

DROIT COMPARÉ ET INTÉGRATION JURIDIQUE EN EUROPE*

Cet intitulé repose sur une inversion : au lieu de traiter de « Epistemology and methodology of comparative law », je propose d'évoquer la contribution du droit comparé à l'épistémologie et à la méthodologie du processus d'internationalisation du droit en Europe.

L'internationalisation du droit n'a pas attendu les comparatistes. Certes ceux-ci ont de longue date rêvé d'une internationalisation ambitieuse allant jusqu'à l'intégration, ou même l'unification juridique : Eugène Lerminier, titulaire d'une chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées créée au Collège de France en 1832, exprime une conviction résolument universaliste : « Nous pouvons dire qu'il y aura un État du monde et le dire, non pas simplement comme une chimère, une utopie, mais comme un fait puissant et réel »¹. C'était sans doute aller un peu vite en besogne, mais le thème, presque aussi ambitieux, d'un « droit commun de l'humanité civilisée » fut repris par Raymond Saleilles lors du Congrès de Paris en août 1900 et, peu après, par le juriste chinois Shen Jiaben qui proposa en 1910 la « fusion » du droit chinois et du droit occidental². Même après la Seconde Guerre mondiale, l'unification du droit, envisagée de façon très concrète, occupe plusieurs chapitres du Traité de droit comparé de H. C. Gutteridge et sera ensuite reprise par R. David puis D. Tallon, mais il existe aussi un fort courant de résistance à un processus jugé au mieux inutile et au pire dangereux.

C'est que, depuis un demi-siècle, le droit qui se met en place en Europe ne ressemble guère au rêve des comparatistes. Aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, l'objectif était plus économique (reconstruire des pays ruinés par deux guerres) et politique (éviter précisément le retour de la

* Publié en anglais dans *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, M. VAN HOEKE (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 247-248.

¹ Leçon du 19 avril 1836.

² Voir *Variations autour d'un droit commun, Travaux préparatoires*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, n°1, éditeur Société de législation comparée, 2001, Actes du Congrès de la Sorbonne, 2002.

guerre) que juridique (élaborer un « ordre » intégré et cohérent). Et l'internationalisation s'est faite sans la doctrine, par une sorte de bricolage diplomatique et bureaucratique, revu et corrigé après coup par les juges européens. Elle reste avant tout pragmatique : les droits de l'homme sont réaffirmés et renforcés dès 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe, par ce formidable instrument d'harmonisation du droit qu'est la CESDH, mais ils sont dissociés de l'Europe économique, construite autour des communautés créées par les traités CECA, Euratom et CEE et à partir de tout un droit communautaire dérivé, auquel l'Union européenne, créée par le Traité de Maastricht, superposera diverses formes de coopération. Il faut attendre la Charte adoptée à Nice en décembre 2000 pour voir systématiser un ensemble de principes pouvant fonder une cohérence juridique propre aux Communautés européennes ; mais il est significatif que la Charte soit restée à ce jour simple déclaration sans force contraignante.

Autrement dit mon point de départ n'est pas le titre, mais le sous-titre de ce colloque, élargi du terme d'intégration à celui plus vague d'internationalisation afin de prendre en compte toute la complexité d'un processus qui n'implique pas seulement l'intégration proprement dite du droit interne au droit européen, mais inclut la coopération et de multiples formes d'interactions, y compris par retour au droit interne (la notion de marge nationale, explicite ou implicite, conduisant à une renationalisation du droit européen). C'est seulement après une critique de ces processus d'internationalisation du droit en Europe que j'esquisserai la contribution que le droit comparé pourrait apporter à travers ses nouvelles fonctions.

A.- Critique de l'internationalisation

À défaut de vision politique claire, les objectifs de l'internationalisation restent confus et les méthodes incertaines.

