

# Introduction

1. Ces pages introductives présentent le cadre général dans lequel notre recherche s'inscrit, à savoir la mise sur pied de l'espace pénal européen (I). L'hypothèse de travail sera ensuite formulée en même temps que sera défini l'objet central de la recherche, le rapprochement des législations pénales (II). Méthode et articulation de l'étude concluront cette introduction (III).

## I. LE CADRE GENERAL DE LA RECHERCHE : L'ESPACE PENAL EUROPEEN

2. Le cadre général dans lequel s'insère l'objet de la recherche est l'espace pénal européen. Par souci de simplicité, nous utilisons cette expression pour couvrir simultanément l'« espace judiciaire pénal européen » (B) et l'« espace européen de justice pénale » (C), deux notions dont nous tenterons de cerner les contours. Pour ce faire, deux autres termes à mi-chemin desquels se situe l'« espace pénal européen » nécessiteront aussi quelques éclaircissements : il s'agit, d'une part, de la notion traditionnelle de « coopération judiciaire pénale » (A) et, d'autre part, du concept de « territoire pénal européen » (D).

### A. Aux origines : la « coopération judiciaire pénale »

3. Le droit pénal, respectueux de l'idée de la souveraineté de l'Etat, est, dans son principe, territorialiste. La stricte application de ce territorialisme étant impuissante à rencontrer adéquatement un certain nombre de situations présentant un élément d'extranéité <sup>1</sup>, la coopération judiciaire pénale interétatique s'est développée pour

---

<sup>1</sup> FLORE, D., « Le jugement répressif au-delà des frontières nationales », *Annales de Droit de Louvain*, tome XLVIII 1/1998, p. 107 et s. ; LEGROS, R., « Domaine et méthodes du droit pénal international », *RDPC*, 1954, p. 843 et s.

éviter que l'existence des frontières et le principe de territorialité ne perturbent le bon déroulement du processus pénal <sup>2</sup>. Elle peut être définie comme étant « un ensemble d'actes qu'une autorité judiciaire compétente (autorité requise) relevant d'un Etat (Etat requis) accomplit pour le compte d'une autorité judiciaire requérante relevant d'un autre Etat (Etat requérant) » <sup>3</sup>. Entendue dans ce sens, elle englobe divers mécanismes qui sont traditionnellement répartis en deux grandes catégories : ceux relevant de l'« entraide judiciaire secondaire » et ceux appartenant à l'« entraide judiciaire primaire ». Les premiers impliquent une simple collaboration de la part de l'Etat requis, l'Etat requérant demeurant le « *dominus litis* » ou « maître du litige » <sup>4</sup> : il s'agit de l'entraide judiciaire mineure <sup>5</sup> et de l'extradition. Les seconds supposent que l'Etat requis prenne en charge le procès pénal ou du moins une phase essentielle de celui-ci, l'Etat requérant s'en trouvant en conséquence déchargé <sup>6</sup> : il s'agit de la transmission des poursuites, de l'exécution de décisions judiciaires étrangères, en ce compris l'autorité de chose jugée des décisions étrangères – tant négative, c'est-à-dire le principe *non bis in idem*, que positive –, le transfèrement de personnes condamnées et la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous conditions.

4. Les structures géographiques de la coopération sont multiples <sup>7</sup>. Aux extrêmes, on trouve, d'un côté, une structure mondiale, les Nations unies, et, de l'autre, une multitude de structures bilatérales. Entre ces deux « pôles » se situe une série de structures régionales plus ou moins larges. La « région européenne » qui nous

---

<sup>2</sup> THOMAS, F., *Internationale Rechtshulp in strafzaken*, Antwerpen, Kluwer, 1998, n° 1, p. 1. Voy. aussi MUELLER, G.O.W., « International Judicial Assistance in Criminal Matters », in MUELLER, G.O.W. & WISE, E.M. (ed.), *International Criminal Law*, London, Sweet & Maxwell, 1965, p. 414 (« *International judicial assistance (...) is designed to counteract frustrations of criminal policy by territorial limitations of criminal jurisdiction* ») ; SCHWARZENBERGER, G., « The Problem of an International Criminal law », in MUELLER, G.O.W. & WISE, E.M. (ed.), *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>3</sup> DEMANET, G. « Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale », *RDPC*, 1997, p. 811.

<sup>4</sup> Voy. notamment THOMAS, F., *Internationale Rechtshulp in strafzaken*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen en Story-Scientia, 1998, p. 40 et s., n° 44 et s.

<sup>5</sup> L'« entraide judiciaire » a donc deux significations : l'entraide *lato sensu* et l'entraide *stricto sensu*. L'entraide *lato sensu* est l'ensemble des règles qui permet à deux Etats de coopérer en matière pénale, alors que l'entraide *stricto sensu* ne vise, quant à elle, que l'entraide dite « mineure ».

<sup>6</sup> THOMAS, F., *Internationale Rechtshulp in strafzaken*, *op. cit.*, p. 40 et s., n° 44 et s.

<sup>7</sup> Voy. notamment à ce sujet, KOERING JOULIN, R., « L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne », in DELMAS-MARTY, M. (sous la dir. de), *Quelle politique pénale pour l'Europe*, Paris, Economica, p. 169 et s. ; KOERING JOULIN, R., « Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière pénale », *RIDP*, p. 18 et s. ; DE GOUTTE, R., « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen », in *Droit pénal, droit européen, Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 3 et s.

intéresse plus particulièrement est protéiforme. Sans oublier les cadres régionaux plus étroits comme celui du Benelux ou des pays nordiques, deux cadres géographiques principaux se distinguent : la « grande Europe » ou le cadre large du Conseil de l'Europe et l'Europe plus restreinte regroupant les Etats membres de l'Union européenne, qui sont aussi les Etats membres de l'espace Schengen <sup>8</sup>.

5. C'est au premier chef sur ce cadre plus étroit, celui qui regroupe les Etats membres de l'Union européenne, que sera centré notre travail. Les autres cénacles cités ne seront cependant pas négligés. Il sera ainsi naturellement question du Conseil de l'Europe : les règles établies au sein du Conseil de l'Europe, en tant que cadre préexistant de coopération judiciaire pénale, constituent l'acquis commun des Etats membres de l'Union européenne, le point de départ d'une coopération plus intégrée et plus performante ; les implications de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence des organes de Strasbourg sont, en outre, essentielles en matière pénale. Les cadres régionaux plus étroits seront, quant à eux, également abordés, en particulier le Benelux et la coopération entre les pays nordiques, dont on verra qu'elle pourrait utilement, du moins dans certains de ses aspects, inspirer les travaux menés dans l'Union européenne.

## **B. De la « coopération judiciaire pénale » à l'établissement d'un « espace judiciaire pénal européen »**

6. Quoique la notion d'« espace judiciaire pénal européen » ait également servi à désigner les efforts consentis dans le domaine pénal dans le cadre du Conseil de l'Europe notamment, cette formule a surtout été utilisée pour désigner ceux réalisés entre les Etats membres de l'Union européenne.

7. Au sein de cette dernière, les ambitions et le contenu des travaux menés dans le secteur pénal ont considérablement varié au fil du temps.

Tout en cherchant à l'améliorer et à dépasser ses lenteurs et handicaps, ils sont restés longtemps profondément attachés à la coopération judiciaire pénale telle qu'organisée dans le cadre intergouvernemental du Conseil de l'Europe. Comme celle-ci, ils ont été longtemps limités par les concepts de souveraineté et de territorialité.

Les Etats membres de l'Union européenne se détachent toutefois progressivement de la coopération telle qu'elle existe au sein de la « grande Europe » ; en dépit de fortes résistances à cette évolution, leur travaux apparaissent de moins en moins marqués par le principe de la territorialité. Les entorses à celui-ci se multiplient. C'est ce que rend bien la notion d'« espace » qui, sans impliquer l'abolition des territoires nationaux, se « superpose » à eux pour souligner l'appartenance à un ensemble géographique commun, dans lequel les frontières pénales traditionnellement étanches deviennent de plus en plus poreuses <sup>9</sup>. Si, comprise dans ce sens, l'expression

<sup>8</sup> Pour des précisions sur les Etats membres Schengen, voy. *infra*, § 13.

<sup>9</sup> La notion d'espace a souvent été comparée à celle de citoyenneté : elle est en quelque sorte aux territoires nationaux ce que la notion de citoyenneté de l'Union européenne introduite par le traité de Maastricht est à la nationalité des Etats membres. La notion de citoyenneté de l'Union européenne n'a en effet pas supprimé la notion de nationalité mais s'est ajoutée à elle pour souligner l'existence d'une appartenance à une entité politique commune (pour une telle

« espace judiciaire pénal européen » n'a pas toujours été utilisée adéquatement, elle convient cependant de mieux en mieux aux travaux et projets menés dans le cadre de l'Union européenne.

8. Sans entrer dans le détail <sup>10</sup>, nous rappellerons brièvement les grandes étapes de l'évolution ayant mené à l'apparition d'un véritable espace judiciaire pénal européen liant les Etats membres de l'Union (1). Nous verrons ensuite que l'objectif essentiel de l'espace judiciaire pénal européen est la lutte contre la criminalité (2).

### 1. *Les grandes étapes vers l'émergence d'un véritable espace judiciaire pénal européen*

9. Nous rappellerons ici les trois étapes de l'établissement de l'espace judiciaire pénal européen que distinguent la plupart des études consacrées au sujet <sup>11</sup> : la première correspond au lancement des travaux en la matière (a), la deuxième au traité de Maastricht <sup>12</sup> (b) et la troisième au traité d'Amsterdam <sup>13</sup>, en ce compris certains événements clés qui se sont produits à la suite de son adoption, comme le Sommet européen extraordinaire qui s'est tenu en octobre 1999 à Tampere <sup>14</sup>, de même que le traité de Nice <sup>15</sup>. Les changements apportés par ce dernier dans le secteur considéré sont tellement limités qu'ils ne nécessiteront quasiment aucun développement (c). Même si, à l'heure d'écrire ces lignes, elle ne fait encore que se profiler, une quatrième étape sera ajoutée : il s'agit des perspectives ouvertes par le projet de traité établissant

---

comparaison, voy. DE KERCHOVE, G., « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le Sommet de Tampere », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 4).

<sup>10</sup> Pour plus de détails, nous renvoyons à diverses publications, telles que ROUCHEREAU, F., « L'espace judiciaire européen », *Regards sur l'actualité*, n° 235, novembre 1997, p. 13 et s. ; COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police*, Rapport du groupe « Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », Paris, la Documentation française, 2000, p. 29 et s. ; WEYEMBERGH, A., « La coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne », in LE HARDÏ DE BEAULIEU, L. (dir.), *L'Europe et ses citoyens*, Bruxelles, Pie Peter Lang, 2000, p. 167 et s. ; WEYEMBERGH, A., « A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen », in MAGNETTE, P. et REMACLE, E., *Le nouveau modèle européen*, volume 2, *Les politiques internes et externes*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 38 et s.

<sup>11</sup> A cet égard, nous renvoyons à diverses publications, telles que ROUCHEREAU, F., « L'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 13 et s. ; COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Quels avenir pour l'Europe de la justice et de la police*, *op. cit.*, p. 29 et s. ; WEYEMBERGH, A., « La coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 167 et s. ; WEYEMBERGH, A., « A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen », *op. cit.*, p. 38 et s.

<sup>12</sup> Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993.

<sup>13</sup> Signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999.

<sup>14</sup> Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, SN 200/99.

<sup>15</sup> Signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003 (pour la version consolidée du traité au 1<sup>er</sup> février 2003, voy. *JOCE*, n° C 325, 24 décembre 2002, p. 1 et s.).

une constitution pour l'Europe <sup>16</sup>. Présenté au mois de juillet 2003 par la Convention sur l'avenir de l'Union, le sort de ce projet est encore incertain : il dépendra des choix posés par la Conférence intergouvernementale qui s'est ouverte au mois d'octobre 2003 sous Présidence italienne et devrait se poursuivre sous Présidence irlandaise. Adopté au consensus par la Convention, regroupant en son sein diverses sources de légitimité, il fournit cependant des indications utiles quant à l'orientation probable des réformes à venir. Les perspectives de changement qu'il contient sont d'ailleurs si importantes pour le secteur pénal <sup>17</sup> qu'on voit mal comment ne pas les prendre en considération dans la présente étude (d).

a. *Le lancement*

**10.** Le lancement des travaux en matière pénale entre les Etats membres des Communautés européennes peut être décomposé en deux temps.

1. *Les années soixante-dix et le début des années quatre-vingt-dix : le projet français d'« espace judiciaire pénal européen »*

**11.** En comparaison avec les travaux menés au sein du Conseil de l'Europe <sup>18</sup>, le processus a été lancé assez tard entre les Etats membres de l'Union européenne. Les Communautés européennes n'ayant pas été dotées de compétences pénales par les traités qui les ont instituées <sup>19</sup>, c'est seulement dans les années soixante-dix que les Etats membres se sont penchés sur la coopération judiciaire pénale, et ce à l'initiative de la France, en la personne de son chef d'Etat de l'époque, V. Giscard d'Estaing <sup>20</sup>, dans le contexte de la lutte contre les nouvelles formes de criminalité et, en particulier, contre l'« euroterrorisme » <sup>21</sup>. Ce projet français, qui portait l'intitulé ambitieux

---

<sup>16</sup> Voy. projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, CONV 850/03, 18 juillet 2003.

