

**L**a construction de l'Europe représente désormais un idéal qui dépasse largement les aspects économiques et sociaux qui en ont été à l'origine depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice ont ouvert de nouvelles voies, et les travaux actuels de la Convention européenne devraient en tenir compte dans l'élaboration d'une Constitution à l'échelle d'une Europe en cours d'élargissement.

Le droit pénal ne peut échapper à ce mouvement d'ensemble, et à défaut de vouloir systématiquement harmoniser les différents systèmes issus de différentes traditions, un rapprochement est nécessaire pour lutter plus efficacement, dans le respect du principe de subsidiarité, contre la criminalité organisée et les enjeux auxquels elle porte atteinte.

Après avoir mis en place de nouvelles actions ou de nouveaux organes tels que le réseau judiciaire européen, EUROPOL ou EUROJUST, l'Union européenne amorce une nouvelle étape avec l'adoption du mandat d'arrêt européen, et prolonge sa réflexion avec la publication d'un "livre vert" sur le ministère public européen.

Cette évolution suppose une vision globale des intérêts fondamentaux inter-étatiques. Une adaptation de l'espace pénal devra nécessairement en résulter, et il convient d'y réfléchir sans attendre, convaincus qu'une Europe de la justice est inséparable d'une démocratie effective. La construction européenne peut favoriser dans cette perspective une conception renouvelée du pouvoir judiciaire.

**Jean-François KRIEGK**, Président du tribunal de Grande Instance de Nîmes, ancien vice-Président de l'Union Syndicale des Magistrats de 1996 à 2001. Il suit depuis plusieurs années pour le compte de cette organisation pluraliste, autonome et majoritaire en France, les travaux de l'Union Internationale des Magistrats et de l'Association Européenne des Magistrats, organisations auprès desquelles il est délégué.

**Dominique BARELLA**, ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature, il est actuellement Président de l'Union Syndicale des Magistrats depuis octobre 2002, laquelle est membre de l'Union Internationale des Magistrats fondée en 1953, regroupant plus de soixante délégations dont la majeure partie des pays européens.



## ESPACE PÉNAL COMMUN EN EUROPE : QUELLES PERSPECTIVES ?

Jean-François Kriegk  
Dominique Barella

**JEAN-FRANÇOIS KRIEGK**

président du tribunal de grande instance de Nîmes  
délégué de l'Association Européenne des Magistrats

**DOMINIQUE BARELLA**

président de l'Union Syndicale des Magistrats

# sommaire

## **Introduction .....6**

## **1. Idée fédérale et méthodes d'uniformisation..... 12**

1.1 L'idée fédérale peut inspirer l'édification d'une justice moderne..... 12

1.2 La construction européenne, moteur d'une conception renouvelée du pouvoir judiciaire..... 15

## **2. Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération ..... 18**

2.1 Le développement de l'entraide judiciaire, le gel des avoirs et la constitution d'équipes communes d'enquête.....22

2.2 La démarche visant à la création d'un mandat d'arrêt européen et l'adaptation du droit extraterritorial.....25

2.3 Le principe de reconnaissance mutuelle, pierre angulaire de la coopération judiciaire.....30

2.4 La proposition de création d'un Procureur européen .....35

**3. Harmonisation et droit procédural ..... 48**

**4. Harmonisation, droit pénal  
et mise en place d'un système répressif  
partiellement intégré ..... 64**

4.1 Les dossiers actuels de l'Union européenne  
dans le domaine des rapprochements sectoriels .....65

4.1.1 La lutte contre les drogues .....65

4.1.2 La lutte contre le blanchiment d'argent .....66

4.1.3 La lutte contre le terrorisme.....69

4.1.4 La protection des intérêts financiers de la communauté  
et la lutte contre la contrefaçon de l'euro .....72

4.1.5 La lutte contre la cybercriminalité .....73

4.1.6 La lutte contre l'immigration, la clandestinité  
et la traite des êtres humains .....74

4.2 La recherche d'une harmonisation  
minimale du droit pénal .....75

**Conclusion.....86**

# Introduction

**L**e droit pénal est depuis toujours une affaire nationale mais l'Union européenne a exprimé le besoin d'améliorer la coopération entre les Etats membres en matière d'entraide pénale et d'extradition.

Elle a également estimé nécessaire d'étudier les dispositifs de contrôle et de sanction des fraudes au budget de l'Union.

On s'aperçoit ainsi que c'est par le biais des atteintes à ses intérêts que l'Union, en tant qu'entité propre, estime nécessaire de se protéger en prévoyant des sanctions autonomes par rapport à celles prévues par les droits pénaux des États de l'Union.

Il est intéressant d'ailleurs de noter que l'Union européenne s'oriente désormais en faveur de la création d'un Procureur européen et plus largement de la formation d'un corpus en matière pénale s'écartant progressivement de ce que fut la CEE.

L'UE étant le résultat d'un processus d'harmonisation voire d'intégration. Il n'est pas étonnant d'observer que la matière pénale soit concernée, sachant qu'elle intéresse des champs d'action qu'une communauté souhaite prioritairement protéger.

De plus, certains organismes européens exercent des compétences qui peuvent présenter un aspect répressif, qui, si elles ne sont pas encore entrées dans la sphère pénale, peuvent être considérées comme telles au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La réflexion sur l'évolution des systèmes répressifs en Europe part d'un constat : les réseaux criminels et la corruption prospèrent en l'absence d'un système judiciaire harmonisé, alors que dans le même temps, les principes démocratiques qui fondent les Etats européens ont permis à l'Europe de se doter d'un Parlement européen, d'un exécutif commun, d'une Banque Centrale et d'une monnaie commune.

La mise en œuvre d'une politique adéquate dans le domaine de l'entraide judiciaire et de l'extradition pour assurer l'efficacité de la répression demeure nécessaire, mais cependant insuffisante.

Promouvoir le principe de reconnaissance mutuelle entre systèmes procéduraux permet de respecter le principe de subsidiarité, mais demeure cependant également insuffisant.

Le Traité de Maastricht avait prévu la possibilité d'une révision des traités afin d'assurer une meilleure efficacité des institutions communautaires. Le Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997, et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999, a fait entrer dans le champ communautaire ("3<sup>ème</sup> pilier") des questions relevant traditionnellement de la souveraineté des Etats et prévoyant de prime abord le principe de coopérations renforcées notamment en matière pénale.

## Introduction

L'Union européenne travaille désormais à la construction de cet espace de liberté, de sécurité et de justice, et se trouve aujourd'hui confrontée au défi du rapprochement des systèmes pénaux en vue d'une meilleure efficacité.

Les concepts de rapprochement, de système intégré, d'harmonisation, peuvent être mis en parallèle.

Vouloir harmoniser l'ensemble du droit pénal serait néanmoins utopique, comme serait néfaste le repli des Etats sur eux-mêmes et le refus de tout rapprochement.

Un rapprochement des systèmes n'apparaît pas strictement indispensable lorsqu'il s'agit de déterminer les organes du procès pénal (encore que la généralisation du ministère public représenterait un gain en terme de coopération), de déterminer le régime des poursuites (choisir entre légalité et opportunité) ou de déterminer la procédure applicable au jugement.

Le renvoi au droit national peut suffire dans un certain nombre d'hypothèses, grâce à la mise en œuvre<sup>(1)</sup> du principe de reconnaissance mutuelle, pourvu que les principes fondamentaux soient respectés. Chaque Etat peut ainsi déterminer la sanction exactement applicable, les conditions de prise en compte de la récidive... C'est dans les domaines qui intéressent plus spécialement la lutte contre les grands fléaux, qui relèvent de la criminalité organisée, que les législations doivent être plus spécialement rapprochées. De tels objectifs relèvent d'une démarche commune que l'Union euro-

péenne peut mettre en œuvre, et qu'elle applique de façon pragmatique, au fur et à mesure que surgit la nécessité de répondre à tel ou tel défi.

Certaines mesures sont néanmoins nécessaires pour assurer la continuité de la répression au-delà des frontières. Les obstacles à une répression efficace doivent être réduits par voie d'harmonisation notamment en matière de définition des incriminations, de prescription et d'amnistie, de détermination de la peine exécutoire, de sanctions, et par ailleurs, une harmonisation doit être entreprise de façon plus radicale là où les moyens de procédure sont encore timides voire inexistantes, comme en matière de gel des avoirs et de saisie bancaire.

Cette démarche ne saurait se faire sans respecter les principes fondamentaux qui doivent régir les Etats démocratiques.

**L'Union européenne doit désormais affronter les défis parfois contradictoires par les exigences d'égalité, de simplicité, d'efficacité manifestés par les citoyens européens et à l'attachement aux particularismes culturels nationaux ou régionaux en matière pénale.**

\*\*\*

Un premier défi réside dans la quête d'un consensus en faveur de rapprochements de type harmonisation (I)

Le principe de subsidiarité ne doit pas être perdu de vue, mais peut conduire tout à la fois au

<sup>(1)</sup> Les débats du colloque organisé le 16 octobre 1998 à Avignon sur l'espace judiciaire européen à l'initiative du gouvernement français ont été marqués par cette préoccupation (actes publiés par "La Documentation Française" Paris 1999).

## Introduction

dépassement des méthodes de coopération (II) comme à certaines harmonisations (III).

Quant au droit pénal, certains rapprochements sont déjà amorcés dans plusieurs domaines, ne dispensant en rien d'une recherche en faveur d'une harmonisation minimale de plusieurs dispositions essentielles à la mise en place d'un système répressif partiellement intégré (IV).

# 1 Idée fédérale et méthodes d'uniformisation

## 1.1 L'idée fédérale peut inspirer l'édification d'une justice moderne

La tendance naturelle des Etats à articuler leur dispositif institutionnel en fonction de leur propre histoire constitue un frein à certaines évolutions. Montesquieu avait déjà compris à propos de l'Europe<sup>(2)</sup>, qu'elle devait être un regroupement équilibré des puissances, mais pas un Etat supranational, si bien qu'il envisage dans le livre IX de "l'Esprit des lois" une "République fédérative", qui trouvera à s'incarner en Amérique. Montesquieu part de l'idée que les dimensions du continent européen sont à l'échelle de l'esprit européen, plus spécialement, du "génie de liberté qui rend chaque partie très difficile à être subjuguée et soumise à une force étrangère". C'est pourquoi l'Europe ne peut être que le produit d'un équilibre sans lequel les relations ne peuvent être stables.

L'idée fédérale peut apparaître comme le prolongement naturel de l'europanisme, lequel s'inscrit dans une perspective d'ouverture intellectuelle

et institutionnelle. Elle peut donc apporter un enrichissement. Le fédéralisme tend à superposer à des individus regroupés dans une première entité, une nouvelle association entre plusieurs entités, animées d'un idéal et d'un système de valeurs communs. L'insertion des citoyens dans un double mécanisme relationnel, fait obstacle à l'exclusivisme et conduit à une remise en question de l'idée de souveraineté, entendue de manière classique, en ce que l'idée fédérale s'attaque à l'indivisibilité de la puissance publique. Elle implique donc un partage de souveraineté<sup>(3)</sup>, sans perdre de vue pour autant que la fédération n'a d'autorité que dans les domaines sur lesquels les Etats consentent volontairement le transfert de leurs compétences. C'est la raison pour laquelle chacune des évolutions institutionnelles du Traité de l'Union européenne suppose une révision de notre propre Constitution. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé à propos des mesures contenues dans le Traité d'Amsterdam relatives à l'asile, à l'immigration et au franchissement des frontières intérieures, en ce que celles-ci impliquaient un abandon du principe de subsidiarité sur des questions relevant de la souveraineté nationale, et en ce que les domaines litigieux impliquaient pour leur régulation l'abandon de la règle de l'unanimité<sup>(4)</sup>. Pour autant, le fédéralisme suppose que l'accent soit mis sur l'idée de participation. La notion de fédéralisme coopératif a ainsi été dédagée<sup>(5)</sup>.

L'idée fédérale implique également, comme le souligne Madison, l'un des pères fondateurs du projet de Constitution fédérale américaine à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>(6)</sup>, un lien puissant entre la poursuite du bien commun et le système représentatif, lequel permet de jouer un rôle à la fois de filtre et de synthèse. Le fédéralisme donne ainsi un fondement

(2) Simone Goyard-Fabre : "Montesquieu, la Nature, les Lois, la Liberté" ("la question de l'Europe" p. 232 & s.) Paris, P.U.F., 1993

(3) Olivier Béaud, Dictionnaire de Science Politique, PUF 1996, article "souveraineté".

(4) Pierre Bon "Le Traité d'Amsterdam devant le Conseil constitutionnel", in "les Petites Affiches", 19 juin 1998

(5) Maurice Croizat et Jean-Louis Quermonne, L'Europe et le fédéralisme, Paris, Montchrétien "collection Clefs", 2<sup>e</sup> éd. 1999, p. 68 et suivants

(6) Laurent Bouvet et Thierry Chopin "Le Fédéralisme", éd. Michalon, 1997

au concept de représentation. Il veille dans le même temps à institutionnaliser la méfiance à l'égard du pouvoir, notamment par la séparation matérielle de celui-ci et la limitation dans l'étendue et dans la durée des différents acteurs.

Mais, l'originalité prémonitoire de la Constitution américaine réside en ce que le juge a été érigé en garant de la suprématie de celle-ci par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois. Madison rappelle que cela ne suppose nullement une suprématie du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, *“cela suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur à tous deux, et que lorsque la volonté de la législature est en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, c'est à la dernière plutôt qu'à la première qu'il faut obéir”(7)*.

Partant, il s'agira également d'éviter un risque de dérive qui consisterait à donner un privilège au juge qui serait placé au dessus du système fédéral. Si celui-ci butte sur cette aporie, il est admis que le juge n'est pas le souverain mais le gardien du pacte constitutionnel, et qu'il y aurait lieu de réserver au peuple la solution des conflits majeurs(8).

L'idée fédérale n'est plus une utopie dès lors qu'en fait, la société civile nationale n'est plus la seule société globale. Or l'Europe se trouve placée, *“par ses racines culturelles et historiques, et comme lieu géographique, sous le signe du multiple”(9)*. Appliquée à l'institution judiciaire, le concept débouche sur la mise en place de juridictions communes, qui appellent elles-mêmes à une souveraineté commune.

Le modèle approprié pour l'Europe n'est cepen-

dant pas nécessairement le modèle américain qui correspond plutôt à un Etat unitaire fortement décentralisé qu'à un modèle proprement fédéral puisque l'autorité fédérale détient la possibilité de modifier les règles du jeu. S'il se dégage progressivement que la notion de souveraineté et d'Etat ne représentent plus des critères adéquats pour apporter une réponse aux problèmes posés, en particulier dans le domaine du droit pénal, l'évolution en Europe oscille entre une logique confédérale et étatique et une logique de fédération : tantôt le droit communautaire aura un effet direct sur les citoyens de l'Union, tantôt, l'action demeurera placée sous le signe de la coopération laissant un rôle prépondérant aux Etats membres(10). La question pénale relève exactement de cette problématique, selon que l'on envisage une véritable harmonisation ou selon que l'on envisage de se contenter de mettre en œuvre des mécanismes de coopération.

## **1.2 La construction européenne, moteur d'une conception renouvelée du pouvoir judiciaire**

La notion de souveraineté des Etats se trouve contenue implicitement dans le principe de subsidiarité, et peut donc représenter un obstacle au développement du pouvoir judiciaire. Or, comme le soulignent Giuliano Amato et Yves Mey(11), *“nos systèmes démocratiques sont des systèmes mixtes, dans lesquels la souveraineté populaire est balancée par des éléments issus de la tradition libérale : la séparation*

(7) Laurent Bouvet et Thierry Chopin “Le Fédéraliste”, op. cit.