1. Les objectifs relèvent d'abord des choix politiques, c'est pourquoi la première difficulté tient à l'absence de lisibilité de ces choix. Pour s'en convaincre, il suffit de confronter le Livre blanc sur la gouvernance européenne à quelques déclarations récentes. Adopté par la Commission européenne le 25 juillet 2001, le Livre blanc s'ouvre sur l'énumération des cinq principes de la « bonne gouvernance » (ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence), qui sont supposés renforcer les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Expliquant que désormais « le modèle linéaire, consistant à décider des politiques au sommet, doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur

mise en œuvre », il présente la corégulation comme l'instrument privilégié de ce nouveau modèle. Mais la définition reste vague : associer « des mesures législatives contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique », afin de permettre « un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes », formule évoquant une autorégulation par les acteurs eux-mêmes, malgré les doutes exprimés peu après par le commissaire Barnier sur « la tentation du droit mou », qui privilégie les mécanismes d'autorégulation « au risque de faire reculer la démocratie au profit du corporatisme »³. Il est vrai que le Livre blanc nuance le propos, en faisant observer, au détour d'une phrase, que la corégulation « n'est adaptée qu'au cas où des droits fondamentaux ou des choix politiques importants ne sont pas en jeu »⁴, mais sans préciser davantage les critères de mise en œuvre de cette limitation, pourtant essentielle.

De son côté, le président de la Convention en charge de la réforme des institutions et de la révision des traités, semble avoir l'illusion de pouvoir répondre « à la demande massive pour davantage de simplicité et d'efficacité », tout en affirmant n'avoir entendu – en plein débat sur le Livre vert concernant le procureur européen ! – « aucune demande concernant une extension des compétences communautaires sur le plan interne de l'Union »⁵. Nul besoin d'être juriste pour prévoir qu'écartez toute extension des compétences communautaires *supraétatiques* et favoriser le jeu des normes *interétatiques* ne va améliorer ni la simplicité ni la lisibilité de la construction européenne, mais augmenter la complexité d'un système qui met en relation 15 (et bientôt 27) systèmes de droit différents.

L'illusion politique se traduit inévitablement par l'incohérence des pratiques. Et d'abord leur discontinuité, car le projet d'intégration, qui reste inscrit dans les traités fondateurs des Communautés européennes, est défendu par la Commission et le Parlement, alors que les États, toujours soucieux de préserver leur souveraineté (et apparemment la Convention, ou tout au moins son président), privilégient la coopération, au risque d'évolutions en zigzag, comme il s'en voit en différents domaines. Ainsi en droit de la concurrence où le projet de règlement d'application des articles 81 et 82 du TCE conduit à une nouvelle répartition des pouvoirs au profit des instances nationales, alors que des doutes subsistent sur l'efficacité des garde-fous mis en place pour préserver l'uniformité du droit communautaire : « Ce n'est pas là le moindre des paradoxes », écrit

³ M. BARNIER, « L'Europe n'aura pas le droit mou », *Libération*, 23 avril 2002.

⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁵ V. GISCARD D'ESTAING, « La dernière chance de l'Europe unie », *Le Monde*, 23 juillet 2002.

Laurence Idot, qui ajoute : « On ne peut vouloir à la fois l'Europe et son contraire »⁶.