<sup>17</sup> A cet égard, voy. DE KERCHOVE, G., contribution à l'ouvrage DE SCHUTTER, O. (sous la dir. de), *Une constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Larcier, 2004, à paraître.

<sup>18</sup> C'est assez tôt après leur mise sur pied que les Etats membres du Conseil de l'Europe se sont penchés sur la coopération judiciaire pénale : voy. notamment la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (*STE*, n° 24) et la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (*STE*, n° 30).

<sup>19</sup> VERVAELE, J., « La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un espace pénal communautaire ? », *Rev. sc. crim. et de dr. pénal comparé*, 1990, p. 36.

<sup>20</sup> Sur ce projet français, voy. notamment CRABIT, E., *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Thèse dact., Bordeaux, 1987, 2 vol. ; CHARPENTIER, J., « Vers un espace judiciaire européen », *AFDI*, 1978, p. 927 ; DE GOUTTES, R., « Variations sur l'espace judiciaire pénal européen », *D.*, 1990, chr. XLI, p. 245 et s. ; DE GOUTTES, R., « Vers un espace judiciaire pénal pan européen », *D.*, 1991, chr. XXXI (v°I), p. 154 et s. ; VAN DEN WIJNGAERT, C., « L'espace judiciaire européen : vers une fissure au sein du Conseil de l'Europe ? », *RDPC*, 1981, II, p. 511 et s. ; OSCHINSKY, S., « Espace judiciaire européen et terrorisme. Essai de mise au point », *JT*, 1980, p. 289 et s.

<sup>21</sup> Sur ce contexte, voy. entre autres BIGO, D., *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 269 et s.

d'« espace judiciaire pénal européen », fit l'objet de deux versions successives. Bien que leurs ambitions aient été moins élevées que l'intitulé du projet pouvait le laisser entendre, elles ont toutes les deux dû être abandonnées.

Dans sa première version, présentée aux Conseils européens de 1976, 1977 et 1978, le projet d'espace judiciaire pénal européen comprenait cinq étapes : élaboration d'une convention d'extradition simplifiée, amélioration et assouplissement de la procédure de l'entraide pénale internationale entre les Etats, mise en œuvre d'une procédure de transmission des poursuites pénales d'un Etat à l'autre, reconnaissance de la valeur internationale des jugements répressifs et généralisation de la procédure de transfèrement des détenus entre les Etats membres <sup>22</sup>. Chacune de ces étapes faisait déjà l'objet d'une convention conclue <sup>23</sup> ou en voie d'élaboration au sein du Conseil de l'Europe <sup>24</sup>. Il s'agissait donc de s'engager dans la voie d'un resserrement des liens dans le domaine pénal entre Etats membres des Communautés européennes considérés comme plus proches les uns des autres que les Etats membres du Conseil de l'Europe. Le groupe de hauts fonctionnaires des Etats membres mis sur pied par le Conseil européen pour mener à bien ces travaux a élaboré deux textes : d'une part, l'accord de Dublin concernant l'application entre les Etats membres de la convention du Conseil de l'Europe pour la répression du terrorisme, qui sera signé par les Etats membres des Communautés le 4 décembre 1979 mais n'entrera jamais en vigueur et, d'autre part, la convention de coopération en matière pénale, qui, en dépit de son intitulé fort large, ne concernait que l'extradition. Ce deuxième instrument restera à l'état de projet puisque, alors qu'il devait être ouvert à la signature des Etats membres lors de la Conférence des ministres de la Justice le 19 juin 1980 à Rome, il ne sera jamais signé, les Pays-Bas s'y étant formellement refusés.

Constatant cet échec, le gouvernement français issu des élections de 1981 présenta de nouvelles propositions lors de la Conférence des ministres de la Justice du 25 octobre 1982. Elles comportaient deux aspects successifs. Il y avait d'abord un projet rénové de convention d'extradition entre les Etats membres des Communautés sous la forme d'un projet révisé de convention de coopération en matière pénale et ensuite un avant-projet de création d'une future « Cour pénale européenne ». En dépit d'un intense effort diplomatique, et malgré le fait qu'elles étaient encore fort marquées par les principes traditionnels de la souveraineté et de la territorialité, qu'elles étaient

---

<sup>22</sup> Voy. DE GOUTTES, R., « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen », *op. cit.*, p. 4 et s.

<sup>23</sup> Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (*STE*, n° 24) et ses deux protocoles additionnels du 15 octobre 1975 (*STE*, n° 86) et du 17 mars 1978 (*STE*, n° 98); convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 17 mars 1978 (*STE*, n° 30); convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 (*STE*, n° 70) et convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972 (*STE*, n° 73).

<sup>24</sup> La convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 (*STE*, n° 112) n'était à l'époque qu'en voie d'élaboration.

donc moins ambitieuses que ne l'annonçait leur intitulé <sup>25</sup>, ces nouvelles propositions n'ont pas davantage abouti en raison de l'opposition des Pays-Bas, de la Belgique et du Royaume-Uni, ces Etats souhaitant privilégier le cadre du Conseil de l'Europe pour tout ce qui concerne la coopération judiciaire pénale » <sup>26</sup>.

2. *Les années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix : la relance de la coopération judiciaire pénale en tant que mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures*

12. Dans la seconde moitié des années quatre-vingt, l'amélioration de la coopération judiciaire pénale est revenue à l'agenda des Etats membres des Communautés européennes, et ce dans la perspective de la mise en place d'un marché intérieur, plus précisément de la suppression des contrôles aux frontières intracommunautaires. Afin d'éviter que cette abolition profite aux criminels et entraîne un déficit sécuritaire, diverses enceintes intergouvernementales, fonctionnant en dehors du cadre communautaire et pour la plupart dans celui de la Coopération politique européenne (CPE), ont cherché à approfondir la coopération dans le domaine général de la justice et des affaires intérieures, en ce compris la coopération judiciaire pénale <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Si l'on prend ainsi l'exemple de la Cour pénale européenne qui était envisagée, ce projet préservait nettement la souveraineté nationale puisqu'il ne modifiait en rien les compétences pénales internes des Etats : ce n'est en effet qu'en cas de refus de l'extradition par l'Etat requis et d'incompétence de celui-ci pour poursuivre la personne réclamée que celle-ci aurait dû être renvoyée à la Cour pénale européenne.

<sup>26</sup> Dès le départ, l'idée d'une renégociation des mêmes thèmes « en comité restreint », c'est-à-dire entre Etats membres des Communautés européennes, avait d'ailleurs été considérée avec une grande méfiance par le Conseil de l'Europe lui-même. C'est ainsi notamment que le secrétaire général fit valoir devant la onzième Conférence des ministres européens de la Justice du Conseil de l'Europe (Copenhague, 21-22 juin 1978) que la coopération judiciaire envisagée par les neuf ne pouvait se limiter aux seuls pays du Marché commun mais devait s'étendre à tous les Etats démocratiques européens (voy. conclusions et résolutions de la Conférence, CMJ (78) Concl., p. 14 cité par THOMAS, F., *De Europese Rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gand, Story Scientia, 1980, p. 64 et VAN DEN WIJNGAERT, C., « L'espace judiciaire européen : vers une fissure au sein du Conseil de l'Europe ? », *op. cit.*, p. 516), le risque étant que l'existence parallèle de deux systèmes de coopération freine l'évolution de la coopération entre ses Etats membres (WILKINSON, P., « Problèmes posés par l'établissement d'un espace juridique européen », Conseil de l'Europe, Conférence sur la protection de la démocratie contre le terrorisme en Europe : tâches et problèmes, p. 6, Doc. AS/Poll/Coll/Terr (32) 16 (novembre 1980); LINKE, R., « Coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme », Conseil de l'Europe, Doc. AS/pol/ Coll/Terr (32) 3, novembre 1980, p. 6; TABONE, V., « Rapport sur le terrorisme en Europe », Conseil de l'Europe, Doc. 4258, (1978) p. 19).

<sup>27</sup> Sur les travaux de l'époque, voy. notamment GRASS, R., « De la CEDH au traité sur l'Union européenne », in DELMAS-MARTY, M. (sous la dir. de), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, p. 5; LEPOIVRE, M., « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 », *CDE*, 1995, p. 323 et s.; CURTIN, D.M. et POWW, J.F.M., « La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne : une nostalgie d'avant Maastricht ? », *RMUE*, 1995, p. 15 et s.

L'amélioration de celle-ci, en tant que mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, s'est ainsi notamment trouvée au centre des travaux réalisés par le groupe *CPE-coopération judiciaire-affaires pénales*<sup>28</sup>. Ce dernier a élaboré cinq conventions, dont l'objectif était de mettre en œuvre, dans le cadre restreint des douze, des accords plus simples, plus opérationnels et mieux adaptés que ceux élaborés dans les mêmes matières par le Conseil de l'Europe<sup>29</sup> : il s'agit de la convention du 25 mai 1987 relative à l'application du principe *non bis in idem*, de l'accord du 25 mai 1987 relatif à l'application, entre les Etats membres des Communautés, de la convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées, de l'accord du 26 mai 1989 relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, de l'accord du 6 novembre 1990 relatif à la transmission des procédures répressives et de la convention du 13 novembre 1991 sur l'exécution des condamnations pénales. Ces travaux n'ont pas mené à de grands résultats au plan de l'effectivité puisqu'aucune de ces conventions n'est entrée en vigueur entre tous les Etats membres des Communautés<sup>30</sup>. Elles restaient pourtant encore très nettement attachées aux conventions préexistantes conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe de même qu'aux concepts classiques de souveraineté nationale et de territorialité.

**13.** Egalement conçue en tant que mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, la coopération judiciaire pénale développée à la même époque dans le cadre intergouvernemental des accords Schengen<sup>31</sup> s'est révélée plus effective : outre que ces accords sont entrés en vigueur entre les cinq Etats signataires originaires, ceux-ci ont progressivement entraîné dans leur sillage tous les autres Etats membres de l'Union européenne<sup>32</sup>, de même que la Norvège et l'Islande qui se sont vu reconnaître le statut de membres associés aux accords de Schengen<sup>33</sup>. La coopération judiciaire pénale Schengen n'en est pas moins restée

<sup>28</sup> DE GOUTTES, R., « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen », *op. cit.*, p. 11 et 12.

<sup>29</sup> GAUTIER, Y., « Titre VI : Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », in CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R. et SIMON, D., *Le Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 833 et s.

<sup>30</sup> Certaines sont néanmoins d'application entre quelques-uns d'entre eux.

<sup>31</sup> Ce sont principalement les titres III, intitulé « Police et sécurité » et IV, consacré à la mise en place du Système d'information Schengen (SIS), qui concernent la coopération judiciaire pénale.

<sup>32</sup> Dans l'ordre chronologique, les accords Schengen ont été signés par l'Italie le 27 novembre 1990, par l'Espagne et le Portugal le 25 juin 1991, par la Grèce le 6 novembre 1992, par l'Autriche le 28 avril 1995 et par le Danemark, la Suède et la Finlande le 19 décembre 1996. On notera qu'à leur demande, le Royaume-Uni et l'Irlande ont été autorisés à adhérer partiellement à l'acquis Schengen : ils sont ainsi liés par l'acquis Schengen relevant du troisième pilier tel qu'issu du traité d'Amsterdam, à savoir des secteurs policier et pénal (voy. les décisions du Conseil : pour le Royaume-Uni, *JOCE*, n° L 131, 1<sup>er</sup> juin 2000, p. 43 et s. et pour l'Irlande, *JOCE*, n° L 64, 7 mars 2002, p. 20 et s.).

<sup>33</sup> Ces deux Etats ont, en effet, conclu un accord de coopération avec les Etats Schengen lorsque le Danemark, la Suède et la Finlande ont accédé aux accords Schengen (accord dit de Luxembourg du 19 décembre 1996 entre les treize Etats membres de l'Union européenne

fort traditionnelle <sup>34</sup>. Elle s'inspire d'ailleurs dans une large mesure de certains des instruments adoptés par le groupe *CPE-coopération judiciaire-affaires pénales*, dont on a vu qu'ils étaient classiques. Ces dispositions apparaissent d'autant plus traditionnelles si on les compare avec les dispositions relatives à la coopération policière, qui, en organisant les observations et poursuites transfrontalières <sup>35</sup>, apportent certains tempéraments aux limites territoriales des compétences des autorités répressives.

*b. Le traité de Maastricht*

14. L'adoption du traité de Maastricht constitue une étape importante dans la mise sur pied d'un espace judiciaire pénal. Alors que jusque-là les travaux portant sur la justice et les affaires intérieures s'étaient développés, entre les Etats membres des Communautés européennes, dans diverses enceintes de nature purement intergouvernementale, le traité de Maastricht absorbe celles-ci et centralise l'ensemble de ces travaux, y compris ceux liés à la matière pénale. Il laisse toutefois se développer parallèlement la coopération Schengen. La centralisation qu'il opère a lieu au sein du titre VI du traité sur l'Union, surnommé le troisième pilier du traité <sup>36</sup>. Teinté de quelques nuances communautaires, ce pilier est néanmoins à nette prédominance intergouvernementale. Les décisions se prennent à l'unanimité. Par ailleurs, vu les instruments juridiques qu'il met à la disposition des quinze, le traité de Maastricht ne donne pas les moyens d'assurer beaucoup plus d'effectivité aux travaux réalisés en matière pénale que par le passé et, de fait, les actes adoptés dans ce cadre se sont révélés très peu efficaces <sup>37</sup>.

