IV. LA LÉGITIMITÉ AU REGARD DES SOURCES DU DROIT

Emmanuelle GINDRE

Professeur agrégée d'économie-gestion,
ATER à l'Université de Montpellier I

La question de la légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales apparaît primordiale si l'on entend prendre au sérieux les mandats donnés par les États membres à l'Union et aux Communautés européennes. En effet, même si les filtres successifs concernant la faisabilité de l'harmonisation au regard de la diversité des systèmes pénaux nationaux, puis son opportunité au regard du principe de subsidiarité sont franchis, la finalisation de tout projet d'harmonisation doit encore franchir un filtre juridique : celui de sa légitimité au regard des sources du droit de l'Union européenne.

Le droit dérivé repose sur le consensus des États membres exprimé par l'intermédiaire des institutions communautaires, encadré par les traités fondateurs et d'autres textes applicables au sein de l'Union européenne. L'émetteur du dispositif d'harmonisation (le « législateur » européen) ne peut œuvrer sans tenir compte de cet acquis. Quels sont les critères légaux qu'il doit alors respecter pour harmoniser les sanctions pénales ?

L'enjeu de leur détermination est important, peut-être d'autant plus pour les pays de tradition pénale légaliste. Il s'agit de ne rien imposer qui n'ait été consenti par les États dans un domaine aussi sensible que la matière pénale. Il s'agit également de diffuser par le biais de cette harmonisation les standards adoptés par l'Union européenne en matière de droits fondamentaux.

La légitimité s'entend alors, d'une part, du respect des formes et contenus de l'harmonisation prévus par les États membres. L'harmonisation des sanctions pénales doit donc s'appuyer sur une base juridique réelle, issue des Traités fondant l'Union européenne (I). La légitimité désigne, d'autre part, la conformité aux principes fondamentaux figurant dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme

et Des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950, rappelés dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne (II) [1].

I. LE CHOIX DÉLICAT D'UNE BASE JURIDIQUE

L'harmonisation des sanctions pénales ne peut être légitime que si le droit de l'Union européenne la prévoit et l'autorise. Cette affirmation si simple en apparence cache en réalité les limites et les incohérences des Traités en ce domaine.

L'article 2 du Traité sur l'Union européenne fixe, parmi d'autres, l'objectif de « maintenir et développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice ». L'un des moyens d'atteindre cet objectif, selon le même article, est de prévenir et de lutter contre la criminalité. L'homogénéité sous-entendue de l'espace à créer suppose une lutte contre toute forme de criminalité, et par là-même, une harmonisation générale des sanctions pénales [2] pour toutes les raisons d'opportunité décrites notamment par le professeur Bernardi. Pour autant, ce n'est pas cette conception large qui est retenue. Le dernier alinéa de l'article 2 du Traité sur l'Union prévoit en effet que les moyens mis en œuvre doivent respecter le cadre fixé par les Traités ainsi que le principe de subsidiarité [3].

Dès lors, si l'objectif de départ, réaliser un espace de liberté, de sécurité et de justice, semble permettre de nombreuses actions, les moyens pour l'atteindre se restreignent au fur et à mesure de la lecture des Traités.

A. — *Le cadre restreint du titre VI du Traité sur l'Union européenne*

Quand l'harmonisation des sanctions pénales est possible et opportune, il apparaît souhaitable qu'elle s'effectue dans un cadre de droit pénal général, et non spécial c'est-à-dire se cantonnant seulement aux sanctions de quelques infractions ciblées. En effet, s'il est sans doute primordial d'harmoniser les sanctions des infractions transfrontières, il est également important d'étudier l'harmonisation des sanctions d'infractions nationales, ne serait-ce que pour éviter la pratique du *jurisdiction shopping* [4]. Il ne peut y avoir d'espace de sécurité, de liberté et de justice véritable que si tous les effets nuisibles de la criminalité sont éradiqués, qu'ils soient directement, ou seulement indirectement, transfrontières. Tout citoyen européen doit pouvoir être en sécurité et jouir de sa liberté sur tout le territoire de l'Union, en pouvant s'en remettre à n'importe quel État membre pour assurer la justice, le maintien de cette liberté.

---

[1] En date du 7 décembre 2000, *JOCE* n° C 364 du 18 décembre 2000.

[2] Par opposition à une harmonisation dans le cadre du droit pénal spécial (infraction par infraction). L'harmonisation générale n'est bien sûr envisagée que dans les hypothèses de convergence des législations et pratiques des États membres en ce domaine.

[3] Tel qu'énoncé à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne.

[4] Se reporter à l'analyse de l'opportunité de l'harmonisation, de M. Alessandro BERNARDI.

C'est peut-être dans cet esprit que l'article 29 du Traité sur l'Union européenne énonce un objectif de protection élevée des citoyens de l'espace considéré [5]. Il prévoit la prévention et la lutte contre « la criminalité, *organisée ou autre* », n'indiquant ensuite qu'un ordre de priorité : « *notamment* le terrorisme, la traite des êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic de drogue, le trafic d'arme, la corruption et la fraude ». Toutefois, cette volonté de créer un espace non uniforme mais homogène est immédiatement encadrée puisque la coopération judiciaire, de laquelle participe l'harmonisation des sanctions pénales, doit se conformer aux articles 31 et 32 du même Traité [6]. Or ces articles, à la lumière d'une lecture stricte telle que recommandée par l'esprit intergouvernemental du troisième pilier, limitent grandement le champ de l'harmonisation des sanctions pénales.

