HARMONISATION ET COOPÉRATION : LA NATURE ET L'ARTICULATION DES RAPPORTS

Stefano MANACORDA

Professeur de droit pénal comparé Seconda Università di Napoli
Professeur invité à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

La question de l'harmonisation des sanctions pénales est étroitement liée à la coopération judiciaire en matière pénale. C'est l'article 31 point e) TUE qui établit un tel lien, en définissant l'adoption progressive « des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue », comme l'un des moyens pour parvenir à la coopération judiciaire.

Le rapprochement des règles de droit pénal de fond se trouve plus particulièrement rattaché à la « possibilité d'exécuter des sanctions pénales dans un État membre autre que celui du prononcé » [2] ou, en d'autres termes, à la *reconnaissance mutuelle* des décisions judiciaires, instrument principal et novateur de la coopération judiciaire actuelle, auquel les institutions européennes se réfèrent sans cesse depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam [3].

La notion de reconnaissance mutuelle en matière pénale a été évoquée, pour la première fois, lors du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998. C'est afin de parvenir à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice qu'un processus visant à faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions et l'exécution des jugements en matière pénale dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du traité

---

[2] Cahier des Charges.

[3] V. en général G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, éd. Université de Bruxelles, 2000 ; *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne,* éd. Université de Bruxelles, 2001 ; *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éd. Université de Bruxelles, 2002, spéc. p. 91 et s.

d'Amsterdam a été envisagé. L'idée a été reprise dans le Plan d'Action du 3 décembre 1998 du Conseil et de la Commission pour la mise en place des dispositions du Traité d'Amsterdam sur l'espace de liberté, sécurité et justice [4].

Ensuite le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999 a estimé que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires devait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire tant en matière civile qu'en matière pénale au sein de l'Union européenne (points 33 à 37). Aux termes de la Conclusion nº 33, le principe ne se limiterait pas aux jugements, mais devrait également s'étendre aux autres décisions émanant des autorités judiciaires. Dans la suite du document deux catégories de décisions sont visées, en fonction du moment auquel elles interviennent : les décisions *définitives de condamnation* (nº 35) et les décisions *précédant la phase de jugement*, en particulier celles visant l'obtention des éléments de preuve et la saisie des avoirs (nº 36).

Les travaux de la Convention européenne confirment aujourd'hui la priorité accordée par les instances européennes à un tel instrument, la reconnaissance mutuelle étant clairement considérée comme la pierre angulaire de la coopération [5].

S'il existe donc un lien entre harmonisation des sanctions et coopération en matière pénale, il reste à préciser la nature d'une telle relation. Or, le constat est flagrant : face à la difficulté objective de parvenir à une harmonisation des sanctions, le choix de politique criminelle de l'Union est celle de prendre un chemin abrégé. La persuasion que la circulation des décisions judiciaires pénales (généralement entendue ou portant une décision *de libertate)* puisse être mise en place en faisant l'économie du rapprochement des normes pénales (de sanction), semble apparaître. Un tel choix mérite d'être approfondi, car nous sommes persuadés que l'harmonisation constitue une des conditions pour la « libre circulation » des décisions pénales étrangères (A). Ce n'est une fois ce préalable posé, que l'on pourra détailler les différentes formes dans lesquelles la prise en compte des décisions pénales étrangères se décline (B).

Avant de procéder à de tels développements, il est cependant nécessaire de préciser, à nos fins, l'expression générique de reconnaissance mutuelle. D'une part, l'énumération mise en place à Tampere ne recouvre pas toutes les formes abstraitement imaginables de prise en compte des décisions étrangères : en sont exclues — entre autres — la prise en compte à des fins négatives (notamment aux fins du *ne bis in idem*), les décisions non définitives de condamnation [6], les décisions prises au cours de l'exécution, qui rentreront en revanche dans notre analyse. D'autre part, au vu des

---

[4] *JOCE* C 19 du 23 janv. 1999.

[5] Convention européenne, *Rapport final du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice »*, 2 déc. 2002, conv. 462/02, p. 8.

[6] Sont définitives les décisions portant sur le fond dans une procédure pénale qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours ordinaire ou bien, lorsqu'un tel recours peut être encore soumis, quand il n'a pas d'effets suspensifs. Ainsi *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 5.

