

A LA RECHERCHE D'UN LANGAGE COMMUN

Mireille DELMAS-MARTY

Professeur au Collège de France

Pour que les enjeux soient clairs et le débat possible, encore faut-il parler un même langage. Ce n'est pas du choix de la langue de travail qu'il s'agit ici (les deux langues de travail étaient le français et l'anglais), mais du risque de malentendu né d'une certaine confusion terminologique observable tant dans les textes officiels que dans les travaux de doctrine. C'est dans cette perspective que nous tenterons de proposer une terminologie qui distingue des processus différents, sans pour autant cacher la complexité des instruments juridiques de l'intégration qui le plus souvent combinent simultanément plusieurs processus.

A. — *Des processus différents*

Le terme d'harmonisation doit être soigneusement distingué des termes voisins qui, de la coopération à l'unification, marquent une gradation dans les processus d'intégration européenne. Par ordre d'intégration croissante, on pourrait distinguer la coopération, la coopération renforcée, la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation et l'unification.

— *La coopération* est un dispositif interétatique qui renvoie au très ancien processus de l'entraide répressive entre un État requérant et un État requis. D'abord bilatérale, la coopération devient de plus en plus multilatérale à l'échelle européenne, où elle s'est développée simultanément dans le cadre du Conseil de l'Europe et celui des Communautés, puis de l'Union européenne¹. Quant au domaine d'application, il s'agit d'une part d'une coopération générale qui, en matière de sanctions, implique principalement la transmission de l'exécution (conventions sur la

¹ V. P. BERTHELET, *Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale*, éd. Des Vignes, 2001 ; également J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^e éd. 2002, p. 37 et s.

surveillance des condamnés, le transfèrement des condamnés, le paiement des amendes) et le respect des décisions étrangères (convention sur la valeur internationale des jugements répressifs) ; d'autre part d'une coopération spéciale relevant pour les domaines particuliers étudiés de divers instruments proposés : proposition de directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, mars 2001, proposition de décision-cadre sur le terrorisme, sept. 2001, proposition de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information, avril 2002. Notons enfin l'apparition d'institutions, comme Europol, le réseau judiciaire européen, les magistrats de liaison ou Eurojust, qui sont chargées de la coordination et de l'échange d'informations et destinées à améliorer la coopération.

— *La coopération renforcée*, propre à l'Union européenne (art. 40 TUE), correspond au même processus de coopération, mais limité à une partie des pays membres qui acceptent un degré de coopération que les autres refusent encore : il s'agit donc d'un processus interétatique et multilatéral mais évolutif, dont la vocation est de s'étendre progressivement à d'autres États membres². Toutefois le terme est parfois utilisé aussi pour désigner des pratiques pouvant comporter des processus d'harmonisation, voire d'unification, communes à un groupe restreint d'États. Dans ce sens, il échappe à la gradation évoquée ici et contribue à la complexité d'une intégration juridique à plusieurs vitesses et à géographie variable (voir infra B). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce type de « coopération » doit se limiter aux domaines visés par les articles 29 à 41 et n'être utilisé, selon l'article 43 « qu'en dernier ressort, lorsque les objectifs desdits traités ne pourraient être atteints en appliquant les procédures pertinentes qui y sont prévues ».

— *La reconnaissance mutuelle*, évoquée lors du sommet européen de Cardiff en juin 1998, affirmée comme « la pierre angulaire » de la construction européenne dans les conclusions du sommet de Tampere en octobre 1999, a fait l'objet d'un Programme de mesures, à caractère global et évolutif, dont « la réalisation a été intégrée dans le tableau de bord de la Commission européenne pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne » (Introduction du Programme, § 4)³. Il s'agit d'une formule multilatérale, propre à l'UE, qui semble un peu ambiguë car d'une part elle repose sur l'idée de confiance réciproque entre des États qui se considèrent déjà comme une communauté de valeurs et reconnaissent de façon réciproque la validité de leurs pratiques législatives et judiciaires ; mais d'autre part elle se limite à un processus interétatique et se contente d'admettre une sorte d'équivalence horizontale qui peut apparaître comme

² V. P. BERTHELET, *précité*, p. 145 et s.