1. *La forme juridique de l'harmonisation.* La forme juridique que doit revêtir une harmonisation en matière pénale est fixée par l'article 34 § 2 b) du Traité sur l'Union européenne : il s'agit de la décision cadre, qui lie les États membres quant au résultat mais pas quant aux moyens à mettre en œuvre pour l'atteindre. Cette unique possibilité de forme juridique se justifie par les fins de l'harmonisation : cela n'aurait aucun sens d'harmoniser certains domaines sans le faire sous une forme contraignante, la plus contraignante du troisième pilier. Ce n'est donc pas la base juridique formelle qui sera la plus discutée ici, au contraire des éventuelles bases juridiques substantielles.

2. *Des infractions limitativement énumérées.* L'article 31, point e) du Traité sur l'Union européenne permet « d'adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables (...) ». Ce texte est donc le fondement juridique de toute harmonisation en matière judiciaire pénale. Malheureusement, sa rédaction a fait des priorités de l'article 29 des limites impératives : « (...) dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue ». L'harmonisation des sanctions pénales peut donc ne concerner que ces trois domaines, ce qui élimine toute possibilité s'agissant de la criminalité dite *courante* (car nationale et de faible ampleur mais statistiquement la plus importante).

De plus, même s'agissant des infractions prises à titre d'illustration dans l'étude [7] (hormis le terrorisme), ces limitations posent problème. En effet, la cybercriminalité et la criminalité environnementale, pour entrer dans le champ de l'harmonisation, doivent revêtir une forme *organisée* [8]. Les mesures d'harmonisation ne doivent-elles viser que la commission en bande organisée de ces infractions ? Même si, en effet, démanteler les

---

[5] Article 29 du Traité sur l'Union européenne, paragraphe 1er.

[6] Article 29 du Traité sur l'Union européenne, en ses deux derniers points.

[7] Terrorisme, criminalité environnementale, cybercriminalité.

[8] Notons que la notion de criminalité organisée n'est toujours pas clairement définie par les instances communautaires, malgré un programme d'action contre cette forme de criminalité adopté en 1997, *JOCE* n° C 251, p. 1.

réseaux de pirates informatiques ou prévenir le terrorisme environnemental est une priorité, la cybercriminalité et la criminalité environnementale ne sont pas toujours commises en réseaux organisés. Faut-il pour autant que la lutte contre la cybercriminalité ou la criminalité environnementale soit différente selon que ces infractions se manifestent sous une forme organisée ou non ? Le niveau de protection élevée recherché par l'Union européenne invite à une réponse négative et c'est cette conception qui a été retenue par la Commission européenne dans sa proposition de décision cadre relative à la lutte contre la cybercriminalité. Cette proposition, fondée sur les articles 29, 30a, 31 et 34 § 2b, ne fait du caractère organisé qu'une circonstance aggravante des infractions visées par la proposition d'harmonisation. Cette conception autorise donc une lecture élargie des dispositions du Traité sur l'Union européenne et permet une harmonisation des sanctions pénales de toutes les infractions *pouvant* entrer dans le champ de la criminalité organisée.

3. *L'absence de référence à une harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions.* L'article 31, point e) du Traité sur l'Union européenne, base juridique d'une harmonisation des sanctions pénales, ne fait référence qu'aux « sanctions applicables ». En revanche, le point a) de ce même article vise expressément l'exécution des décisions, mais uniquement dans un cadre de coopération des États membres. S'il peut sans doute être la base juridique de la création d'un casier judiciaire européen, il ne semble pas légitimer l'harmonisation du prononcé et de l'exécution des peines. Faut-il alors raisonner par analogie à partir du point e) de l'article 31 ? La souveraineté réservée des États en matière pénale paraît l'interdire. Faut-il alors se contenter d'une harmonisation des pratiques par la coopération judiciaire ? Il est à craindre que cette harmonisation des pratiques se trouve limitée par des législations divergentes, qui ne s'adapteraient pas forcément sans l'impulsion européenne.

4. *L'article 31 c) du Traité sur l'Union européenne.* Cet article est la base juridique qui permet d'« assurer, dans la mesure nécessaire à l'amélioration de cette coopération (judiciaire en matière pénale), la compatibilité des règles applicables dans les États membres ». Au contraire de l'article 31 e), il semble autoriser une lecture très large, peut-être même trop large : que signifie compatibilité ? Quelles sont les règles qui peuvent être rendues compatibles ? Apparemment, la compatibilité qui implique un certain rapprochement des législations se situe à un degré inférieur à l'harmonisation. Toutefois, la forme juridique de cette mise en compatibilité semble être la même que pour l'harmonisation de l'article 31 e), puisque l'article 34 § 2 b) prévoit l'utilisation de la décision-cadre pour tout rapprochement des législations étatiques. Comment faire alors la distinction ?

Si l'article 31 c) semble permettre une réflexion d'ordre général sur les sanctions pénales, et notamment sur leur prononcé et leur application, l'imprécision de son énoncé laisse perplexe.