éléments fournis pas les rapports nationaux, nous allons nous concentrer par la suite sur la seule sanction privative de liberté (ainsi que sur ses substituts à la phase du prononcé et sur ses alternatives à la phase de l'exécution) : restent en revanche en dehors de notre réflexion les sanctions pécuniaires [7], qui ont déjà fait l'objet de quelques textes [8], les interdictions, qui méritent un développement partiellement différent [9], et les sanctions visant les personnes morales, qui — malgré leur importance dans les domaines de la criminalité environnementale et de la cybercriminalité — ne sont pas spécifiquement visées par l'étude.

A. — *L'harmonisation, préalable de la « libre circulation » des décisions pénales étrangères*

Sur le terrain de l'initiative politique, la prise en compte des décisions étrangères a été envisagée par l'Union européenne de manière largement indépendante d'une intervention éventuelle sur les sanctions nationales (1). En termes logiques, cependant, ces deux volets de la politique criminelle de l'Union paraissent largement interdépendants (2). Cela nous amène à préciser l'ampleur de l'harmonisation envisagée (3).

1. *Au plan de l'initiative politique*, le Traité d'Amsterdam se limite à reconnaître une certaine interdépendance entre coopération et harmonisation, les Conclusions de Tampere mentionnent la question du rapprochement des législations nationales dans le cadre spécifique du mécanisme de *reconnaissance mutuelle* des décisions étrangères. Aux termes de la Conclusion n° 33, ce rapprochement contribuerait à faciliter « la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne » [10]. Une telle harmonisation vise directement « les aspects du droit procédural pour lesquels la fixation de normes minimales communes est considérée comme nécessaire pour faciliter l'application du principe de reconnaissance

---

[7] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 15 et s.

[8] Pour les sanctions non pénales en matière de circulation routière : v. l'Accord de coopération concernant le traitement des infractions routières et l'exécution des sanctions pécuniaires en ce domaine, adopté dans le cadres Schengen : Décision du 28 avril 1999 (SCH/Com-ex (99) 11 Rev 2). Pour les sanctions pénales une proposition de décision-cadre a vu le jour concernant l'application du principe aux sanctions pécuniaires (*JO* du 2 oct. 2001). La décision-cadre sera applicable à toute décision qui, à titre définitif, inflige une sanction pécuniaire (obligation de payer une somme d'argent après condamnation) à une personne physique ou morale. La décision sera envoyée par l'autorité compétente de l'État membre d'émission à l'autorité de État membre d'exécution et accompagnée d'un certificat.

[9] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 17.

[10] Seule s'ajoute la Conclusion n° 55 aux termes de laquelle « le Conseil européen recommande le rapprochement des dispositions de droit et de procédure en matière pénale sur le blanchiment d'argent (notamment en matière de dépistage, de gel et de confiscation d'avoirs). Le champ des activités criminelles constitutives d'infractions principales, dans le domaine du blanchiment d'argent, doit être uniforme et suffisamment large dans tous les États membres ».

mutuelle, dans le respect des principes fondamentaux du droit des États membres » (nº 37). En revanche le document ne se penche pas spécifiquement sur un rapprochement éventuel des incriminations et des sanctions qui s'y rattachent.

Des éléments d'interprétation sont fournis à cet égard par la *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale* : elle aussi envisage que la reconnaissance mutuelle peut, dans une certaine mesure, rendre inutile l'harmonisation (p. 5).

Dans le développement de la même logique, la Décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen (MAE) [11] se borne à édicter une liste positive d'infractions auxquelles le nouveau mécanisme s'applique, sans rentrer dans la question des convergences/divergences qui subsistent d'un pays à l'autre. L'article 2, délimitant le champ d'application du MAE, fait référence aux peines applicables ou infligées dans l'État d'Exécution (EE), mais il ne demande nulle part que ces sanctions soient modifiées afin d'assurer une cohérence au niveau des législations nationales. De même, pour les éléments constitutifs de l'infraction, le paragraphe 2 de l'article 2 s'affranchit du principe de la double incrimination, ainsi sous-entendant que le recours au MAE ne demande pas une harmonisation préalable même si cet aspect reste un motif facultatif de refus (art. 4, al. 1).