(8) Thierry Chopin : “La République” une et divisible” (les fondements de la fédération américaine) éd. Plon, mars 2002 (publié avec le soutien de la Fondation Robert Schuman), p. 290 & s. ; “L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis/Europe”, Note Fondation Robert Schuman, mars 2002 p. 68 & s.

(9) Mireille Delmas-Marty “Vers un droit commun de l'humanité”, octobre 1996

(10) Thierry Chopin : “L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis/Europe”, op. cit. chapitre 1.1

(11) “De l'Europe des règles à l'Europe des principes”, in “le Monde”, 23 octobre 1998

## Idée fédérale et méthodes d'uniformisation

des pouvoirs, l'indépendance judiciaire, la prééminence des droits fondamentaux, échappent aux caprices d'une majorité conjoncturelle”.

Dans le domaine de la construction européenne, le critère de l'insuffisance de l'intervention des instances nationales a été considéré jusqu'à présent comme étant le critère opératoire. D'où le dilemme d'une construction qui tend à plus d'unité, sans vouloir détruire la diversité de ses composantes. En réalité, comme le soulignent les mêmes auteurs<sup>(12)</sup>, *“l'Europe est beaucoup plus démocratique qu'on ne le dit, et il n'existe guère de système politique plus fragmenté, plus soucieux de consensus, plus encombré de poids et de contre-poids que le système politique européen naissant”*.

Ainsi, la coopération judiciaire cesserait *“d'être conçue comme un ensemble de mesures de collaboration destinées, dans le cadre des relations de solidarité des Etats entre eux, à faciliter la réalisation des objectifs propres des autorités judiciaires de chaque Etat, sans aucun rattachement au fonctionnement du système communautaire”*<sup>(13)</sup>. Or, le traité de l'U.E. prévoit lui-même que le principe de subsidiarité n'exclut pas toute possibilité d'unification, lorsque *“les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres”* (article 3 B).

Même si l'Union européenne n'a pas généré pour l'heure directement de structure fédérale, force est de constater que l'idée fédérale se trouve d'ores et déjà sous-jacente à plusieurs niveaux dans le domaine de la justice, soit à titre structurel, soit comme processus, par l'instauration de règles uniformes directement applicables bénéficiant du principe de primauté sur le droit interne, et susceptibles d'interprétation

uniforme sur renvoi du juge national à une Cour de Justice<sup>(14)</sup>.

Par ailleurs, l'institution d'une Cour de Justice résultant de l'adoption par le Conseil de l'Europe de la Convention européenne des droits de l'Homme a permis, en près de quarante ans, l'élaboration d'une jurisprudence qui a conduit les Etats à modifier progressivement leurs législations. Cette évolution est d'autant plus remarquable qu'il n'existe dans ce cadre, contrairement à celui de l'Union européenne, aucune procédure “en manquement” de nature à contraindre les Etats membres.

Le Traité d'Amsterdam, en affirmant désormais la notion d'espace de justice, de sécurité et de liberté, consacre la progression de l'idée fédérale.

Le principe de subsidiarité, entendu désormais de manière positive<sup>(15)</sup> <sup>(16)</sup> comme exigence de réalisation d'un plus grand bien commun, et comme exigence de solidarité pour aboutir à une meilleure efficacité de l'Etat de droit, pourrait ainsi revitaliser l'idée fédérale au lieu de la combattre, en lui conférant ainsi une nouvelle légitimité. Celle-ci pourrait alors correspondre aux attentes de l'affirmation d'un nouveau pouvoir judiciaire, qui demeure en toute hypothèse et en premier lieu une affaire de conviction.

<sup>(12)</sup> “De l'Europe des règles à l'Europe des principes”, op. cit

<sup>(13)</sup> Chantal Millon-Delsol, “Le principe de subsidiarité”, PUF coll. “Que sais-je ?” n° 2793, juillet 1993

<sup>(14)</sup> Thierry Chopin : “L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis/Europe”, op. cit. p. 65

<sup>(15)</sup> Le “protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité” du 16 octobre 1992 semble bien faire du principe de subsidiarité une nouvelle règle de comportement politique.

<sup>(16)</sup> La “Charte européenne sur le statut des juges” adoptée par le Conseil de l'Europe les 8 et 10 juillet 1998, qui tend à élever le niveau des garanties dans les différents Etats européens, participe de cette même idée.

# 2 Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

Chaque pays de l'Union dispose de son propre code de procédure pénale, et s'il est un domaine dans lequel les tentatives d'unification doivent progresser c'est bien celui là car tous les pays de l'Union ont signé la Convention européenne de protection des droits de l'Homme.

Chacun des pays a ainsi admis la nécessité de promouvoir le procès équitable, la présomption d'innocence et le principe du contradictoire.

Les bases pour une évolution vers une plus grande compatibilité des procédures semblent donc fixées. Reste à régler le débat autour des grands systèmes anglo-saxon et germano-romain.

Cette hétérogénéité est un facteur d'évasion pénale légale, d'incohérence des politiques pénales, de rupture d'égalité entre les citoyens européens et de développement des grandes délinquances trans-frontières.

Les difficultés relevées par les juges chargés des commissions rogatoires internationales, longueur extrême d'exécution, imprécisions, réponses insuffisantes, nullité ou recours en cascade suffisent à prouver que les difficultés procédurales sont un facteur de ralentissement pouvant aboutir à des blocages d'enquête, d'autant que la justice est tenue par les critères du délai raisonnable tel que défini par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et les délais butoirs des législations nationales.

Les relations qui existent entre Etats membres de l'Union européenne sont encore principalement régies par le principe de coopération intergouvernementale qui suppose l'adhésion constante de chaque Etat pour engager, au coup par coup, sa volonté en fonction de ses intérêts politiques.

C'est en effet, de manière pragmatique, que l'évolution s'opère. Les récents événements font apparaître plus crûment le décalage qui existe entre une Europe ouverte en ce qui concerne la circulation des personnes (espace Schengen), et une Europe de justice qui fonctionne encore sur le mode des relations inter-gouvernementales.

Mais l'espace judiciaire européen, pour être finalisé, suppose une harmonisation en ce qui concerne les procédures d'enquête qui précèdent l'arrestation (recherche et circulation des preuves), comme en ce qui concerne le domaine de la recherche et de la saisie des avoirs provenant du financement des activités criminelles.

Le chemin tortueux des commissions rogatoires est régulièrement dénoncé, et si le Traité de Nice a consacré en juin 2001 l'unité EUROJUST, dernière née des Conseils européens, celle-ci appa-

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

raît encore comme un organisme fonctionnant sur le mode intergouvernemental.

Il est loisible d'admettre que l'objectif de mise en place de structures judiciaires européennes pour lutter contre la criminalité transfrontière ne peut être réalisé du jour au lendemain et qu'il doit d'abord être expérimenté. Pour l'heure, l'espace est occupé avec une longueur d'avance par EUROPOL, qui doit recevoir des compétences opérationnelles et dont le mandat, à la suite du sommet de Laeken, est étendu à partir du 1er janvier 2002 à la criminalité internationale, un accord de coopération avec les Etats-Unis ayant de surcroît été signé. Il n'en demeure pas moins qu'EUROPOL reste dans la sphère de l'inter-étatique. L'espace est désormais également occupé par EUROJUST. Cette unité, née lors du sommet de Tampere, confirmée à Laeken, a pour mission "d'améliorer la coopération" entre les autorités nationales pour les infractions les plus graves. Des équipes communes d'enquête sont appelées à travailler sous son égide et sont à la disposition des Etats membres.

Le Traité de Nice, s'il apporte quelques éclaircissements en ce qui concerne les rapports entre les deux unités, n'institue pas de manière claire un contrôle de la seconde sur la première.

Quant au Réseau Judiciaire Européen créé par l'action commune du 29 juin 1998, il n'est qu'un moyen pour EUROJUST lui permettant de faciliter l'exécution des commissions rogatoires.

L'émergence de ces entités ne bouleverse pas véritablement l'ordre établi. Si l'on reste dans l'ordre de la coopération inter-étatique, les deux unités EUROPOL et EUROJUST n'interviendront qu'à titre d'appui des autorités nationales et en ordre dispersé. Si l'on souhaite une

coopération pénale renforcée, la question de la hiérarchie entre celles-ci deviendra essentielle. La réponse est d'évidence politique. Elle intéresse plus largement l'avenir des institutions européennes, au travers de la définition d'une politique commune en matière de grande criminalité, qui suppose d'approfondir la question de l'instauration de mécanismes d'autorité ou de contrôle.

Les chefs d'Etat et de gouvernement ont cependant conféré une priorité politique forte à la mise en place de l'espace judiciaire européen lors du conseil européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999.

Un certain nombre de propositions en découlent, qui nécessiteront pour certaines d'entre elles une modification du Traité. S'il est, par exemple, possible de renvoyer au droit dérivé la définition des missions du Procureur européen, la mise en place d'un organe judiciaire commun suppose que le statut de celui-ci soit précisé dans le texte fondateur. Il en irait de même pour la mise en place d'une juridiction pénale communautaire.

La coopération judiciaire classique ne permet pas de répondre aux nouveaux défis de la criminalité transfrontière, qu'il s'agisse de rechercher les auteurs des infractions et de réunir les preuves, de les transférer d'un Etat à l'autre, de les juger ou de mettre à exécution les peines.

La logique de l'intégration communautaire apparaît compatible avec le principe de subsidiarité dès lors qu'il s'agit de protéger les intérêts financiers de la communauté.

Cette logique a trouvé une première consécration lors du Traité d'Amsterdam avec l'inscription d'une base juridique (article 280 du traité CE) qui permet au législateur communautaire de légifé-

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

rer dans une mesure limitée en matière de protection pénale des intérêts financiers communautaires.

Cette logique devrait également prévaloir pour protéger les intérêts fondamentaux reconnus dans les Etats membres ou les intérêts fondamentaux, notamment s'ils dépassent le cadre d'un seul Etat membre<sup>(17)</sup>.

Dès lors, le morcellement de l'espace pénal européen doit être surmonté.

### **2.1 Le développement de l'entraide judiciaire, le gel des avoirs et la constitution d'équipes communes d'enquête**

Les questions posées, tant en ce qui concerne l'entraide proprement dite que le gel des avoirs, sont indissociables des projets tendant au rapprochement des systèmes et à la mise en place de structures intégrées.

Une amélioration des méthodes de coopération représente donc un préalable.

La réalisation des objectifs de l'Union européenne nécessite une amélioration des règles de l'entraide judiciaire régies en l'état par la convention de 1959 du Conseil de l'Europe sur l'entraide judiciaire en matière pénale, et son protocole de 1978, et par la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990.

Une convention relative à l'entraide en matière pénale entre les Etats membres a été établie par le Conseil le 29 mai 2000 et proposée à l'adoption des Etats membres, tandis qu'un acte du Conseil en date du 16 octobre 2001 établit un protocole à cette convention.

L'économie générale tend à l'intégration de l'ac-

quis de Schengen, à la transmission directe par les autorités judiciaires territorialement compétentes (au besoin via Interpol) des pièces de procédure (sauf en certains cas, tels que les demandes de transfèrement temporaire ou de transit de détenus, ou les transmissions d'avis de condamnation), voire à l'échange spontané d'informations. Certaines formes particulières d'entraide sont envisagées pour aboutir à la restitution des objets volés, à la mise en place de livraisons surveillées, à l'audition de témoins ou d'experts par vidéo-conférence.

Le protocole envisage également la mise en place d'équipes d'enquêtes communes, dans un but déterminé et pour une durée limitée, dont la composition est définie d'un commun accord entre Etats membres concernés.

Ces équipes communes, fonctionnant sous l'égide de l'unité EUROJUST, pourraient se révéler utiles pour lutter contre le trafic de drogue, la traite des êtres humains et le terrorisme.

Il est même prévu des enquêtes discrètes menées par des agents intervenant en secret ou sous une identité fictive.

Une interception des télécommunications peut également être effectuée à la demande de l'autorité compétente d'un autre Etat membre, par une autorité judiciaire ou une autorité administrative désignée par l'Etat membre concerné. Les données recueillies ne pourront être utilisées que dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives couvertes par la Convention et pour prévenir un danger immédiat et sérieux à l'ordre public.

Il est expressément spécifié que les Etats membres ne pourront invoquer le secret bancaire comme motif pour rejeter toute coopération concernant

<sup>(17)</sup> Sur cette base, la Commission a adopté une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, COM (2001) 272

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

une demande d'entraide judiciaire émanant d'un autre Etat membre. Qui plus est, le protocole prévoit explicitement la possibilité de demandes d'informations sur des transactions bancaires et des demandes de suivi de ces mêmes transactions. Il est enfin spécifié que l'entraide judiciaire ne pourra être rejetée au seul motif que la demande se rapporterait à une infraction que l'Etat membre requis qualifierait de fiscale ou de politique.

Ces mesures relatives au secret bancaire, comme celles touchant à la constitution d'équipes communes d'enquêtes, devraient représenter des progrès significatifs dans le domaine de l'entraide pénale, d'autant que les autorités compétentes pourront signaler à l'unité EUROJUST toute difficulté liée à l'exécution d'une demande d'entraide.

En complément, et dans le fil du Conseil européen de Tampere de 1999, certains Etats membres ont formulé une proposition de décision-cadre tendant à faciliter le gel des avoirs et des preuves dans le cadre d'une procédure pénale afin d'en empêcher la destruction, la transformation ou le transfert. Le programme de mesures élaboré en novembre 2000 destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, adopté par le Conseil, a reconnu comme prioritaire l'adoption d'un instrument appliquant ce principe au gel des preuves et des avoirs. L'initiative de la France, de la Suède et de la Belgique tend à rendre immédiatement exécutoire une demande de gel des avoirs et des preuves dans le cadre de délits de trafic illicite de stupéfiants, de fraude aux intérêts de la communauté, de blanchiment de produits du crime, de corruption et de traite des êtres humains. L'Etat d'exécution aurait pour tâche de rendre exécutoire la décision sans aucune formalité ni

délai. Toute personne intéressée pourrait entreprendre un recours à l'encontre de cette décision.

### 2.2 La démarche visant à la création d'un mandat d'arrêt européen et l'adaptation du droit extraditionnel

L'idée d'un mandat d'arrêt européen était en gestation, mais l'évolution récente du contexte international conduit à une accélération de l'histoire. La Commission européenne avait pris l'initiative de proposer un mandat d'arrêt européen ayant pour objet tout à la fois d'harmoniser la définition du crime de terrorisme, et plus largement, de mettre en place un système destiné à être substitué aux actuelles règles en matière d'extradition.

Plus généralement, au-delà du champ d'application du mandat d'arrêt européen, deux conventions sur l'extradition ont été signées au sein de l'UE en 1995 et 1996 mais faute de ratification par l'ensemble des Etats elles ne sont jamais rentrées en application. L'article 31 du traité de l'UE précise que l'accélération de la coopération entre les autorités judiciaires en matière d'exécution des décisions de justice, la coopération judiciaire en matière pénale, et la simplification des procédures d'extradition sont des priorités de l'action commune au sein de l'UE.

Le mandat d'arrêt européen est issu d'une proposition de la Commission. En gestation depuis le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999<sup>(18)</sup>, il a été validé au Conseil européen à Laeken le 14 décembre 2001. Sur la base d'une proposition de la Commission<sup>(19)</sup>, il fait désormais l'objet d'une décision-cadre<sup>(20)</sup>.

(18) Pierre Rancé et Olivier de Baynast "L'Europe Judiciaire, enjeux et perspectives", Dalloz, avril 2001, p.72

(19) Communication de la Commission relative à la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale - COM (2000) 495 final

(20) Décision-cadre n°2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 qui vise à remplacer tous les instruments antérieurs, y compris les dispositions ayant trait à cette matière dans la convention Schengen, que les Etats doivent transposer avant le 30 décembre 2003.