---

signataires des accords de Schengen, la République d'Islande et le Royaume de Norvège). Cet accord de Luxembourg était nécessaire afin de préserver le régime existant entre les cinq Etats nordiques en vertu de l'accord concernant la suppression du contrôle des passeports aux frontières internordiques signé à Copenhague le 12 juillet 1957, établissant l'Union nordique des passeports.

<sup>34</sup> Sur ces dispositions, voy. notamment RENAULT, G., *Schengen un modèle pour l'Europe pénale ?*, Dossiers du JT n° 6, Bruxelles, Larcier, 1995.

<sup>35</sup> Articles 40 et 41 de la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990.

<sup>36</sup> Dans le présent travail, nous recourons indifféremment aux deux expressions, « titre VI » et « troisième pilier ».

<sup>37</sup> Sur le troisième pilier du traité de Maastricht, voy. notamment, LABAYLE, H., « La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », in *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 147 et s. et, du même auteur, « L'application du titre VI du traité sur l'Union européenne et la matière pénale », *RSC*, 1995, p. 35 et s. ; « La coopération judiciaire en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », *RTDE*, 1997, p. 10. Voy. aussi DE KERCHOVE, G., « Les progrès des groupes de travail du troisième pilier en matière de coopération judiciaire », in DEN BOER, M. (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Maastricht, EIPA, 1997, p. 101 et s. ; FLORE, D. et TROOSTERS, R., « Maastricht in beweging », *Panopticon*, 1995, p. 301 et s. ; SCHUTTE, J.J.E., « Europese samenwerking inzake justitie en veiligheid », *Panopticon* 1992, p. 533 et s. ; ID., « Judicial Cooperation Under the Union Treaty », in MONAR, J. & MORGAN, R. (ed.), *The Third Pillar of the E.U. Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, Bruges, European Interuniversity Press, 1994, p. 181

**15.** Dans la mesure où, pour la plupart d'entre eux, les travaux réalisés sous Maastricht cherchent toujours à approfondir la coopération telle qu'organisée au sein du Conseil de l'Europe, ils ne confèrent pas encore d'orientation véritablement nouvelle aux travaux menés en matière pénale. Ils annoncent cependant un changement. Non seulement l'approfondissement recherché par rapport au cadre du Conseil de l'Europe va de plus en plus loin, comme en témoignent par exemple les deux conventions conclues en matière d'extradition, en particulier celle du 27 septembre 1996 qui s'engage dans la voie de la suppression de l'exception pour infraction politique, de la suppression de la double incrimination et de l'exception sur la base de la nationalité<sup>38</sup>. Mais des instruments novateurs visant à améliorer la coopération sur un plan plus pratique sont de plus adoptés, tels que l'action commune du 29 juin 1998 relative à la création d'un réseau judiciaire européen<sup>39</sup>, celle du 22 avril 1996 concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison<sup>40</sup> ou celle du 5 décembre 1997 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre par chacun des Etats membres de l'Union des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée<sup>41</sup>. Des travaux sont, en outre, lancés qui cherchent à rapprocher les législations pénales nationales<sup>42</sup>.

*c. Le traité d'Amsterdam et ses suites*

**16.** Le traité d'Amsterdam<sup>43</sup> poursuit le travail de centralisation entamé par le traité de Maastricht en intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne et injecte de nouveaux éléments communautaires dans le troisième pilier, qui demeure toutefois

---

et s. ; FORTESCUE, A., « La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le Traité de Maastricht », in NASCIMBENE, B. (dir.), *Da Schengen a Maastricht*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, p. 27 et s.

<sup>38</sup> Voy. entre autres les deux conventions conclues en matière d'extradition dans le cadre du troisième pilier de Maastricht. Il s'agit, d'une part, de la convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition (*JOCE*, n° C 78, 30 mars 1995, p. 1 et s.) et, d'autre part, de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre Etats membres de l'Union (*JOCE*, n° C 313, 23 octobre 1996, p. 11).

<sup>39</sup> *JOCE*, n° L 191, 7 juillet 1998, p. 4 et s. Sur ce réseau, voy. notamment WEYEMBERGH, A., « Vers un réseau judiciaire européen contre la criminalité organisée », *RDPC*, 1997, p. 868 et s.

<sup>40</sup> *JOCE*, n° L 105, 27 avril 1996, p. 1 et s.

<sup>41</sup> *JOCE*, n° L 344, 15 décembre 1997, p. 7 et s.

<sup>42</sup> Sur ces deux nouvelles directions prises sous Maastricht, voy. notamment SALAZAR, L., « La protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la lutte contre la corruption internationale dans l'instauration d'un espace judiciaire pénal européen », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, *op. cit.*, p. 295 et s.

<sup>43</sup> Sur le troisième pilier du traité d'Amsterdam, voy. notamment LABAYLE, H., « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 1997, p. 813 et s. ; MONAR, J., « EU Justice and Home Affairs after the Reform : an Assessment of the Treaty of Amsterdam Provisions », in *Le Traité d'Amsterdam, Journée d'études, Bruxelles, 5 juillet 1997*, Bruxelles, Institut d'Etudes européennes, 1997, p. 67 et s. ; BRIBOSIA, H., « Liberté, sécurité et justice : l'imbroglio d'un nouvel espace », *Annales d'Etudes européennes de l'UCL*, 1997, p. 45 et s. ; BIGO, D. « Les

encore à nette prédominance intergouvernementale. Il met à disposition de celui-ci des instruments juridiques destinés à donner une plus grande effectivité aux travaux réalisés.

17. En conférant comme nouvel objectif à l'Union le maintien et le développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice <sup>44</sup>, il introduit, en outre, des changements essentiels dans l'orientation des travaux menés en matière pénale. Suite à l'adoption du traité d'Amsterdam et au Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, qui est venu confirmer et a développé les options consacrées par le traité <sup>45</sup>, le fossé se creuse de plus en plus entre les travaux menés dans l'Union européenne et la coopération telle qu'on la connaît au sein du Conseil de l'Europe. Bien que la souveraineté nationale reste formellement intacte puisque les décisions en la matière se prennent toujours à l'unanimité, elle est de plus en plus érodée substantiellement ; l'autonomie des acteurs nationaux est progressivement affectée et les nuances apportées au principe de la territorialité deviennent de plus en plus nombreuses. Un véritable espace judiciaire pénal européen se met ainsi progressivement en place <sup>46</sup>.

18. Abstraction faite de la dimension externe du troisième pilier, qui, en dépit des développements intenses qu'elle connaît <sup>47</sup>, ne sera pas abordée dans la présente étude, les travaux menés afin d'instituer un espace judiciaire pénal relèvent de plus en plus nettement de trois pans distincts. Chacun de ceux-ci est empreint de la notion d'« espace ».

On retrouve, tout d'abord, les travaux qui visent à améliorer les mécanismes de coopération judiciaire pénale ou plus exactement à substituer à la coopération judiciaire pénale traditionnelle le processus de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Lancé en 1998 au Sommet européen de Cardiff <sup>48</sup>

---

non-dits de la sécurité intérieure », in DE LA SERRE, F. et LEQUESNE, C. (dir.), *Quelle Union pour quelle Europe ? L'après-traité d'Amsterdam*, Paris, Complexe, 1998, p. 43 et s. ; TEZCAN, E., « La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le cadre de l'Union européenne et le Traité d'Amsterdam », *CDE*, 1998, p. 661 et s. ; DE ZWAAN, J.W. and BULTENA, A.J., *Ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid*, Den Haag, SDU, 2003, p. 31 et s.

<sup>44</sup> Voy. les articles 2 et 29 UE.

<sup>45</sup> Sur Tampere, voy. entre autres ELSEN, C., « L'esprit et les ambitions de Tampere. Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures ? », *RMCUE*, 1999, p. 659 et s. ; AALTO, P., « Outcome of the Tampere European Council : Birth of a New Project for Europe ? », in CULLEN, P. & JUND, S. (ed.), *Criminal Justice Co-operation in the European Union after Tampere*, Trier, Era, 2002, p. 9 et s.

<sup>46</sup> Sur cette rupture, voy. DE KERCHOVE, G., « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le Sommet de Tampere », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., p. 3 et s.

<sup>47</sup> A ce sujet, voy. DE KERCHOVE, G., « Relations extérieures et élargissement », in DE KERCHOVE, G., et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 257 et s. ; voy. aussi l'ouvrage collectif suivant : DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003.

<sup>48</sup> Voy. Conseil européen de Cardiff, 15 et 16 juin 1998, conclusions de la présidence, SN 150/98, § 39.

et élevé au rang de pierre angulaire de la coopération par les conclusions de Tampere <sup>49</sup>, ce processus est représentatif de la notion d'espace puisqu'il implique que les décisions judiciaires prises dans un pays soient exécutées dans un autre aussi directement et immédiatement que possible. Il a débouché sur l'adoption de trois instruments : la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres <sup>50</sup>, celle du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve <sup>51</sup> et celle relative aux sanctions pécuniaires, qui n'a, pour sa part, pas encore été adoptée formellement mais a fait l'objet d'un accord politique au sein du Conseil Justice et Affaires intérieures <sup>52</sup>.

Le deuxième pan des travaux dans le domaine pénal consiste dans la mise en place d'« acteurs » européens. Ceux-ci se multiplient <sup>53</sup>, mais c'est probablement Eurojust, qui paraît le mieux illustrer cette dimension des travaux. Lancée à Tampere <sup>54</sup>, puis confirmée dans le traité de Nice <sup>55</sup>, cette idée de mettre sur pied une unité européenne de coopération judiciaire a été concrétisée par l'adoption d'une

---

<sup>49</sup> Voy. le § 33 des conclusions de Tampere. Sur le processus de la reconnaissance mutuelle en matière pénale au sein de l'Union en général, voy. A.H.J. SWART, *Een ware Europese rechtsruimte – Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie*, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar in de Europese strafrechtelijke samenwerking aan de Universiteit van Amsterdam op 9 maart 2001, Deventer, Gouda Quint, 2001 ; WEYEMBERGH, A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspective », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op. cit., p. 26 et s. ; ID., « Droit pénal et reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne », *JTDE*, 2001, p. 193 et s. ; ID., « La reconnaissance et l'exécution des décisions pénales », in DE LEVAL, G. et STORME, M. (sous la dir. de), *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 457 et s. ; DESCAMPS, M.H., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in FLORE, D. (sous la dir. de), *Actualités de droit pénal européen*, op. cit., p. 85 et s.

<sup>50</sup> JOCE, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 et s.

<sup>51</sup> Décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JOCE, n° L 196, 2 août 2003, p. 45 et s.

<sup>52</sup> Cette décision-cadre a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil Justice et Affaires intérieures du 8 mai 2003 (Conseil Justice et Affaires intérieures du 8 mai 2003, doc.). Le texte sur lequel porte cet accord figure dans le doc. 8889/03, 2 mai 2003.

<sup>53</sup> Voy. notamment NILSSON, H.G., « Proliferation or Concentration of the Actors in the JHA Area ? », in DE KERCHOVE, G., et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 63 et s.

<sup>54</sup> Voy. le § 46 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

<sup>55</sup> Article 31, § 2 UE.

décision du 28 février 2002 <sup>56</sup>. Les équipes communes d'enquêtes <sup>57</sup> sont également particulièrement représentatives de la notion d'espace puisque, en permettant aux autorités judiciaires <sup>58</sup> d'un Etat d'intervenir sur le territoire d'un autre Etat membre en liaison et en accord avec les autorités de ce dernier, elles dérogent au principe de la territorialité.

Quant au troisième pan, il s'agit du rapprochement des législations pénales : lancé sous Maastricht, il s'est développé depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Nous y reviendrons longuement dans nos développements puisque ce pan est au cœur du présent travail.

*d. Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe*

**19.** Le domaine pénal fait partie des secteurs auxquels le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe apporte les changements les plus importants. Conformément à l'une des deux « règles d'or » dégagées par le groupe de travail X, chargé par la Convention sur l'avenir de l'Union, des questions liées à la justice et aux affaires intérieures <sup>59</sup>, le projet propose de mettre un terme à la méthode intergouvernementale qui caractérise jusqu'ici le troisième pilier. C'est d'ailleurs toute la structure du traité en trois piliers qui est supprimée. Moyennant quelques tempéraments, le secteur pénal est donc soumis aux règles et procédures communautaires, et ce entre autres au point de vue des instruments à disposition, dont l'effectivité devrait ainsi être renforcée, de la procédure décisionnelle et du principe de l'adoption des décisions à la majorité qualifiée.