Plus ouverts apparaissent en revanche les travaux de la Convention, là où le rapprochement du droit matériel (y comprises les sanctions) — et la réforme des traités sur ce point — est érigé en objectif complémentaire de la reconnaissance mutuelle : « il conviendrait d'approfondir la réflexion su l'inclusion éventuelle d'un troisième critère (pour l'harmonisation de fond), à savoir » lorsque le rapprochement est nécessaire pour susciter une confiance mutuelle suffisante en vue de permettre la pleine application de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou de garantir l'efficacité des outils communs de coopération policière et judiciaire mis en place par l'Union » (...) » » [12].

---

[11] Décision-cadre 2002/548/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remis entre États membres, *JOCE* L 190 du 18 juill. 200. V. Assemblée Nationale, Rapport de M. Pierre LEQUILLER sur le mandat d'arrêt européen, 11 déc. 2002, nº 469 « Le Mandat d'arrêt européen et la Constitution ». En doctrine G. STESSENS, The Principles of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, *cit.*, p. 91 et s. ; E. BARBE, Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes les conséquences ?, *ivi*, p. 113 et s. ; J. FREIBERGER, The Search for Criteria Determining the Competent Jurisdiction to Carry out Investigations and Prosecutions in the European Union (in the Context of Mutual Recognition of Decisions in Criminal Matters) ?, *ivi*, p. 119 et s. ; A. SENATORE, Aperçu rapide. Le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre États membres de l'Union européenne, *JCP*, 9 oct. 2002, p. 1773 et s. ; Y. GAUTIER, Adoption par le Conseil du mandat d'arrêt européen, *Droit pénal*, oct. 2002, p. 18 et s. ; E. BRUTI LIBERATI-J. PATRONE, Il mandato di arresto europeo, *Questione giustizia*, 2002, p. 70 et s. ; SELVAGGI-VILLONI, Questioni reali e non sul mandato europeo di arresto, *Cass. pen.*, 2002, p. 444. ; L. SALAZAR, Il mandato d'arresto europeo : un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali, *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1041 et s.

[12] Convention européenne, *Rapport final du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice »*, 2 déc. 2002, conv. 462/02, p. 10.

2. *Au plan de l'enchaînement logique*, l'approche restrictive envisagée à Tampere sous-tend la conscience des difficultés inhérentes à la modification des sanctions pénales nationales, véritable point de résistance de toute tentative d'harmonisation, à la fois pour les répercussions générales qu'elle est destinée à produire dans les systèmes internes ainsi que pour son lien étroit avec les règles en matière de culpabilité [13].

Cependant, nous y voyons le réflexe plus large de l'attitude récemment développée dans le cadre de l'Union, et notamment au sein du troisième pilier, de rendre indépendante les questions de la coopération entre autorités judiciaires (largement entendue et englobant les mécanismes sous-mentionnées) des questions liées à l'harmonisation (notamment du droit pénal de fond), attitude qui s'était déjà traduite par exemple dans l'abandon de la règle de la double incrimination en matière d'organisation criminelle dans le cadre de la Convention de 1996 sur l'extradition [14]. C'est une conception simpliste et une peu ambiguë [15] qui, face aux difficultés (bien réelles mais pas pour autant évitables) d'harmoniser le droit pénal de fond envisage de les dépasser recourant à un mécanisme alternatif de nature procédurale.

Une telle « solution zéro » présente, à nos yeux des inconvénients importants. Quant aux normes d'incrimination, l'absence d'une harmonisation peut entraîner des effets pervers, tantôt dans le sens qu'elle peur amener l'État de Réception (ER) à reconnaître une décision d'acquittement prise dans l'EE qui ne pénalise pas un certain comportement, tantôt dans le sens inverse de punir un sujet dans un État qui ne pénalise pas l'agissement pour lequel il a été déclaré responsable à l'étranger. Quant aux peines édictées ou applicables, il est évident que le risque c'est de devoir exécuter une sanction qui n'est pas prévue dans l'ordre juridique de l'ER, ou qui y est reconnue mais à titre différent (ex. en tant que peine accessoire et non principale). La question est destinée à se compliquer encore plus si l'on réfléchit aux peines de substitution ou aux peines principales alternatives, fortement marquées par une disharmonie européenne.