Aucune base juridique évidente, et surtout complète, n'apparaissant dans les articles concernant l'harmonisation des sanctions pénales propre-

ment dite, il convient d'examiner la possibilité d'autres solutions suggérées par les Traités.

B. — *L'étude des possibilités d'élargir le champ de l'harmonisation des sanctions pénales*

Le titre VI du Traité sur l'Union européenne n'a pas prévu la possibilité d'une harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions, parant d'abord au plus urgent : les sanctions applicables. Mais, même harmonisées, celles-ci ne suffisent pas à une répression homogène. Peu importe en effet que les États définissent des quanta de peines identiques si les juges disposent de marges de manœuvre différentes lors du jugement et si, une fois prononcées, les sanctions sont appliquées de façon plus souple ou plus sévère selon les pays.

De même, le traité ne permet pas une répression homogène en ne laissant la possibilité d'harmoniser que certaines infractions, considérées certes comme prioritaires car dangereuses, mais non représentatives de la criminalité la plus répandue en Europe.

Les traités contiennent des dispositions qui pourraient permettre soit d'élargir le nombre des infractions concernées par l'harmonisation des sanctions, soit d'élargir les thèmes d'harmonisation au prononcé et à l'exécution des sanctions. Il convient de vérifier ces possibilités juridiques.

1. *Le principe de subsidiarité.* Ce principe, tel qu'énoncé par l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne, est applicable dans le cadre du Traité sur l'Union européenne [9]. Il autorise l'Union européenne à n'intervenir « que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Cet article fonde l'examen d'opportunité nécessaire avant toute action de l'Union européenne et qui constitue une partie de sa légitimité.

L'harmonisation des sanctions pénales doit par conséquent se soumettre à cet examen [10], mais celui-ci pourrait également être l'occasion d'élargir les domaines de l'action entreprise. En effet, parmi les critères autorisant l'Union européenne à agir de façon subsidiaire [11], il est celui de la nécessité : l'Union ne peut agir que dans la limite de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif fixé. Il semble aisé de moduler ce caractère à convenance pour englober, dans le domaine qui nous intéresse ici, l'harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales : cela est nécessaire pour réaliser un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Pour autant, le principe de subsidiarité ne pourra pas servir de base juridique à cette harmonisation, n'étant pas une base juridique autonome.

---

[9] Ainsi que l'énonce l'article 2 de ce Traité.

[10] Se reporter supra à l'analyse de l'opportunité de l'harmonisation.

[11] Une réalisation insuffisante par les États membres, une réalisation meilleure par l'Union, dans la limite de ce qui est nécessaire.

Il n'existe que comme une limitation de l'action de l'Union pour préserver les identités nationales, et non comme une potentialité d'élargissement de cette action. Il faut donc éliminer cette possibilité.

2. *Le Conseil européen de Tampere.* L'article 4 du Traité sur l'Union européenne dispose que « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales. » Lorsque le Conseil européen de Tampere [12] incite les États membres à trouver un accord sur des sanctions communes dans des matières considérées comme prioritaires telles la cybercriminalité et la criminalité au détriment de l'environnement, il ne peut être question de prendre ses propos comme fondement juridique à une quelconque décision-cadre. Le Conseil européen donne des impulsions, mais leur concrétisation ne peut se faire que sur le fondement d'une base juridique réelle. La résolution du Conseil européen de Tampere ne suffit donc pas à légitimer une harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales.

3. *Les coopérations renforcées.* L'article 40 du Traité sur l'Union européenne prévoit la possibilité, pour les États membres qui souhaitent aller plus avant dans l'intégration de leurs droits pénaux, d'instaurer après autorisation du Conseil de l'Union européenne une coopération renforcée. L'harmonisation des sanctions de toute infraction et celle du prononcé et de l'exécution des peines répondraient effectivement aux conditions exigées par l'article 40 : elles respecteraient les objectifs du titre VI du Traité sur l'Union européenne ainsi que les compétences de la Communauté européenne ; elles auraient également pour but de permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Toutefois, le paragraphe 4 de l'article 40 du Traité sur l'Union européenne énonce : « les dispositions des articles 29 à 41 s'appliquent à la coopération renforcée prévue par le présent article, sauf dispositions contraires de ce dernier et des articles 43 et 44 ». Cela semble signifier [13] que, mise à part la procédure de décision gouvernant le titre VI (à laquelle déroge l'article 40), la coopération renforcée envisagée doit respecter les domaines visés par les articles mentionnés.

En outre, l'article 43, disposition d'ordre général relative à la coopération renforcée, dispose que cette possibilité ne doit être utilisée « qu'en dernier ressort, lorsque les objectifs desdits traités ne pourraient être atteints en appliquant les *procédures pertinentes* qui y sont prévues ». Apparaît ici clairement la finalité des coopérations renforcées : permettre, *dans les domaines prévus par le traité,* aux États membres favorables à une décision, de dépasser l'absence d'unanimité nécessaire à son adoption pour l'appliquer entre eux en excluant les réfractaires [14]. Les coopérations renforcées, à la lecture restrictive des articles pertinents, n'existent que pour résoudre un blocage procédural, et non pour pallier l'insuffisance substantielle des

---

[12] Qui s'est tenu les 15 et 16 octobre 1999.