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

Cet instrument représente une application du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union européenne et tend à supprimer le mécanisme traditionnel de l'extradition dans sa dimension politique et inter-gouvernementale. Dans un espace politiquement de plus en plus intégré comme l'Union européenne, la procédure classique de l'extradition qui présuppose la méfiance à l'égard des autres Etats et qui voit les Etats refuser l'extradition de leurs nationaux, n'a plus de véritable raison d'être, en dépit des résistances qui demeurent dans certains Etats. Le principe de non extradition des nationaux est pourtant généralement dépourvu de valeur constitutionnelle dans l'Union (sauf en Autriche). Il est désormais inscrit dans la décision-cadre.

En tout état de cause, si une évolution négative devait se faire jour dans l'un des Etats membres qui justifierait le retour à la méfiance, le dispositif envisagé, pour répondre à cette éventualité, prévoit une "clause de sauvegarde" (art. 49 du projet) au terme de laquelle un Etat membre peut décider de suspendre unilatéralement la reconnaissance des mandats d'arrêt européens émis par un autre Etat membre, lorsque celui-ci est soupçonné de violations graves et répétées des droits fondamentaux au sens de l'article 6 du TUE. Il s'agit donc plus d'une clause de sauvegarde que d'une réserve à la création d'un espace intégré, et il y a lieu de parier que les avantages du système proposé l'emporteront largement sur des risques potentiels de rupture. Le système doit comporter par ailleurs une autre mesure de précaution, en ce qu'il est prévu qu'une personne remise via le mandat d'arrêt européen ne puisse être livrée vers un pays tiers sans le consentement de l'Etat

saisi en premier.

D'un point de vue fonctionnel, le mandat d'arrêt européen vise au transfert forcé d'une personne recherchée, pour des faits faisant partie d'une liste de 32 infractions, sans vérification de leur caractère punissable dans l'Etat requis dès lors que plus de trois ans de prison sont encourus, cette vérification étant cependant effectuée dans la situation inverse, et dans le cas où la demande concernerait des faits non compris dans la liste. Le juge saisi peut refuser de remettre un mineur, ou une personne si l'Etat requérant ne garantit pas qu'elle ne sera pas détenue à perpétuité<sup>(21)</sup>. Au terme du projet de la Commission, le mandat d'arrêt peut également être utilisé pour des personnes faisant l'objet d'une condamnation définitive (d'une durée égale ou supérieure à 4 mois).

Il est prévu que les diffusions tendant à l'appréhension des personnes concernées utilisent le système Schengen.

Le champ d'application est conçu pour recouvrir pour l'essentiel celui de l'extradition, et il doit être régi par deux principes fondamentaux :

1) la suppression du principe de la double incrimination qui suppose, en contrepartie, une harmonisation minimum quant aux infractions susceptibles de donner lieu à transfèrement (certaines infractions qui n'ont qu'une importance relative pour l'ensemble des pays, comme par exemple le blasphème ou l'avortement) sont exclues. Ce qui importe, c'est de couvrir le champ actuel de l'extradition, aux fins d'éviter autant que faire se peut la subsistance de deux systèmes parallèles, celui du mandat d'arrêt européen et celui résiduel de l'extradition ancien modèle.

(21) Ce, à la demande du Portugal qui ne reconnaît pas la détention à perpétuité.

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

2) la suppression de la phase politique qui caractérisait l'extradition et qui permettait de faire obstacle au transfèrement même en cas d'avis favorable de l'autorité judiciaire.

Le débat sur la double incrimination étant supprimé pour les infractions les plus sérieuses, le transfèrement sera entrepris de façon quasi-automatique : si l'irrégularité manifeste de la démarche peut être invoquée devant l'Etat requis (ex. infraction exclue du champ d'application), lequel doit automatiquement statuer sur le maintien en détention de la personne concernée, les contestations éventuelles quant au bien fondé des poursuites seront portées devant le juge de l'Etat requérant. Les cas de refus d'exécution seront limités au maximum : application du principe "*non bis in idem*", amnistie, immunité. La prescription de l'action et de la peine acquise dans un Etat pourra constituer un motif de refus d'exécuter dans un autre Etat.

Pour satisfaire les objectifs du mandat d'arrêt européen et préserver la garantie des droits, il est fait référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui impose le respect de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dont découlent diverses mesures telles que l'assistance d'un avocat et d'un interprète dès le moment de l'interpellation. Le texte suggère également que les transferts inutiles soient évités grâce au mécanisme de la vidéo-conférence.

Enfin, la remise de l'intéressé sur mandat d'arrêt européen doit être effectuée dans un délai raisonnable. Si le Conseil a atténué le caractère automatique proposé par la Commission, les délais prévus ne seront pas impératifs. Toutefois, si la personne se trouve toujours en détention après l'expiration du délai de 10 jours après la déci-

sion finale sur l'exécution du mandat, elle sera remise en liberté.

En conséquence, les conventions européennes du 10 mars 1995 et du 27 septembre 1996 qui ne sont jamais entrées en vigueur et que la France n'a pas ratifiées, et qui avaient notamment pour objet d'accélérer les procédures suivant que la personne concernée donnait ou non son accord seront peut-être purement et simplement abandonnées.

En attendant, les Etats membres ne sont pas dispensés d'adapter leur droit extraditionnel, pour ce qui est de la France de modifier la loi du 10 mars 1927 sur l'extradition, pour distinguer la procédure d'extradition ordinaire de celle résultant de dispositifs simplifiés, et plus généralement, dans le même ordre d'idée, de ratifier les deux conventions proposée par l'Union européenne, d'extradition simplifiée du 10 mars 1995 concernant les personnes qui consentent à leur remise, et d'extradition du 27 septembre 1996<sup>(22)</sup>, ces deux textes ayant pour objet notamment, dans un cadre cette fois ci général, de réduire les motifs de refus d'extradition<sup>(23)</sup>.

Le recours au mécanisme de la décision-cadre (qui présente cet inconvénient qu'elle n'a pas d'effet direct en droit interne) implique qu'une adaptation du droit national doive s'ensuivre, sans que pour autant, une ratification soit nécessaire comme dans le mécanisme de la signature d'une convention. Ce qui vient d'être entrepris en France au terme d'une révision de la Constitution en date du 25 mars 2003.

Lors d'une réunion à Saint-Jacques-de-Compostelle, le 14 février 2002, les ministres de la Justice et de l'Intérieur de 6 pays de l'Union, dont la France, ont

(22) Projet de loi autorisant la ratification de la convention établie sur la base de l'article K3 du TUE déposé au Sénat le 21 novembre 2001

(23) Marie-Hélène Renault "De la nécessité de revitaliser le droit extraditionnel", la semaine juridique, 2002 I 173

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

décidé d'appliquer la procédure de mandat d'arrêt européen à compter du premier trimestre 2003, alors que la mise en application de ce nouveau mandat est prévu pour le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

Le principe d'une révision, en France, de la Constitution ne fait plus difficulté pour consacrer l'abandon du principe de la double incrimination et la possibilité d'extrader ses nationaux.

Il serait également souhaitable que l'aboutissement du projet de mandat d'arrêt européen conduise à une révision de la convention européenne d'extradition de 1957 du Conseil de l'Europe.

Dès à présent, le choix de la procédure suivie démontre une volonté d'efficacité nouvelle en ce domaine de lutte contre la criminalité transfrontière, en dépit des résistances venant de certains Etats<sup>(24)</sup>.

**2.3 C'est également en bonne logique que l'Union européenne, à la suite du Conseil européen spécial de Tampere sur la justice et les affaires intérieures de 1999, a estimé que le principe de reconnaissance mutuelle des décisions devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire<sup>(25)</sup>**

Ni la convention de la Haye de 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs du Conseil de l'Europe, ni celle de Bruxelles du 13 novembre 1991 sur l'exécution des condamnations pénales étrangères, n'ont réglé cette question efficacement, faute de ratifications suffisantes.

Evoquer la question de la coopération au stade de l'enquête et du transfèrement des personnes recherchées ou la question du gel des avoirs ne suffit pas, il est également nécessaire de prendre

des mesures en matière de reconnaissance mutuelle.

Plusieurs intérêts s'y attachent : l'application du principe "*non bis in idem*"; au stade du jugement, la possibilité d'obtenir une information sur le parcours du prévenu ; enfin surtout, la possibilité de regrouper les poursuites et de prononcer une sanction englobant les faits commis dans un même trait de temps dans plusieurs Etats membres de l'Union.

La définition de la décision finale en matière pénale visée par le projet qui doit bénéficier du principe de la reconnaissance mutuelle est celle qui n'est plus susceptible d'une voie de recours ordinaire, ou dont le recours n'a pas d'effet suspensif.

Le projet vise en premier lieu la création d'un casier judiciaire européen, accessible aux autorités judiciaires des différents Etats membres. Ce casier permettrait de constater la déchéance des mesures de sursis prononcées par d'autres juridictions.

La question de la prise en compte de la récidive pour le prononcé de la peine pourrait rester de la compétence législative de chaque Etat membre. Toutefois, un mécanisme, qui existe déjà dans la plupart des pays, permettrait de condamner le prévenu à une peine unique pour des faits commis dans un même trait de temps, ces faits pouvant avoir été commis dans plusieurs Etats membres et n'étant pas séparés par des condamnations définitives (principe du non cumul des poursuites).

Dès lors, le principe de la reconnaissance mutuelle doit nécessairement être accompagné de la possibilité offerte pour un Etat membre de se des-

<sup>(24)</sup> Venant de l'Italie, pour admettre le principe en lui-même, et de l'Autriche qui a obtenu jusqu'en 2009 de ne pas remettre ses ressortissants lorsque le fait n'est pas considéré comme une infraction en Autriche et de faire exécuter les condamnations de ses ressortissants dans son propre pays.

<sup>(25)</sup> Communication de la Commission relative à la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale – COM (2000) 495 final

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

saisir de la poursuite de certaines infractions au profit d'un autre Etat membre, pour éviter la multiplicité des poursuites.

Certaines mesures sont ouvertes à la discussion. Il s'agit en premier lieu de l'inapplicabilité du principe de la reconnaissance mutuelle aux mineurs et aux personnes atteintes d'un handicap mental. Si la seconde catégorie ne pose pas de problème pour l'exclusion du principe, la première, également écartée dans les propositions de la commission, peut être discutée. Il apparaît raisonnable de l'exclure dans un premier temps.

Certaines questions méritent une attention particulière.

Les points de difficulté résident dans la portée du principe de reconnaissance mutuelle : faut-il conserver le principe de la double incrimination, qui semble peu compatible avec le principe de reconnaissance mutuelle, ou abandonner ce principe tout en excluant certaines incriminations particulières à certains Etats membres ? Le choix de la seconde alternative apparaît plus probable, ou à l'inverse, l'adoption d'une liste d'infractions parmi lesquelles figureraient les formes les plus graves de criminalité. En toute hypothèse, cette discussion doit être rapprochée de celle relative au mandat d'arrêt européen, les données étant les mêmes.

Le corpus culturel européen en matière de respect de la personne humaine est un socle qui peut servir de base à un rapprochement, le meurtre par exemple est sanctionné dans tous les Etats européens.

D'autres difficultés devront être surmontées concernant les sanctions concernées par l'ap-

plication du principe de reconnaissance mutuelle. Ces difficultés concernent tant la définition de la peine devant être appliquée que les modalités d'exécution. Les peines classiques telles qu'emprisonnement, amende, confiscation n'apparaissent pas poser de difficulté particulière. En revanche, les peines de substitution posent quelques problèmes compte tenu des modalités diverses adoptées par les différents Etats, et il apparaît difficile de laisser aux Etats membres la possibilité d'adapter les modalités d'application. Les déchéances de droit (interdiction d'exercice de certaines professions, de recevoir une subvention, de soumissionner à un marché public...) . La commission propose à juste titre de surmonter les obstacles à la reconnaissance mutuelle de la déchéance de droits.

En ce qui concerne les modalités de son exécution (libération anticipée...), il semble que les mesures relatives à l'exécution de la peine doivent ressortir de l'Etat membre où la peine est exécutée tout en prévoyant un rapprochement des législations afin d'éviter des disparités choquantes d'application, donc une rupture d'égalité entre les citoyens européens.

Enfin, la procédure de validation doit viser à prévenir les conflits entre Etats membres. Il y a lieu d'admettre, s'agissant de la matière pénale, que le processus de reconnaissance devra inclure une étape permettant de vérifier si la décision émanant de l'autre Etat membre entre bien dans le champ d'application. Il faudra effectivement veiller à ce que ce processus puisse être simple et rapide.

Pour l'heure, certaines modalités de contrôle sont abandonnées à l'examen de l'Etat membre requis,

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

ce qui n'est pas nécessairement satisfaisant : il en est ainsi, au terme de la décision-cadre de juin 2002, lorsqu'il y a lieu de statuer sur les recours introduits contre la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen.

L'équilibre du système suppose en tout cas, pour éviter la recherche du tribunal le plus favorable, l'élaboration de critères de compétence pour juger au fond, au premier rang desquels, le lieu du délit.

Les conflits de juridiction devront être réglés par une instance européenne. Si les points de contacts du réseau judiciaire européen ou EUROJUST peuvent faciliter la coordination en cas de demandes multiples des Etats membres, le règlement des conflits de compétence doit relever d'une véritable instance juridictionnelle, soit la Cour de Justice ou une juridiction qui serait créée dans cette perspective. Les conflits négatifs de compétence devraient également relever de ce type de procédure.

En définitive, le dispositif relatif à la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale est un volet essentiel de la mise en place d'un espace commun de justice, de liberté et de sécurité.

Le principe de reconnaissance mutuelle se traduit ici par une remise en question du principe de territorialité comme critère exclusif de compétence, mais il ne s'agit que d'appliquer le critère privilégié du lieu de commission de l'infraction de manière uniforme sur le territoire de l'Union. Même si un Etat ne doit pas nécessairement traiter de façon identique une affaire par rapport à ce que fait un autre Etat, les résultats obtenus doivent être reçus de la même manière pour

éviter une double poursuite, tenir compte de la récidive ou procéder à l'exécution d'une décision acquise dans un autre Etat.

Le processus de validation des décisions devant être exécutées dans un autre Etat membre doit tenir compte de la spécificité pénale de celles-ci. Le dispositif doit être coordonné avec les dispositions qui seront adoptées relatives au mandat d'arrêt européen.

Il doit bénéficier de l'acquis du réseau judiciaire européen, d'EUROJUST et intégrer la réflexion sur le Procureur européen et la mise en place d'une juridiction européenne spécifique à la matière pénale, notamment pour régler les conflits de compétence.

### 2.4 la proposition de création d'un Procureur européen

La Commission a proposé à l'occasion de la conférence intergouvernementale de Nice de remédier au morcellement de l'espace pénal européen par l'institution d'un Procureur européen, la protection des intérêts financiers communautaires appelant une réponse particulière. Il est apparu que la fraude au détriment des intérêts financiers communautaires était le résultat d'affaires importantes impliquant le système pénal de plusieurs Etats membres. Tant les experts, le comité de surveillance de l'Office Européen de Lutte Antifraude (OLAF), que les milieux professionnels ont recommandé l'aboutissement d'un projet tel que la création d'un Procureur européen.

Cette idée progressant au sein des Etats membres qui évoquent également la perspective d'une lutte plus large contre la criminalité dans l'Union

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

(26) COM (2001) 715 final

(27) Le *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, sous la direction de Mireille Delmas-Marty ; Economica avril 1997 (adapté à Florence en mai 1999)

(28) Cyrille Charbonneau et Frédéric Jérôme Pansier, "Le traité de Nice", "Les petites affiches" 13 avril 2001 ; Sean Van Raespenbusch "Le traité de Nice entre espoirs et déceptions", Gazette du Palais, 20 juin 2001

(29) "La charte des droits fondamentaux", "Les petites affiches", 27 juin 2000 ; Florence Benoît-Rohmer "la charte des droits fondamentaux" de l'Union européenne, Dalloz, 2001, chroniques, p. 1483

européenne, la Commission a publié un livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen en décembre 2001<sup>(26)</sup>.