L'hypothèse radicale et diamétralement opposée de rendre, pour certaines infractions, la peine prononcée identique dans tous les États membres relève — il est clair — de l'utopie, tellement nombreuses étant les questions de la partie générale et de la partie spéciale qui viennent en jeu et tellement

---

[13] V. l'Introduction à l'ouvrage — Partie 2 : *A la recherche d'un langage commun* (M. DELMAS-MARTY), les Rapports portant sur la Légitimité (E. GINDRE) et sur l'Opportunité (A. BERNARDI), ainsi que notre article, Union européenne et droit pénal : esquisse d'un système, *Rev. Sc. Crim.*, 2000, pp. 96-121.

[14] V. A. WEYEMBERGH, Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et les conséquences, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, *cit.*, p. 127 et s. ainsi qu'en termes critiques M. L. CESONI, Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, *cit.,* p. 153 et s. S. MANACORDA (dir.), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, ARPE, PUF, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2002, p. 272 et s. et L'armonizzazione dei sistemi penali : una introduzione, in *La giustizia italiana nella prospettiva internazionale »*, Giuffrè, Milan, 2000, pp. 35-74.

[15] Se réfère à une ambiguïté du mécanisme de la reconnaissance mutuelle aussi DELMAS-MARTY, Introduction à l'ouvrage, Partie 2 : *A la recherche d'un langage commun*, p. 2.

importants étant les clivages d'un système à l'autre : il suffit de penser, au delà du domaine propre de la sanction (finalités de la peine, régime des minima de peine, appréciation judiciaire, régime des circonstances, discipline de la récidive), aux mécanismes d'imputation de la responsabilité, aux différents modèles normatifs pour sanctionner la participation à l'infraction, aux solutions variées pour la punissabilité de la tentative. En définitive, la sanction prononcée est le résultat final d'une équation complexe présentant un nombre extrêmement élevé de variables : il faudrait intervenir — par absurde — sur tous les facteurs pour garantir une sanction égale d'un ordre juridique à l'autre.

Seule solution serait donc celle de procéder à une véritable unification par secteurs du droit et de la procédure pénale, comme le *Corpus juris* pour la protection des intérêts financiers de l'Union et le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen [16] — à des degrés différents — l'envisagent [17]. Tout en étant précisé que le moment de l'exécution, tant en ce qui concerne les bénéfices liés à l'individualisation de la peine que, plus radicalement, les conditions de détention (qui restent malheureusement systématiquement en dehors de toute étude commanditée par l'Union), continuerait à être traversé pas des clivages très profonds d'un système à l'autre.

En définitive, entre ces deux extrêmes de la « solution zéro » et de l'unification « tout azimut », il nous semble que c'est des solutions intermédiaires d'harmonisation qu'il faut préconiser, en se tenant à des standards minima mais non dérogeables, que l'on définirait comme étant les conditions nécessaires (mais non suffisantes) pour la « libre circulation » des décisions pénales en Europe [18].

3. *Quant à la portée de l'harmonisation* des systèmes pénaux nationaux, que la valeur européenne des décisions judiciaires portant une condamnation pénale suppose donc comme préalable, elle doit concerner : a) les éléments de l'infraction ; b) dans une certaine mesure la prévision, le prononcé et l'exécution de la peine privative de liberté.

Dans le cadre du troisième pilier, comme on l'a vu, la possibilité d'harmonisation est expressément reconnue par l'article 31 e) T.U.E. Dans le cadre du premier pilier, depuis les directives sur les délits d'initiés de 1989 et sur le blanchiment de capitaux de 1991, personne ne doute plus qu'une harmonisation des éléments constitutifs des infractions soit possible.

---

[16] Commission des Communautés Européennes, *Livre Vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, Bruxelles, le 11 déc. 2001, COM(2001) 715 final.

[17] V. M. DELMAS-MARTY et J. A. E. VERVAELE (dir.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres,* vol. I, vol. II, vol. III, vol. IV, Ed. Intersentia, Anvers, Groingen-Oxford, 2000-2001.

[18] Sur le lien coopération/harmonisation v. DELMAS-MARTY, *Légitimité de l'harmonisation*, p. 4. Presque tous les Rapports nationaux paraissent favorables à une harmonisation des sanctions (même si en termes très variés) à l'exception du Rapport Royaume-Uni, qui paraît très rigide sur le point, et du Rapport Finlande, 15.