De même en droit pénal, où la surabondance, à la fois normative et institutionnelle, conduit à cet autre paradoxe de multiplier les normes et les institutions tout en affaiblissant la garantie judiciaire, car aucune autorité judiciaire ne contrôle vraiment les organes d'enquête européens. La multiplication tient sans doute à la confusion des objectifs évoquée ci-dessus : *tantôt* la coopération (Europol créé par convention en 1995, puis les magistrats de liaison et le réseau judiciaire européen par action commune, 1996 et 1998, l'OLAF par règlement en 1999, Eurojust annoncé par le Traité de Nice en 2000) ; *tantôt* l'harmonisation (Convention de 1990 relative au blanchiment, Convention PIF de 1995 sur la protection des intérêts financiers de l'UE, décision-cadre sur la contrefaçon d'euro en 2000, etc.) ; *tantôt* l'unification partielle des règles de procédure pénale et de fond, lancée en 1996 avec le projet dit *Corpus Juris* comportant la création d'un procureur européen⁷ (formule reprise par un Livre vert de la Commission en décembre 2001). Mais le paradoxe s'explique surtout par le climat d'hésitations, voire de conflits politiques. Si la Convention Europol est d'origine étatique, le projet du *Corpus Juris* fut lancé à l'initiative de la Commission et du Parlement européens ; quant à l'OLAF, Office de lutte antifraude indépendant et à vocation supranationale, il fut créé par les trois institutions, mais sur initiative du Parlement en 1999, après la démission de la Commission Santer (1er pilier) ; en revanche Eurojust, à vocation intergouvernementale (3ème pilier), fut inscrit dans le Traité de Nice sur l'initiative des États soucieux de contrer le projet de procureur européen présenté par le Parlement et la Commission⁸, le risque étant tout à la fois de concurrencer le réseau judiciaire européen⁹ et d'affaiblir l'OLAF en favorisant indirectement la « renationalisation » des enquêtes pour fraudes communautaires¹⁰.

Sans aller, comme on l'a parfois dit, jusqu'à « dissoudre la Communauté dans l'Union », cet enchevêtrement d'institutions et de règles à vocation internationale (Eurojust et Europol, RJE et magistrats de liaison) et supranationale (OLAF et le futur procureur européen) est difficilement compréhensible. D'autant qu'il se retrouve en bien d'autres domaines. Ainsi,

⁶ L. IDOT, *D.* 2001, Chr. 1370.

⁷ *Corpus Juris Introducing Penal Provisions for the Protection of the Financial Interests of the EU*, M. DELMAS-MARTY (ed.), Economica, 1997 ; *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States of the EU*, M. DELMAS-MARTY et J. VERVAELE (eds.), Intersentia, vol. I à III, 2000, vol. IV, 2002.

⁸ Communication de la Commission du 19 septembre 2000, inspirée du *Corpus Juris*.

⁹ Voir S. BRAMMERTZ et P. BERTHELET, « Eurojust et le réseau judiciaire européen : concurrence ou complémentarité ? », *RDPC*, 2002, p. 389.

¹⁰ Voir *3eme Rapport d'activité du Comité de surveillance de l'OLAF*, juin 2002, *JOCE* 2002.

en matière de brevets, coexistent un brevet « européen » créé par la Convention de Munich, à caractère international, et un projet de règlement pour l'adoption d'un brevet « communautaire », de nature supranationale, étant observé que le Traité de Nice a annoncé la création d'une chambre du TPI spécialisée en droit des brevets, sans préciser sa compétence par rapport aux deux types de brevets.

En droit civil, la situation est différente dans la mesure où la doctrine semble jouer le rôle moteur depuis la création, dans les années 80, de la Commission Lando et la publication en 1995/2000 des Principes européens de droit des contrats, conçus pour être, dans un premier temps, simplement proposés aux parties et aux arbitres (comme source d'un droit commun transnational, à l'image des Principes d'Unidroit)¹¹, mais aussi comme point de départ d'un futur Code civil européen. Officialisé par les résolutions du Parlement européen de 1989 et 1994, visant à rapprocher les droits privés des États membres, le projet est relancé avec la création en 1999 d'un « Groupe d'études sur un Code civil européen »¹², qui devrait reprendre la partie déjà élaborée par la Commission Lando, mais également aborder d'autres questions, notamment le droit de la responsabilité délictuelle¹³. Mais le débat ouvert par la Commission le 11 juillet 2001, pourtant axé sur le seul droit des contrats, montre bien les difficultés d'une démarche qui, pour être efficace, devra relever simultanément de l'Union européenne et des législateurs nationaux : « Sans doute pourrait-il en résulter certaines atteintes à l'uniformité recherchée ; il serait illusoire de croire possible de les éviter aussi longtemps que l'unité politique n'aura pas été réalisée »¹⁴.