**20.** L'objectif consistant à mettre sur pied un espace de liberté, de sécurité et de justice est maintenu. Il devient même le deuxième objectif de l'Union <sup>60</sup> et est mentionné, comme le marché intérieur par exemple, parmi les domaines de compétences partagées

---

<sup>56</sup> Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOCE*, n° L 63, 6 mars 2002, p. 1 et s. Sur Eurojust, voy. entre autres DE BIOLLEY, S., « La coordination des enquêtes et des poursuites : la mise en place d'Eurojust », in FLORE, D. (sous la dir. de), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 167 et s.

<sup>57</sup> La création de telles équipes communes d'enquête était prévue par le traité d'Amsterdam (article 32 UE) et par la convention relative à l'entraide judiciaire pénale de mai 2000 (article 13, *JOCE*, n° C 197, 12 juillet 2000, p. 1 et s.). Conformément aux conclusions de Tampere notamment, puis au plan d'action de l'Union européenne contre le terrorisme, une décision-cadre relative aux équipes communes d'enquête a été adoptée le 13 juin 2002, dans un premier temps pour lutter contre le trafic de drogue, la traite des êtres humains et le terrorisme (*JOCE*, n° L 162, 20 juin 2002, p. 1 et s.).

<sup>58</sup> Les autorités judiciaires ne sont pas les seules concernées. Les autorités douanières et policières le sont également (voy. entre autres l'article 32 UE).

<sup>59</sup> Voy. le rapport final du groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice », CONV 426/02, 2 décembre 2002.

<sup>60</sup> Voy. l'article 3, § 2 de la première partie du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe : « L'Union offre à ses citoyennes et à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, et un marché unique où la concurrence est libre et non faussée ».

entre l'Union et les Etats membres <sup>61</sup>. Un chapitre – le chapitre IV – lui est consacré dans le titre III de la troisième partie du projet de traité. C'est la section 4, intitulée « coopération judiciaire en matière pénale » <sup>62</sup>, qui centralise l'essentiel des matières sur lesquelles porte notre étude. On y retrouve les trois pans précités de l'espace judiciaire pénal européen. Il y a tout d'abord la coopération judiciaire pénale, dont il est dit qu'elle « est fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle » <sup>63</sup>. Ce processus, caractéristique de la notion d'espace, se voit ainsi expressément consacré dans le texte même du traité. Viennent ensuite le rapprochement des législations, de même que la mise sur pied d'acteurs, en particulier Eurojust. Le projet de traité mérite naturellement de bien plus amples développements, nous y reviendrons tout au long de cet ouvrage.

## 2. *Un espace judiciaire pénal européen au service de la lutte contre la criminalité*

21. L'espace judiciaire pénal européen est principalement tourné vers la lutte contre la criminalité, c'est-à-dire vers la recherche, la poursuite et la condamnation des auteurs d'infractions. Ce fut le cas dès le lancement des travaux réalisés dans le domaine pénal entre les Etats membres des Communautés européennes. Sous le traité de Maastricht, qui était pour le moins imprécis quant aux objectifs à poursuivre en la matière, cette préoccupation est restée centrale <sup>64</sup>. Elle a été maintenue en bonne place dans le cadre du traité d'Amsterdam, comme en témoignent les objectifs plus précis qu'il fixe <sup>65</sup> et comme l'implique aussi la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice <sup>66</sup>, le nouvel objectif général que le traité assigne à l'Union. L'importance de la lutte contre la criminalité est encore confirmée par une série de textes programmatoires, de déclarations, d'initiatives et d'instruments concrets <sup>67</sup> ; elle est bien présente aussi dans le projet de traité constitutionnel <sup>68</sup>.

22. Si la préoccupation est ancienne, ses contours ont toutefois évolué au fil du temps. Ils se sont en quelque sorte adaptés au contexte du moment.

---

<sup>61</sup> Article 13 de la première partie du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe.

<sup>62</sup> Cette section comprend les articles 171 à 175.

<sup>63</sup> Article 171, § 1<sup>er</sup> de la troisième partie du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe.

<sup>64</sup> FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 126 ; WEYEMBERGH, A., « La coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 177.

<sup>65</sup> Voy. entre autres l'article 29, § 2 UE.

<sup>66</sup> Voy. les articles 2 et 29, § 1<sup>er</sup> UE.

<sup>67</sup> A cet égard, voy. WEYEMBERGH, A., « La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité ? », *RBDI*, 2000, p. 624 et s.

<sup>68</sup> Voy. par exemple l'article 158, § 3 de la troisième partie du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe.

Nous l'avons vu, il s'agissait essentiellement au départ de faire face à l'« euroterrorisme »<sup>69</sup>. La coopération judiciaire pénale s'est ensuite développée entre les Etats membres des Communautés européennes dans la perspective du marché intérieur, en tant que mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, pour éviter que celle-ci ne bénéficie aux criminels. Ce lien entre les mesures destinées à assurer la libre circulation des personnes et les mesures visant à lutter contre la criminalité était encore très étroit sous Maastricht<sup>70</sup>. Le traité d'Amsterdam le maintient<sup>71</sup> mais l'a néanmoins fortement distendu. C'est la conséquence de ce que l'espace de liberté, de sécurité et de justice est désormais un objectif autonome, qui n'a plus besoin de rechercher sa justification dans d'autres objectifs du traité<sup>72</sup>.

Les mesures destinées à lutter contre la criminalité sont désormais mises au service de cet espace. Elles ne visent plus simplement à compenser la suppression des contrôles aux frontières intérieures. L'on s'est en effet progressivement aperçu que la criminalité profite bien moins de cette suppression que de la porosité généralisée et de la perméabilité croissante des frontières résultant de la mondialisation<sup>73</sup>. Il s'agit donc plus largement de s'adapter à l'exploitation par les criminels de la mondialisation<sup>74</sup>. Non seulement l'extension croissante et l'intensification au-delà des frontières nationales des transports, des communications, des échanges, etc. offrent aux criminels de nouveaux moyens pour perpétrer leurs méfaits mais elles leur permettent également d'accroître le profit qu'ils en retirent ou de « blanchir » plus facilement le produit de leurs crimes. Elles favorisent par ailleurs l'apparition de quantité de nouvelles formes de criminalité, comme la cybercriminalité. C'est principalement sur la nécessité de faire face à ces nouveaux défis que reposent les

---

<sup>69</sup> Les propositions contenues dans le projet français d'« espace judiciaire pénal européen » ne concernaient pas uniquement la lutte anti-terroriste, elles n'en ont pas moins été profondément marquées par ce contexte. A cet égard, la presse est particulièrement éclairante, voy. entre autres, *Le Figaro*, 5 et 7 décembre 1977 ; *Le Monde*, 6 décembre 1977 ; *L'Aurore*, 6 décembre 1977.

<sup>70</sup> Voy. l'article K 1 du traité.

<sup>71</sup> Voy. l'article 2 UE et l'article 61 e) CE. Dans le même sens, voy. le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOCE*, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s., § 5 et 6.

<sup>72</sup> A cet égard, voy. notamment DE LOBKOWICZ, W., *L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes*, Paris, la Documentation française, 2002, p. 112.

<sup>73</sup> Outre que les contrôles aux frontières n'ont jamais servi de rempart absolu contre la criminalité, les nouvelles difficultés dans la lutte contre la criminalité ne se rencontrent pas seulement dans les Etats qui appartiennent à des ensembles géographiques caractérisés par une suppression des contrôles aux frontières intérieures.

<sup>74</sup> Sur l'exploitation de la mondialisation par les criminels, voy. entre autres SOMMIER, I., *Les mafias*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 92 et s. ; RAUFER, X. et QUÉRÉ, S., *Le crime organisé*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2001, p. 9 et s. ; STORBECK, J., « Threats Caused by Organized Crime in Europe », in DE RUYVER, B., VERMEULEN, G. et VANDER BEKEN, T. (ed.), *Strategies of the EU and the US in Combating Transnational Crime*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002, p. 49.

efforts fournis pour dépasser la coopération judiciaire pénale traditionnelle et mettre en place un espace judiciaire pénal européen. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui ont pris position dans ce sens <sup>75</sup> et, parmi eux, certains magistrats <sup>76</sup>. Quelques-unes de leurs déclarations sont restées célèbres. Il suffit de songer au fameux « appel de Genève » <sup>77</sup>. Selon ses signataires <sup>78</sup>, « pour avoir une chance de lutter contre [la] criminalité (...), il est urgent d'abolir les protectionnismes dépassés en matière (...) judiciaire. Il devient nécessaire d'instaurer *un véritable espace judiciaire européen* au sein duquel les magistrats pourront, sans entraves autres que celles de l'Etat de droit, rechercher et échanger les informations utiles aux enquêtes en cours (...) » <sup>79</sup>.

### C. D'un « espace judiciaire pénal européen » à un « espace européen de justice pénale »

**23.** Les travaux menés en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne sont toujours nettement dominés par la lutte contre la criminalité. On constate en effet d'indiscutables résistances à tenir compte et à développer d'autres considérations que celles liées à la recherche, à la poursuite et à la condamnation des auteurs des infractions. Si l'espace judiciaire pénal européen demeure donc encore le cadre d'action dans lequel s'inscrivent la plupart des travaux de l'Union, certains éléments annoncent toutefois la mise sur pied d'un espace commun de justice plus global. L'espace judiciaire pénal européen préfigurerait ainsi la mise en place d'un projet plus large d'« espace européen de justice pénale », couvrant l'ensemble du processus pénal et des personnes concernées par le processus pénal, allant de la prévention à la restauration du lien social, c'est-à-dire l'accompagnement de la victime et la réinsertion sociale des condamnés <sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Nombreux sont ceux provenant de milieux politiques, académiques, etc. qui ont dénoncé le paradoxe existant entre la persistance des frontières juridiques et l'apparition d'un monde sans frontières : voy. notamment STRAW, J., « Dangerosité des phénomènes de criminalité organisée et difficultés rencontrées par les praticiens » et LABAYLE, H., « De nouveaux instruments pour un espace judiciaire européen : aspects normatifs », in *L'espace judiciaire européen*, Actes du colloque organisé en Avignon le 16 octobre 1998, Paris, la Documentation française, 1999, p. 86 et 130.

<sup>76</sup> Voy. entre autres ZANOTO, J.-P., « Le point de vue d'un praticien », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., p. 337 et s.

<sup>77</sup> Voy. également d'autres « appels », tels que les conclusions du colloque « La justice entravée » qui s'est tenu à Bruxelles, les 12 et 13 décembre 1997 et qui était organisé par l'Association des magistrats européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL).

<sup>78</sup> Sept magistrats européens de première ligne l'ont signé. Il s'agit de Bernard Bertossa (procureur général de Genève), Edmondo Bruti Liberati (membre du Conseil supérieur italien de la magistrature), Gherardo Colombo (substitut du procureur de Milan), Benoît Dejemepe (procureur du Roi à Bruxelles), Baltasar Garzon Real (juge d'instruction à Madrid), Carlos Jimenez Villarejo (chef du Parquet anti-corruption de Madrid) et Renaud Van Ruymbeke (conseiller à la Cour d'appel de Rennes).

<sup>79</sup> Le texte de l'appel de Genève a été notamment publié dans l'ouvrage de ROBERT, D., *La justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996, p. 331 et s. (c'est nous qui soulignons).

<sup>80</sup> Ce « saut qualitatif » était déjà suggéré en 1995 par FLORE, D., « Vers une justice pénale européenne : l'apport de l'Union européenne », op. cit., p. 377 et s.

24. Les objectifs poursuivis par les travaux menés dans le domaine pénal se sont diversifiés. Cette diversification a fait suite à l'adoption du traité d'Amsterdam et à l'assignation par celui-ci à l'Union du nouvel objectif général de se maintenir et de se développer en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice <sup>81</sup>. Elle est la conséquence logique de l'insertion des concepts de liberté et de justice aux côtés de celui de sécurité <sup>82</sup>, conséquence d'autant plus logique que le caractère indissociable de ces trois notions et la nécessité d'assurer un équilibre entre elles ont été soulignés à de multiples reprises <sup>83</sup>, entre autres par le plan de Vienne. Outre qu'il cherche à définir chacun des trois concepts <sup>84</sup>, ce dernier insiste sur le fait qu'ils sont intimement liés, que la pleine réalisation de l'un suppose celle des autres <sup>85</sup>. Conformément à ces considérations, les objectifs poursuivis par l'Union dans le secteur pénal se sont donc élargis. L'élargissement concerne la lutte contre la criminalité elle-même puisqu'il ne s'agit plus seulement de réprimer la criminalité mais aussi de la prévenir <sup>86</sup>. Il touche aussi d'autres aspects de la justice pénale que la lutte contre la criminalité, comme les garanties procédurales <sup>87</sup> et l'accès à la justice <sup>88</sup>. Cet élargissement a été confirmé par le biais de divers instruments programmatiques. Parmi ceux-ci, on mentionnera le deuxième programme de lutte contre la criminalité organisée intitulé « Prévention et répression de la criminalité : une stratégie de l'Union européenne pour le début du prochain millénaire » <sup>89</sup>, qui, comme son nom l'indique, est essentiel en matière de prévention. On citera également les conclusions de Tampere, qui, recourant elles-mêmes à l'expression « un véritable espace européen de justice », confirment l'importance du volet prévention de la criminalité <sup>90</sup> et poussent notamment à la

---

<sup>81</sup> A ce sujet, voy. FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *op. cit.*, p. 121 et s.