[13] En interprétant le présent « s'appliquent » comme un présent impératif, ce qui est souvent le cas dans ce type d'acte international.

[14] Tout en leur laissant une possibilité de les rejoindre.

Traités. Elles ne permettraient donc pas d'outrepasser les domaines de compétences de l'Union européenne pour harmoniser le prononcé et l'exécution des sanctions pénales.

4. *Le Traité instituant les Communautés européennes, source d'incohérences dans la politique pénale européenne.* Les sanctions pénales applicables en cas d'infraction, de même que leur prononcé et leur exécution peuvent être harmonisées sur le fondement du premier pilier. Ainsi, la Commission européenne a élaboré une proposition de directive relative à la criminalité environnementale. Cette directive évidemment s'appuie sur les dispositions du premier pilier et plus précisément sur l'article 175 (et indirectement l'article 174) du Traité instituant la Communauté européenne. Elle propose l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales applicables à différentes infractions environnementales visées. Cette directive sectorielle pourrait parfaitement englober des dispositions relatives au prononcé et à l'exécution des peines harmonisées.

En effet, l'article 174 § 2 du Traité instituant la Communauté européenne fixe l'objectif de « correction des atteintes à l'environnement ». Le terme *correction,* relativement large, laisse ouverte la possibilité d'utiliser un grand choix de moyens, dont celui de la répression et dans ce cadre, il serait juridiquement possible d'élaborer une disposition très complète sur les sanctions pénales. Bien sûr, cette possibilité d'harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions resterait sectorielle.

Il est toutefois surprenant, audacieux mais surtout contradictoire qu'un domaine relevant toujours de la souveraineté nationale fasse l'objet d'une harmonisation par la voie d'une directive, sur le fondement du premier pilier, et ce, de façon totalement légitime puisque dans le respect des compétences conférées à la Communauté.

On peut commencer par remettre en cause la distinction entre le premier et le troisième pilier qui tend à s'atténuer puisque le domaine pénal transcende aujourd'hui les deux (et même les trois) piliers.

On peut ensuite s'interroger sur la cohérence de la politique pénale élaborée au plan européen : si la cohérence de la politique environnementale est respectée, il n'en est pas de même pour celle-ci. En l'espèce, il s'agit d'une harmonisation impérative, la non-transposition d'une directive étant sanctionnée au niveau communautaire. Dans le troisième pilier, au contraire, la décision cadre n'a pas de portée obligatoire et sa mise en œuvre ne repose que sur la bonne foi des États membres qui se sont prononcés à l'unanimité. Se pose alors la question de la hiérarchie des valeurs défendues par la Communauté, puisque l'homogénéité de la protection de l'environnement est mieux assurée que celle de la répression des autres domaines de criminalité, comme le terrorisme (atteinte à la démocratie, au libre exercice des droits de l'Homme et au développement économique et social [15]) ou la cybercriminalité (menace pour la sécurité des données et globalement pour la société de l'information sur laquelle repose l'écono-

[15] D'après la décision cadre du Conseil n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE* n° L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

mie actuelle). Notons que l'initiative danoise en matière de criminalité environnementale était fondée sur les articles 31 et 34 § 2b) du Traité sur l'Union européenne.

Enfin, on peut se demander si la différence de logique entre les dispositions pénales du premier pilier et celles adoptées dans le cadre du troisième pilier autorise une différence de logique et de but du droit pénal. Dans le premier pilier en effet, le droit pénal est très fortement instrumentalisé, servant de garantie coercitive à l'application effective des réglementations communautaires. Le projet de directive relative à la protection de l'environnement est d'ailleurs extrêmement audacieux et révélateur de cette instrumentalisation puisqu'il prévoit expressément (et dans tous les États membres) la protection pénale des réglementations environnementales de la Communauté européenne, alors qu'antérieurement, le contrôle d'une application effective du droit communautaire dérivé dans les États membres ne faisait qu'induire l'utilisation du droit pénal (et encore, seulement dans les États où le domaine en question est déjà appréhendé par le droit pénal). Dans le troisième pilier, en revanche, le droit pénal est envisagé dans le cadre de sa fonction première, la protection des droits de l'homme, des libertés et de la sécurité des individus, dans le respect de principes et droits fondamentaux transcendants, au-delà donc des objectifs économiques de l'Union européenne.

Faut-il, sous prétexte d'une logique différente des piliers européens, accepter deux logiques du droit pénal, deux vitesses dans l'harmonisation des normes pénales, une hiérarchie des valeurs à protéger désarticulée entre valeurs humaines et sociales et valeurs économiques ?

La légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales pose donc ici problème, non pas au regard de la base juridique contenue dans les traités, mais au regard de la logique du droit pénal et de sa définition même [16].