En somme, au lieu de promettre à la fois de simplifier l'Europe et ses institutions *et* de favoriser le maintien des souverainetés nationales, autant assumer pleinement le choix, qui est sans doute le plus réaliste, d'une intégration progressive et pluraliste, donc complexe, combinant coopération et intégration, c'est-à-dire superposant en réalité les deux modèles¹⁵ : *d'une part* le modèle linéaire, hiérarchique et à structure pyramidale, reposant sur le principe de primauté du droit communautaire (construction supranationale) ; *d'autre part* le modèle circulaire, à base de hiérarchies

¹¹ Voir *Principles of European Contract Law*, part I, 1995; part I and II, 2000 ; *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 2001.

¹² Voir Ch. VON BAR, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC*, 2001, p. 127 et s.

¹³ Voir A. de VITA, « Au croisement des itinéraires des droits européens, analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », in *Unifier le droit ; le rêve impossible ?*, L. VOGEL (dir.), Université de Paris II, LGDJ, 2001, p. 73 et s.

¹⁴ V. HEUZE, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats ? », *JCP*, 2002, I. 152 ; également Ph. MALAURIE, *JCP*, 2002, I. 110 ; Y. LEQUETTE, *D.* 2002, Chr. 2202.

¹⁵ Comparer avec F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

affaiblies, voire absentes, structuré en réseau et fondé sur le principe de subsidiarité (construction *internationale*). Sachant leur superposition inévitable, évitons d'annoncer une simplification à l'évidence impossible à la phase actuelle: mieux vaut une pédagogie de la complexité qu'une démagogie de la simplicité.

2. *Quant aux méthodes*, une pédagogie de la complexité passe par une analyse des voies et moyens d'une internationalisation du droit évolutive et à géométrie variable.

Les voies de l'internationalisation, ascendantes (du droit interne au droit international) ou descendantes (du droit international au droit interne)¹⁶, se répartissent, selon une terminologie flottante, entre l'harmonisation (rapprochement des normes autour de principes communs appliqués avec une marge nationale, implicite ou explicite) et l'unification (uniformisation des normes selon des règles communes identiques, sans marge nationale). Le droit communautaire dérivé des traités illustre en principe la dualité unification/harmonisation par la double technique des règlements et des directives. Mais les pratiques – règlements trop vagues et directives trop précises – ont brouillé la distinction et le contrôle exercé par la CJCE est en définitive, dans l'un et l'autre cas, la clé de l'intégration. De son côté, la CEDH n'a qu'une influence indirecte, au fil des condamnations, sur le processus d'intégration européenne, mais le contrôle de la Cour est lui aussi déterminant, d'autant que la distinction entre harmonisation et unification est indirectement consacrée par la notion de marge nationale d'appréciation reconnue très tôt par la Commission, puis la Cour, mais seulement dans certains domaines et avec une ampleur variable¹⁷. Il reste que le choix entre les deux voies est laissé largement à l'arbitraire du législateur communautaire ou du juge chargé d'interpréter des normes au mieux imprécises et au pire incohérentes. Ce qui peut expliquer en partie la méfiance des États et des citoyens à l'égard d'une intégration juridique qui réussit par exemple à unifier dans les plus grands détails la composition des fromages, mais échoue à simplement harmoniser les peines applicables au meurtre et à l'assassinat, au risque de compromettre l'extradition d'un État à l'autre de la Communauté européenne¹⁸.

¹⁶ Voir Série *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal. Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, vol.VII, *Les processus d'internationalisation du droit*, M. DELMAS-MARTY (dir.), MSH, 2001.

¹⁷ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753 et s., également *McGill Journal*, 2001, vol. 46, p. 5 et s.

¹⁸ Comme l'a démontré en 2000 l'affaire *Rezzala* entre le Portugal et la France.