<sup>82</sup> DE KERCHOVE, G., « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in DE KERCHOVE, G. ET WEYEMBERGH, A., *Vers un espace judiciaire pénal européen*, *op. cit.*, p. 4 et 5.

<sup>83</sup> Communication de la Commission intitulée « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice », COM (1998) 459 final, p. 1; l'intervention du commissaire européen en charge de la justice et des affaires intérieures, A. VITORINO, lors du débat public qui s'est tenu à Bruxelles, le 4 avril 2000 et qui s'intitulait « L'Europe de liberté, de sécurité et de justice : promesse lointaine ou à portée de main ? »; voy. aussi le débat public sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui s'est tenu lors du Conseil Justice et Affaires intérieures du 29 octobre 1999, 2211<sup>e</sup> session du Conseil, Press Release 12123/99, Presse 320; BORCHARDT, G., « Vers un espace judiciaire européen : aspects institutionnels », in *L'espace judiciaire européen*, Actes du colloque d'Avignon du 16 octobre 1998, Paris, la Documentation française, 1999, p. 126.

<sup>84</sup> Nous reviendrons à ces définitions au cours de nos développements.

<sup>85</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JOCE, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s., § 5.

<sup>86</sup> Article 29 UE et le § 11 du plan de Vienne.

<sup>87</sup> Voy. § 19 du plan.

<sup>88</sup> Voy. § 15 et 20 du plan.

<sup>89</sup> JOCE, n° C 124, 3 mai 2000, p. 1 et s.

<sup>90</sup> Voy. les § 6, 41 et 42 des conclusions de Tampere.

fixation de normes minimales pour la protection des victimes de la criminalité, en ce qui concerne notamment leur accès à la justice et leur droit à réparation<sup>91</sup>. Quant aux versions successives du tableau de bord de la Commission pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, il en ressort également que l'Union est bien sur la voie de l'établissement d'un espace européen de justice pénale<sup>92</sup>.

Au plan des initiatives qui cherchent à concrétiser ces nouvelles orientations, la diversification influence chacun des trois pans des travaux précédemment identifiés<sup>93</sup>. C'est en particulier le cas du premier, qui porte sur la coopération judiciaire pénale ou le processus de la reconnaissance mutuelle. Comme en témoigne le programme de mesures qui le concerne<sup>94</sup>, ce processus est destiné à s'appliquer à tous les stades de la procédure et concerne toutes les parties intéressées : il devrait ainsi notamment permettre d'aborder des questions telles que les confiscations aux fins de restitution aux victimes<sup>95</sup> et devrait aussi comprendre l'adoption de mesures liées au transfèrement des personnes condamnées afin de favoriser leur réinsertion sociale<sup>96</sup> ou des mesures relatives aux décisions prises dans le cadre du suivi postpénal, telles qu'une libération conditionnelle par exemple<sup>97</sup>. Les deux autres pans des travaux de l'Union dans le domaine pénal sont, eux aussi, marqués par un élargissement de leurs objectifs. En ce qui concerne les acteurs européens, on mentionnera l'établissement d'un réseau européen de prévention de la criminalité<sup>98</sup> de même que le projet de réseau européen

---

<sup>91</sup> § 32 des conclusions de Tampere.

<sup>92</sup> Voy. ses diverses versions. Pour la dernière en date, à savoir celle couvrant le second semestre 2002, voy. le document COM (2002) 738 final, 16 décembre 2002.

<sup>93</sup> Certaines initiatives qui témoignent d'une telle diversification ne ressortent pas nettement d'un des trois pans de l'espace pénal. C'est le cas de la résolution des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, concernant le traitement des toxicomanes en prison (doc. 6087/03, approuvé les 27 et 28 février 2003) et de la résolution des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, pour l'intégration dans le système national de santé de la prise en charge effective (diagnostic, interventions rapides et réorientation) et du traitement médicalement assisté des patients qui présentent une dépendance aux substances psychoactives (doc. 10015/1/03, le texte est finalisé et devrait être approuvé prochainement).

<sup>94</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, approuvé par le Conseil Justice et Affaires intérieures du 30 novembre 2000 et publié au *JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et s.

<sup>95</sup> Alors que cette question était initialement couverte par la proposition de décision-cadre visant à appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (doc. 13765/03, 28 octobre 2003), elle en a été exclue en cours de négociations mais devrait prochainement être abordée.

<sup>96</sup> Voy. notamment le point 3.1.3. du programme de mesures, *op. cit.*, p. 17.

<sup>97</sup> Voy. notamment le point 4 du programme de mesures, *op. cit.*, p. 18. Il est à noter que la Belgique a cherché à introduire un projet de décision-cadre destinée à appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle à la libération conditionnelle. Ce projet a cependant avorté.

<sup>98</sup> Décision du 28 mai 2001 instituant un réseau européen de prévention de la criminalité (*JOCE*, n° L 153, 8 juin 2001, p. 1 et s.).

de points de contact nationaux pour la justice réparatrice <sup>99</sup>. Quant au rapprochement des législations, il suffit de renvoyer à la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales <sup>100</sup>. L'on pense aussi aux travaux lancés par la Commission, qui visent à rapprocher les garanties procédurales <sup>101</sup>.

**25.** Comme il comporte certaines dispositions expresses consacrées aux droits des personnes dans la procédure pénale et aux droits des victimes <sup>102</sup>, le projet de traité constitutionnel paraît certes poursuivre la route vers l'instauration d'un espace européen de justice pénale. Il demeure cependant encore fort prudent à cet égard. Ses dispositions dans le domaine de la prévention notamment en témoignent : la prévention du crime apparaît expressément dans le chapitre IV consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice mais de manière fort timide <sup>103</sup>.

#### **D. D'un « espace pénal européen » à un « territoire pénal européen » ?**

**26.** Il ressort des considérations qui précèdent que l'espace pénal européen reste un objet mouvant. Ses contours et son orientation définitive ne sont pas déterminés. Nombreuses sont les interrogations qui subsistent.

**27.** Tandis que le passage d'un espace judiciaire pénal européen à un espace européen de justice pénale renvoie aux différents aspects des politiques pénales couverts, il est des questions qui renvoient à la notion d'espace elle-même et peuvent être ramenées à cette problématique fondamentale du degré recherché de porosité ou de perméabilité des frontières pénales. Dans le prolongement de cette problématique, surgit une autre interrogation : s'agira-t-il à terme d'envisager l'abolition des frontières pénales, ce qui impliquerait de remplacer la notion d'« espace » par celle de « territoire », le « territoire pénal européen » se substituant ainsi à l'« espace pénal européen » ?

**28.** Certes, la perspective d'un territoire pénal européen, d'inspiration fédéraliste et caractérisé par la mise sur pied d'un corps d'organes européens tels qu'un procureur ou une juridiction pénale européenne <sup>104</sup>, qui relèveraient d'un ordre juridique européen propre, appliqueraient un droit pénal européen et auraient des pouvoirs

---

<sup>99</sup> Voy. le doc. 10575/02, 4 juillet 2002 et la note explicative figurant dans le doc. 10575/02 ADD. 1, 10 juillet 2002.

<sup>100</sup> Décision-cadre du 15 mars 2001 sur la situation des victimes dans le cadre des procédures pénales, *JOCE*, n° L 82, 22 mars 2001, p. 1 et s.

<sup>101</sup> Voy. le livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2003) 75 final, 19 février 2003.

<sup>102</sup> Article 171, § 2 de la troisième partie du projet de traité constitutionnel.

<sup>103</sup> Voy. les articles 158, § 3 et 173 de la troisième partie. Aux termes de ce dernier article : « La loi ou loi-cadre européenne peut établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des Etats membres dans le domaine de la prévention du crime. Ces mesures ne peuvent pas comporter le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ».

<sup>104</sup> A cet égard, voy. FLORE, D., « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 9 et s.

opérationnels et contraignants sur tout le territoire, paraît appartenir à un horizon fort lointain, pour ne pas dire utopique. Un véritable espace judiciaire pénal européen se met en effet à peine en place. Les entités européennes, comme Eurojust, ne sont pas comparables à des organes européens intégrés : ils ne sont encore que des acteurs qui soutiennent la coopération judiciaire pénale et ont parfois bien du mal à trouver leurs marques. Quant à un espace européen de justice pénale, il n'en est qu'à ses tout premiers balbutiements.

L'évolution en matière pénale tant au plan international qu'au plan européen nous enseigne cependant que certains changements ne sont pas toujours aussi éloignés ou utopiques qu'on pourrait le croire <sup>105</sup>. Un certain Lamartine ne disait-il pas que « l'utopie n'est pas autre chose qu'une réalité anticipée » ?

La possibilité d'évoluer vers un territoire pénal européen nous semble devoir être prise en compte. Il y sera donc fait référence dans le présent travail, même s'il a pour cadre principal la notion plus modeste d'un espace pénal européen. Une « territorialité européenne » de même que l'instauration d'un procureur européen ont d'ailleurs d'ores et déjà été envisagées par le fameux *corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne* <sup>106</sup>. Certaines de ses orientations ont été reprises par le livre vert de la Commission européenne sur la protection des intérêts financiers de la Communauté et l'établissement d'un procureur européen <sup>107</sup>. Enfin, on ne saurait terminer ces considérations sur un territoire pénal européen sans mentionner cette disposition du projet de traité constitutionnel aux termes de laquelle « (...) une loi européenne du Conseil des ministres peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust » <sup>108</sup>. Les propositions initiales faites sur ce point par le projet sont d'autant plus étonnantes qu'elles ne limitent pas le champ d'intervention du Parquet en question aux fraudes communautaires mais l'étendent à la criminalité grave ayant une dimension transfrontière ainsi qu'aux infractions portant atteinte aux intérêts de l'Union <sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> A cet égard, voy. notamment MASSÉ, M., « L'utopie en marche », in HENZELIN, M. & ROTH, R., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Genève, Bruxelles, LGDJ, Georg, Bruylant, 2002, p. 151.

<sup>106</sup> DELMAS-MARTY, M. (sous la dir. de), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997. Sur le principe de la territorialité européenne dans le *corpus juris*, voy. entre autres DE ANGELIS, F. et SICURELLA, R., « Vers un espace judiciaire européen ? : un *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *RMUE*, 1997, p. 123 et s.

<sup>107</sup> COM (2001)715, 11 décembre 2001.

<sup>108</sup> Article 175 de la troisième partie du projet de traité constitutionnel.

<sup>109</sup> On notera toutefois qu'au cours de la Conférence intergouvernementale, l'ambition de ces propositions initiales a été revue à la baisse : la proposition faite par la Présidence italienne à Naples en novembre 2003 visait en effet à réduire le champ d'intervention du Parquet aux seules infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne (voy. CIG 52/03 ADD 1, PRESID 10, 25 novembre 2003).

## II. HYPOTHESE DE TRAVAIL ET OBJET CENTRAL DE LA RECHERCHE, LE RAPPROCHEMENT DES LEGISLATIONS PENALES

### A. Hypothèse de travail

29. Notre hypothèse de travail est que l'espace pénal européen se construit d'une manière peu cohérente par rapport aux objectifs généraux que s'est donnés l'Union européenne, en particulier par rapport à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Cette hypothèse sera vérifiée à travers deux axes de recherches. Le premier est relatif à l'importance du rapprochement des législations pénales. Nous montrerons que l'acquis en la matière est limité et, qu'étant indispensable à la réalisation des objectifs de l'espace pénal européen, le rapprochement doit être développé. Le second axe porte sur le contenu et la forme du rapprochement. Il s'agira de mettre en évidence, par le biais de certaines critiques, combien contenu et forme dans leur état actuel sont problématiques eu égard aux objectifs de l'Union, surtout relativement à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

### B. L'objet central de la recherche

30. Plutôt que de nous concentrer sur un secteur de la criminalité en particulier ou sur un instrument spécifique, nous avons opté pour un objet de recherche plus transversal : le rapprochement des législations pénales en général, qui constitue un des trois pans de l'espace pénal en construction. Etant au cœur de nos deux axes de recherches, le rapprochement doit être défini. Pour ce faire, nous précisons le sens que nous attribuons à la notion de « rapprochement des législations pénales » (1). Nous mettrons également en évidence son caractère particulièrement délicat. C'est parce que le rapprochement est le pan le plus sensible de l'espace pénal européen que nous l'avons choisi comme thème central de recherche. Il constitue en effet le point de cristallisation des tensions et difficultés qui marquent la mise en place de cet espace. Le caractère délicat du rapprochement des législations pénales sera omniprésent dans nos développements (2).

#### 1. La notion de rapprochement des législations pénales

31. Le traité de Maastricht ne recourait pas à l'expression « rapprochement des législations » dans les dispositions de son troisième pilier.