Prévoir une *harmonisation des incriminations* contribuerait à répondre, dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, aux objections en termes de violation du principe de légalité. Des telles réserves avaient été soulevées, par exemple, lors des travaux préparatoires du MAE [19], ce qui a amené l'art. 2 al. 2 de la Décision-cadre à intégrer le principe. Il reste à exprimer notre préférence pour un principe de double punissabilité *in concreto*, qui nous mettrait à l'abri d'une parfaite identité — et donc d'une unification — entre systèmes.

Reste toutefois ouverte la *question des sanctions.* Mais là encore une confirmation de la possibilité de parvenir à un rapprochement peut être tirée de tentatives récentes apparues dans la législation communautaire et dans celle de l'Union. Au delà de la formule qui s'es imposée depuis l'affaire du mais grec-yougoslave, demandant des *sanctions proportionnées, efficaces et dissuasives* (employées aussi dans des textes tout récents) [20], quelques contraintes supplémentaires commencent à s'esquisser comme celle de prévoir des sanctions *pénales* [21], des sanctions *permettant l'extradition* [22], des *minima* [23] *ou des maxima* [24] *de peine* communes, ou au moins des peines *privatives de liberté dans les cas graves* [25]. Tout cela témoigne du fait qu'un effort en terme d'harmonisation des sanctions peut et doit être mis en place, bien que le chemin soit long et compliqué.

Quant à la *peine privative de liberté*, la seule analysée ici, il est envisageable à notre avis de mettre en place des instruments de droit de l'Union encadrant le prononcé et/ou l'exécution de la peine, en relation

---

[19] CAIANIELLO-VASSALLI, Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato europeo di arresto, *Cass. pen.*, 2002, p. 462.

[20] Action Commune relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, 21 déc. 1998, art. 1er.

[21] V., entre autres, Action Commune du 17 déc. 1996 96/750/JAI, relative au rapprochement des législations et des pratiques entre les États membres de l'Union européenne en vue de lutter contre la toxicomanie et de prévenir et de lutter contre le trafic illicite de drogue, *JOCE* L 342, p. 6, art. A.

[22] V., entre autres, Action Commune du 24 févr. 1997 97/154/JAI, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, *JOCE* 4 mars 1997, L 63 p. 2, art. B, litt. D) ; Convention établie sur la base de l'art. K.3, § 2, point c) du Traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, *JOCE* C 195 du 25 juin 1997, p. 2, art. 5 ; Convention établie sur la base de l'art. K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE* C 316 du 27 nov. 1995, p. 49, art. 2 ; Protocole établi sur la base de l'art. K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes — Déclarations faites par les États membres à l'occasion de l'adoption de l'acte portant établissement du protocole, *JOCE* C 313 du 23 oct. 1996, p. 2, art. 5 ; Décision-Cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (2000/383/JAI), *JOCE* L 140 du 14 juin 2000, p. 1, art. 6.

[23] Ex. Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE* L 164 du 22 juin 2002, art. 6.

[24] Décision-cadre du 19 juill. 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains ; Proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie, *JOCE* 26 mars 2002.

[25] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, 13 mars 2001, COM(2001)139 final, art. 4.

avec les incriminations faisant l'objet d'harmonisation [26]. Notre préférence va à des instruments de *soft law* issus du droit de l'Union européenne recommandant l'adoption de peines comprises entre un minimum et un maximum *(sentencing guidelines)* [27] ou des *zones for routine application in normal cases* [28]. Sur le plan de l'exécution, le système anglais du *tariff* (appliqué aux condamnés à perpétuité mais extensible à d'autres situations) paraît intéressant [29].

