R a model to guarantee t (2009).

(47) É. PICARD, «L droit comparé, 1999,

law existe un
ss of law im-
tes à la vie, à
tion] implique
ne peuvent en
ions pour mo-
nnalité » (38).
uzanne et An-
rocess of law
aduction litté-
des garanties
e consiste plu-
ui exigent ces

tant plus que
roit gagnent –
ational belge,
lient, souvent
, conjuguée à
souci consti-
, dont les trois
urri III », ont
sant à trouver
u en Belgique
nent dit, lors-
d'accord avec
repos n'a rien

nçaise ? », *Revue*

ile et portant des
1 *Moniteur belge*
bre 2015); la loi
des dispositions
elge du 19 février
e à l'internement
liée au *Moniteur*

La nouvelle « pro-
ar l'article 216 du
voir C. GUILLAIN,
ent le pas sur la
araitre).

ou élargie), ins-
a 2016, la Cour
tionnalité de la
site de la Cour
onsulté le 8 juin
ugée inconstitu-
Antérieurement

inventé. Il y a une douzaine d'années, la procédure pénale en France voyait l'introduction du *plea-bargaining* américain par le biais de la loi Perben 2 du 9 mars 2004 (articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale) (43). On se rappellera que le législateur français a essayé de qualifier l'ensemble de cette réforme de « procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » (CRPC). Finalement, c'est la traduction de « plaider coupable » qui – dans la pratique – s'imposera. Le *marchandage* liberticide des Américains, caché derrière le *plea-bargain*, disparaît sans doute au profit d'une formulation plus neutre. La controverse reste, notamment pour quantifier la réduction de peine réellement accordée (44). Fondamentalement, il est à se demander si la traduction du concept américain en droit français et en droit belge ne constitue pas, en tout état de cause, un cheval de Troie du système accusatoire. Maximo Langer le pense, lui pour qui la logique du système du *plea-bargain* veut que les parties négocient un accord devant un preneur de décision passif (45) (46).

Toute traduction implique une démarche initiale de correspondance au texte juridique écrit. À lui seul, cependant, le texte est insuffisant pour traduire et renseigner sur l'état exact du droit concerné. Il s'agit d'élargir le champ d'observation pour que rien ne soit perdu de la réalité juridique. Le dépassement indispensable de la loi ressort du reste avec passion dans l'exhortation d'Étienne Picard sur l'état du droit comparé en France, dénonçant le discours juridique romano-juridique « centré sur le texte, pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de la puissance publique, elles-mêmes fortement théorisées sur la base de certains dogmes politiques ou idéologiques [...] » (47). À ce stade-ci, nous constatons que le droit, comme le

au prononcé de l'arrêt, voir A. MASSET, « La transaction pénale : une formule win-win, même pour les nantis », <http://www.legalworld.be/legalworld/carte-blanche-adrien-masset-transaction-penale-justement.html?LangType=2060> (consulté le 8 juin 2016).

(43) Initialement réservée au jugement de quelques petits délits, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 amendera la loi Perben II pour étendre le champ d'application de la « comparution sur reconnaissance de culpabilité » à l'ensemble des délits, quelle que soit la durée de la peine d'emprisonnement prévue (avec quelques exceptions pour les mineurs, les délits de presse, l'homicide involontaire, et des délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale).

(44) Voir le recours contre cette « loi scélérate », « loi liberticide »... devant le *Conseil constitutionnel* : Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004. Voir J.-E. SCHOETTL, *La Gazette du Palais*, n° 102, 11/04/2004, pp. 3-26.

(45) M. LANGER, « From Legal Transplants to Legal Translations : the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, pp. 3-64, spéc. pp. 35-36.

(46) Pour d'autres illustrations, voir en Italie le concept de *patteggiamento sulla pena*, introduit dans le *Codice di Procedura Italiana*, au travers d'un Décret présidentiel (n° 447) du 22 septembre 1988. En Droit allemand, voir le *Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, du 28 mai 2009, BGBI I.S. 2353, 4 août 2009 : pour plus de développements, voir M. FROMMANN, « Regulating plea-bargaining in Germany : can the Italian approach serve as a model to guarantee the independence of German judges », 5(1) *Hanse Law Review*, 197-220 (2009).