C. — *Quelques conclusions et recommandations*

En opérant une lecture stricte des traités, il apparaît que le choix d'une base juridique pour l'harmonisation des sanctions pénales est délicat. S'il ne pose aucun problème pour les sanctions applicables à un nombre restreint d'infractions, il n'en est pas de même s'agissant des sanctions d'infractions non commises en bande organisée, ni s'agissant du prononcé et de l'exécution des peines. La Commission européenne a parfois fait une lecture élargie des dispositions des traités. Ainsi, en matière de cybercriminalité, la base juridique choisie pour la proposition de décision cadre, qui ne vise que la criminalité organisée, n'a pas empêché la Commission de formuler des prescriptions d'harmonisation pour des manifestations non organisées de cette criminalité. Il serait donc judicieux de procéder de même pour l'harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales, surtout si le consensus des États membres est fort en la matière,

[16] Finalement, la protection de l'environnement par le droit pénal a fait l'objet d'une décision cadre du Conseil n° 2003/80/JAI du 27 janvier 2003, *JOCE* n° L 029 du 5 février 2003, p. 55.

en choisissant une interprétation par analogie de l'article 31 e). Il suffirait de considérer que le choix d'une sanction applicable entraîne mécaniquement le choix des modalités possibles d'application de cette sanction. A titre d'exemple, la décision cadre relative à la lutte contre le terrorisme aurait pu disposer que les peines maximales non inférieures à quinze ans prévues pour certaines infractions [17] ne pourraient faire l'objet que de telle ou telle modalité d'aménagement et pas telle autre ; que ces aménagements ne pourraient intervenir que si un quantum fixé de la peine aura déjà été exécuté... L'effectivité des sanctions ne pourrait qu'en être renforcée, et le problème du choix de la base juridique résolu.

Toutefois, une lecture hyper-extensive de la lettre des traités met en péril le principe de légalité appliqué au niveau de l'émetteur du dispositif d'harmonisation [18]. Un consensus assez fort des États membres dans le domaine qui nous intéresse limite le problème dans la mesure où nous nous trouvons dans une matière intergouvernementale (prise de décision à l'unanimité). Si les États sont d'accords pour approfondir l'harmonisation, les traités ne doivent pas être une entrave à la construction européenne. En revanche, l'interprétation par analogie doit être proscrite dans le premier pilier où les décisions se prennent à la majorité qualifiée, ne serait-ce que pour préserver les compétences des États et le principe de légalité dans des domaines qui peuvent potentiellement limiter la liberté des personnes. La question d'une réforme des traités surgit alors : ne faudrait-il pas supprimer la référence à un nombre limité d'infractions susceptibles d'être harmonisées et ouvrir le texte de l'article 31 e) aux sanctions prononcées et exécutées ?

Si la légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales examinée sous l'angle de la base juridique prête à discussion, c'est également le cas s'agissant de cette même légitimité examinée cette fois sous l'angle des droits fondamentaux.

II. LA NÉCESSAIRE COMPATIBILITÉ DE L'HARMONISATION AVEC LES DROITS ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

Dès l'instauration de l'Union européenne en 1992, l'article F des dispositions communes (aujourd'hui article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne) prévoit le respect par l'Union des droits fondamentaux « tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CESDH), ainsi que ceux figurant dans les constitutions respectives des États membres.

Le 7 décembre 2000, l'Union européenne décide de se doter d'une *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* [19], dont la valeur juridique n'est pas encore clairement établie, mais qui a pour objectif « d'ancrer l'importance exceptionnelle et la portée des droits fondamentaux

---

[17] Article 4 § 3 de la proposition de décision cadre.
[18] V. *infra*, l'examen de la légitimité au regard des droits et principes fondamentaux.
[19] N° 2000/C 364/01, *JOCE* n° C 364 du 18 décembre 2000.

de manière visible pour les citoyens de l'Union » [20]. Elle recense donc les droits et principes fondamentaux issus de diverses sources tant conventionnelles que jurisprudentielles [21].

Dès lors, l'harmonisation des sanctions pénales, au même titre que toute intervention de l'Union européenne, doit être compatible avec les droits et principes reconnus dans ces textes, notamment avec ceux touchant au domaine de la justice. Remarquons en outre que la relation entre l'harmonisation des sanctions pénales et le respect des principes fondamentaux est à double sens. En effet, si l'harmonisation doit respecter les principes fondamentaux, le respect effectif de certains des principes énoncés dans la CESDH et la Charte commande une telle harmonisation [22]. C'est le cas du principe d'égalité en droit : comment respecter ce principe si d'un État à un autre, chaque citoyen n'est pas assuré d'encourir une peine similaire pour la même infraction ? C'est également le cas du principe *non bis in idem* : comment assurer son effectivité si une harmonisation minimum ne vient pas prévoir la prise en compte des jugements prononcés à l'étranger ?

Si de manière générale l'Union européenne respecte les principes et droits fondamentaux, dont une classification sera d'abord proposée (1), l'examen des décisions-cadre qui nous intéressent dans cette étude soulève quelques interrogations et appelle quelques précisions quant à l'application de ces principes (2).

A. — *Les principes à respecter par l'harmonisation des sanctions pénales*

Nous pouvons essayer de classer ces principes selon qu'ils se rapportent à la nature, au contenu de la sanction pénale (a), à sa détermination (b) ou à son application (c).

1. *Les principes gouvernant la nature de la sanction pénale.* Ces principes sont au nombre de quatre et s'accompagnent d'une précision.

• Le droit à la vie (art. 2 § 1 CESDH, Protocole n° 6, art. 1 CESDH, art. 2 de la Charte) : ce droit implique l'interdiction de recourir à la peine de mort.