Quant aux moyens, l'une des difficultés de la construction européenne est précisément que l'internationalisation utilise simultanément tous les moyens disponibles : ceux du droit supranational dérivé des traités mais aussi ceux du droit international, avec ce qu'il comporte de négociation, de compromis et finalement d'ambiguïté. Loin de disparaître, ce dernier s'est récemment enrichi, au-delà du jeu traditionnel des conventions multilatérales, de nouveaux instruments, tels que l'action commune ou la décision-cadre. Les piliers institués par le Traité de Maastricht étaient supposés clarifier la situation en séparant du droit communautaire *supranational* (1er pilier) le droit de l'Union européenne *international* (2ème et 3ème piliers). Mais, loin de simplifier l'image de l'Europe, ils ont brouillé l'image, et le jeu des « passerelles » a faussé la distinction, d'autant que le Traité d'Amsterdam a « communautarisé » certaines matières et prévu que la Cour de Justice des Communautés pourrait être compétente dans les matières relevant du 3ème pilier.

Les développements les plus récents ont encore contribué au brouillage, par exemple en introduisant des mesures d'harmonisation au sein du 3ème pilier (projet de décision-cadre de décembre 2001 sur la procédure d'extradition, reformulée « mandat d'arrêt européen »), ou en communautarisant les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements au sein de l'Union européenne, tant en matière civile et commerciale qu'en matière matrimoniale, les deux règlements qui se sont substitués aux Conventions de Bruxelles I et II envisageant à terme la suppression de toute procédure d'*exequatur*¹⁹.

En somme, si les États ont politiquement tendance à substituer la coopération à l'intégration, la tendance inverse est également observable, juridiquement, d'une intégration déguisée en coopération. C'est précisément dans cette perspective, pour éviter que la complexité croissante du droit en Europe ne se traduise par l'incohérence du droit écrit et l'arbitraire des juges, que le droit comparé pourrait apporter une contribution au phénomène de l'internationalisation, à condition de repenser ses fonctions.

B.- Fonctions du droit comparé

Traditionnellement le droit comparé évoque, pour les relativistes, une connaissance des systèmes étrangers qui doit permettre la critique et l'amélioration de chaque système, tandis que les universalistes rêvent d'en faire l'instrument d'unification du droit. À l'heure où la société

¹⁹ Ch. BRUNEAU, « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *JCP*, 2001, I. 314.

s'internationalise, à l'échelle européenne mais aussi planétaire²⁰, chacune de ces conceptions présente un risque : le relativisme, qui privilégie le droit *international* et refuse toute idée d'intégration, risque de conduire à l'éclatement en matière de droits de l'homme et/ou à une privatisation des normes dans le domaine économique déjà largement transnational ; mais l'universalisme peut conduire à l'impérialisme, par extension hégémonique du système le plus puissant et/ou à l'arbitraire d'une intégration préparée par les fonctionnaires européens, ou imposée par les juges, sans véritable contrôle démocratique.

À condition de s'en donner les moyens²¹, le droit comparé pourrait réduire ce double risque en contribuant à concevoir une internationalisation plus innovante : ni relativiste, ni universaliste, mais pluraliste et néanmoins ordonnée, au confluent du droit international et du droit comparé²². C'est pourquoi j'ai la conviction qu'il faut, sinon réconcilier les irréductibles optimistes et pessimistes évoqués par Mark Van Hoecke, car « la vie du droit suppose toujours qu'il y ait des conservateurs et des progressistes et qu'ils soient en conflit »²³, du moins reconnaître que la complexité de la construction européenne incite à prendre au sérieux les avertissements des uns *et* des autres : des optimistes, je retiendrai que le droit comparé est nécessaire à une intégration pluraliste car il conditionne l'élaboration de normes vraiment communes, conçues par une sorte d'hybridation des différents systèmes nationaux, comme la Commission Lando a essayé de le faire en droit des contrats ou le groupe du *Corpus Juris* en droit pénal ; tandis qu'aux pessimistes j'emprunterai la seconde fonction, de résistance, qui conduit soit à refuser toute intégration, soit à reconnaître une marge nationale d'appréciation, en substituant l'harmonisation à l'unification.