Le travail préparatoire approfondi dénommé "*corpus juris*"<sup>(27)</sup>, dont les conclusions remontent à 1997, a eu le mérite de proposer une synthèse des différents systèmes européens intégrant les acquis de la jurisprudence européenne, et débouchant sur la définition d'un socle commun procédural. Le Traité de Nice, avec la perspective de l'élargissement de l'espace européen<sup>(28)</sup>, et l'apparition de l'euro auront favorisé l'évolution à laquelle on assiste actuellement.

Le débat sur le Procureur européen fait un pas décisif avec la publication du livre vert\* en 2002. Le texte aborde à la fois la place de celui-ci au sein des institutions européennes, la question de son articulation avec le principe de subsidiarité, du contrôle de son action et des incidences procédurales qui découlent de sa mise en place, qui tiennent compte de la protection des droits fondamentaux constitués par la charte des droits fondamentaux<sup>(29)</sup>, et la Convention européenne des droits de l'Homme. Partant d'une étude comparée des systèmes pénaux nationaux, il contribue au surplus à l'élaboration d'un socle de dispositions communes sans imposer de modèle particulier.

Les Etats membres ont confirmé leur intérêt pour cette démarche, y compris, même si des réserves sont exprimées, ceux dans lesquels l'institution du ministère public ne correspond pas à leur culture judiciaire. Le projet pour l'Union européenne intègre également la pers-

pective de la mise en place du Procureur européen.

Aux termes du livre vert, le Procureur européen représente une institution originale qui donnerait au ministère public une place singulière au sein de l'espace judiciaire européen, tant par son statut, que par les moyens qui lui seraient accordés, que ce soit au plan procédural ou par suite d'harmonisations nécessaires. Si les contours de ce nouvel acteur apparaissent à peu près définis, la question du contrôle juridictionnel de son action est encore largement en débat.

### \* Le Procureur européen, nouvel organe communautaire

L'article 280 du Traité CE dispose que les mesures adoptées par le législateur communautaire ne concernent ni l'application du droit pénal national, ni l'administration de la justice dans les Etats membres. Le Traité devra donc être modifié et il est suggéré l'adoption d'un article 280 bis qui se limiterait à prévoir les conditions de nomination et de démission du Procureur et à définir sa mission et les principales caractéristiques de sa fonction.

Le Procureur européen emprunterait d'un point de vue fonctionnel aux statuts du ministère public que nous connaissons déjà dans certains pays comme la France ou la Belgique. Pour autant, cette comparaison ne doit pas être privilégiée, seule la réalité de la délinquance transfrontière devant servir de guide aux réponses qui doivent être élaborées.

Le Procureur européen ne devrait pas être considéré comme une institution européenne au

\* Procédure de consultation préalable à l'adoption d'une décision-cadre appelant les Etats membres à adapter leurs législations

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

sens du Traité, mais comme un “organe”. Cependant, les conditions fixées pour le statut doivent conférer au Procureur européen une réelle légitimité et une réelle indépendance pour rapprocher son statut de celui du juge. La Commission propose une nomination par le Conseil européen à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission après avis conforme du Parlement européen. Ce type de processus, parallèle avec ce qui est prévu depuis le Traité de Nice pour la nomination des membres de la Commission, peut également être rapproché de celui adopté dans le cadre de la Cour pénale internationale, où les aspects diplomatiques et politiques demeurent présents<sup>(30)</sup>. Cette indépendance est avant tout de nature fonctionnelle et s’inscrit dans le cadre du principe de légalité des poursuites.

On peut cependant regretter que les conditions de nomination ne tiennent pas davantage compte de la spécificité judiciaire<sup>(31)</sup>. Elle entre toutfois en ligne de compte dans le cadre de la procédure de destitution, puisqu’il est prévu que celle-ci soit prononcée par la Cour de justice, à la requête du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission.

La limitation du mandat à une durée de 6 ans non renouvelable est présentée comme étant de nature à conforter l’indépendance du Procureur européen, la nature spécifique de la mission et la position particulière du Procureur européen considéré comme autorité communautaire permettant d’admettre cette solution.

L’institution de procureurs européens délégués doit permettre une articulation avec les Etats membres, dont les systèmes procéduraux ne seraient pas bouleversés *a priori*.

S’agissant de ces derniers, ils recevraient pour mission d’exercer concrètement les compétences du Procureur européen et seraient tenus d’en respecter les directives. Chaque Etat membre devrait pouvoir désigner lui-même ce ou ces délégué(s), sur la base de principes définis par le traité CE concernant la nomination et la perte éventuelle du mandat. La logique d’efficacité tend à ce que les Procureurs délégués puissent conserver leur statut national pour les autres aspects de leur carrière. D’où l’intérêt cependant de leur ménager également dans ce cas une certaine indépendance, à laquelle tend l’évolution en Europe<sup>(32)</sup>. La question demeure délicate, notamment lorsqu’il est question d’articuler celle-ci avec des systèmes nationaux qui prévoient pour les Procureurs des relations non seulement hiérarchiques, mais dépendantes du ministre de la Justice au besoin par échelons interposés.

S’agissant de la nomination des procureurs européens délégués, il serait à tout le moins nécessaire que le pouvoir judiciaire soit directement associé à cette procédure, en tenant compte de l’existence des conseils supérieurs indépendants tels que, en France, le Conseil supérieur de la magistrature.

**\* Un organe combiné avec les moyens déjà en place au titre de la coopération judiciaire en Europe.**

Le Procureur européen disposerait de l’acquis représenté dans la configuration actuelle par l’Office européen de lutte antifraude (OLAF), doté d’une unité de magistrats assurant une fonction de conseil judiciaire. L’intégration de la fonction

<sup>(30)</sup> Statuts de la CPI, Revue universelle des droits de l’Homme, 1998, p. 329 & s; et Jean-François Kriegk, “L’autorité des juridictions internationales confrontée aux principes d’indépendance et d’impartialité du juge”, in “Les Petites Affiches”, 19 octobre 2000

<sup>(31)</sup> Jean-François Kriegk “Quel ministère public européen pour quel espace judiciaire européen”, “Les Petites Affiches”, 25 avril 2001

<sup>(32)</sup> voir sur ce point la recommandation du 6 octobre 2000 du Conseil de l’Europe sur le ministère public. Cf Marc Robert “La recommandation 2000 (19) du Conseil de l’Europe sur les principes directeurs pour les ministères publics d’Europe”, Rev. Sc. Crim, janv.-mars 2002

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

de recherche et de poursuite devrait constituer à cet égard un progrès.

Certaines adaptations en découleront nécessairement, notamment quant au statut de l'OLAF comme le souligne la Commission, plus spécialement sur le point de savoir s'il y a lieu de détacher l'OLAF ou non de la Commission pour le rattacher au Procureur européen, ce qui permettrait de lui attribuer des pouvoirs de recherche judiciaire, à tout le moins à l'intérieur des institutions, organes et organismes européens.

L'institution du Procureur européen rendra nécessaire une réévaluation des missions et du statut des organes ou des procédures déjà mis en œuvre par l'Union européenne.

S'agissant d'EUROPOL<sup>(33)</sup>, cet instrument devra être adapté aux missions nouvelles que l'Union européenne entend lui confier et ses missions devront être pensées en corrélation avec les champs d'intervention d'EUROJUST comme avec celles du Procureur européen, pour assurer une réelle concordance des autorités de police et de justice en Europe.

Pour ce qui est d'EUROPOL, si l'institution d'équipes communes d'enquête est envisagée, celles-ci auront vocation dans l'avenir à absorber celles qui, dans l'immédiat, seraient mises en place dans le cadre de l'OLAF.

Il sera en tout cas nécessaire de préciser que le Procureur européen pourra bénéficier des informations détenues par EUROPOL, voire de ses moyens opérationnels.

Par l'intermédiaire des procureurs européens délégués, le Procureur européen pourra également faire appel aux ressources du réseau judiciaire européen.

Si l'institution du Procureur européen correspond à la mise en place d'un organe communautaire, tel n'est pas le cas d'EUROJUST dont la place, définie à Tampere, devra nécessairement être réévaluée. L'utilité de cette structure ne devrait pas être remise en cause tant que les compétences du Procureur européen seront limitées à la lutte contre la fraude aux intérêts de la Communauté et les équipes communes d'enquête mises à la disposition des Etats membres conserveront leur utilité. La Commission souligne en effet avec juste raison l'intérêt de cette unité dans les affaires dites "trans-piliers"<sup>(34)</sup>. Il n'est donc pas inconcevable, du moins dans un premier temps, de voir se mettre en place parallèlement un processus d'intégration tel que le Procureur européen, et de laisser subsister un mécanisme de coopération intergouvernemental tel qu'EUROJUST, qui peut également aider à faire progresser la réflexion sur les problèmes de coopération en matière pénale.

### \* Les bases procédurales de l'action du Procureur européen

Le principe de reconnaissance mutuelle et l'identification d'un socle commun de droits fondamentaux représentent les bases d'un espace minimum de recherches et de poursuites.

Le Procureur européen doit recevoir pour mission la direction et la coordination des poursuites, cette compétence se substituant alors à celles des autorités nationales, la restriction apportée à la souveraineté nationale des Etats

<sup>(33)</sup> Guy Isaac, "Le nouvel Office européen de police (EUROPOL)", "Les Petites Affiches", 7 juin 2000

<sup>(34)</sup> Cf. sur les relations entre Europol et Eurojust, le rapport d'information de l'Assemblée nationale n°3609 enregistré le 13 fév. 2002 présenté par M. Pierre Brana

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

membres tirant sa légitimité de la spécificité des infractions elles-mêmes.

Cette mission de coordination sera essentiellement assurée par les procureurs européens délégués, sous l'égide du Procureur européen lorsque les enquêtes devront avoir lieu dans plusieurs Etats membres. Le Procureur européen délégué aura pour mission, plus spécialement, de veiller à la bonne collaboration des autorités nationales et d'assurer l'appui nécessaire au moyens des équipes d'enquêtes dont il disposerait (en l'état celles de l'OLAF).

Ainsi que la Commission le souligne elle-même, la création d'un espace commun de recherches et de poursuites ne constitue pas un commencement expérimental, mais un aboutissement logique de l'intégration communautaire. Démarche pragmatique au départ, l'institution du Procureur européen pourrait alors témoigner d'une démarche volontariste et pourrait préfigurer un élargissement futur de ses compétences que les professionnels, en tout cas, appellent de leurs vœux.

S'agissant du cadre procédural, la solution préconisée en l'état, du renvoi au droit national apparaît s'imposer en pratique, même si certains points mériteront d'être précisés en termes d'harmonisation comme il en sera question ci-après, lors de l'évocation des problèmes de procédure.

En ce qui concerne les mesures coercitives, le principe de reconnaissance mutuelle devrait suffire à assurer l'autorité du Procureur européen (tant en ce qui concerne l'admissibilité des preuves que les décisions prises dans le cadre préliminaire soit au titre de la régularité intrinsèque des preuves,

soit au titre du contrôle des personnes) complété par un "socle commun" en cours de préparation dans le cadre du 3<sup>e</sup> pilier concernant le gel des avoirs, le transfèrement temporaire aux fins d'audition de personne détenue, l'audition par vidéoconférence, les livraisons surveillées, l'interception des communications et surtout le mandat d'arrêt européen.

Le rôle exact du juge des mesures de la phase provisoire devra être précisé, mais il serait à tout le moins sollicité pour la délivrance d'un mandat d'arrêt, le placement sous contrôle judiciaire ou le placement en détention provisoire.

Si l'admissibilité mutuelle des preuves recueillies dans les Etats membres apparaît la solution la plus réaliste pour permettre l'exercice des poursuites, rien n'empêchera pour autant de prévoir des modèles adaptés tels qu'un procès-verbal européen d'audition ou d'interrogation.

L'encadrement des mesures de recherche doit tendre à conférer au Procureur européen une autorité véritable.

Quelle que soit la solution pratique retenue, le Procureur européen doit pouvoir s'appuyer sur les services nationaux d'enquête, constitués au besoin en équipes communes d'enquête. Mais, la logique de la création du Procureur européen devrait plutôt aboutir à faire en sorte que, hors de l'hypothèse de l'affaire mixte dans laquelle chaque autorité nationale conserverait sa part d'initiative, l'autonomie du procureur européen délégué soit affirmée dans la conduite des opérations relatives aux infractions de niveau communautaire.

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

La logique du système conduit à permettre au Procureur européen d'exercer lui-même l'action publique devant les juridictions nationales. En effet, l'indépendance qui lui est conférée permet de ne pas confondre son intervention avec celle des Communautés européennes elles-mêmes.

Il apparaît enfin normal que les Communautés européennes soient présentes en tant que victimes avec les droits qui en découlent lors du procès, dès lors que leurs intérêts ont été fraudés.

### \* Le Procureur européen et le contrôle de son action.

Bien qu'apparaissant comme un maillon privilégié d'une Europe de la Justice, ses actes devront nécessairement être soumis à un certain contrôle.

Les dispositions envisagées pour le contrôle des actes du Procureur européen répondent-elles à l'attente d'une administration équilibrée de la justice ?

S'agissant de la phase préliminaire, la garantie judiciaire doit s'exercer au plus près des réalités du terrain pour des raisons pratiques. Toutefois, si la fonction du ministère public est valorisée au niveau européen, aucune corrélation n'est envisagée en ce qui concerne le statut du juge. Ne faudrait-il pas tendre, à terme, vers une dissociation entre la fonction de juge de l'urgence et de l'autorisation, et celle de juge de la régularité, qui serait confiée à une instance au niveau européen ?

Une question importante tient aux voies de recours ouvertes à l'accusé : s'agissant des actes comportant une restriction ou une pri-

vation de liberté, il est proposé de s'en tenir au renvoi au droit national. La création du Procureur européen ne doit en tout cas pas être l'occasion de créer des opportunités dilatoires.

Une autre question importante a trait aux incidences de la centralisation des poursuites. Cette centralisation peut-elle aboutir à laisser au Procureur européen le choix de l'Etat membre de renvoi en jugement ?

La Commission est consciente qu'un tel choix n'est pas neutre au sein d'un espace partiellement harmonisé. Or, la nature même des infractions poursuivies pourrait permettre de les poursuivre dans l'un ou l'autre des Etats membres.

La Commission estime que le choix de l'Etat membre pour le renvoi en jugement doit pouvoir être l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cependant, l'énonciation par le législateur communautaire de critères de répartition (lieu de l'infraction, nationalité, domicile ou siège social de l'accusé, ces critères pouvant être hiérarchisés) ne suffira pas à prévenir tout conflit d'intérêts.

Plusieurs options sont ouvertes : laisser au Procureur européen toute liberté de choix ; faire contrôler ce choix par le juge national ; créer une juridiction placée au niveau communautaire.

Privilégier la troisième option, c'est à dire instituer une "chambre préliminaire européenne" aurait pour avantage de combiner un contrôle de régularité et un arbitrage sur le choix de l'Etat en fonction des critères de répartition pré-établis. Il y a donc lieu de regretter qu'en l'état, une solution moins ambitieuse, celle du contrôle par le juge national soit proposée<sup>(35)</sup>.

# 2

## Subsidiarité dans le domaine de la procédure pénale et dépassement des méthodes de coopération

Il apparaît en tout cas difficile de concevoir que l'Etat membre, où l'enquête s'est déroulée, puisse décider lui-même de sa propre saisine, comme il est difficile d'admettre que le choix, du fait de son importance, puisse être entrepris de façon discrétionnaire.