(47) É. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, pp. 885 et s., spéc. p. 900.

langage, fait ressortir des façons différentes d'habiter le monde. Le monde de Shakespeare, fait de désordre, de trivialité, d'explosion verbale, n'est pas le monde de Racine, fait d'ordre, de bienséance et d'expression compacte (48). L'univers satirique de Thackeray n'est pas celui, plus compassé, de Balzac (49). Ainsi du droit. La traduction ne va pas de soi car, au-delà de l'agencement des mots ou de leurs correspondances, les univers diffèrent. Traduire un concept du *Common law* n'est ni un simple exercice de linguistique, ni un résultat qu'on peut obtenir à l'aide d'un dictionnaire. Frank Miatti relève avec justesse que « La traduction n'a aucune utilité, et donc aucune raison d'être, si au lieu de supprimer les deux obstacles majeurs à la connaissance des droits étrangers et au recours à la méthode comparative – la difficulté matérielle d'accéder aux textes et les barrières linguistiques – elle en constitue en elle-même un troisième en induisant au contresens. Sa qualité [la qualité de la traduction] est aussi importante pour le juriste qui ignore le droit étranger et cherche à le connaître que pour celui qui en maîtrise déjà les concepts » (50). Léontin-Jean Constantinesco abonde dans le même sens, lui pour qui l'enveloppe linguistique devient secondaire, l'important étant de privilégier le contenu juridique (51). Toute notion juridique ne peut être comprise que dans le cadre juridique et culturel dont elle est issue. De ces manières différentes – ou *jurisculturelles* – d'habiter le monde (pour paraphraser Pierre Legrand), il importe de souligner l'importance de l'interprétation. Nous pourrions dire, en guise de métaphore musicale, qu'aligner les neumes du chant grégorien ne sert à rien. Ce ne sont que des carrés noirs sur du parchemin. Il faut, pour rendre vie et actualité aux psalmodies et mélismes, les interpréter, les chanter. Quelque part, il faut se laisser porter par les volutes, les épisèmes, et autres formes de ponctuation mélodiques. De même en droit, aligner les mots du droit étranger, quand bien même correctement traduits, ne sert à rien. Ce sont des caractères d'imprimerie sur feuille blanche ou fond d'écran. Il faut, pour rendre vie et actualité au *Common law*, les lire et les interpréter correctement. Les méthodes d'interprétation du *Common law*, qu'il s'agisse des *statutory rules of construction*, ou qu'il s'agisse – plus simplement – d'une lecture d'un contrat ou d'un acte unilatéral, n'ont rien à voir avec les méthodes pratiquées en Belgique ou en France. En d'autres termes, il importe que le juriste pare l'épithète « exceptionnelle » au *Common law*. Cette démarche ne procède pas d'une volonté d'imposer une image supérieure de cette famille juridique. Chaque système juridique doit s'offrir au comparatiste de manière unique et par voie de conséquence exceptionnel. L'analyse « différentielle

des juriscultures » oblige à reconnaître vainement d'y débusquer. En somme, la conclusion de la différenciation qui – à l'évidence – mène à la culture du co

La traduction introduit un nomène dont il convient de noter que le *Common law* ne se contente pas de schématiser, les mouvements aux *Calvin's Case* de la rédaction de la rédaction d'adaptation (par exemple sont légères les réalités différentes de la victime de la faute de la victime, se différenciant pour le *brief* (53), institutionnel – la *Suit* tique se trouvent « au sein de la famille » songer à l'arrêt anglo-américain, *United States* arrêts est quasiment la présence d'une armée au service est diamétralement lui d'être en possession du *Firearms Act* *approach* oblige) voit aucun problème jet. Ainsi, les problèmes de même famille juridique

(48) Sur cette comparaison entre Racine et Shakespeare, voir M. EDWARDS, *Racine et Shakespeare*, Paris, PUF (Essais), 2004.