1. L'hybridation, ou métissage des systèmes, est la condition d'une intégration pluraliste, mais elle n'est possible que si aucun pays n'impose

²⁰ M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, Chr. 43 ; « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, Chr. 421 ; également *Toward a Truly Common Law, Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge University Press, 2002.

²¹ Voir notamment, sur la méthode des « *case books for a common law of Europe* », W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, G. VINEY, *Tort law, Scope of Protection, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publications, 1998 ; W. VAN GERVEN, « L'harmonisation du droit des contrats en Europe, rapport introductif », *in L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, précité, p. 3 et s.

²² Voir L. AMEDE OBADIA, « Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses », *The American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, p. 669 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies ? New Perspectives on an Old Couple », *The American Journal of Comparative Law*, 2001, vol. 49, p. 407 et s.

²³ Ph. MALAURIE, précité.

son système aux autres. Même au temps du *jus commune*, alors que le modèle romano-canonical semblait dominer la culture juridique européenne, la *common law* se construira en Angleterre comme « la Loi du Royaume », au confluent de la règle monastique et du droit romano-canonical que les moines anglais allaient étudier à Bologne²⁴. N'oublions pas que le célèbre « décret de Gratien » lui-même, qui régira le droit canonique jusqu'en 1917, s'intitulait « concordance des canons discordants ». Si le métissage juridique est si fortement inscrit dans la tradition européenne, *a fortiori* devrait-il en être ainsi aujourd'hui où l'Europe a la chance de connaître une situation historique nouvelle qui semble la mettre à l'abri de toute tentation d'hégémonie juridique : certes la plupart des « grands pays » ont connu une telle tentation, à un moment ou un autre, mais ils ont échoué, et la construction actuelle ne sera acceptée par tous que si elle est suffisamment pluraliste pour ne pas être assimilée à un nouvel impérialisme. Le droit comparé est nécessaire pour dégager, non seulement les convergences qui conduisent en quelque sorte naturellement vers un droit commun, mais surtout les divergences qui appellent un travail plus difficile de synthèse qui permet l'hybridation.

La démarche suppose l'adoption d'un langage commun, mais elle va au-delà, impliquant de mettre au jour les relations qui structurent ce langage selon des modèles différents d'un pays à l'autre, en quelque sorte leur grammaire. Je prendrai un seul exemple, celui de la célèbre opposition entre procédure accusatoire et inquisitoire²⁵. Elle ne peut être comprise que si l'on réussit d'abord à parler un langage commun, indépendant des systèmes nationaux, pour désigner les acteurs de la procédure (partie poursuivante, accusé et juge) et les pouvoirs qui commandent la marche du procès (signalement, investigation, preuve, accusation, contradiction, coercition, disposition de la procédure et décision) ; puis à dégager la « grammaire » proprement dite, qui permet de relier acteurs et pouvoirs, selon des lignes qui déterminent deux modèles : *d'une part* le modèle accusatoire qui relie aux acteurs privés la plupart des pouvoirs, du signalement de l'infraction à la disposition de la procédure (*guilty plea* et *plea bargaining*), en passant par la recherche des preuves (au point d'exclure, sauf exception, le *hearsay*) ; *d'autre part* le modèle inquisitoire qui favorise, de façon diamétralement opposée, les acteurs publics et en particulier l'emblématique juge

²⁴ Voir A. BOUREAU, *La loi du Royaume, les moines, le droit et la construction de la nation anglaise*, Les Belles Lettres, 2001, p. 151 et s. ; sur la complexité des jeux entre droit canonique et droit romain, p. 217 : « Les bénédictins miment la construction jurisprudentielle du droit canonique, là où les cisterciens construisent leur indépendance par une imitation des *Institutes de Justinien* ».