Il apparaîtrait en définitive préférable de combiner les premières et troisièmes options, sous la forme d'un recours diligenté à l'encontre de la décision du Procureur européen, soit à sa demande, soit à la demande des autorités communautaires, soit à la demande d'un Etat membre, devant une chambre préliminaire ou une chambre d'administration judiciaire exclusivement chargée de statuer sur la question de la désignation du lieu du jugement.

Cette chambre connaîtrait non seulement des conflits positifs de compétence, mais aussi des conflits négatifs. Le refus opposé par un Etat membre de traiter l'affaire conduirait à un nouvel examen par la chambre d'administration judiciaire.

La Cour de justice pourrait être éventuellement saisie, exclusivement dans les termes d'un recours de légalité, sous l'angle de l'interprétation du traité. Elle pourrait également stigmatiser l'impéritie d'un Etat membre sous la forme d'une procédure semblable à celle qui existe par ailleurs dite en "manquement".

Si un recours devait être admis de la part de l'accusé (compte tenu des enjeux tenant aux circonstances de langue ou de droit interne applicables), il apparaîtrait souhaitable de ne pas désigner une juridiction différente de celle déjà compétente pour statuer sur le recours de l'autorité communautaire ou des Etats membres, et d'enfermer cette contestation dans un même délai.

<sup>(35)</sup> Jean-François Kriegel, "Quel ministère public européen pour quel espace judiciaire européen", op. cit.

La compétence de la Cour de justice doit se résumer au respect et à l'interprétation du Traité, à la connaissance des dommages causés par le Procureur européen ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, éventuellement, sous les réserves qui précèdent, au règlement des conflits de compétence. Il ne serait en tout cas pas souhaitable, compte tenu du fait que les délais sont encadrés en matière pénale, que la Cour de justice puisse intervenir elle-même au titre d'un contrôle de régularité de la procédure pénale en elle-même.

Si le principe de reconnaissance mutuelle et l'identification d'un socle commun de droits fondamentaux offrent les bases d'un espace de recherches et de poursuites donnant à ce nouvel organe les moyens d'avancer, un minimum d'harmonisation sur le plan du droit procédural et du droit matériel est nécessaire si l'on souhaite ouvrir le champ des compétences de l'Union européenne en matière pénale, à un titre ou à un autre.

D'ores et déjà, le propos initial de la défense des intérêts de la Communauté dans le cadre du projet de Procureur européen semble appelé à un élargissement, qui correspond apparemment, comme le souligne le livre vert, à une attente des milieux professionnels<sup>(36)</sup>, comme du Parlement<sup>(37)</sup>.

<sup>(36)</sup> Cf. le colloque organisé à Strasbourg les 19 et 20 octobre 2000 sur le thème "le parquet européen : peut-on encore attendre ?" (IECS Strasbourg – Université Robert Schuman)

<sup>(37)</sup> Rapport d'information Assemblée Nationale n°3609 sur les relations entre Europol et Eurojust ; proposition de résolution sur le livre vert sur la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen déposée au Sénat le 5 avril 2002 (n°288)

# 3 Harmonisation et droit procédural

Les différents Etats membres effectuent de plus en plus largement des emprunts aux systèmes voisins<sup>(38)</sup>, ce qui devrait faciliter le travail d'harmonisation.

Dans le même temps, une coopération entre Etats s'est établie par suite de l'adoption de diverses conventions d'entraide répressive notamment. Cette voie de la coopération intergouvernementale a montré ses limites.

Aussi, l'évolution du droit par la voie d'une véritable harmonisation devient nécessaire. Certains textes supra-nationaux y contribuent, comme le *Pacte sur les droits civils et politiques* signé en 1966 sous l'égide des Nations Unies, rappelant un certain nombre de principes de base. L'Europe se dirige progressivement vers la recherche d'un modèle européen de procédure pénale, conciliant les droits de l'Homme et les droits de l'Etat.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme suggère une telle démarche, aucun système de procédure n'échappant à la censure de la Cour<sup>(39)</sup>. Récemment, la France, à l'instar de la Belgique, a admis la possibilité d'une révision de la condamnation qui aurait été censurée par la Cour. Plus généralement, les Etats modifient leur

législation pour tenir compte des évolutions, ce qui fut le cas en France, par exemple en 1990, en matière d'écoutes téléphoniques.

Plus directement, la mise en place de moyens spécifiques au sein de l'Union européenne devrait tendre plus directement au rapprochement des systèmes pénaux. L'OIPC Interpol fait place désormais à EUROPOL, organe bientôt doté de pouvoirs opérationnels, et la coopération en matière judiciaire s'institutionnalise également sous l'égide d'EUROJUST.

La Commission des Communautés européennes, dans le cadre du projet pour l'Union européenne, au terme de la communication diffusée le 22 mai 2002, intègre la nécessité de construire un véritable espace judiciaire européen, fondé sur une coopération judiciaire civile et pénale qu'il faudrait à l'avenir soumettre à un même cadre institutionnel et juridique, et évoque la nécessité de compléter le Traité par l'institution du Procureur européen "et l'adoption de règles relatives aux poursuites judiciaires pénales des fraudes transfrontalières".

Le Conseil européen a souhaité sur ce point engager des travaux sur les aspects du droit procédural pour lesquels la fixation de normes minimales est considérée comme nécessaire. Ce travail a été notamment entrepris dans le cadre du projet relatif au Procureur européen.

Les droits fondamentaux qu'il y a lieu de mettre en exergue sont notamment garantis par l'article 6 du Traité de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

<sup>(38)</sup> Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz 2002 p. 215

<sup>(39)</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995

# 3

## Harmonisation et droit procédural

Les **droits de la défense** figurent au premier plan de ce socle des droits fondamentaux.

Ils comprennent le droit d'obtenir un défenseur et la Cour européenne s'attache à l'effectivité de la possibilité d'obtenir un avocat d'office, principe que les Etats mettent en œuvre dans des conditions parfois différentes. Certains pays (Italie) exigent, par exemple, que le demandeur justifie de faibles ressources.

Le principe au terme duquel **nul ne peut être poursuivi deux fois pour la même infraction**, reconnu notamment par la Convention européenne des droits de l'Homme, ne devrait pas susciter de difficultés. Reste à vérifier ce qu'il y a lieu d'entendre par "même infraction" ou "mêmes faits". Si les poursuites ont été abandonnées en raison d'une insuffisance de preuve, rien ne devrait interdire la reprise des poursuites. Pour le système anglais, il en irait autrement si une décision définitive est intervenue, alors que d'autres pays admettent des exceptions qui devraient à notre sens, être entendues de manière restrictive.

Le principe de **présomption d'innocence**, composante essentielle des sociétés démocratiques européennes, ne devrait pas davantage être l'objet de difficulté particulière, selon une définition large, qui semble faire consensus, proposée dans le *corpus juris*, au terme de laquelle toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie légalement par un jugement définitif ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Cette notion se trouve déjà consacrée dans l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et dans la

loi fondamentale de plusieurs pays de l'Union européenne (Allemagne, Danemark), ou résulte d'une tradition établie (*Bill of Rights* de 1689 au Royaume-Uni, Belgique).

L'Union européenne, qui souhaite mettre en place des normes minimales communes, vient d'adopter le 19 février 2003, "un livre vert" pour les garanties procédurales en matière pénale<sup>(40)</sup>. Ce "livre vert" n'a pas pour objectif de créer de nouveaux droits, ni de contrôler le respect de droits existants, mais plutôt de présenter ceux qui apparaissent fondamentaux et de favoriser leur visibilité<sup>(41)</sup>.

Le respect du principe impose désormais, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, que l'accusé libre ne soit pas obligé de se constituer prisonnier la veille de l'audience. La France s'est trouvée contrainte de modifier le régime qui était le sien en cette matière, dans le cadre de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence.

La possibilité de se défendre soi-même ou avec un avocat désigné d'office gratuitement découle également du principe de présomption d'innocence qui tend à garantir l'accusé contre l'arbitraire. L'aide judiciaire doit être effective en matière pénale (dès lors que l'accusé n'a pas les moyens de rémunérer son défenseur), voire obligatoire en faveur de personnes de nationalité étrangère.

Le principe du **caractère contradictoire de la procédure** pourrait faire davantage difficulté, en dépit du fait que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est directe-

<sup>(40)</sup> COM (2003) 75 final

<sup>(41)</sup> Sur la base de l'état des lieux effectué, la Commission propose de réfléchir sur les points suivants : accès à la représentation en justice; accès à l'interprétation et à la traduction ; information des suspects et des personnes mises en cause ; protection accordée en particulier aux suspects et personnes mises en cause particulièrement vulnérables (enfants, personnes illettrées, personnes alcoolodépendantes et toxicomanes sous l'emprise de la drogue ou de l'alcool pendant leur interrogatoire) ; assistance consulaire aux détenus.

# 3

## Harmonisation et droit procédural

ment applicable dans l'ensemble des Etats membres, car la notion d'espace judiciaire européen suppose le dépassement de l'opposition entre système inquisitoire et système accusatoire.

Un tel dépassement est envisageable : il a été entrepris sous l'égide de la Cour européenne, et a trouvé une forme d'incarnation dans le cadre des règlements de procédure retenus pour le fonctionnement des tribunaux des Nations Unies chargés de réprimer les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda. Il peut être observé que le système dit inquisitoire laisse une large place à la contradiction dès le stade de la phase préparatoire, les droits de la défense, ceux de l'accusé comme de la victime ayant été développés. Une telle évolution est très sensible en France. Certains auteurs soulignent à ce propos que le contradictoire est parfaitement compatible avec l'institution du juge d'instruction, en dépit des critiques parfois développées à son égard<sup>(42)</sup>. L'évolution observée par la suite, notamment depuis la publication du rapport remis au garde des Sceaux en 1990 intitulé "*la mise en état des affaires pénales*" ne contredit pas cette assertion, quand bien même assisterait-on à une dissociation entre juge d'instruction et juge arbitre des mesures portant atteinte à la liberté.

Les principes directeurs insérés par la loi du 15 juin 2000 dans l'article préliminaire du code de procédure pénale consacrent l'évolution vers le contradictoire, évolution également sensible en Italie, à la suite de la réforme pénale de 1989.

L'absence ou la disparition du juge d'instruction se traduit au Royaume-Uni comme en Italie, par

la nécessité de mettre en place une audience préliminaire distincte des débats sur le fond, permettant de définir le contenu des éléments ou des pièces sur lesquelles il sera en définitive statué. En Italie, le juge du débat n'aura pas la possibilité de connaître avant l'audience les procès-verbaux d'interrogatoire ou d'audition sauf s'ils sont recueillis pendant l'audience préliminaire tenue par un juge des libertés distinct du juge des débats.

Mais, le système accusatoire "pur" semble également dépassé, y compris dans les pays où il a pris naissance. La réalité profonde au Royaume-Uni est que le système accusatoire a été tellement alourdi qu'il ne peut fonctionner sans être largement contourné en le corrigeant par la procédure du "plaider coupable". De plus, si l'on observe toujours une dissociation de la phase de l'investigation réservée à la police au cours de laquelle le secret est préservé, et de celle de la poursuite, celle-ci est désormais dirigée au Royaume-Uni par le *Crown prosecution service* pour les infractions les plus graves. Au Portugal, la structure du procès est à dominante accusatoire, ce qui n'empêche pas ce pays de connaître l'institution du juge d'instruction.

Le principe du contradictoire ne heurte, en principe en lui-même, aucun système juridique. Sa mise en œuvre est donc complexe du fait de la nécessité de distinguer suivant les Etats entre phase d'enquête, éventuellement d'instruction (Belgique, Espagne, France, Grèce, Pays-Bas, Portugal), et phase de jugement, et surtout, entre système oral et système ménageant la constitution d'un dossier écrit. Chaque système présente des avantages, mais aussi des inconvénients, notamment lorsque la preuve se forme

<sup>(42)</sup> Jean Pradel, op. cit. p. 160 et 211 et suivants

# 3

## Harmonisation et droit procédural

directement au cours du débat, ce qui suppose à tout le moins, une grande indépendance statutaire accordée à la partie poursuivante (ce qui est le cas, en Italie, du ministère public).

Au-delà du problème de la structuration de la phase préliminaire, l'ensemble des pays membres de l'Union semble admettre l'idée selon laquelle l'accès au dossier ne peut être admis pendant la phase de l'enquête initiale, mais seulement après la notification des charges, l'accusé pouvant prendre connaissance directe des pièces de procédure.

Il devrait donc pouvoir être admis, d'une manière générale, que l'accusé peut avoir le droit d'accéder au dossier de la procédure par l'intermédiaire de son avocat dès la notification officielle des charges par le juge, quel que soit le mécanisme procédural adopté.

Aucun Etat ne conteste ni le fait que la charge de la preuve appartienne à l'autorité poursuivante sans que la personne visée soit tenue de contribuer activement à l'établissement de sa propre culpabilité (à l'exception de l'obligation de produire certains documents), ni le droit pour l'accusé d'être pleinement informé de ces charges et de ses droits dès le stade de la garde à vue pour les droits relatifs à cette phase de la procédure, notamment pour ce qui est du recours aux services d'un interprète, mais également, pour obtenir la visite d'un avocat ou d'un médecin à certains stades de la mesure.

La présence de l'avocat pendant la garde à vue, notamment dès le début de celle-ci, fait l'objet de mesures divergentes. Elle progresse dans de

nombreux Etats, mais l'avocat n'est pas nécessairement autorisé à assister aux interrogatoires (en France, en Allemagne, en Espagne en cas d'infractions terroristes).

Le droit au procès équitable suppose en effet qu'une personne ne puisse être entendue comme témoin dès lors qu'existent des indices graves et concordants de culpabilité à son encontre. Ce principe, généralement admis, tient compte de la diversité des mécanismes en vigueur.

Les différences tiennent au rôle assigné à la police, et dépendent donc de l'existence ou non d'un juge d'instruction devant lequel la présence de l'avocat est requise dès le premier interrogatoire au cours duquel les charges sont notifiées (France, Italie, dès l'accomplissement du premier acte auquel le défenseur a le droit d'être présent). Force est de constater que la question du moment où l'avocat peut intervenir dépasse le point de savoir si l'enquête sera confiée ou non à un juge d'instruction. La possibilité de désigner un avocat dès le début de l'enquête voire d'obtenir sa présence devient transversale, sauf restrictions particulières tenant à la nature de l'infraction commise.

Il sera généralement admis que l'avocat non seulement assiste l'accusé, mais qu'il peut avoir accès au dossier sans restriction. L'accusé doit ainsi pouvoir être mis à même de s'expliquer complètement sur les faits reprochés.

En revanche, le droit de se taire est l'objet de solutions nuancées (il est reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui admet cependant que l'exercice de

# 3

## Harmonisation et droit procédural

ce droit permette d'en déduire une preuve implicite de culpabilité). Mais le droit anglo-saxon de "ne pas s'incriminer soi-même" est l'objet lui-même d'une atténuation de la part du juge anglais lorsque, face à des charges écrasantes et à de nombreuses preuves, le tribunal est amené à tirer des conclusions défavorables du silence gardé par l'accusé.

La nécessité de statuer sur des éléments ayant valeur probante représente un principe fondamental. L'admissibilité mutuelle des preuves représente la solution la plus réaliste, et il suffirait peut-être de considérer que la preuve exclusivement recueillie par "ouï-dire" (relation d'un fait dont on n'a pas eu connaissance), ou que les preuves illégalement recueillies, puissent être écartées.

Ce dernier point fait toutefois difficulté, car il y a lieu de concilier l'exigence de base avec les nécessités sociales pour réserver, dans certains cas (trafic de stupéfiants, proxénétisme) à des policiers ou douaniers habilités, la possibilité d'organiser des offres pour constater les infractions, ainsi en France en matière de trafic de drogue, à condition que les actes "ne déterminent pas la commission des infractions".