(49) Sur cette comparaison entre Thackeray et Balzac, voir H. TAINE, *Histoire de la littérature anglaise*, Tome 5, Paris, Hachette, 1893, pp. 122-124. Taine compare notamment Rebecca Sharp (de *Vanity Fair*) et Valérie Marneffe (de *La Cousine Bette*).

(50) F. MIATTI, « La "due process of law" américaine : quelle traduction française ? », *Revue de recherche juridique*, 1997, pp. 693-704, spéc. p. 702.

(51) L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé*, Tome II (*La méthode comparative*), Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 144-150.

(52) P. LEGRAND, « Les juriscultures », pp. 1073.

(53) P.S. ATIYAH et I. CLARENDON Press, 1987.

(54) Ainsi, aux États-Unis, la juridiction fédérale. Elle a des juridictions inférieures (qui s'est fait rebaptiser *Sectional Reform Act* de la *Appellate Committee*).

(55) *Regina v. Ben*.

(56) *United States*.

(57) D'après Gutten

des juriscultures », pour reprendre une autre expression de Pierre Legrand, oblige à reconnaître la singularité de nos systèmes juridiques et la tentative vaine d'y débusquer – en permanence – des éléments de convergence (52). En somme, la constitution du champ du savoir du comparatiste se nourrit de la différenciation, de l'altérité, de l'exceptionnel (un « exceptionnalisme qui – à l'évidence – n'est pas ontologique, mais qui relève de la pensée herméneutique du comparatiste »).

La traduction intralinguistique, au sein du *Common law*, est aussi un phénomène dont il convient de tenir compte. Il est consubstantiel à la manière dont le *Common law* a essaimé à travers le monde au fil du temps. Au risque de schématiser, le *Common law* a fait l'objet d'une « traduction » en trois mouvements aux États-Unis : il s'est d'abord agi de *transport* (le célèbre *Calvin's Case* de 1608), ensuite, d'*adoption* (que l'on peut situer au moment de la rédaction de la Constitution de Philadelphie de 1787) et enfin, d'*adaptation* (phénomène progressif qui continue jusqu'aujourd'hui). Les exemples sont légion, dans le *Common law*, de termes qui recouvrent des réalités différentes. La *contributory negligence*, le concept par lequel la faute de la victime a une incidence sur la responsabilité de l'auteur du dommage, se différencie en droit anglais et en droit américain. Il en va de même pour le *brief* (53), le concept de *judicial review* et même – sur le plan institutionnel – la *Supreme court* (54). Au-delà de la traduction intralinguistique se trouvent des méthodes d'interprétation qui ne sont pas identiques au sein de la famille du *Common law*. Pour illustrer le propos, il n'est que de songer à l'arrêt anglais *Regina v. Bentham*, de 2005 (55), et à l'arrêt américain, *United States v. Souther*, de 2000 (56). Le point de départ de ces deux arrêts est quasiment identique. À l'aide de ses doigts, un individu simule la présence d'une arme à feu dans sa poche, et commet un vol (une attaque à main armée au sens premier du terme). L'aboutissement de ces deux arrêts est diamétralement opposé. En Angleterre, le prévenu est relaxé, faute pour lui d'être en possession de ses doigts (il ne peut s'agir d'un objet au sens du *Firearms Act 1968*). En revanche, aux États-Unis (*policy-oriented approach* oblige), la Cour d'appel fédérale pour le quatrième Circuit ne voit aucun problème à ce que la main du prévenu puisse constituer un objet. Ainsi, les problèmes de terminologie juridique, y compris au sein d'une même famille juridique, le *Common law*, constituent autant de défis (57).

(52) P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *R.I.D.C.*, 1999, pp. 1053-1073.

(53) P.S. ATTYAH et R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. XIII.

(54) Ainsi, aux USA, la dénomination *Supreme Court* n'est pas réservée à la plus haute juridiction fédérale. Elle est utilisée dans bon nombre d'États, y compris pour désigner des juridictions inférieures (État de New York). En 2009, la *Supreme Court of England and Wales* s'est fait rebaptiser *Senior Courts of England and Wales* suite à l'adoption de la *Constitutional Reform Act* de 2005 (section 59) qui établit un *Supreme Court* destinée à remplacer la *Appellate Committee of the House of Lords*.