Tel que modifié par le traité d'Amsterdam, il y fait trois fois appel : une première fois à l'article 29, § 2 qui présente le « rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des Etats membres conformément à l'article 31 e) » comme un des moyens de prévenir et de lutter contre la criminalité ; les deux autres fois à l'article 34, § 2, b) et c). Ces dispositions définissent respectivement les décisions-cadres et les décisions. Les premières sont spécifiquement destinées « au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires », les secondes à toute autre fin conforme aux objectifs du troisième pilier, « à l'exclusion de tout rapprochement des dispositions législatives et réglementaires ». La notion de rapprochement revient, par ailleurs, très fréquemment dans les différents textes de nature programmatique qui visent à mettre

en œuvre les dispositions du troisième pilier du traité d'Amsterdam <sup>110</sup>, de même que dans les instruments qui cherchent à les concrétiser <sup>111</sup>. Quelques indications sont fournies par l'article 31 e) du traité sur le contenu du rapprochement à entreprendre : il stipule ainsi qu'il faut « adopter progressivement 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 ». Bien qu'ayant été complétées par les divers textes de nature programmatrice précités, ces quelques données ne suffisent pas à cerner totalement les contours de la formule « rapprochement des législations pénales ».

Le projet de traité constitutionnel, quant à lui, recourt également aux termes « rapprochement des législations pénales ». Ils sont notamment mentionnés dans l'article 158, § 3 de sa troisième partie mais sans précision quant à leur signification profonde. Le « rapprochement des dispositions législatives et réglementaires » réapparaît à l'article 171, § 1<sup>er</sup>, qui renvoie aux indications contenues dans son § 2 et à l'article 172. De ces deux dernières dispositions, il ressort qu'il s'agit d'établir soit des règles minimales portant sur diverses questions de procédure pénale <sup>112</sup> soit des règles minimales « relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de la criminalité grave et qui revêtent une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes » <sup>113</sup>. Certes, d'autres précisions sont ensuite apportées sur les champs de la criminalité visés, qui sont plus développées et vont plus loin que celles contenues dans l'article 31 e) UE <sup>114</sup>. Ces dispositions concernent cependant principalement le contenu des travaux de rapprochement et ne nous paraissent pas de nature à remédier au flou qui entoure la notion et dont témoigne notamment l'usage pour le moins hasardeux qui en est fait dans la pratique par les institutions européennes elles-mêmes <sup>115</sup>.

**32.** Il est dès lors crucial de préciser le sens que revêtiront, pour nous, dans ce travail, les termes qui composent l'expression « rapprochement des législations pénales ». Nous tenterons de le faire, tout en étant consciente des dangers inhérents à vouloir emprisonner des concepts aussi vastes dans des carcans bien souvent trop étroits pour rendre compte d'une réalité fort complexe, d'autant plus complexe que nous abordons

---

<sup>110</sup> Voy. par exemple le plan de Vienne (*JOCE*, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s.), les conclusions de Tampere (Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence, SN 200/99, § 48).

<sup>111</sup> Les diverses décisions-cadres consacrées au rapprochement des législations pénales se réfèrent bien sûr à ce terme, pour la plupart dans leur préambule.

<sup>112</sup> Voy. article 171, § 2 de la troisième partie du projet de traité constitutionnel.

<sup>113</sup> Voy. article 172, § 1<sup>er</sup> de la troisième partie du projet de traité constitutionnel.

<sup>114</sup> Voy. article 172, § 2, 3, 4 de la troisième partie du projet de traité constitutionnel.

<sup>115</sup> A cet égard, voy. en particulier le livre vert de la Commission européenne sur la protection des intérêts financiers de la Communauté et l'établissement d'un procureur européen COM (2001) 715, 11 décembre 2001, de même que son livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2003) 75 final, 19 février 2003.

ici un chantier, un espace en construction. Nous commencerons par nous pencher sur le premier élément de ladite formule, à savoir le terme « rapprochement » (a). Nous analyserons ensuite le sens des notions « législations pénales », soit l'objet du rapprochement (b).

a. *La notion de « rapprochement »*

**33.** Il convient avant tout de distinguer le rapprochement de cette notion classique et bien connue des comparatistes qu'est la réception d'un droit ou de certains aspects de celui-ci. En vertu de celle-ci, un Etat A accueille ou reçoit le droit d'un Etat B, sans qu'il y ait un accord entre eux <sup>116</sup>. Il s'agit d'un phénomène important qui peut avoir pour effet de rapprocher certains droits pénaux nationaux : avec le développement des relations et des échanges entre Etats, les modèles étrangers revêtent en effet une importance primordiale et peuvent servir de source d'inspiration pour introduire des changements dans un ordre interne donné. Nous ne traiterons pas de la réception dans le présent travail. Le critère principal permettant de distinguer celle-ci de la notion de rapprochement, au sens où nous l'entendons, réside dans la nature consensuelle et réciproque de ce dernier. Le rapprochement repose, en effet, à l'inverse de la réception, sur un accord passé entre les Etats concernés et est marqué par l'idée de réciprocité, d'échange d'influences entre les systèmes. Parce qu'il est basé sur un accord, le rapprochement apparaît en quelque sorte moins diffus et plus organisé que la réception.

La notion de rapprochement, au sens que nous lui donnons dans ce travail, doit être distinguée de la méthode ouverte de coordination (MOC), méthode, dont il a été fait usage dans le cadre de l'Union, dans d'autres matières que le pénal, telles le secteur de l'emploi. Il ne s'agit nullement de nier ici que la MOC peut avoir pour effet de rapprocher les droits nationaux <sup>117</sup>. Elle n'en constitue pas moins une démarche différente du rapprochement tel que nous le définirons dans les lignes qui suivent : ce qui la caractérise, c'est entre autres son caractère non contraignant tandis que le rapprochement, même s'il repose sur un accord entre Etats, emporte une contrainte.

**34.** Dans son sens courant, le mot « rapprochement » peut bien sûr être défini comme « l'action de rapprocher » ou « de mettre plus près », comme « l'établissement ou le rétablissement d'un contact » <sup>118</sup>. Il évoque un « mouvement dans l'espace, la réduction d'une distance entre deux objets » <sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> L'on notera que la réception peut être voulue par l'Etat importateur ou, à l'inverse, imposée par l'Etat exportateur (PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2002, p. 213 et s.).

<sup>117</sup> Sur l'intérêt du recours à la MOC dans le secteur des droits fondamentaux et l'émergence de solutions harmonisées qu'elle est de nature à favoriser, voy. notamment RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX (CFR-CDF), rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002, 31 mars 2003, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003, vol. 1, p. 24.

<sup>118</sup> Voy. *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993.

<sup>119</sup> VIGNES, D., « Le rapprochement des législations », in *Commentaire Mégret, Droit de la CEE*, vol. 5, *Dispositions fiscales. Rapprochement des législations*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, 2<sup>e</sup> éd., p. 302.

35. Afin d'en donner une définition plus juridique, il convient de se tourner vers le droit communautaire. Certes, si on envisage celui-ci de manière globale, il est animé par une logique différente de celle propre au droit pénal. Bien qu'il soit essentiel de garder cette distinction à l'esprit, elle ne nous semble pas de nature à faire obstacle à ce que nous nous inspirions de la signification donnée à la notion de rapprochement des législations en droit communautaire. Conférer un sens différent à un même terme selon qu'il apparaît dans le premier ou le troisième pilier constituerait une source de confusion regrettable. Il y a par ailleurs d'autant plus de raisons de s'inspirer de la signification donnée à la notion de rapprochement des législations dans le TCE que la suppression des piliers est proposée par le projet de traité constitutionnel.

36. S'appliquant tantôt aux politiques tantôt aux législations, la notion de rapprochement est fondamentale en droit communautaire <sup>120</sup>. Sans reprendre toutes les dispositions du TCE dans lesquelles elle apparaît, qu'il nous soit permis de rappeler son article 3 h), qui cite, parmi les moyens d'action de la Communauté pour réaliser la mission qui lui est confiée à l'article 2, « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun ». On mentionnera aussi ses articles 94 et 95 relevant d'un chapitre précisément intitulé « Le rapprochement des législations » <sup>121</sup>. Le TCE ne définit cependant pas non plus cette notion <sup>122</sup>. Bien que certains se soient interrogés sur l'utilité d'un tel « exercice de sémantique juridique » <sup>123</sup>, divers auteurs de doctrine ont tenté de dégager les contours du rapprochement des législations en le situant par rapport à d'autres termes auxquels le TCE recourt, principalement la coordination <sup>124</sup> et l'harmonisation <sup>125</sup>, et également par rapport à l'unification ou à l'uniformisation <sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> Lorsqu'il définit la notion de rapprochement, c'est d'ailleurs à ce droit que se réfère CORNU, G. (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 648.

<sup>121</sup> Il s'agit du chapitre 3 du titre VI CE, lui-même intitulé « Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ». La notion de rapprochement apparaît encore dans d'autres articles CE : voy. entre autres le rapprochement des législations sociales (article 136, § 3 CE).

<sup>122</sup> DEFALQUE, L., *Théorie générale du rapprochement des législations*, syllabus, année académique 2002-2003, p. 11.

<sup>123</sup> *Op. cit.*, p. 302.

<sup>124</sup> Le terme coordination apparaît notamment dans le domaine du droit d'établissement (articles 46, § 2 et 47, § 2 CE).

<sup>125</sup> Le terme harmonisation apparaît notamment en matière de législation fiscale (article 93 CE). Le TCE recourt également parfois à cette notion pour l'exclure : voy. dans les domaines de l'éducation (article 149, § 4 CE), de la formation professionnelle (article 150, § 4 CE), de la culture (article 151, § 5 CE), de la santé publique (article 152, § 4 CE), etc.

<sup>126</sup> Le TCE ne prévoit pas le concept d'unification mais il est source de droit unifié. C'est notamment le cas pour les dispositions du traité directement applicables (sur ce point, voy. entre autres, VANDER ELST, R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », in *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 8).

Ces concepts étant parfaitement susceptibles d'importation dans le secteur pénal et la méthode nous paraissant tout à fait convaincante, nous nous en inspirerons, tout en y apportant les quelques adaptations que le pénal nous semble exiger.

37. En ce qui concerne la coordination tout d'abord, elle peut être définie comme l'élimination des contrastes substantiels ou logiques existant entre des normes différentes. Elle n'implique pas nécessairement de modifier le contenu des dispositions en vigueur <sup>127</sup>. Ainsi par exemple, des règles de conflits de lois coordonnent les rapports entre des droits internes différents qui s'appliquent à une même situation juridique sans modifier leur substance <sup>128</sup>. Les règles de conflits de juridiction n'imposent pas non plus nécessairement une modification de la substance des droits internes qui en font l'objet <sup>129</sup>. De cette notion de coordination, il convient de rapprocher celle de coopération, qui est tout à fait centrale dans les travaux menés par l'Union dans le domaine pénal. Coordination et coopération relèvent d'une certaine manière du même niveau d'intégration juridique dans la mesure où ni l'une ni l'autre ne vise, en principe, à modifier les législations nationales. Elles portent toutes les deux sur les effets des normes mais pas sur les normes elles-mêmes. Mais alors que la coordination cherche essentiellement à organiser, à coordonner les normes entre elles, la coopération vise les « acteurs », les « opérateurs » de la justice.

À la différence de la coordination et de la coopération, dans lesquelles les droits nationaux demeurent en principe ce qu'ils sont, l'harmonisation implique, du moins dans sa conception originaire, des adaptations des droits nationaux en fonction d'objectifs ou de résultats définis et imposés <sup>130</sup>. L'harmonisation représente donc un système plus évolué ou plus abouti parce qu'en harmonisant deux normes, on cherche à effacer tout ce qui s'oppose à ce qu'elles produisent des effets similaires dans leur application <sup>131</sup>. Ainsi, harmoniser des systèmes normatifs différents consiste à établir entre eux des analogies ou des similitudes en fonction d'un objectif concerté en éliminant celles de leurs divergences qui sont incompatibles. L'harmonisation implique donc soit un alignement sur une réglementation modèle, soit en tout cas la modification des dispositions existantes dans la mesure requise pour les rendre

---

<sup>127</sup> VANDER ELST, R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », *loc. cit.*, p. 5.

<sup>128</sup> DEBOYSER, P., *Le rapprochement des législations*, notes de cours complétées et mises à jour, Bruxelles, PUB, 1<sup>re</sup> édition, 1992-1993/1.

<sup>129</sup> VANDER ELST, R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », *loc. cit.*, p. 5.

<sup>130</sup> Voy. notamment BOULOUIS, J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1995, 5<sup>e</sup> éd., p. 244 ; VANDER ELST, R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », *loc. cit.*, p. 14 ; MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, LGDJ, 1999, p. 47.

<sup>131</sup> MONACO, R., « Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen », *RIDC*, 1960, p. 61 et s.

conformes au principe commun préalablement défini <sup>132</sup>. Il en ressort que l'objectif concerté est essentiel.

Quant à l'unification, le plus souvent présentée comme synonyme d'uniformisation, il s'agit d'un mode d'intégration plus poussé encore que l'harmonisation <sup>133</sup>. Harmonisation et unification ont ceci en commun que, à l'inverse de la coordination et de la coopération, elles visent à transformer la substance du droit interne. Animées par une même logique, les deux notions ne sont donc pas en opposition <sup>134</sup>. La différence entre unification et harmonisation est moins de nature que de degré ou de niveau de systématisation. Ainsi, tandis que l'harmonisation permet en principe de maintenir une certaine souplesse et s'adapte, dans une certaine mesure du moins, aux spécificités locales, l'unification répond à une volonté de systématiser le droit. Alors qu'avec l'harmonisation, le droit national continue d'exister en tant que tel, l'unification implique, quant à elle, la substitution d'une règle commune nouvelle à des règles nationales préexistantes et correspond ainsi à l'hypothèse de transfert de compétence. L'harmonisation agit sur le fond mais ne détermine pas la forme des règles intégrées (deux textes) ; l'unification *sensu stricto* est définie comme un mode d'intégration juridique qui couvre à la fois le fond et la forme (un seul texte) <sup>135</sup>.