Il ne faut pas négliger, cependant, que l'extrême complexité du système de reconnaissance mutuelle est destiné à déterminer des conflits entre juridictions, notamment au cas où plusieurs États revendiquent une compétence sur une même affaire, le dédoublement des procédures et le partage des jugements en fonction de la nationalité étant la règle, malgré les fortes disparités qu'elle entraîne. D'ici donc la nécessité de réfléchir sur des mécanismes de rationalisation des *règles sur l'application de la loi pénale* aux faits commis à l'étranger, commandant également la compétence extranationale des juridictions pénales. Un système communautaire d'attribution des compétences juridictionnelles pourrait en effet contribuer à résoudre un certain nombre de problèmes [30]. Une rationalisation s'impose, accordant par exemple la préférence au critère de la territorialité et organisant selon une échelle hiérarchique descendante les autres éléments de rattachement [31]. Cela au moins tant que des règles unifiées et leur application à la phase préliminaire de la procédure, par un Ministère public européen [32], ne seront pas mises en place, ce qui pourrait conduire à terme à la mise en place d'un principe de territorialité communautaire.

Ce préalable posé, nous pouvons maintenant vérifier concrètement le mode de fonctionnement de la prise en compte des décisions pénales étrangères et les problèmes qu'elle engendre

B. — *La prise en compte des décisions pénales étrangères*

La prise en compte par l'ER d'une décision pénale étrangère issue d'EE représente une catégorie aux contenus divers, le clivage principal touchant aux finalités pour lesquelles une telle prise en compte se réalise.

---

[26] Pour la recherche d'indicateurs guidant l'harmonisation, v. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes*, 9. Contraire en revanche rapport Belgique, 11.

[27] Encore DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes*, 14.

[28] Sur l'exemple du Rapport Finlande, 10.

[29] Rapport Royaume-Uni, 12 et 21.

[30] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 12, 13, 19 et s.

[31] V. notamment, dans le contexte du droit international pénal, l'étude de B. SWART, La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuites des crimes internationaux in A. CASSESE-M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002.

[32] V. dernièrement Assemblée Nationale, Rapport de MM. René ANDRE et Jacques FLOCH sur la création d'un procureur européen, 28 nov. 2002, nº 445 « Un procureur pour l'Europe ».

Tout d'abord, un jugement peut faire l'objet d'une prise en compte *à des fins négatives*, en ce sens qu'il peut empêcher ou limiter une décision judiciaire sur le fond dans l'ER (1). En termes opposés, la prise en compte peut avoir lieu à des *fins positives*, c'est à dire qu'elle peut fonder une décision répressive dans l'ER (2). Dans un cas comme dans l'autre, la question des *modalités de reconnaissance* de la décision étrangère apparaît (3).

1. *Quant à la prise en compte à des fins négatives*, il existe déjà certaines dispositions dans les ordres juridiques internes (parfois pour les décisions purement nationales [33], parfois pour les décisions étrangères), ainsi que des règles internationales et européennes portant sur le *ne bis in idem.* La Convention d'application de Schengen aux articles 54 à 57 prévoit un tel mécanisme, mais aussi des possibilités de dérogation. Ainsi l'Allemagne, par exemple — a exprimé une réserve aux termes de l'article 55 [34]. Désormais la Charte, énonçant à son article 50 le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction, élargit le champ d'application de la règle pour couvrir l'ensemble des États membres de l'Union. Cependant nous ne sommes pas en présence de règles bien établies et il s'agit de les rendre plus claires. Le Conseil a ainsi envisagé une révision des dérogations admises par la Convention de Schengen [35]. L'on considère aussi qu'un mécanisme communautaire qui édicte les règles communes d'application de la loi pénale dans l'espace devrait permettre de dépasser au moins partiellement les problèmes qui se posent aujourd'hui [36].

Comme corollaire du *ne bis in idem*, tantôt des règles internationales [37], tantôt des règles internes [38], prévoyaient que toute période de privation de liberté déjà exécutée, pour les mêmes faits, dans le territoire de l'EE devra être déduite de la peine appliquée par l'ER (soustraction de la peine exécutée).

Deux questions ne sont pas abordées ici, à défaut d'information pertinente dans les rapports. D'une part, l'application du *ne bis in idem* entre sanctions administratives et sanctions pénales prévue pour les mêmes agissements par deux ordres juridiques différents [39]. D'autre part, les effets dans l'ER de la prescription, de la grâce, de l'amnistie et du pardon prononcé par l'EE [40].

---

[33] Rapport Grèce, 9.

[34] Rapport Allemagne, 15.

[35] Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* 2001, C 12, p. 2 et s. point 1.1.

[36] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 10.

[37] Convention de Schengen art. 56.

[38] P. ex., Rapport Allemagne, 15 ; Rapport Grèce, 9 ; Rapport Pays-Bas, 8.