³ V. W. de LOBKOVICZ, *L'Europe et la sécurité intérieure, Une élaboration par étapes*, Les études de la Documentation française, 2002, p. 207 et s. ; A. WEYEMBERGH, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective, in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, dir. G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, éd. Université de Bruxelles, 2001, p. 25 et s.

une condition favorisant l'intégration, mais sans pour autant la réaliser, comme en témoignent les débats autour du mandat d'arrêt européen⁴.

— *L'assimilation* marque en revanche le commencement d'un véritable processus d'intégration dans la mesure où elle suppose la prise en compte par chaque Etat des intérêts de la communauté d'Etats, assimilés aux intérêts nationaux (par exemple, l'assimilation du budget européen au budget national inscrite dans le traité de Maastricht à propos des fraudes, ou l'assimilation de la fonction publique européenne à la fonction publique nationale à propos de la corruption). Cette technique, qui conduit à assimiler une violation du droit communautaire à une infraction pénale nationale, a parfois été présentée comme « une fiction juridique »⁵, mais la formule paraît discutable dès lors que le principe de l'assimilation, protégeant des intérêts clairement identifiables et inscrit dans un texte suffisamment explicite pour être juridiquement applicable au regard du principe de la légalité des délits et des peines, correspond bien à la réalité de la construction européenne. Elle consacre une sorte d'équivalence verticale qui est en elle-même un début d'intégration.

— *L'harmonisation* conduit plus directement à l'intégration par un rapprochement des normes et des pratiques nationales autour de définitions communes ou de principes directeurs communs, mais elle préserve, implicitement ou explicitement, une marge nationale d'appréciation, qui peut s'analyser comme une sorte de droit à la différence reconnu à chaque Etat. Le degré d'harmonisation varie selon l'importance de la marge reconnue aux Etats, permettant la mise en place d'un processus évolutif si cette marge varie elle-même selon des critères suffisamment explicites pour éviter l'arbitraire du juge. L'harmonisation peut être réalisée par la voie de la directive, qui impose un résultat sans imposer les moyens de l'atteindre, mais elle apparaît aussi dans d'autres instruments juridiques permettant la mise en compatibilité de différents systèmes nationaux, notamment des règlements, conventions, décisions-cadre ou actions communes. La difficulté étant précisément que le terme d'harmonisation désigne à la fois le processus, général ou spécial, et le résultat de celui-ci⁶.

— *L'unification* renvoie enfin à l'existence de règles identiques qui supposent un degré d'intégration plus fort, étant observé qu'il faut ici distinguer selon que ces règles sont appliquées de façon différenciée

⁴ V. E. BARBE, Le mandat d'arrêt européen, en tirera-t-on toutes les conséquences ? in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, dir. G. de KERCHOVE et A. WEYEM-BERGH, éd. Université de Bruxelles, 2002, p. 113 et s.

⁵ J. PRADEL et G. CORSTENS, précité, n° 409.

⁶ V. J. TRICOT, S. MANACORDA et A. ALVAREZ, Le cadre international : harmonie et dissonances, in *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, vol. VII, *Les processus d'internationalisation*, dir. M. DELMAS-MARTY, MSH 2001, p. 83 et s. ; également *Harmonisation et droit comparé*, Ecole doctorale de droit comparé de l'Université de Paris 1, à paraître, éd. Société de législation comparée ; également S. Manacorda, Le pari d'un droit pénal commun, in *Variations autour d'un droit commun*, Vol. 2, *Rencontres de la Sorbonne*, éd. Société de législation comparée 2002 ; M. Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation, in *L'harmonisation du droit des contrats*, Economica 2000, p. 18 et s. *Comparative Law and the Internationalization of Law in Europe*, Académie européenne de théorie du droit, séminaire oct. 2002, à paraître 2003.

(unification incomplète) ou de façon identique (unification complète). En droit pénal, l'absence de juridictions européennes supranationales semble exclure d'emblée l'unification complète, au profit d'une unification incomplète qui se limite au droit écrit et en confie l'application aux juridictions pénales des divers États membres, ce qui aboutit à réintroduire indirectement une marge nationale « d'interprétation », plus faible sans doute que la marge « d'appréciation », mais nuançant néanmoins le processus d'intégration⁷. Ce qui montre déjà qu'il est nécessaire de combiner les divers processus entre eux.