**38.** Par rapport aux notions précitées, les définitions qui ont été données du rapprochement varient considérablement. Ces variations sont à l'origine de bien des incertitudes et confusions. Le rapprochement a ainsi été présenté tantôt comme englobant à la fois la coordination, l'harmonisation et l'unification <sup>136</sup> et tantôt comme ne comprenant que la coordination et l'harmonisation <sup>137</sup>. Il est également utilisé dans un sens plus restreint, comme synonyme de la notion d'harmonisation. Cette signification est fortement encouragée par le fait que, depuis l'Acte unique, l'article 100 A du TCE, devenu l'article 95 sous Amsterdam, se réfère indifféremment au rapprochement et à l'harmonisation <sup>138</sup>. Il y a enfin une quatrième vision du rapprochement, qui le différencie de l'harmonisation. Dans cette optique, deux

---

<sup>132</sup> DEBOYSER, P., *op. cit.*

<sup>133</sup> Dans ce sens, voy. entre autres CORNU, G. (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 803 ; voy. aussi DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 106 et s.

<sup>134</sup> DAVID, R., « L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation », in *Le droit comparé : droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, p. 295 et s. ; MAGNIER, V., *op. cit.*, p. 33 et 55.

<sup>135</sup> Voy. KREUZER, K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in VOGEL, L. (sous la dir. de), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2001, p. 97.

<sup>136</sup> A cet égard, voy. VANDER ELST, R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », *loc. cit.*, p. 7.

<sup>137</sup> Dans ce sens, voy. notamment CORNU, G. (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 648, qui présente le rapprochement comme étant à la fois synonyme de coordination et d'harmonisation ; dans le même sens, voy. aussi MAGNIER, V., *op. cit.*, p. 45 et s.

<sup>138</sup> A propos de cet usage indistinct, voy. VIGNES, D., « Le rapprochement des législations », *loc. cit.*, p. 302.

interprétations doivent être distinguées : soit le rapprochement est perçu comme permettant une action plus en profondeur et constituant donc un degré d'intégration juridique plus élevé que l'harmonisation <sup>139</sup>, soit le rapprochement est, au contraire, considéré comme moins ambitieux que l'harmonisation, comme représentant un degré d'intégration juridique moindre. Conformément à cette dernière interprétation, le rapprochement se contenterait de réduire la disparité par le biais de prescriptions minimales, tandis que l'harmonisation chercherait des solutions communes, une harmonie plus substantielle, une plus grande compatibilité ou cohérence. Certes, nous sommes bien consciente de ce que cette différence de tonalité, qui voit le rapprochement comme moins profond que l'harmonisation, est présente dans les travaux menés en matière pénale au sein de l'Union. Le troisième pilier du traité ne fait d'ailleurs appel qu'au terme « rapprochement », ne recourt pas à la notion d'harmonisation et utilise l'expression « règles minimales ». Il en va de même du projet de traité constitutionnel, qui ne se sert que du terme rapprochement dans le chapitre IV consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice et parle aussi de « règles minimales ». La différence de degré précitée ne nous paraît cependant pas assez clairement établie <sup>140</sup> pour justifier une prise en compte dans le présent travail. Dès lors, dans le cadre de celui-ci, nous considérerons que rapprochement et harmonisation sont synonymes et nous recourons donc indifféremment aux deux termes.

**39.** Si les distinctions qui précèdent nous semblent indispensables afin de mieux circonscrire notre propos, il convient néanmoins d'en relativiser les contours ou plus exactement de prendre conscience de l'enchevêtrement de ces divers modes d'intégration. Cet enchevêtrement est d'abord le résultat de leur complémentarité. Celle-ci présente un double aspect. Elle se manifeste dans la mesure où le mode d'intégration juridique nécessaire varie selon le secteur considéré. Tantôt la coopération et la coordination suffiront, tantôt c'est l'harmonisation qui devra être recherchée et parfois même l'unification. Ces différentes techniques devront ainsi le plus souvent être combinées. Leur complémentarité consiste également dans le fait que l'une peut avoir besoin de l'autre. Ainsi, par exemple, un certain niveau de rapprochement sera parfois nécessaire à une coopération efficace ou l'harmonisation sera la condition préalable de l'unification. L'enchevêtrement entre ces différents modes d'intégration tient également à leur grande proximité. Même lorsqu'ils sont définis, la distinction entre eux est parfois malaisée. La différence entre le rapprochement des législations, d'une part, la coordination et la coopération, d'autre part, n'est pas toujours très nette. En effet, si les instruments de coordination et de coopération ne tendent pas, en principe, à altérer l'intégrité des droits nationaux, ils influencent manifestement ceux-ci et contribuent à leur évolution syncrétique par les notions qu'ils utilisent, les définitions qu'ils posent et les mesures qu'ils impliquent pour leur propre application,

<sup>139</sup> Référence est faite à cette interprétation dans *ibidem*, p. 302.

<sup>140</sup> On songe par exemple ici à l'usage qui est fait de ces termes par la Commission européenne, qui paraît utiliser indistinctement les termes rapprochement et harmonisation, et qui recourt aussi bien aux expressions règles minimales, que règles communes (voy. notamment ses travaux sur les garanties minimales, en particulier son livre vert sur le sujet).

etc. <sup>141</sup>. Ainsi, bien que ce ne soit pas leur objectif direct, ils ont pour effet – parfois très net – de rapprocher les législations des Etats membres <sup>142</sup>. La distinction entre harmonisation et unification est encore moins claire, dans la mesure où toutes les deux visent à transformer la substance du droit interne. Ces notions sont d'ailleurs fréquemment confondues. Le droit communautaire lui-même en témoigne. Certains instruments de droit communautaire censés rapprocher ou harmoniser les droits nationaux, sans s'y substituer, ont en effet parfois imposé des règles si détaillées et précises que la différence par rapport au droit de substitution n'est plus très nette <sup>143</sup>.

**40.** La présente étude se concentrera donc sur la nécessité de développer le rapprochement tel que précédemment défini, ce qui ne signifie pas qu'il ne sera aucunement question de la coopération, de la coordination ou de l'unification. Ces autres modes d'intégration seront en effet, eux aussi, abordés, en raison des nombreuses connexions qui les lient au rapprochement.

*b. L'objet du rapprochement : les « législations pénales »*

**41.** Nous entendons la notion de législations au sens d'actes écrits normatifs <sup>144</sup>, généraux <sup>145</sup> et impératifs <sup>146</sup>, quelles que soient leurs nature et caractéristiques propres dans chacun des systèmes envisagés. Certes, un système juridique donné ne se limite pas à ses textes juridiques mais comporte aussi d'autres composantes ; l'harmonisation des législations ne couvre donc pas l'ensemble de la problématique du rapprochement des systèmes juridiques <sup>147</sup>. Elle en constitue néanmoins un élément essentiel, sans doute « l'élément le plus saillant » <sup>148</sup>, auquel la présente recherche se limitera. Ainsi, bien que nous nous y référions ponctuellement et que nous soyons parfaitement consciente de leur importance cruciale dans le processus de rapprochement des systèmes juridiques européens, nous ne procéderons pas à un examen systématique des pratiques des Etats membres. L'impact de ces dernières peut d'ailleurs être double : tantôt, alors que les textes opposent, elles ont un impact de rapprochement, tantôt, tandis que les textes rapprochent, elles ont un effet d'éloignement <sup>149</sup>.

**42.** L'adjectif pénal sera, quant à lui, entendu dans son sens formel. Ne seront donc visées que les législations qualifiées de pénales, à l'exclusion par exemple des normes

<sup>141</sup> BOULOUIS, J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 244 et 245.

<sup>142</sup> Dans ce sens, voy. notamment MAGNIER, V., op. cit., p. 47 et s.

<sup>143</sup> Voy. entre autres, *ibidem*, p. 243 et VIGNES, D., « Le rapprochement des législations », loc. cit., p. 303.

<sup>144</sup> Normatifs, c'est-à-dire contenant des règles de droit.

<sup>145</sup> Généraux car s'appliquant à un nombre indéterminé de cas.

<sup>146</sup> Impératifs, dans la mesure où ils ordonnent, interdisent ou permettent.

<sup>147</sup> Voy. entre autres MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, LGDJ, 1999, p. 24.

<sup>148</sup> ORIANNE, P., *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1982, p. 32.

<sup>149</sup> A cet égard, voy. notamment DELMAS-MARTY, M., « Vers un modèle de procès pénal », in DELMAS-MARTY, M. (sous la dir. de), *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1992, p. 300.

qualifiées d'administratives. Nous avons conscience qu'une telle interprétation est différente de celle donnée par la Cour européenne des droits de l'homme par exemple <sup>150</sup> et que les travaux menés par l'Union eu sein du troisième pilier ne se limitent plus toujours au pénal entendu dans son sens formel mais s'étendent à l'administratif <sup>151</sup>. La signification du pénal basée sur des critères formels et non pas substantiels nous paraît cependant s'imposer pour des raisons qui tiennent à la clarté de l'exposé.

**43.** Pour le reste, le terme « pénal » sera entendu au sens large : il s'agira en effet tant du droit pénal matériel que du droit de la procédure pénale <sup>152</sup>.

Le droit pénal matériel contient les règles de fond déterminant les infractions et les peines qui leur sont applicables <sup>153</sup>. Les premières comprennent naturellement la définition des faits incriminés, c'est-à-dire des éléments constitutifs des infractions mais également les règles portant sur la tentative de les commettre et les divers actes de participation, comme la complicité, l'incitation, etc. Elles comportent aussi les diverses normes relatives à la culpabilité ou à la punissabilité dite « objective » parce que liée à l'une ou l'autre circonstance extérieure à l'auteur des faits, comme les causes de justification que sont la légitime défense ou l'état de nécessité. Elles englobent également les règles relatives à l'imputabilité ou à la punissabilité dite « subjective » parce que liée à des circonstances inhérentes à l'auteur des faits. Celles-ci couvrent entre autres la question de la responsabilité des personnes morales de même que les causes de non-imputabilité, qu'elles soient relatives à la capacité pénale de l'agent, comme l'aliénation mentale ou la minorité, ou à l'exercice momentané de ses facultés – comme l'ignorance, l'erreur invincible et la contrainte. Quant aux règles déterminant les peines applicables, elles ne comprennent pas seulement celles qui font correspondre une sanction ou un niveau de sanction à une infraction donnée, mais englobent aussi celles relatives aux diverses circonstances susceptibles de jouer un rôle dans la détermination de la sanction – circonstances tantôt aggravantes, tantôt atténuantes, voire absolutoires – et enfin celles qui concernent les modalités de la peine, telles que la suspension, le sursis, la probation, la libération conditionnelle.

---

<sup>150</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a en effet une approche matérielle et non pas formelle de la distinction entre pénal et administratif. Sur les divers critères de détermination du caractère pénal d'une norme, voy. VAN DE KERCHOVE, M., « Les frontières des normes pénales », in ROBERT, Ph., SOUBIRAN-PAILLET, F. et VAN DE KERCHOVE, M. (sous la dir. de), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, 1997, t. II, p. 87 et s.

<sup>151</sup> L'on pense notamment ici au domaine de la reconnaissance mutuelle, plus particulièrement à la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires, qui a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil Justice et Affaires intérieures du 8 mai 2003. On soulignera aussi cette question de savoir si les travaux de rapprochement entrepris dans le secteur des garanties procédurales s'appliqueront au pénal entendu au sens formel ou substantiel.

<sup>152</sup> TULKENS, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Diegem, Story Scientia, 1999, 5<sup>e</sup> éd., p. 129.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 176 et 186. Selon G. Piquerez, le droit pénal énumère et définit les actes interdits et fixe la sanction de la transgression de ces interdictions (*Procédure pénale suisse. Traité théorique et pratique*, Zürich, Schulthess, 2000, p. 9).

Le droit de la procédure pénale assure la mise en œuvre des règles du droit pénal matériel ; il concerne l'ensemble des règles qui identifient les autorités chargées d'administrer la justice en matière pénale (les normes d'organisation ou d'organisation judiciaire), celles qui délimitent leurs pouvoirs respectifs (normes de compétence) et enfin celles qui prévoient comment se déroulent la poursuite, l'instruction, le jugement, les voies de recours, en ce compris les règles de preuve (règles de procédure au sens strict ou normes processuelles) <sup>154</sup>.

## 2. *Le caractère délicat du rapprochement des législations pénales*

44. Tel que défini ci-avant, l'objet de la recherche, à savoir le rapprochement des législations pénales, est un domaine extrêmement sensible. Il l'est dans le premier de ses termes, le rapprochement, car celui-ci est au cœur de cette épineuse dialectique unité – diversité (a). Il l'est également dans l'objet du rapprochement, c'est-à-dire les législations pénales, et ce à divers points de vue, qui sont liés aux spécificités du secteur pénal (b).