• L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CESDH, art. 4 de la Charte).

• L'interdiction du travail forcé (art. 4 CESDH, art. 5 Charte) : notons ici que la CESDH admet toutefois le travail forcé dans le cadre d'une peine ou d'une libération conditionnelle, alors que la Charte des

---

[20] A. VITORINO, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 3, 2000, p. 499 s.

[21] La Charte s'inspire notamment de la Convention européenne des droits de l'homme, des traditions constitutionnelles communes, de la Charte sociale européenne, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, de diverses conventions de l'ONU, de l'OIT, du Conseil de l'Europe, de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, de la cour de justice des communautés.

[22] Se reporter à la partie sur l'opportunité de l'harmonisation.

droits fondamentaux l'exclut totalement. Cette protection plus étendue fournie par la Charte est autorisée par l'article 52 § 3, même si ce dernier pose le principe d'identité du sens et de la portée des droits entre la Charte et la CESDH.

• L'interdiction de l'emprisonnement pour dettes contractuelles (art. 1 du Protocole n° 4 CESDH, non repris par la Charte) : ce principe ne fait pas obstacle à la contrainte par corps en cas de non-paiement d'une amende légale.

• L'article 5 CESDH précise que le droit à la liberté n'est pas un obstacle à la détention avant ou après condamnation pénale.

2. *Les principes gouvernant la détermination de la sanction pénale.* Il s'agit essentiellement du principe de légalité des peines et de ses corollaires que sont la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et la rétroactivité de la loi pénale plus douce, affirmés par l'article 7 CESDH et l'article 49 de la Charte. Cette dernière marque d'ailleurs nettement le souci de rendre les droits fondamentaux visibles au citoyen européen en ajoutant une phrase, par rapport au texte de la CESDH, qui exprime positivement le principe de rétroactivité *in mitius*, évitant ainsi un raisonnement a contrario (art. 49 § 1 *in fine*).

Bien qu'elles ne soient pas mentionnées dans le texte de la Charte, il convient d'ajouter comme corollaires au principe de légalité les exigences en terme de qualité de la loi. En effet, l'article 52 § 3 de la Charte attribuant aux droits et principes fondamentaux énumérés les mêmes sens et portée que ceux conférés par la CESDH, il autorise la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui précise l'application de ces droits et principes. Ainsi, de nombreuses décisions de cette juridiction énoncent que la loi doit être accessible, précise et prévisible [23].

Enfin, au principe de légalité, la Charte ajoute le principe de proportionnalité des peines par rapport à l'infraction (art. 49 § 3).

3. *Les principes gouvernant l'application de la sanction pénale.* Là encore, il s'agit de principes traditionnellement affirmés et appliqués par les juridictions tant nationales, qu'internationales :

• Les principes d'égalité en droit et de non-discrimination (art. 20 et 21 de la Charte, art. 14 CESDH) : si ces principes gouvernent également et en premier lieu la détermination de la loi pénale, ils lient le juge quant à son application ;

• La présomption d'innocence et les droits de la défense (art. 6 § 2 et 3 CESDH, art. 48 de la Charte) ;

• Le droit à un procès équitable devant un tribunal impartial (art. 6 § 1 CESDH, art. 47 de la Charte) : notons que la Charte ne fait pas mention du principe de publicité des débats, qui reste implicite (art. 52 § 3 et 53 de la Charte imposant le même niveau de protection des droits

---

[23] V. notamment CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres* ; CEDH, 25 mars 1985, *Barthold.*

que celui de la CESDH), mais elle ajoute le droit à l'aide juridictionnelle dans un souci de justice sociale ;

• Le principe *non bis in idem* (art. 50 de la Charte, art 4 du Protocole n° 7 CESDH) qui pose qu'un individu ne peut être condamné deux fois pour la même infraction.

B. — *Mise en œuvre et sanction de ces principes et droits fondamentaux*

1. *Le respect des principes et droits fondamentaux dans le droit dérivé* [24]. D'une manière générale, ces principes sont respectés globalement, c'est-à-dire que le texte se contente de viser dans l'un des derniers considérants soit la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son ensemble [25], soit les parties pertinentes de celle-ci [26]. En revanche, le texte d'harmonisation restant généraliste, aucune disposition ne permet d'affirmer que l'Union respecte ou non les principes et droits fondamentaux pris individuellement : leur respect est délégué aux États membres lors de la transposition de la norme communautaire.

Toutefois, la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme fait figure d'exception, sans doute parce que la relation entre le terrorisme, sa répression et les droits fondamentaux est très forte. En effet, le texte est introduit par un premier considérant qui pose symboliquement l'attachement de l'Union européenne aux principes et droits fondamentaux. Le second considérant vient ensuite définir le terrorisme comme la grave atteinte à ces valeurs. S'agissant du respect global des droits fondamentaux, le considérant 10 est très détaillé, comparé aux autres textes étudiés : il rappelle que l'Union européenne se place sous l'autorité de la CESDH, des constitutions des États membres, de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne dont les principes et les droits sont « reflétés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Le texte du considérant vise expressément le chapitre VI de la Charte, relatif à la justice, et prévoit également le respect de droits potentiellement menacés par la répression du terrorisme (droit de grève, d'association, de constituer des syndicats...). Le corps même de la décision-cadre est symboliquement porté par les droits fondamentaux : ainsi l'article premier s'intitule « infractions terroristes et droits et principes fondamentaux » et son paragraphe 2 renvoie à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne (dont la Charte est le reflet).