²⁵ Voir *Procédures pénales d'Europe*, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, 1995, version anglaise, Cambridge University Press, 2002, J. SPENCER et M. DELMAS-MARTY (dir.), spécialement le nouveau chapitre introductif de J. SPENCER.

d'instruction chargé de fonctions à la fois policières (investigations afin de constituer à la phase préparatoire un dossier écrit transmis à la juridiction de jugement) et juridictionnelles (décidant notamment du placement en détention).

Des divergences aussi fortes excluraient toute tentative d'hybridation si l'étude comparative ne montrait une évolution convergente, sous la double influence de la jurisprudence de la CEDH (permettant au passage de vérifier que chaque modèle avait ses faiblesses) et de réformes à répétition : sur le continent la plupart des pays ont renoncé progressivement au juge d'instruction, tandis que le droit anglais introduisait des organes de poursuite publique. Cette évolution ne supprime pas toutes les divergences, mais elle les atténue par un rapprochement des systèmes (harmonisation) qui rend possible la recherche d'une hybridation qui réussirait à emprunter le meilleur de chaque modèle national²⁶.

Conçu différemment d'un code²⁷, selon une méthode qui combine six principes directeurs, un ensemble de trente-quatre articles formulant les règles communes et un dernier article posant la règle de la complémentarité du droit national, le *Corpus Juris* s'est d'emblée fondé sur la recherche d'une grammaire commune, qualifiée de « contradictoire », définie par trois principes : la territorialité européenne, compétence attribuée sur tout le territoire européen à un procureur européen, organe de poursuite publique emprunté au modèle inquisitoire ; la garantie judiciaire confiée lors de la phase préparatoire, non pas à un juge d'instruction, mais à un « juge des libertés » (national ou européen) suffisamment neutre pour arbitrer entre l'accusation et la défense, dans l'esprit du modèle accusatoire ; enfin le principe du débat contradictoire défini comme une conception nouvelle de la procédure, en particulier de la preuve, qui combine un dossier écrit (modèle inquisitoire) avec des règles strictes d'exclusion (modèle accusatoire).

Mais l'hybridation ne conduit pas nécessairement à l'unification, seulement partielle dans le projet du *Corpus Juris*. Estimant inutile d'unifier la phase de jugement, car les procédures nationales paraissaient suffisamment proches pour garantir à la fois l'efficacité et la légitimité des jugements prononcés dans les différents systèmes des États membres européens, le groupe s'est contenté de proposer quelques règles générales d'harmonisation, par exemple sur la recevabilité des preuves, ou les voies de

²⁶ À l'échelle mondiale, l'hybridation imposée pour les TPI présente encore bien des faiblesses, voir *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, 2002, notamment « L'influence du droit comparé sur l'activité des TPI », p. 95 et s. ; également « The Interaction of International and National Legal Systems », in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds), Oxford University Press, 2002, p. 1915 et s.

²⁷ Dans le même sens, voir Ph. MALAURIE : « Il y a dans l'idée même de codification européenne une sorte de régression qui est le contraire du nouveau » (chronique précitée).

recours, sans aller jusqu'à créer un véritable tribunal pénal européen qui appliquerait des règles identiques. En outre, le projet s'est heurté à des résistances nationales fortes qui ont conduit à supprimer la constitution de partie civile et à rendre facultatif (et non plus obligatoire comme prévu dans la première version) le jugement par des juges professionnels et sans jury²⁸.

C'est dire à quel point la seconde fonction est indissociable de la première.

2. *La résistance* peut s'imposer en effet à l'occasion soit d'une intégration ascendante (comme dans le cas du *Corpus Juris* ou des Principes de la Commission Lando), soit d'une intégration descendante. Dans le premier cas, le recours au droit comparé permet de marquer les limites du processus. Comme on vient de le voir, il peut conduire à démontrer que l'unification est inutile et l'harmonisation suffisante ; ou, de façon plus radicale, à renoncer à toute intégration, même par simple harmonisation, en raison des risques de rejet d'un dispositif trop difficile à assimiler par tel ou tel modèle national.