[39] BERNARDI, Opportunité de l'harmonisation, p. 8 mais bien avant M. DELMAS-MARTY — C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?*, Economica, 1992.

[40] V. notamment art. 4, al. 1 Décision-cadre précitée. *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 14.

2. *En revanche, lorsqu'on regarde les effets positifs* d'une décision pénale étrangère portant une sanction pénale, différents critères de classification sont envisageables. Nous penchons ici pour une distinction qui tienne compte des différents moments de la sanction dans l'ER, en présentant d'abord la question du prononcée de la peine et ensuite celle de son exécution dans l'ER. Quant à la peine édictée ou applicable, elle ne rentre pas directement en ligne de compte. La question est toutefois liée à la relation que la valeur européenne des décisions judiciaires portant une sanction pénale entretient avec l'harmonisation, problématique que nous avons traité auparavant.

Lorsqu'il s'agit de la prise en compte *pour le prononcé* de la peine, deux questions se posent, dans l'ER, à l'égard des décisions judiciaires étrangères portant une sanction pénale : celui de leur connaissance et celui de leur évaluation au moment de la détermination concrète de la peine.

Quant à la connaissance des décisions judiciaires étrangères portant une sanction, notamment privative de liberté, des difficultés importantes sont signalées à propos de la mise en place d'un casier judiciaire européen [41]. Une alternative envisagée par certains systèmes consiste à inscrire dans le casier judiciaire de chaque État membre les décisions rendues dans d'autres pays européens [42]. Une troisième hypothèse pourrait consister à permettre l'accès des autorités judiciaires nationales aux casiers judiciaires étrangers. En tout état de cause il s'agira de prévoir un système de garanties protégeant les droits du justiciable.

Quant à la *détermination concrète de la peine* dans l'ER, plusieurs éléments de réponse apparaissent dans les Rapports nationaux. En règle générale, le juge peut tenir compte du passé judiciaire du prévenu au moment de la détermination de la peine à appliquer [43] mais dans un seul cas il semble que cela puisse être à la base du prononcé de la récidive [44]. Le Conseil a envisagé des instruments permettant la prise en compte par le juge des décisions pénales définitives émises dans d'autres États membres pour le passé judiciaire, la récidive (ainsi que la nature des peines et les modalités d'exécution) [45].

La question est destinée aussi à se croiser avec le *concours d'infractions.* Comme les documents officiels le rappellent, le principe d'épuisement des procédures *(Erleidigungsprinzip)* interdit une deuxième décision pour la même infraction vis-à-vis de la même personne ; en revanche la prise en compte d'une condamnation prise dans un autre État amène

---

[41] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale, 26 juill. 2000 COM (2000) 495 déf., p. 7.

[42] V. notamment Rapport Allemagne, 13 ; v. aussi Rapport Finlande, 12 pour les décisions des autres pays nordiques.

[43] V. Rapport Allemagne, 13 ; Rapport Grèce, p. 10 ; Rapport Pays-Bas, 12 ; Rapport Belgique, p. 9 (faisant aussi état de l'exception prévue par la Convention unique sur les stupéfiants adoptée à New York le 30 mars 1961), Rapport Finlande, 12 ; Rapport France, 16 ; Négatif en revanche le constat du Rapport Royaume-Uni, 22.

[44] Rapport Italie, 6.

[45] Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* 2001, C 12, p. 2 et s. point 1.2.

parfois à réduire la peine prononcée dans l'ER *(Anrechnungsprinzip)* [46]. Ici la question des garanties du justiciable apparaît clairement, nombreux étant les ordres juridiques qui prévoyaient, au cas de pluralité d'infractions, une sanction inférieure à la somme algébrique des sanctions applicables. Cependant dans certains pays la règle du non-cumul (ou du cumul limité) ne concerne que les condamnations prononcées par les juridictions internes [47].

En perspective, il nous semble que les décisions judiciaires étrangères des autres États membres portant une sanction privative de liberté devraient être obligatoirement prises en compte lorsqu'elles ont des effets favorables pour le condamné (ex. concours d'infractions). Elles pourraient, avec une faculté pour les États, être prises en compte dès lors qu'elles entraînent des effets négatifs sur le justiciable (ex. récidive) mais à la condition que des standards minima de garantie soient mis en place (ex. double incrimination, droits de la défense, etc.)