Quant au respect des droits fondamentaux pris individuellement, la décision-cadre sur le terrorisme reste un exemple pédagogique : le considé-

---

[24] Notamment les références retenues pour la recherche GROTIUS : Décision cadre du Conseil n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE* n° L 164 du 22 juin 2002, p. 3 ; Proposition de directive n° 2001/C 180 E/20 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOCE n° C 180 E du 26 juin 2001, p. 238 ; Proposition de décision-cadre du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information, COM(2002) 173 final, du 19 avril 2002.

[25] C'est le cas de la proposition de directive *précitée*.

[26] V. le considérant 19 de la proposition de décision cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information, qui vise expressément les chapitres II (relatif aux libertés) et VI (relatif à la justice) de la Charte.

rant 5 applique immédiatement le principe de proportionnalité en réclamant des « peines et sanctions correspondant à la gravité des infractions ». L'article 10 § 1 applique quant à lui le principe de présomption d'innocence en affirmant que l'accusation ne peut être fondée sur les seules allégations d'une victime de l'infraction.

Malgré le respect apparent par l'Union européenne des textes étudiés, l'application de certains principes soulève des interrogations. Ainsi, le principe de non-discrimination ne semble pas respecté dans les articles des textes étudiés dénommés « circonstances particulières ». Ces articles prévoient en effet une réduction de peine pour les « repentis » qui ont commis l'infraction mais apportent leur concours à la police dans certaines conditions. Il est clair que l'égalité en droit est ici rompue entre les repentis et les non repentis, qui eux seront susceptibles d'être condamnés à la totalité de la peine prévue. Mais cette discrimination positive se justifie au regard d'un autre principe qui prime dans le cadre de la répression : le principe de proportionnalité [27], couplé à une conception utilitaire de la peine. En outre, deux garanties du respect de l'un ou l'autre principe sont prévues : la prise en compte des repentis n'est qu'une faculté laissée à l'option de l'État ; l'appréciation de l'opportunité de faire primer un principe sur l'autre ne sera pas laissée au juge puisqu'une loi doit forcément prévoir la limitation d'un droit (art. 52 § 1 de la Charte). Ce constat révèle la contingence de la légitimité de l'harmonisation selon la politique criminelle adoptée et la difficile recherche d'un équilibre entre principes parfois concurrents.

Autre principe, autre interrogation : l'Union européenne respecte-t-elle le principe légaliste ? Ce principe signifie qu'une sanction pénale ne peut être appliquée à un acte que si le droit national ou international le prévoit, voire « les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » (art. 49 de la Charte, quasiment identique à l'article 7 CESDH). La notion de légalité retenue ici est sans conteste une notion très large de « jus » : loi au sens de règle écrite et générale mais aussi coutume, jurisprudence et principes généraux du droit [28]. C'est d'ailleurs ce que considère la Cour européenne des droits de l'homme [29]. Toutefois, la référence au droit international comme loi n'opère que dans les conditions de sa mise en œuvre prévues dans ses textes fondateurs : cela ne légitime pas une application directe d'une décision-cadre, sans transposition. En outre, l'harmonisation en deux temps des sanctions pénales (norme communautaire, transposition en droit interne) donne une double dimension à cette notion.

Du point de vue de la légalité matérielle (telle que définie ci-dessus, supposant un texte de droit), l'Union européenne semble respecter le principe de légalité si l'on considère que les normes adoptées dans le

---

[27] Pour une application de ce principe, v. *infra.*

[28] V. l'étude de J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bouzat*, Paris, éd. Pédone, 1980, p. 149 et s.

[29] CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig*, *Dalloz* 1990, jurisp., 185, note J. PRADEL.

cadre de l'harmonisation des sanctions ne sont pas d'application directe : décisions-cadre et directives nécessitent une transposition en droit interne. Le respect du principe de légalité est ainsi confié aux États membres qui devront réceptionner les normes européennes par des lois. Remarquons toutefois que les textes européens demandent aux États de prendre « les mesures nécessaires » sans évoquer la nécessité d'adopter des lois au sens strict. L'Union européenne, en effet, applique ici sa conception large de la notion de légalité, prenant en compte les traditions des États membres en ce domaine (ex. de la France et le caractère réglementaire des contraventions, ex. des pays de common law).

De même, l'Union européenne s'applique à respecter les principes jurisprudentiels complémentaires au principe de légalité : accessibilité, précision, prévisibilité de la loi. S'agissant de l'exigence de précision de la loi, la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme est là encore un exemple frappant : en définissant précisément les infractions concernées par les peines qu'elle harmonise, elle implique la précision de la norme nationale de transposition. Quant aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la norme applicable, l'harmonisation contribue en elle-même à les faire respecter : les citoyens européens sauront qu'ils sont soumis à des règles similaires, par exemple en matière de terrorisme, et pourront, pour connaître la loi, se référer plus facilement aux indications d'harmonisation données par la norme communautaire plutôt qu'à chaque norme nationale de transposition.