En revanche, la question des écoutes téléphoniques, dès lors qu'elles sont ordonnées par la justice, ne suscitent pas d'écarts particuliers entre systèmes juridiques. Ce régime pourrait rejoindre la constitution d'un socle commun de reconnaissance mutuelle, au même titre que les témoignages recueillis par un service habilité, ou par le juge en présence de l'avocat de l'accusé lorsque des indices graves et concordants ont

été retrouvés. Le système de vidéoconférence pourrait être validé dans ce contexte.

Le caractère contradictoire de la procédure ne fait pas l'objet de difficultés au stade de l'audience de jugement, sa mise en œuvre étant adaptée en fonction des systèmes en vigueur. Le caractère entièrement oral de la procédure anglaise suppose que le procès se tienne en deux phases, pour imposer au poursuivant la révélation des éléments sur lesquels il entend fonder sa poursuite. L'Italie concilie la procédure accusatoire à l'audience avec la préparation d'un dossier dans certains cas, dont le défendeur pourra avoir connaissance avant l'audience.

En définitive, la diversité des règles concernant les preuves admises dans chaque Etat rend difficile un véritable rapprochement (encore que les conditions mises en œuvre dans ce domaine devant le Tribunal pénal international de La Haye pour l'ex-Yougoslavie puissent servir de référence), de telle sorte que seuls les écarts les plus marquants doivent pouvoir être réduits, chaque Etat assurant lui-même le contrôle des notions applicables. La proposition du *corpus juris* d'instaurer un modèle de "procès-verbal européen d'interrogatoire" doit être encouragée.

La **dialectique de la publicité et du secret** fait partie des pierres d'achoppement. Il s'agit tout à la fois de ne pas peser sur la marche du procès en diffusant certaines informations, et de ne pas causer inutilement un dommage aux personnes concernées. La publicité serait de règle lors des audiences de jugement, ce qui n'est contesté nulle part. Au stade de l'enquête, il semble généralement admis que les autorités tenues au secret

# 3

## Harmonisation et droit procédural

professionnel doivent l'observer entièrement. Dans le cadre d'une harmonisation, il y aurait lieu d'affirmer que seules les audiences devant le juge chargé de contrôler les actes coercitifs doivent pouvoir être tenues publiquement, ce sous certaines réserves : obtention de l'adhésion des parties et possibilité pour le juge de refuser la publicité si elle apparaît contraire au déroulement de l'enquête, aux intérêts d'un tiers ou à l'ordre public. Tel est le système déjà en vigueur en France. au Royaume-Uni, ce type d'audiences se déroule en public, mais une loi de 1967 permet aux médias de publier certains éléments, à savoir le nom de l'accusé et la dénomination de l'infraction reprochée, et la décision de renvoyer l'affaire en jugement. D'autres pays se contentent de permettre aux autorités judiciaires de communiquer à la presse certains éléments (en Espagne, ministère public, en France également). En Allemagne, cette possibilité est formulée sous forme d'obligation de fournir à la presse les renseignements qui ne gênent pas le déroulement de l'enquête ou qui ne nuisent pas un intérêt privé légitime.

Les solutions sont donc nuancées. Un rapprochement n'est pas inconcevable en théorie compte tenu de l'état du droit dans les différents pays qui affirment généralement l'exigence du secret, mais il est inégalement respecté dans les faits, notamment en Belgique, en France ou en Italie, les bons exemples devant être recherchés du côté du Royaume-Uni et de l'Allemagne. Le point de savoir s'il est opportun d'interdire aux médias de publier en cours d'enquête, voire de procès, des informations relatives aux éléments de preuve, est tout aussi délicat (l'Italie a mis en place un système complexe de publications partielles autorisées).

Seul l'anonymat des mineurs délinquants apparaît généralement respecté et pourrait, dans l'immédiat, susciter un rapprochement.

La **garantie de l'intervention d'un juge** fait indiscutablement partie du socle des droits fondamentaux, qu'il s'agisse d'exercer le contrôle des actes coercitifs, d'ordonner certains actes, comme une expertise, ou d'exercer la fonction de jugement. Il pourra cependant être posé comme principe que la détention policière nécessaire aux vérifications initiales (garde à vue) ne nécessite pas l'intervention du juge, sauf prolongation au-delà d'un délai habituel, dans le cas d'infractions d'une gravité particulière. Les systèmes en vigueur se rejoignent globalement : si la France et la Belgique confient au Procureur le soin de contrôler la garde à vue, le juge des libertés (en France) se trouve requis lorsqu'il est question de placer le suspect en détention provisoire, ou de prolonger cette mesure. Au Royaume-Uni comme en Italie, sur la base des mêmes critères liés à un risque d'altération des preuves, un risque de fuite, ou de réitération de l'infraction, c'est le juge qui statue sur la privation de liberté. Le juge italien autorise également les perquisitions ou les écoutes téléphoniques. De son côté, le Portugal a institué une procédure d'*habeas corpus* qui permet au juge d'assurer le respect des délais en matière de détention provisoire.

Si des divergences existent et peuvent demeurer en ce qui concerne la durée de ces mesures, on observe une forte convergence de nature à favoriser l'émergence d'une harmonisation sur les critères de base, notamment sur la détermination du seuil d'intervention d'un juge en

# 3

## Harmonisation et droit procédural

matière de privation de liberté au regard de l'exigence de proportionnalité rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme, étant précisé que certains systèmes ne connaissent pas de ministère public (Royaume-Uni, Allemagne). Il n'y a pas de difficulté pour affirmer que le placement en détention apparaît ressortir de la compétence du juge.

Une convergence pourrait également s'établir sur l'existence d'un recours à bref délai, indéfiniment renouvelable, à l'encontre des décisions prises par le juge. Ce recours prend généralement la forme d'une demande formée devant le juge lui-même, et de recours successifs en appel puis en cassation fondés sur la violation d'une règle de droit.

En toute hypothèse, chaque pays a mis en place des délais butoirs pour encadrer la détention provisoire, en tenant principalement compte de la nature de l'infraction. Le droit sur ce point, semble difficilement harmonisable dans un délai rapproché.

S'agissant des mesures de coercition, le contentieux relatif au **placement en garde à vue d'un témoin** mérite une attention particulière. Si autrefois, en France, la mise en garde à vue d'un simple témoin contre lequel l'enquêteur ne disposait d'aucun soupçon était admise en flagrance, une telle mesure apparaît heurter la Convention européenne des droits de l'Homme. La France a modifié sa législation en 1993 et n'a alors admis de retenir une personne simplement détentrice de renseignements que le temps strictement nécessaire à son audition. Dans ce cadre, le témoin peut être forcé de comparaître

à la demande du Procureur de la République. Pour pallier les inconvénients résultant de ce régime, le statut du suspect a, depuis lors, été élargi si bien que peut être placé en garde à vue non plus une personne contre laquelle existeraient des indices faisant présumer la commission de l'infraction, mais contre laquelle "existent une ou plusieurs raisons plausibles" de la soupçonner, cette formulation étant issue de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Une stabilisation du droit en la matière pourrait relever d'une tentative d'harmonisation partielle s'inspirant de cette jurisprudence, tenant compte de l'écart existant en particulier avec le droit anglais qui exige, selon que le délit est ou non puni de plus de cinq ans d'emprisonnement, la délivrance d'un mandat d'arrêt par un juge.

Quant au placement en garde à vue et à la durée de cette mesure, les règles applicables peuvent être laissées à la discrétion de chaque droit national qui peut, le cas échéant, prévoir des dispositions particulières en certaines matières. Nombre de pays ont ainsi adopté une législation particulière en matière de terrorisme (France, Espagne, Royaume-Uni).

**La procédure de jugement à l'audience** est au carrefour des systèmes accusatoire et inquisitoire. Dans le premier cas, la preuve se fait à l'audience ce qui n'est pas seulement la règle en droit anglo-saxon, le Portugal ayant adopté cette perspective. L'Italie, qui s'était approchée de cette solution, est désormais à mi-chemin, notamment pour les affaires de criminalité organisée. Une telle perspective pourrait offrir un référentiel ouvrant la voie à la recherche d'un standard.

# 3

## Harmonisation et droit procédural

Le point de savoir si le procès ne doit pas faire l'objet d'une **diffusion audiovisuelle**, pour éviter que les audiences ne donnent lieu à des procès spectaculaires, rencontre des solutions divergentes, face aux dérives rencontrées Outre-Atlantique<sup>(43)</sup>. Le renvoi au droit national semble s'imposer dans un premier temps (la France pose le principe de la prohibition tout en organisant la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, avec un délai important pour la consultation, tandis que l'Italie autorise la présence des caméras même en cas d'opposition des parties, pourvu qu'il existe un intérêt social particulièrement élevé à la connaissance des débats). En revanche, le fait de présenter publiquement une personne comme coupable avant toute condamnation devrait à notre sens pouvoir donner lieu à rectification ou à réparation, ainsi que le prévoit l'article 9-I du Code Civil français. Il est également proposé de créer uniformément un délit d'entrave à la justice qui pourrait donner lieu à sanction pénale, à l'instar du *contempt of court* anglais<sup>(44)</sup>.

Le risque d'une condamnation de l'accusé à son insu mérite enfin un traitement particulier. Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France considèrent, en particulier, que la présence de l'accusé est indispensable. La procédure dite "par contumace" ou la procédure dite "par défaut" ou "*in absentia*" suppose alors que l'on réserve la possibilité d'un nouvel examen de l'affaire. Pour faire en sorte que ces procédures présentent en pratique un caractère exceptionnel, le droit à se faire représenter par un avocat doit être admis assez largement, notamment lorsque la peine encourue est d'importance relative, ce qu'admet la Cour européenne. Un rapprochement des

législations serait souhaitable en ce domaine, pour déterminer avec le maximum de sécurité le caractère exécutoire de la décision.

Enfin, la possibilité d'obtenir un **nouvel examen de l'affaire** sur le fond et pas seulement sur les questions intéressant la phase préparatoire, par un autre juge, notamment par la voie de l'appel, doit également faire partie du socle des droits fondamentaux. Ce principe apparemment simple dans son énoncé, figurant comme tel dans l'article préliminaire du code de procédure pénale français, n'est pas reçu de la même manière partout, notamment en droit anglais où la régulation du droit d'appel par l'exigence de l'obtention d'une autorisation représente une constante qui n'apparaît toutefois pas insurmontable. Un contrôle approfondi de légalité (comme en Italie) semble pouvoir être retenu comme étant une garantie suffisante au regard des exigences de la convention européenne.

Il serait cependant nécessaire qu'un standard minimum soit adopté en la matière, qui tienne également compte du droit des victimes d'infractions.

<sup>(43)</sup> Jean Pradel op. cit.  
p. 427

<sup>(44)</sup> Mireille Delmas Marty  
les procédures pénales en  
Europe 1995 p.601

# 4 Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

Force est de constater que les Etats n'hésitent pas, pour améliorer leur système pénal, à importer certaines dispositions venant d'autres Etats. Cette osmose progressive n'apparaît cependant pas de nature à mettre rapidement un terme au morcellement pénal, alors que le besoin d'un rapprochement s'accroît.

Le dépassement du morcellement des systèmes pénaux apparaît nécessaire, soit que les transgressions dépassent le cadre d'un seul Etat membre, soit qu'elles correspondent à des atteintes graves reconnues comme telles dans les différents Etats membres. Il y aurait donc lieu de consacrer un certain nombre "d'euro-délits". Une réflexion commune pourrait être instaurée sous l'égide de l'Union européenne, associant les Parlements nationaux compte tenu des forts aspects culturels mis en jeu.

Cette réflexion est en marche en dépit des résistances nationales, avec le soutien d'universitaires. Le Conseil de l'Europe, au terme de recommandations sur les mesures pénales de substitution ou sur les peines privatives de liberté, pousse à l'établissement commun de politiques criminelles.

De son côté, l'Union européenne s'est saisie de certains dossiers. Plus largement, le dossier relatif à la protection des intérêts financiers de la communauté fait figure de projet phare et incite à une vision plus large.

## 4.1 Les dossiers actuels de l'Union européenne dans le domaine des rapprochements sectoriels

Les exemples les plus marquants démontrent la volonté de l'Union européenne d'avancer, de façon pragmatique, dans la lutte contre la criminalité organisée.

### 4.1.1 La lutte contre les drogues

La lutte contre les drogues intéresse le monde entier. Une convention des Nations Unies signée à Vienne en 1988 incite à prendre les mesures nécessaires, y compris pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées. La lutte contre la drogue représente une préoccupation majeure de l'Union européenne, et elle trouve une impulsion spécifique dès 1990, lors du Conseil européen de Dublin, le Traité d'Amsterdam y faisant expressément allusion. L'article 31 du Traité de l'Union européenne prévoit ainsi que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres, à "adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue".

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

En conséquence, plusieurs instruments ont été adoptés par l'Union européenne sous la forme d'actions communes, visant à améliorer la coopération entre les diverses autorités chargées de lutter contre ce fléau, celle du 17 décembre 1996 incitant au rapprochement des législations et des pratiques entre les Etats membres en vue de lutter contre la toxicomanie le trafic de drogue. Un projet de décision cadre visant à ce rapprochement est actuellement en cours de négociation<sup>(45)</sup>, relatif aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables. Il tend à adopter une définition commune du trafic de drogue et il demande que soient prévues des sanctions aggravées lorsque le trafic a lieu dans le cadre d'une organisation criminelle, et des sanctions atténuées lorsque l'auteur de l'information fournit aux autorités des informations utiles contribuant à l'identification des filières. Le projet tend également à incriminer les personnes morales impliquées.

### 4.1.2 La lutte contre le blanchiment d'argent

Créé en France en 1987, le délit de blanchiment de capitaux ne visait au départ que les produits du trafic de stupéfiants (comme au Luxembourg par exemple). Il a été progressivement étendu aux relations financières avec l'étranger, puis à toute pratique consistant à faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou revenus d'un crime ou d'un délit. Cette tendance est également observée ailleurs, en Espagne, par exemple, où le délit de blanchiment n'était prévu au départ que pour les produits du terrorisme, du trafic de stupéfiants et du crime organisé. En Belgique, le délit est aussi un délit

général, même si l'obligation de déclaration est réservée, comme en France, aux formes de délinquance les plus graves. Le Luxembourg a également instauré un délit général en 1998. Le Royaume-Uni admet trois délits de blanchiment suivant la gravité des faits considérés, tandis que l'Italie vise au travers de l'incrimination non seulement le trafic de stupéfiants, mais toute activité criminelle intentionnelle. L'Allemagne et la Grèce ont mis en place un système analogue. En définitive, le délit existe pratiquement partout en Europe.

La répression du délit lui-même est généralement puni de fortes peines d'emprisonnement, souvent supérieures à dix années (cinq ans en Belgique), et les opérateurs financiers sont généralement tenus, selon des modalités diverses, de collaborer en faisant part de leurs soupçons (à défaut de quoi leur responsabilité pénale pourrait être recherchée), certains Etats ayant mis en place, comme en France, des mécanismes propres de recherche et de contrôle.

Il n'est donc pas étonnant que la lutte contre le blanchiment d'argent ait été définie comme une priorité lors du Conseil européen de Tampere en 1999. Une directive du 1<sup>er</sup> juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment a pour objet d'éviter que les organisations criminelles ne mettent à profit la liberté de circulation des capitaux au sein de l'Union européenne. Les ministres de la Justice de l'Union ont signé depuis lors, le 16 octobre 2001, sous la forme d'une décision cadre, un protocole à la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de l'Union européenne qui comporte des mesures désacralisant

<sup>(45)</sup> COM (2001) 259 final

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

le domaine bancaire ou fiscal, permettant, sans entrer dans le détail, l'identification, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime. La perspective d'une lutte commune contre le phénomène du blanchiment passe donc, en premier lieu, par des mesures procédurales. Il est surtout intéressant de relever que la décision-cadre prévoit que les Etats membres prennent toute mesure nécessaire afin de ne formuler ou de ne maintenir aucune réserve faisant obstacle à ce dispositif. Un mécanisme original de signalement au Conseil des difficultés juridiques de l'entraide a de surcroît été mis en place, indépendamment des mécanismes contentieux relatifs à l'exécution de la convention<sup>(46)</sup>.