B. — *Des processus qui se combinent entre eux*

La combinaison est imposée dans un double sens : soit l'harmonisation et/ou l'unification apparaissent comme condition de la coopération, soit à l'inverse la coopération et la reconnaissance mutuelle sont nécessaires à l'efficacité des deux autres processus.

— *D'une part* la coopération ne fonctionne bien que s'il existe des définitions partiellement communes, non seulement pour définir les incriminations (condition de double incrimination), mais encore pour déterminer les sanctions (seuil minimal fixé pour certaines procédures d'extradition, ou exclusion de certaines peines comme la peine de mort ou la réclusion à perpétuité), ou pour apprécier les conditions générales de respect de l'ordre public national (par référence à la nature des sanctions, ou aux garanties de procédure et de fond).

A titre d'exemple, on peut citer le rapport explicatif de la convention d'extradition entre les États membres de l'UE (1997), soulignant que les différences entre les traditions juridiques nationales, notamment quant aux sanctions applicables, « peuvent rendre la coopération judiciaire plus difficile »⁸. De même le Programme de Tampere souligne très clairement que pour « intensifier la coopération dans la lutte contre la criminalité » (Ch. IX), il faut des efforts « visant à trouver un accord sur des définitions, des incriminations et des sanctions communes », étant précisé que ces efforts doivent « porter essentiellement, dans un premier temps, sur un nombre limité de secteurs revêtant une importance particulière » (Ch. IX, point 48).

— *D'autre part*, l'harmonisation (ou l'unification quand elle est incomplète) ne dispense pas de la coopération car le plus souvent la collecte des preuves requiert une coopération simple ou renforcée, du moins tant qu'un système procédural unifié autour d'un procureur européen n'aura pas été mis en place, étant observé que le projet de procureur européen ne vise jusqu'à présent que le secteur de la PIF⁹.

⁷ V. *La mise en œuvre du Corpus Juris*, dir. M. DELMAS-MARTY et J. VERVAELE, Intersentia, 2000, notamment le vol. 1.

⁸ V. *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, dir. S. MANACORDA, ARPE, PUF, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2002, p. 272 et s.

⁹ V. *La mise en œuvre du Corpus Juris*, précité, *Livre vert sur le procureur européen*, Commission européenne déc. 2001. Pour un élargissement possible, v. cependant les auditions organisées par la Commission le 24 sept. 2002 et par le Parlement le 5 nov. 2002.

On note d'ailleurs déjà que la conséquence d'un tel enchevêtrement est de bouleverser l'équilibre entre droit pénal de fond et procédure : « la procédure, dont relèvent directement les dispositifs d'entraide, dicte ses impératifs au droit de fond, alors que la bonne doctrine classique présentait celle-ci comme la bonne servante appliquée de celui-ci »¹⁰.

Au-delà de l'équilibre entre les disciplines juridiques, la question fondamentale est de savoir s'il n'y a pas là un risque de privilégier l'efficacité au détriment de la légitimité, autrement dit un risque d'affaiblir l'État de droit au prétexte de le protéger¹¹. La question sera reprise tout au long de cette étude et nous tenterons *in fine* de proposer des réponses.

Dès à présent, il convient de retenir que la plupart des instruments juridiques que nous évoquerons tout au long de notre étude combinent à des degrés différents les divers processus indiqués. Nous en tiendrons compte dans notre présentation : en privilégiant l'harmonisation, mais en n'excluant aucune forme pouvant indirectement faciliter ce processus. Nous nous efforcerons donc de respecter cette terminologie commune pour analyser non seulement la richesse de la construction européenne en cours, mais aussi ses faiblesses, voire ses contradictions. Ainsi notre objectif sera de rendre compte de la diversité des solutions proposées sans en réduire la complexité.

¹⁰ M. L. CESONI et R. ROTH, L'entraide internationale, moteur de l'évolution du droit pénal ?, in *Politique, police et justice au bord du futur, Mélanges Lode van Outrve*, L'Harmattan, 1998, p. 143 et s.

¹¹ Ch. VAN DEN WYNGAERT, Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée, rapport général AIDP Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, *RIDP* 1999, p. 35.