Toutefois, il apparaît que le principe de légalité observé dans le contexte européen se dédouble en une obligation formelle garante de la liberté et de la sécurité juridique des individus et une obligation substantielle. En effet, le principe de légalité appliqué dans ce cadre n'implique plus la dimension substantielle nationale de la loi : la normativité se situe déjà dans le texte communautaire que les États se contentent de rendre applicable. La grande précision du texte de la décision-cadre relative au terrorisme en est une illustration.

Le concept de légalité signifie alors non seulement que toute sanction pénale doit être prévue par un texte (ou sous une autre forme selon les traditions juridiques nationales) faisant autorité et directement applicable (principe de légalité matérielle), mais il signifie également que cette sanction pénale doit être énoncée par une autorité légitime qui peut être autre que celle qui adopte le texte (principe de légalité substantielle qui permet de contrôler la légitimité de la source réelle de la sanction pénale).

Cette double définition impose par conséquent un double examen du respect du principe de légalité : une première analyse de compatibilité au niveau de l'émetteur (légalité substantielle), une seconde au niveau du récepteur (légalité matérielle et reprise de la légalité substantielle fournie par l'émetteur) [30].

---

[30] Notons que l'harmonisation bénéficierait d'une plus grande légitimité au regard du principe de légalité substantielle si le rôle du Parlement européen était renforcé.

Cette précision étant faite, l'appréciation du respect du principe de légalité au niveau de l'émetteur (qui nous intéresse plus particulièrement) ne pose pas vraiment de problème eu égard à l'harmonisation des sanctions pénales, la légitimité de l'autorité de l'Union européenne reposant sur le consensus assez fort des États membres en ce domaine, malgré une lecture parfois très large des traités [31]. Notons enfin que le respect du principe de légalité substantielle au niveau du récepteur est conditionné par le contenu de la norme communautaire, ainsi qu'il était indiqué plus haut.

De l'examen du respect des principes et droits fondamentaux par le droit dérivé de l'Union européenne découle la question des sanctions de l'éventuelle méconnaissance de ces principes.

2. *Les sanctions des droits et principes fondamentaux.* La légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales par l'Union européenne au regard des droits fondamentaux repose en partie sur la possibilité de sanctionner toute atteinte portée à ces droits.

Avant de s'intéresser aux mécanismes de sanction proprement dits, il convient de préciser quel est le degré de contrainte de chaque texte et notamment, l'un par rapport à l'autre dans la hiérarchie des normes s'imposant aux États membres. Les États y sont soumis, mais lequel prévaut sur l'autre ? Curieusement, la hiérarchie n'est pas ici très claire. Si la Charte contient des dispositions plus protectrices que la CESDH et dans des domaines plus nombreux, le fait qu'elle ne soit pas intégrée aux traités, ni que référence y soit faite, la place après la CESDH, qui elle est visée par l'article 6 TUE et qui dispose d'une force obligatoire assurée par un mécanisme de sanctions propre, contrairement à la Charte.

S'agissant du respect de la CESDH, il est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci peut être saisie par un État partie à la convention ou par un particulier, une ONG ou un groupe de particuliers. La méconnaissance d'un des droits énoncés par la convention est sanctionnée par un arrêt de condamnation auquel l'État sanctionné doit se conformer. L'exécution de l'arrêt est surveillée, mais l'effectivité de ce mécanisme repose sur la bonne foi des signataires.

La Charte, quant à elle, dispose dans son article 51 que son contenu doit être respecté à la fois par les institutions et organes de l'Union européenne, et par les États membres, « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Même si ce texte n'a donc pas encore de portée générale, les États devront le respecter en transposant les normes européennes d'harmonisation des sanctions pénales. Malgré cette précision, la Charte ne dispose pas de mécanisme propre de sanction en cas de transgression d'un principe ou d'un droit fondamental. À ce jour, ce texte est dépourvu de valeur juridique contraignante. Toutefois, en prévision de son intégration dans les Traités et d'une modification en conséquence de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, il semble que les mécanismes prévus à l'article 7 de ce même Traité soient utilisables (constat par le Conseil et suspension de droits pouvant aller jusqu'à la suspension du

[31] V. *supra*, la légitimité quant aux sources du droit.

droit de vote en son sein à l'encontre de l'État incriminé). Mais ces mécanismes ne concernent que la sanction d'un État par le Conseil. En cas de transgression par une institution communautaire, notamment au cours du processus législatif, les mécanismes actuels de contentieux communautaire (recours en annulation notamment) semblent pouvoir s'appliquer, avec en tout état de cause un contrôle final souhaitable par le Conseil de l'Union et une veille législative du Parlement européen.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'imperfection des traités et des textes applicables au sein de l'Union européenne au regard desquels la légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales doit être appréciée, contribue à rendre cette légitimité bancale : lecture élargie des traités pour plus de souplesse ou absence de sanctions dans l'application, la volonté de construire un espace judiciaire commun doit être accommodante. Toutefois, malgré ces quelques acrobaties textuelles, cette volonté semble être là, preuve en est le rapport sociologique de Wanda Capeller, et elle crée sans doute une atmosphère propice aux améliorations suggérées par la tentative d'harmonisation étudiée ici. La légitimité n'en sera que plus forte.