Par ailleurs, la mission d'EUROPOL a été étendue au blanchiment d'argent en général.

Pour avancer sur le plan de l'efficacité et tenant compte de l'évolution interne observable dans chacun des Etats membres, tout en se référant aux normes universelles en place, notamment la recommandation du Conseil de l'Europe adoptée en 1981 relative aux mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle, la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants adoptée le 19 décembre 1988, ou les recommandations du Groupe d'action financière internationale (GAFI) mis en place par les sept puissances les plus industrialisées, adoptées en 1989, il est plausible d'envisager rapidement l'adoption d'un modèle fortement harmonisé sur le plan des incriminations distinguant le blanchiment lui-même des actes accomplis en amont, et intégrant les règles relatives à la saisie et à la confiscation des

capitaux. Il importe en effet de ne pas perdre de vue que la question du blanchiment est au carrefour des formes les plus importantes de la délinquance.

### 4.1.3 La lutte contre le terrorisme

La Commission des Communautés européennes, face au développement de l'actualité, a manifesté le souhait d'avancer sur la question du terrorisme en adoptant un projet de décision-cadre en vue d'aboutir à une définition commune spécifique du terrorisme<sup>(47)</sup>. D'ores et déjà, la décision-cadre de juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen devrait faciliter l'extradition des personnes concernées à l'intérieur de l'Union.

La lutte contre la délinquance en Europe doit franchir un pas décisif dans un domaine où les résistances étaient fortes en dépit d'un développement important du phénomène. En proposant d'adopter une définition commune du terrorisme, la Commission puis le Conseil, proposent de fermer une fenêtre de "sanctuarisation" dont bénéficiaient les criminels. Actuellement, seuls six pays désignent spécifiquement le crime de terrorisme<sup>(48)</sup> pour en assurer la répression, et la définition varie d'un Etat à l'autre. Les dérogations ou spécificités par rapport aux droits pénal et procédural ordinaires contribuent à créer un droit spécial, par l'instauration de compétences spéciales en matière d'instruction et de jugement (Espagne), de pouvoirs spéciaux pour la police (Irlande du Nord), la punition spécifique d'actes préparatoires, d'une manière générale, la prévision d'incriminations spécifiques, également la prévision de peines plus sévères (Espagne), voire l'ins-

<sup>(46)</sup> Emmanuel Barbe, "Le protocole (anti-blanchiment) à la convention du 29 mai 2000 d'entraide judiciaire en matière pénale de l'Union européenne", Dalloz, 2002, p. 1922

<sup>(47)</sup> Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, COM (2001) 521 final

<sup>(48)</sup> Allemagne, Espagne, France, Italie, Portugal et Royaume-Uni.

<sup>(49)</sup> Jean Pradel, Droit pénal comparé, op. cit. p. 592

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

tauration de mécanismes visant les “repentis”<sup>(49)</sup> (Italie), enfin la possibilité de saisir les fonds suspects de financer de telles activités (récemment l'Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 au Royaume-Uni).

La Commission, dans le cadre de son projet d'harmonisation, suivie par le Conseil, liste une série d'infractions limitativement énumérées comme terroristes, passibles alors de peines aggravées “si elles ont été commises intentionnellement par un individu ou un groupe, contre un ou plusieurs pays, leurs institutions ou leurs populations” et si elles “visent à les menacer et à porter gravement atteinte ou à détruire les structures politiques, économiques ou sociales d'un pays”. La définition combine donc un élément matériel et un élément intentionnel spécifique.

Le crime de terrorisme demeure l'un des derniers sanctuaires de l'impunité internationale. Aucune convention n'a été signée au plan global, de nombreux pays ayant toujours été opposés en effet à ce que soient inclus, dans le champ des conventions des actes qu'ils estiment voir revêtir, une “dimension politique” et il est symptomatique de relever que le statut de la future Cour pénale internationale n'ait pas retenu ce critère de compétence<sup>(50)</sup>.

Une convention européenne du terrorisme a été adoptée en 1977 sous l'égide du Conseil de l'Europe, mais elle ne représente pas un accord d'extradition en tant que tel, et elle invite seulement les Etats à ne pas considérer comme politiques les actes terroristes face aux demandes d'extradition. Le texte s'insère dans le mouvement normatif “sans le desservir, mais sans le magnifier non plus”.<sup>(51)</sup>

Des conventions internationales sectorielles ont été adoptées visant à une plus grande efficacité, s'agissant des infractions à bord des aéronefs (1993), de la répression du financement du terrorisme (1999), laquelle n'est pas encore entrée en vigueur, et certains pays ont adopté des dispositions de droit interne. La France, concernée par le phénomène, a délibérément choisi de lutter contre le terrorisme, et le corpus de ses textes peut servir de référence. Elle n'a pas hésité, non seulement à rendre applicable aux personnes concernées certaines règles particulières de fond et de procédure (centralisation des procédures à Paris, durée allongée de la garde à vue, perquisition de nuit, prescription allongée, juridiction spéciale, aggravation des peines) mais à prévoir une incrimination spéciale dans le nouveau code pénal et à assimiler à la notion d'acte terroriste, en faisant référence à l'acte en cause, actes préparatoires, fourniture de moyens et de subsides, et recel de documents. Elle a également prévu de déchoir les étrangers ayant acquis la nationalité française de celle-ci. Le Conseil constitutionnel a veillé à encadrer les mesures d'enquête de certaines garanties (autorisation préalable pour les perquisitions de nuit, contrôle du président du tribunal ou de son délégué), mais il a bel et bien jugé les dispositions adoptées comme étant proportionnées à la menace<sup>(52)</sup>. Une nouvelle loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 vient compléter le dispositif procédural, en permettant dans certaines conditions des visites de véhicules et des perquisitions de nuit (avec autorisation dans le cadre de l'enquête préliminaire, du juge des libertés et de la détention)<sup>(53)</sup>.

Le projet de l'Union européenne pourrait préfigurer l'adoption, sous l'égide des Nations Unies,

(52) La France a adopté une première loi le 9 septembre 1986 à la suite des premiers attentats visant son territoire, puis a retenu le terrorisme comme infraction autonome lors de la promulgation du nouveau code pénal ; elle a encore renforcé le dispositif par une loi du 22 juillet 1996 : cf. nouveau Code pénal art. 421-1 et suivants ; articles 689-2 à 689-7 du code de procédure pénale visant en particulier à l'application de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 ; articles 706-16 et suivants du même code réglant la poursuite, l'instruction et le jugement de ces actes. Commentaires : Jean Pradel, Recueil, Dalloz, 1987, chroniques p. 39 ; numéro spécial Revue de sciences criminelles, 1987, notamment R. Ottenhof “Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme”, p. 607 ; Denis Richard “Le Conseil constitutionnel face au renforcement de la répression du terrorisme (à propos de la décision du 16 juillet 1996) GP 1997, chronique, p. 363

(53) Loi du 15 novembre 2001

(50) L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 26 septembre 2001 une résolution proposant d'élargir la compétence de la Cour Internationale aux actes de terrorisme considérant les attentats du 11 septembre comme des crimes plutôt que des actes de guerre.

(51) Signée par la plupart des Etats européens, ratifiée par la France en 1987, cf. R. Koering-Joulin et H. Labayle “Dix ans après, de la signature à la ratification de la convention européenne pour la répression du terrorisme” “La Semaine Juridique”, 1987, I 3349

# 4

**Harmonisation,  
droit pénal  
et mise en place  
d'un système  
intégrés**

d'une convention globale contre le terrorisme embourbée dans des problèmes de définition, d'extradition et de jugement. Après le génocide, le crime contre l'humanité, le terrorisme serait à son tour mis au ban de l'humanité.

## **4.1.4 La protection des intérêts financiers de la communauté et la lutte contre la contrefaçon de l'euro**

Indépendamment du volet relatif à la mise en place du Procureur européen, des protocoles sont venus compléter la convention du 26 juillet 1995 sur la protection des intérêts financiers de la communauté qui a pour objet de rapprocher le droit pénal interne des Etats membres en établissant une notion commune de la fraude et en prévoyant des dispositions pénales précises sanctionnant toute une série de comportements préjudiciables au budget communautaire. La convention de 1995 est entrée en vigueur en octobre 2002.

Dans ce registre, un protocole a été signé le 27 septembre 1996 relatif à la corruption des fonctionnaires des Communautés européennes ou des Etats membres de l'Union européenne, et vise à compléter les lacunes existantes dans la répression des faits de corruption, active ou passive, ayant un lien avec les intérêts financiers de la communauté.

Il restait à mettre en place une approche commune pour la protection de l'euro. Un règlement a été adopté le 28 juin 2001 de nature à permettre le traitement de l'information relative aux contrefaçons, la coopération et l'assistance mutuelle prévoyant une extension du mandat

d'EUROPOL dans ce domaine. Par ailleurs, le Conseil a adopté sur ce point une décision-cadre le 29 mai 2000 (modifiée en 2001) visant à renforcer par des sanctions pénales la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, souhaitant aboutir à la définition d'incriminations et de sanctions communes

Enfin, le Conseil a adopté en décembre 2001 un programme d'action dénommé "Périclès" en matière d'échanges, d'assistance et de formation pour la protection de l'euro.

## **4.1.5 La lutte contre la cybercriminalité**

La prise en compte du développement des réseaux informatiques est récente dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.

La France dispose déjà d'une législation visant à combattre la création de fichiers nominatifs clandestins et réprime plusieurs infractions portant atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (loi du 6 janvier 1978), et une loi du 5 janvier 1988 vise à assurer la sécurité des systèmes d'information, incriminant notamment le fait de solliciter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle en échange d'une rémunération, notamment lorsque l'infraction est commise à l'égard de mineurs, ou lorsqu'un mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation d'un réseau de communication. Venant compléter ce dispositif, une loi du 15 novembre 2001 impose une obligation de conservation des données aux opérateurs dans leurs activités de fournisseurs d'accès à Internet, pour les besoins

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

de la recherche et de la poursuite des infractions pénales.

Les initiatives dépassent désormais le stade de la réflexion dans le domaine pénal : d'ores et déjà, le mandat d'EUROPOL a été étendu récemment à la criminalité informatique, comprenant notamment la lutte contre la pornographie infantile. Par ailleurs, (tandis que le Conseil de l'Europe adoptait de son côté une convention sur la cybercriminalité le 23 novembre 2001), la Commission a adopté en avril 2002 un projet de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information, lequel tend à rapprocher les droits pénaux des Etats de l'Union pour faire en sorte que les services de police et les autorités judiciaires aient les moyens d'agir. En dernier lieu, le caractère générique des infractions visées dans la décision-cadre de juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen doit permettre de recourir à ce dispositif.

### 4.1.6 La lutte contre l'immigration clandestine et contre la traite des êtres humains

L'Union européenne travaille dans une approche intégrée à la mise en œuvre d'un plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains, qui doit constituer un objectif prioritaire. Indépendamment du fait que l'efficacité de cette lutte sera renforcée par les évolutions récentes observées dans le domaine de l'entraide en matière pénale ou de la lutte contre le blanchiment, et indépendamment d'un plan pour la gestion intégrée des frontières extérieures<sup>(54)</sup>, de la coopération entre Etats membres en vue d'éventuelles opérations conjointes, ou

<sup>(54)</sup> La Commission a édité en avril 2002 un livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier COM (2002) 175

du renforcement de la participation d'EUROPOL et de la coopération avec les services de police nationaux, le projet tend à l'introduction dans la législation interne de sanctions pénales à l'encontre du trafic de migrants et de la traite d'êtres humains, comme à l'encontre des conduites relatives à la falsification et à l'utilisation frauduleuse de documents de voyage.

Le Conseil a adopté, en juillet 2002, une proposition de décision-cadre relative à la traite des êtres humains qui arrête une définition commune de la traite à des fins d'exploitation sexuelle ou de travail et qui prévoit que la sanction de tels agissements dans tous les Etats membres ne doit pas être inférieure à huit mois<sup>(55)</sup>. La Commission recommande également de s'attaquer plus résolument à la question de la saisie des produits financiers en vue de développer un cadre juridique et des règles communes<sup>(56)</sup>.

## 4.2 La recherche d'une harmonisation minimale du droit pénal et la mise en place d'un système répressif partiellement intégré

Cette démarche se heurte à certaines résistances. Certains Etats hésitent à fixer des maxima de peines en objectant que rien ne garantirait que les peines soient effectivement équivalentes en pratique. Il faudrait certes tenir compte par exemple des modalités de l'application de la peine. Soyons clairs, nous

<sup>(55)</sup> Décision cadre du 19 juillet 2002 (2002/629/JAI)

<sup>(56)</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, 15 nov. 2001, COM (2001) 672 final

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

n'harmoniserons jamais tout le droit pénal. Cependant, le rapprochement d'un certain nombre d'incriminations comme celui des sanctions applicables représente un point de départ incontournable.

### \* Une responsabilité pénale étendue aux personnes morales

La nécessité du rapprochement du droit pénal se fait sentir en premier lieu dans la lutte contre la criminalité organisée.

Une première difficulté intéresse le point de savoir si l'instigateur ou le provocateur peuvent être pénalement recherchés. Dans beaucoup de droits, la répression du participant supposait que l'infraction soit rattachée à l'auteur. Cette règle a tendance à disparaître (au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Pays-Bas et au Danemark, la peine prévue pour l'instigateur étant inférieure à celle prévue pour l'auteur) et une définition commune de l'auteur de l'infraction serait souhaitable, incluant la notion d'instigation, qui serait punissable à tout le moins dès lors que le provocateur aurait dépassé le stade de l'acte préparatoire.

Un second ordre de difficultés concerne les **causes objectives de justification** qui nécessiteraient également quelques mises au point. Il y aurait lieu de préciser notamment si l'état de nécessité peut ou non être retenu à ce titre, alors que certains pays l'admettent (Allemagne, Autriche, France, Grèce, Italie ou Portugal). Dans le prolongement, la question de l'erreur de fait, de la contrainte, de l'aliénation psychique, plus

spécifiquement de l'erreur de droit, mériteraient également un débat, pour déterminer en tout cas les limites d'une éventuelle admission exceptionnelle (Royaume-Uni, Allemagne, Italie et Portugal admettant l'incidence de l'erreur de droit non fautive).

Il y aurait surtout lieu de fixer des seuils communs pour définir la minorité pénale.

Un autre ordre de difficulté touche à la **répression des personnes morales ou des chefs d'entreprise**. La responsabilité des personnes morales suppose que le droit pénal accepte l'idée d'une responsabilité pour le compte d'un tiers, ou d'une responsabilité pour faute commise par un tiers, ces concepts, reconnus en France comme en droit anglais, étant d'abord expérimentés à propos des infractions non intentionnelles et notamment celles commises par les chefs d'entreprise. Il s'agit en définitive de déterminer le vrai responsable, pour que la répression soit efficace.

Le partage entre faute intentionnelle et non intentionnelle nécessiterait une clarification pour que chaque Etat membre distingue entre le régime applicable à la simple négligence, à la prise de risque inconsidérée (seule la France incrimine spécifiquement la mise en danger d'autrui), et à l'acte intentionnel que les conséquences aient été voulues ou non.

Le régime de la responsabilité de personnes morales en découle dans la mesure où il s'articule autour de ces mêmes notions. La responsabilité des personnes morales a fait l'objet d'une recommandation de la part du Conseil de l'Europe

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

en 1988. Certains pays l'ont consacrée, notamment le Royaume-Uni, la Belgique, le Portugal dans certains cas. La France et les Pays-Bas l'admettent aussi mais la pratique boude l'institution. L'Allemagne cantonne cette responsabilité aux contraventions. L'Italie ou l'Espagne l'ignorent.