Enfin, *en ce qui concerne l'exécution* d'une peine (ou d'une partie de celle-ci) par un état différent de celui qui a prononcé la sanction, la question recèle une série de thèmes distincts. D'abord, on retrouve les problématiques liées à l'exécution d'une peine suspendue *ab initio* par l'EE, ensuite le transfèrement de détenus de l'EE à l'ER, enfin les mécanismes d'individualisation, ou contrôles post-pénaux par l'ER. Toutes ce questions, techniquement très complexes, ne pourront pas être développées ici dans les détails, faute d'informations précises dans les rapports nationaux.

Plusieurs instruments internationaux s'occupent de la question de *l'exécution d'une peine suspendue ab initio par l'EE* [48] *et du transfèrement des détenus* [49]. Les deux mécanismes sont largement inspirés de l'exigence de resocialisation du condamné. Une condition essentielle est donc représentée, compte tenu du but de la mesure, par le consentement du condamné.

Les mécanismes d'individualisation d'une peine prononcée par un État mais exécutée par un autre état sont en principe assujettis aux règles et aux pratiques de l'EE [50], avec néanmoins deux nuances. D'une part, l'ER doit tenir compte des réductions de peine déjà accordées par l'EE [51]. Il s'agit d'un droit acquis : ainsi, la réduction de la peine octroyée par l'État de condamnation doit être prise en compte, en France, par le juge

---

[46] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 9. V. BERNARDI, *Opportunité de l'harmonisation*, p. 8.

[47] Rapport France, 16.

[48] Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées avec la conditionnelles, signée à Strasbourg le du 30 nov. 1964. Le conseil a envisagé une amélioration de cet instrument et notamment l'affaiblissement des motifs de refus de la part de l'ER : Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* 2001, C 12, p. 2 et s. point 4.E.

[49] Dans le cadre du Conseil de l'Europe Convention sur le transfèrement des personnes condamnées, signée à Strasbourg le 21 mars 1983.

[50] Rapport Pays-Bas, 12 nt. 48 pour le pardon.

[51] Rapport France, 16.

d'application des peines à la suite d'un transfèrement du condamné sur le territoire national [52].

D'autre part — en perspective — une certaine co-ordination avec l'EE est à envisager : elle peut consister dans une obligation d'information de la part de l'ER et, en complément ou en alternative, dans un pouvoir de veto ou d'intervention du premier sur le deuxième. Un tel principe vaut, d'ailleurs avec certaines adaptations, aussi dans les rapports avec les juridictions pénales internationales [53].

3. *Sous-jacente à ces problématiques est la question de la modalité de reconnaissance* (directe/indirecte) de la décision judiciaire de l'EE dans l'ER. Quelques règles européennes [54] et de rares règles internes [55] interviennent sur cette question. Tampere marque une préférence pour l'exécution directe des condamnations étrangères [56] mais on ne peut pas cacher les difficultés que cela engendre, car au moins une vérification formelle de la part de l'ER s'impose (nature de l'autorité d'émission, double incrimination, etc.). A l'avenir, les décisions judiciaires étrangères définitives émises par un État membres et portant une sanction privative de liberté pourraient en règle générale être automatiquement reconnues dans les autres États membres, si certaines conditions de garantie sont remplies. En particulier, sur le fond, la règle de la double punissabilité ainsi que la compatibilité des sanctions doivent être respectées. Sur le plan de la procédure, le condamné doit pouvoir faire valoir les droits de la défense et une vérification de la part d'un juge de l'existence des conditions de forme est requise.

En définitive le lien de plus en plus étroit entre harmonisation et coopération des règles de fond et de procédure incite à s'interroger sur la question des valeurs communes sous-jacentes.

---

[52] Rapport France, 15.

[53] S. MANACORDA, Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour la ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête de contrepoids, in E. FRONZA-S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc*, Etudes des Law Clinics en droit pénal international de Paris et Naples, Bruylant-Giuffrè (sous presse).

[54] Dans le cadre du Conseil de l'Europe, Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, signée le 28 mai 1970 à La Haye.

[55] Rapport Suisse, p. 9 ; Rapport Pays-Bas, 12.

[56] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 8.