(55) *Regina v. Bentham* [2005] UKHL 18 [2005] 1 WLR 1057.

(56) *United States v. Souther*, 221 F.3d 626 (4th Cir. 2000).

(57) D'après Gutteridge, « differences in the language of the law constitute not the least

La terminologie juridique est le point de rencontre obligé de la langue avec le droit : « Elle représente l'enveloppe linguistique d'un contenu formé par des concepts juridiques » (58). Dans son style simple et direct, Lord Denning donne ce conseil au novice en droit : « to succeed in the profession of the law, you must seek to cultivate command of language. Words are the lawyer's tools of trade » (59).

Où qu'il se trouve, le juriste – novice ou praticien aguerri – se perd à l'occasion dans les dédales du langage, a fortiori lorsqu'il s'aventure hors son système juridique « natif ». Il devient *lost in translation*. Tel est son lot, sa fortune, bonne ou mauvaise. Fernand Braudel constatait – un brin fataliste – que le vocabulaire des sciences de l'homme n'autorise guère les définitions péremptoires : « Sans que tout y soit incertain ou en devenir, la plupart des termes, loin d'être fixés une fois pour toutes, varient d'un auteur à l'autre et ne cessent d'évoluer sous nos yeux » (60). Comme nous l'avons indiqué au début de cette contribution, il n'y a rien de dramatique à tout cela. Se perdre peut procurer un sentiment d'exaltation ou à tout le moins, d'intense curiosité. Nous avons tous ressenti cette impression un jour ou l'autre. Voyager dans un pays où ses facultés de communication sont limitées suscite un rien de fébrilité. On scrute les visages de ses interlocuteurs avec d'autant plus d'acuité que l'on essaie de percer le fond de leur pensée. Acheter une carte postale devient une aventure. Monter dans un bus à bonne destination atteint les sommets de l'exploit. Le juriste qui œuvre dans plusieurs systèmes juridiques, scrutant les mots du droit, peut lui aussi, avec patience et rigueur, trouver son chemin et éprouver une certaine exaltation. Dépasser le vertige de l'incommunicabilité pour arriver, une fois de plus, à ce constat : « Les frontières de mon langage sont les frontières de mon monde » (61).

of the barriers which separate the various legal systems of the world. [...] I would, in fact, be disposed to assert that pitfalls of terminology are the greatest difficulty and danger which the student of comparative law encounters in his novitiate » (H.C. GUTTERIDGE, « The Comparative Aspects of Legal Terminology », XII *Tulane Law Review*, 1938, pp. 401-411, spéc. pp. 401 et 403).

(58) L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé*, op. cit., p. 146.

(59) Lord DENNING, *The Discipline of Law*, London, Butterworths, 1979, p. 5.

(60) F. BRAUDEL, *Grammaire des civilisations*, Paris, Arthaud-Flammarion, 1987, p. 33.

(61) L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (traduction G. G. GRANGER), Paris, Gallimard Tel, 1993, p. 93. Proposition 5.6 : le texte original se lit : « Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt ».

L.
DE
EXPRESSIO

S

Professor
Assess

Il est des textes que
parvient à réciter d
L'article 10 de la lo
part au nombre des

« Les décrets peu
quelles les Parlem
nécessaires à l'ex

La doctrine ne fut,
et, indirectement,
brillante » de la loi
législative », suggé

Entre autres diffic
partenaires de la F
dés, et *quelles son*
pareils pouvoirs pe
aux « décrets » cor
fédéral ne bénéfic
tant de rogner sur l
aussi que les parter
vestis de pouvoirs i
d'actes à caractère

Chacune de ces de
tion : au-delà de ses
institutionnelles ne
non exhaustive, d'h
amples exigences à
ses compétences lo

(1) J. VELAERS, « De
tale" hypotheek te cré
(2) Y. KREINS, « Les
1980. Une erreur législa

Sous la coordination de
Pierre D'ARGENT, David RENDERS et Marc VERDUSSEN

Les visages de l'État

Liber amicorum
Yves Lejeune



bruylant (2017)