Dans le second cas, d'intégration descendante, par exemple quand il s'agit d'interpréter des normes comme celles de la CESDH, posées d'emblée par le droit international, le droit comparé ne semble jouer qu'un rôle subsidiaire, chaque système national étant supposé s'adapter, sous le contrôle des juges qui sanctionnent les éventuelles violations. Toutefois ce rôle, qui est expressément prévu, « à défaut » des principes de droit international, parmi les sources d'interprétation de la norme internationale, générale (art. 38 statut de la CIJ) ou spéciale (art. 21 statut de la CPI), pourrait être systématisé aussi à l'échelle européenne, comme le montre la jurisprudence de la CEDH qui a introduit très tôt, pour certaines dispositions de la Convention, la notion de « marge nationale d'appréciation »²⁹. En effet le constat de fortes divergences peut inciter le juge européen à reconnaître une telle marge nationale, sorte de droit à la différence pour les États, qui contribue à une intégration pluraliste. À condition toutefois de ne pas conduire, comme trop souvent semble-t-il, à exprimer davantage la subjectivité du juge que l'objectivité d'un véritable bilan comparatif.

L'idée sous-jacente est que l'ampleur de la marge devrait varier *d'une part* selon le droit international et le caractère absolu ou relatif (c'est-à-dire assorti de dérogation, exception ou restriction) du principe concerné, et *d'autre part* selon le bilan comparatif et le degré d'homogénéité ou d'hétérogénéité des systèmes nationaux, autrement dit l'existence ou

²⁸ Voir *Prosecuting Frauds on the Communities' Finances – The Corpus Juris*, Select Committee on the European Communities, House of Lords, Session 1998-99, 9th Report.

²⁹ Voir M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, précité.

l'absence d'un « dénominateur commun », pour reprendre une formule souvent employée par les juges de la CEDH et plus rarement ceux de la CJCE.

Encore faut-il éviter alors le risque de manipulation par un juge qui peut être tenté d'invoquer un soi-disant dénominateur commun, alors qu'il se fonde en réalité sur des considérations aussi générales que vagues, sans étude comparative sérieuse, pour masquer des divergences et légitimer des interprétations parfois discutables.

C'est pourquoi le recours au droit comparé devrait être systématisé aussi comme un moyen de résister à l'arbitraire du juge, tant il est vrai que la démocratie procédurale ne suffit pas, surtout quand il s'agit d'un juge international dont on se méfie bien davantage que du juge national, même dans les pays de *common law* pourtant favorables à la créativité jurisprudentielle. C'est dire la nécessité d'une référence substantielle que le droit comparé pourrait aider à définir, illustrant à cent ans de distance le rôle imaginé par Saleilles (pour un juge qu'il n'imaginait que juge national) : « Le juge n'a le droit de faire application des idées de justice absolue que si ces conceptions ont trouvé une objectivité extérieure à lui », ajoutant que « le moyen le plus rapproché des données de la science positive et de méthode expérimentale est celui emprunté aux méthodes du droit comparé »³⁰.

En conclusion, associer droit comparé et internationalisation du droit n'est pas neutre : c'est faire le choix d'un pluralisme ordonné : en favorisant l'hybridation et en permettant de contrôler l'usage de la marge nationale, le droit comparé peut en effet contribuer à ordonner le pluralisme en un droit commun qui permettrait de dépasser l'opposition entre relativisme et universalisme. Mais la seconde dimension ne doit pas être oubliée : « À l'approche statique du modèle qui se maintiendrait dans la seule dimension de l'espace, il faut préférer », écrit Xavier Dijon, « l'image dynamique du chemin qui intègre la dimension du temps »³¹. Le temps incite en effet à la modestie et nous rappelle que l'internationalisation du droit en Europe a commencé avant nous et continuera après.

³⁰ R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTDCiv*, 1902, p. 105.

³¹ « Itinéraire philosophique vers la source d'un droit commun », in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, précité.