La recherche d'une efficacité dans la lutte contre la fraude en matière économique et financière incite fortement une telle évolution qui tend, pour l'essentiel, à faire supporter à la personne morale des sanctions financières ; (certains droits admettant par ailleurs à titre complémentaire la dissolution ou la fermeture d'établissement sous certaines conditions, la confiscation de l'entreprise (Autriche), ou la mise sous séquestre ou sous épreuve comme en Espagne.

Un protocole a été signé entre les Etats membres le 19 juin 1997 relatif à la coopération judiciaire prévoyant notamment des mécanismes de responsabilité des personnes morales de droit privé.

Le projet incite à retenir la possibilité de poursuivre dans le même temps les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices. En France, il est nécessaire de passer par la condamnation de la personne physique. Il est également important de savoir si la personne morale peut être condamnée indépendamment de la reconnaissance de culpabilité de personnes physiques, ce qu'admet la Belgique.

L'Union européenne intègre désormais elle-même cette démarche. C'est ainsi que la décision-cadre du 19 juillet 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains, envisage des sanctions contre les personnes morales.

### \* Un droit pénal substantiel uniforme minimal

Les conditions d'exercice des poursuites au sein d'un espace commun de recherches et de poursuites ne nécessitent pas forcément une codification générale du droit pénal. Il y a lieu de relever à cet égard qu'aux termes de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, l'exécution d'un mandat pourra être refusée lorsque l'acte, pour lequel le mandat a été émis, ne constituera pas une infraction pénale dans l'Etat d'exécution et qu'il n'aura pas été commis, en tout ou partie, sur le territoire de l'Etat d'émission.

Une harmonisation peut être envisagée de plusieurs façons : soit une harmonisation partielle de certaines dispositions avec renvoi pour le surplus au droit national, une harmonisation totale de certaines dispositions nationales, enfin, une unification totale.

L'action serait plus aisée dans le cadre d'une harmonisation poussée, et serait plus en adéquation avec le principe de légalité et l'exigence de sécurité juridique. Tout dépend de la nature des objectifs poursuivis, car la protection pénale peut être modulée en fonction de ceux-ci.

Un degré d'harmonisation élevé semble pouvoir être admis dans le domaine de la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de la communauté. La contrefaçon de l'euro devrait également donner lieu à une incrimination harmonisée.

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

Une orientation se dessine pour qu'il en soit ainsi, en corrélation avec ces objectifs, dans les cas de fraude en matière de passation de marchés, de corruption, de blanchiment des capitaux, d'abus de fonction et de révélation de secret de fonction. Il pourrait importer de retenir également le recel de ces infractions. Mais il pourrait être utile de viser spécialement la participation à une organisation criminelle (association de malfaiteurs).

Les causes d'extinction de l'action publique nécessitent d'être harmonisées, notamment **la prescription de l'action publique**, car les règles relatives à la prescription sont très variables d'un Etat à l'autre, et l'action pénale ne doit pas être entravée par des délais de prescription trop brefs. Au Royaume-Uni, la prescription est de six mois pour les infractions les moins graves et il n'existe aucune prescription au-delà, quoique la jurisprudence refuse de juger en présence d'un délai excessif. En France, la distinction s'opère suivant la gravité de l'infraction, soit respectivement un an, trois ans et dix ans suivant que l'infraction est qualifiée de contravention, de délit ou de crime. Un délai général pour les infractions graves de cinq ans à compter du dernier acte d'investigation comme le propose le *corpus juris* apparaîtrait raisonnable. Il serait également opportun de reconnaître également l'existence de causes d'interruption de la prescription.

Plus généralement, un rapprochement serait nécessaire à propos de l'ensemble des causes d'extinction de l'action publique, notamment en matière d'amnistie, dont l'importance est très variable selon les Etats.

### \* L'adoption de sanctions communes minimales

Si la matière pénale est entrée dans le champ de l'Union européenne en 1992, la sanction pénale n'apparaît, en revanche, que depuis le Traité d'Amsterdam qui envisage l'adoption de règles minimales, notamment quant aux sanctions, en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de drogue. C'est surtout dans le cadre de convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés de 1995 qu'il est prescrit aux Etats membres de prendre *"des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant au moins dans les cas de fraude grave, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition"*. Des mesures similaires ont ensuite été utilisées en matière de corruption ou de contre-façon de l'euro.

Les premiers signes sont encourageants. Une initiative de la Commission sous la forme d'une communication du 26 juillet 2000 au Conseil et au Parlement européen relative à la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale incluant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel des avoirs, suivie d'une initiative émanant de plusieurs pays formulée en septembre 2001 en vue de l'adoption d'une décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires.

La reconnaissance mutuelle est une chose, mais l'instauration de sanctions harmonisées en est une autre. La difficulté d'une telle émergence tient à l'absence de sanction pénale "directe", proprement communautaire<sup>(57)</sup>, tandis que par ailleurs, l'Union

(57) Véronique Robert, "La sanction pénale au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", in Revue Agon, 2001, n°33

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

dispose de pouvoirs limités quant au degré de précision des règles qu'elle souhaite voir instituer en ce domaine relevant du "3ème pilier", ce qui appelle d'autant plus une harmonisation.

Les règles relatives aux peines susceptibles d'entrer dans le champ d'un espace commun de poursuites doivent être l'objet d'un effort prioritaire d'harmonisation, dans le respect des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines rappelés par la Charte des droits fondamentaux.

Pour illustrer la nécessité d'une harmonisation, il peut être noté que le défaut de celle-ci se traduit dans la décision-cadre de juin 2002 sur la procédure de remise sur mandat d'arrêt européen par une atténuation au principe de non extradition de ses ressortissants selon laquelle la personne visée ne pourra être renvoyée dans l'Etat membre d'exécution afin d'y subir la peine ou la mesure de sûreté privative de liberté qui serait prononcée à son encontre dans l'Etat d'émission.

La recherche d'une harmonisation doit d'abord intéresser tant le régime des personnes physiques que les personnes morales déclarées responsables de fraude, de corruption active, ou de blanchiment des capitaux par exemple, pour faire référence au projet d'institution d'un Procureur européen.

L'harmonisation doit également pouvoir porter sur le niveau maximal des peines pour les infractions graves reconnues comme telles dans chaque pays (en envisageant des seuils de gravité), le régime applicable en cas de concours

d'infractions, la récidive et les circonstances atténuantes.

Une telle harmonisation est envisageable sur la base du modèle libéral qui fait de la privation de liberté une exception et non une règle, et qui applique les principes de proportionnalité et de modération compte tenu de ce que la peine doit tendre à la réinsertion du condamné.

La peine de prison sera à tout le moins nécessairement déterminée par un maximum et chaque pays doit pouvoir faire place aux peines alternatives, notamment au sursis et au travail d'intérêt général.

Chaque pays devra clairement dire ce qu'il entend par peine et ce qu'il entend par mesure de sûreté, dont le régime doit être distingué.

Un certain nombre de questions font débat, notamment celle relative à la privation de liberté à perpétuité que certains pays, comme l'Espagne et le Portugal, ont abandonnée. Il serait regrettable que ces différences puissent faire obstacle par exemple, à la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen.

Il serait également utile qu'un dispositif soit mis en place permettant d'assurer la publicité des décisions définitives, et leur communication aux autorités judiciaires des Etats membres.

Une réflexion doit également s'instaurer sur **la question de la justice négociée**, et notamment sur la possibilité d'admettre la transaction comme mode de règlement des litiges en matière pénale.

# 4

## Harmonisation, droit pénal et mise en place d'un système intégré

La justice négociée progresse dans les pays gouvernés par le principe de l'opportunité des poursuites. Elle présente un caractère facultatif, et se développe dans le cadre de la phase préparatoire sous la forme du classement sous condition (France, Allemagne), ou de la médiation pénale (France, Allemagne, Belgique). L'intérêt de la médiation réside principalement dans l'indemnisation de la victime. Raison pour laquelle la médiation peut encore intervenir lors de l'audience, hypothèse retenue en France pour les mineurs.

Le mécanisme de la transaction, qui n'intéresse pas exclusivement la délinquance économique, est connu d'un certain nombre d'Etats membres (Belgique, France, Pays-Bas) et concerne, en général, des infractions de gravité moyenne, la somme à verser ne dépassant pas un certain taux. C'est dans ce cadre qu'une harmonisation partielle pourrait être envisagée, tout d'abord en ce qui concerne son objet. Elle ne devrait intervenir que dans des affaires ne présentant pas un degré de gravité important et ne pas s'apparenter à une négociation, s'écartant ainsi du modèle américain (*plea bargaining*) ou italien (*patteggiamento*) dans lequel la peine est négociée, pour rechercher principalement une accélération de la justice dans les affaires les moins sensibles à partir d'une proposition de sanction émanant de l'autorité judiciaire. La définition de la justice négociée peut se préciser à travers certains éléments tirés du modèle anglais (*le plaider coupable* qui se traduit par une atténuation de la peine, système que la France ne connaît pas), ou le système italien en ce qu'il n'est applicable que dans les affaires où la peine encourue est de deux ans de prison au maximum.

De même, l'excuse de dénonciation en matière de délinquance organisée pourrait trouver sa place dans ce système.

L'harmonisation pourrait intéresser également les modalités de la transaction. Il y aurait lieu de dire par exemple que la transaction devrait être validée par un juge, qu'elle devrait respecter un principe de proportionnalité par rapport à la gravité des faits, et qu'elle pourrait être l'objet de la même publicité qu'en matière de condamnation (casier judiciaire).

L'individualisation de la peine apparaît bien faire partie du socle des droits fondamentaux.

Un accord de principe pourrait s'établir en faveur d'une juridictionnalisation de l'exécution des sanctions pénales, ce qu'un certain nombre de pays ont déjà admis (Allemagne, Espagne, France, Italie, Portugal) et ce indépendamment du régime juridique dont le détail varie d'un pays à l'autre. Un consensus semble se dessiner pour réserver au débat contradictoire certains aménagements, comme la libération conditionnelle ou la révocation de cette mesure.

Dans ce domaine de l'exécution des sanctions, les législations empruntent les unes aux autres et se rapprochent. Le système de la *probation* anglo-américaine et le sursis ont gagné l'ensemble des pays, et le travail d'intérêt général est consacré à titre de sanction autonome ou comme modalité du sursis à l'exécution de la peine.

# Conclusion

L'espace européen de justice et de sécurité est devenu une préoccupation majeure et effective, et s'est développé jusqu'à présent de façon pragmatique au fur et à mesure des difficultés rencontrées. Il est essentiel de commencer par définir ce que nous voulons faire ensemble, pour pouvoir discuter ensuite de comment nous voulons le faire. La démarche pragmatique tend à devenir une démarche systématique. Une intégration soudée, préservant en même temps la diversité, est la meilleure garantie de l'efficacité et de l'influence que l'Europe peut exercer à l'échelle internationale.

Le processus d'universalisation du droit à partir du 18<sup>e</sup> siècle affecte actuellement le domaine pénal en dépit de fortes résistances culturelles, car le procès pénal est un test pour la démocratie effective. Ce processus est au cœur de la construction des Etats laïcs modernes, dont les frontières s'interpénètrent chaque jour davantage.

Rien d'étonnant à ce qu'au-delà des traditions juridiques parfois éloignées, des convergences apparaissent tant en ce qui concerne la distribution des pouvoirs aux différents acteurs du procès pénal, qu'en ce qui concerne le statut des accusés et des victimes, et le droit d'assurer leur défense dès le début, ou en ce qui concerne la nécessité d'assurer aux procédures et aux peines leur efficacité, en substituant aux mécanismes traditionnels de l'entraide judiciaire et de l'extradition des procédures tenant compte de l'existence d'un espace commun.

D'ores et déjà, la coordination, voire la centralisation des poursuites dans le respect du principe de subsidiarité, apparaît être un objectif réaliste.

Au-delà, un modèle européen de procédure pénale, voire une vision européenne du procès, tend à se dégager. Il devient difficile de penser le procès pénal à l'intérieur d'un Etat, en faisant abstraction des réalités transnationales. Mais le "socle commun", que l'Union européenne tente de définir, intéresse également le droit pénal substantiel au regard des enjeux spécifiques tenant à l'existence de la criminalité organisée. Les rapprochements sectoriels devraient laisser place à des rapprochements plus systématiques. La reconnaissance mutuelle apporte un complément de perspective et une sauvegarde nécessaire.

Cette démarche impose un débat sur les valeurs inhérentes au modèle européen.

C'est bien d'un renversement de perspective dont il s'agit.

Ce renversement de perspective devrait s'imposer à l'occasion de l'élargissement de l'Union, le conseil "justice et affaires intérieures" ayant pour mission de dégager la liste des acquis de l'Union européenne, et le "socle commun" qui réunit les Etats membres en matière de justice.

L'Union européenne doit permettre à cette évolution de franchir un pas décisif. Le développement de la délinquance organisée, qu'il s'agisse du terrorisme ou de la délinquance économique et financière, de la fraude aux intérêts mêmes de la communauté, ont amené un essor des dis-

## Conclusion

positifs de coopération intergouvernementale et à la mise en place d'organes intégrés tels qu'Europol, Eurojust, et demain peut-être, le Procureur européen. Désormais, c'est d'harmonisation dont il devrait être question, sur la base d'objectifs définis en commun, sans que le principe de subsidiarité n'en soit finalement affecté. Certains forums sont ainsi organisés, comme par exemple sur la prévention du crime organisé lancé en mai 2001, qui intègrent l'idée d'une stratégie à définir.

Cet effort d'harmonisation suppose une vision globale de la procédure pénale et des intérêts fondamentaux méritant une protection inter-étatique, conciliant la détermination d'un socle des droits fondamentaux et la recherche d'une réelle efficacité.

Le livre vert de la Commission européenne sur "la protection des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen", s'il remet au centre du débat institutionnel le pilier judiciaire, ne suffit pas à créer le souffle nécessaire à la création d'un pouvoir judiciaire européen.

En effet la "Convention sur l'Avenir de l'Europe" ne semble pas s'engager sur la voie d'un pouvoir judiciaire structuré, cohérent et autonome.

Or, l'Europe ne peut se construire constitutionnellement en oubliant la séparation des pouvoirs considérée comme un des fondements institutionnels des Etats démocratiques.

Les décideurs publics doivent prendre conscience de ce que la coordination, la transparence, et la

cohérence judiciaire au sein de l'Union doivent déboucher sur la transformation du pilier judiciaire en pouvoir judiciaire.

Le rapport final du groupe de travail "liberté, sécurité et justice" de la "Convention sur l'Avenir de l'Europe" demeure trop timoré sur le sujet.

Il faut espérer que la poursuite de la réflexion débouchera sur des propositions novatrices.

Reconnue d'utilité publique par décret en date du 18 février 1992, la **Fondation Robert Schuman** a pour mission de :

- promouvoir l'idéal européen ;
- soutenir tous ceux qui œuvrent pour la démocratie en Europe et dans le monde ;
- contribuer, par tous les moyens, au débat européen et à l'évolution de l'Union ;
- établir des liens et des coopérations avec toutes les institutions qui poursuivent les mêmes buts ;
- favoriser l'étude de la pensée européenne par l'attribution de bourses, le développement de programmes de recherche et le soutien aux publications qui concernent la construction européenne, son passé et son avenir.

Elle est présidée par Monsieur Jean-Dominique Giuliani.

29, bd Raspail - 75007 Paris

Tél. : 33 | 53 63 83 00

Fax : 33 | 53 63 83 01

[www.robert-schuman.org](http://www.robert-schuman.org)

Directeur de la publication : Pascale JOANNIN

[p.joannin@robert-schuman.org](mailto:p.joannin@robert-schuman.org)

Achévé d'imprimer en mai 2003