### a. *Le rapprochement au cœur de la dialectique unité – diversité*

45. Le rapprochement est délicat parce qu'il a pour toile de fond la dialectique fondamentale de l'unité et de la diversité, de l'un et du multiple.

Cette dialectique expose à deux dangers, dès lors que chacun des pôles qui la constituent tend vers son extrême : soit que l'unité détruit la diversité en la réduisant à l'uniformité et mène à l'appauvrissement, soit que la diversité et ses particularismes revendiquent toute la place, générant complexité et incompréhension. Il en résulte que l'équilibre à réaliser est éminemment difficile à trouver.

Cette dialectique est au cœur de la construction européenne. On y retrouve en effet les forces qui s'y affrontent, les unes étant centrifuges, c'est-à-dire allant vers la diversité, et les autres centripètes, allant vers l'unité ; on y retrouve également la nécessité d'un équilibre entre ces deux pôles. L'Europe est à la recherche d'un tel équilibre. Cette quête est notamment illustrée par le préambule du traité sur l'Union, qui allie dans un seul et même considérant l'idée d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe » et le principe de subsidiarité. Elle apparaît aussi très nettement dans le projet de traité constitutionnel sous la formule : l'Europe « unie dans sa diversité » <sup>155</sup>. Cette aspiration constitue un véritable défi, comme l'exprime très bien Jacques Derrida :

---

<sup>154</sup> PIQUEREZ, G., *Procédure pénale suisse. Traité théorique et pratique*, op. cit., p. 7. Voy. également FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. et MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Liège, 1989 ; TULKENS, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 186 ; BOSLY, H.-D. et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 2001, 2<sup>e</sup> éd., p. 9 et s. ; STEFANI, G., LEVASSEUR, G. & BOULOC, B., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2000, 17<sup>e</sup> éd., p. 6 et 7.

<sup>155</sup> On se référera aussi au considérant suivant du préambule du projet de traité constitutionnel : « Persuadés que les peuples de l'Europe, tout en restant fiers de leur identité et de leur histoire nationale, sont résolus à dépasser leurs anciennes divisions et, unis d'une manière sans cesse plus étroite à forger leur destin commun ».

« L'injonction paraît double et contradictoire pour qui a le souci de l'identité culturelle européenne : s'il faut veiller à ce que l'hégémonie centralisatrice ne se reconstruit pas, il ne faut pas pour autant multiplier les frontières, c'est-à-dire les marches et les marges. Il ne faut pas cultiver pour elles-mêmes les différences minoritaires, les idiolectes intraduisibles, les antagonismes nationaux, les chauvinismes de l'idiome. La responsabilité paraît consister aujourd'hui à ne renoncer à aucun de ces deux impératifs contradictoires. On doit donc chercher à inventer des gestes, des discours, des pratiques politico-institutionnelles qui inscrivent l'alliance de ces deux impératifs, de ces deux promesses, de ces deux contrats » <sup>156</sup>.

Parmi les gestes auxquels fait allusion le philosophe français, figurent des mécanismes qui visent à la fois à tendre vers l'unité, tels le rapprochement, et d'autres qui cherchent à sauvegarder la diversité, tels le principe de subsidiarité <sup>157</sup> et une de ses concrétisations ou traductions opérationnelles, la reconnaissance mutuelle <sup>158</sup>.

*b. Le pénal et ses spécificités*

46. L'objet de la recherche est d'autant plus délicat que l'on se situe dans le secteur pénal, qui présente certaines spécificités. Nous ramènerons celles-ci à deux éléments.

47. Le premier tient à son étroite relation avec l'Etat. Le modèle pénal de nos sociétés contemporaines trouve ses fondements avec la naissance de l'Etat-nation moderne <sup>159</sup>. Le droit de punir constituant un des attributs essentiels de l'Etat <sup>160</sup>, le droit pénal est au cœur de la souveraineté nationale. Son caractère territorial en témoigne. C'est ce qui a mené certains à dire que « en forçant à peine le trait, on pourrait écrire : pas de pénal sans Etat et pas d'Etat sans pénal » <sup>161</sup>. Divers facteurs

<sup>156</sup> DERRIDA, J., *L'autre cap*, Paris, les Editions de Minuit, 1991, p. 45 et 46.

<sup>157</sup> Ce principe se dégageait déjà avec force de la construction communautaire, il a toutefois fallu attendre Maastricht pour le voir consacré de manière générale dans le corps du traité. Conformément à ce principe, l'Union « n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire » (articles B du traité sur l'Union européenne et 3 B du traité CE, devenus 2 UE et 5 CE).

<sup>158</sup> Sur le lien entre subsidiarité et reconnaissance mutuelle, voy. en particulier MATTERA, A., « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes », *RMUE*, 1991, p. 7 et s. et, du même auteur, « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2002, p. 217 et s.

<sup>159</sup> A cet égard, voy. notamment CARTUYVELS, Y., « Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question », in HENZELIN, M. et ROTH, R. (sous la dir. de), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Genève, Bruxelles, LGDJ, Georg, Bruylant, 2002, p. 3 et s.

<sup>160</sup> ROTH, R., « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire ? », in MORAND, C.-A. (sous la dir. de), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 131.

<sup>161</sup> ROUSSEAU, X. et LEVY, R., « Le pénal dans tous ses états », in ROUSSEAU, X. et LEVY, R. (sous la dir. de), *Le pénal dans tous ses états, Etats, justice et société en Europe (XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Bruxelles, FUSL, 1997, p. 15.

contribuent encore à renforcer ce lien traditionnel. On mentionnera entre autres à cet égard la tendance des autorités étatiques à se focaliser, voire à exploiter, le pénal et, en général, les thèmes liés à la sécurité, afin de compenser une perte de légitimité qu'elles connaissent par ailleurs <sup>162</sup>. De ce lien résulte un attachement national au pénal, qui rend les difficultés inhérentes à la dialectique de l'unité et de la diversité plus manifestes. Les forces centrifuges étant puissantes et la résistance aux forces centripètes l'étant en conséquence aussi, l'équilibre à trouver est malaisé.

**48.** Il est pourtant essentiel vu les enjeux majeurs dans ce secteur. L'importance de ceux-ci est en grande partie liée au second élément spécifique du pénal, à savoir ses rapports complexes avec les droits fondamentaux, plus précisément la nécessité de sauvegarder un autre équilibre : entre les fonctions épée et bouclier du droit pénal <sup>163</sup>. En vertu de la première, le droit pénal agit comme corps de mesures positives de protection, au sens de mesures impliquant une action de l'Etat et non pas la seule obligation pour lui de s'abstenir de porter atteinte aux droits fondamentaux <sup>164</sup>. Il y a en effet une obligation juridique s'imposant à l'Etat de protéger les individus contre les atteintes portées à leurs droits, même lorsqu'elles proviennent de particuliers ou de groupes non étatiques <sup>165</sup>. L'objectif de la seconde fonction est d'encadrer la violence et les limites aux libertés qui proviennent de l'Etat et résultent de la fonction épée du pénal. Nous nous référons ici à Herbert Wechsler, qui traduit fort bien l'importance des enjeux du pénal et les risques qu'entraînerait un décalage entre ces deux fonctions :

*« Whatever view one holds about the penal law, no one will question its importance in society. This is the law on which men place their ultimate reliance for the protection against all the deepest injuries that human conduct can inflict on individuals and institutions. By the same token, penal law governs the strongest force that we permit official agencies to bring to bear on individuals. Its promise as an instrument*

---

<sup>162</sup> Pour des développements à ce sujet, voy. entre autres CARTUYVELS, Y., MARY, P. et REA, A., « L'Etat social-sécuritaire », *loc. cit.*, p. 407 et s. ; voy. aussi MARY, Ph., « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Déviance et Société*, 2001, p. 44 et s.

<sup>163</sup> Sur cette distinction, voy. VERVAELE, J.A.E., « Régulation et répression au sein de l'Etat providence : la fonction « bouclier » et la fonction « épée » du droit pénal en déséquilibre », *Déviance et Société*, 1997, p. 123.

<sup>164</sup> DE BIOLLEY, S., « Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>165</sup> En ce qui concerne la protection du droit à la vie, voy. notamment Cour eur. DH, arrêt du 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, *Recueil* 1998-VIII (voy. DE SCHUTTER, O., « La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in BRIBOSIA, E. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2002, p. 84 et s.). Plus généralement sur ce sujet, voy. DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 335.

*of safety is matched only by its power to destroy. If penal law is weak or ineffective, basic human interests are in jeopardy. If it is harsh or arbitrary in its impact, it works a gross injustice on those caught within its coils. The law that carries such responsibilities should surely be as rational and just as law can be. Nowhere in the entire legal field is more at stake for the community, for the individual »<sup>166</sup>.*

### III. METHODE ET ARTICULATION DE L'ETUDE

**49.** Même si certains éléments relevant de la criminologie, de la théorie et de la sociologie du droit viendront parfois nourrir la réflexion, la démarche sera essentiellement juridique. Il ne s'agira pas seulement de décrire le droit positif existant ou les projets sur la table des négociations des quinze mais plutôt de les aborder de manière critique, d'en faire ressortir le manque de cohérence en les confrontant aux objectifs généraux de l'Union européenne.

Ces objectifs sont ceux consacrés dans le traité constitutif de l'Union. Une attention particulière sera accordée à celui visant la mise sur pied d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. En ce qui le concerne, nous nous référerons aux précisions sur son contenu qui sont contenues dans le traité lui-même, en particulier dans son titre VI, de même qu'aux définitions qui en ont été données dans divers documents et instruments officiels, tels le plan de Vienne<sup>167</sup>.

La critique, qui fait ressortir les tensions internes au système, se veut constructive : à partir des décalages décelés, nous développerons quelques pistes de réflexions, qui viseront à restaurer la concordance entre les objectifs poursuivis et les moyens pour les mettre en œuvre.

**50.** Le travail réservera une place importante à la méthode comparative. L'appel fait à d'autres expériences se révèle en effet riche d'enseignements et constitue un « réservoir de créativité »<sup>168</sup>. Cet « éclairage venu d'ailleurs »<sup>169</sup> est particulièrement utile dans le cadre d'une recherche axée sur l'espace pénal européen, plus précisément sur le rapprochement des législations pénales, un chantier récent en construction, pour lequel on ne dispose pas encore de beaucoup de recul et qui n'a fait l'objet que de rares études.

Les éléments de comparaison retenus seront issus de cadres juridiques variés et relèvent de secteurs différents. Il s'agira, d'une part, d'expériences menées dans le même cadre, celui de l'Union européenne, mais issues d'autres secteurs, du

---

<sup>166</sup> WECHSLER, H., « The Challenge of a Model Penal Code », *Harvard Law Review*, 1952, p. 1097.

<sup>167</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOCE*, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s.

<sup>168</sup> Voy. TULKENS, F., « Les systèmes de justice pénale comparés : de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparativisme », in *Les systèmes comparés de justice pénale : de la diversité eu rapprochement, Nouvelles études pénales*, Toulouse, Erès, 1998, n° 17, p. 69.

<sup>169</sup> VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 28.

marché intérieur ou de l'espace judiciaire civil. Il s'agira, d'autre part, d'expériences menées dans le même secteur, à savoir le pénal, mais dans des cadres différents, soit interétatique, comme le modèle nordique, soit étatique, en particulier les Etats-Unis, le Canada et la Suisse, trois Etats tiers à l'Union. Ces expériences n'ont pas été retenues de manière arbitraire. C'est leur pertinence au regard de notre hypothèse de départ qui en justifie le choix : l'espace pénal européen ne peut en effet être isolé d'expériences dont les objectifs, défis ou enjeux sont analogues.

Parce que comparer n'est pas assimiler, il ne saurait ici être question de négliger les particularités de l'Union européenne, de vouloir faire correspondre celle-ci à un modèle préexistant ou de nier les caractéristiques et spécificités des divers modèles auxquels il est fait appel. Sans prétendre maîtriser tous les aspects des systèmes étudiés, nous nous efforcerons donc de ne pas les isoler de leur contexte et tâcherons de mettre en lumière leur dynamique propre <sup>170</sup>.

**51.** Le recours à la démarche comparative interviendra dans chacune des trois parties que comprend ce travail. Deux d'entre elles concernent l'axe de recherches relatif à l'importance du rapprochement des législations. La première, de nature plus technique, consistera à donner une vue d'ensemble du rapprochement des législations pénales entre les Etats membres de l'Union européenne. Il s'agira de dresser un panorama de l'acquis en la matière, de rappeler les valeurs et bases juridiques communes que les Etats membres de l'Union partagent d'ores et déjà et d'en faire ressortir les limites. Par son existence, l'acquis démontre la faisabilité du rapprochement ; les limites de ce dernier révèlent les difficultés auxquelles il est confronté. Faisable mais difficile, le rapprochement et son développement sont néanmoins nécessaires, non pour eux-mêmes mais bien pour parvenir à réaliser les objectifs que les Etats membres de l'Union se sont fixés. C'est à la démonstration de cette nécessité que sera consacrée la deuxième partie. Quant à la troisième et dernière, elle a trait à l'axe de recherches touchant au contenu et à la forme des travaux de rapprochement tels qu'ils ont lieu à l'heure actuelle dans le secteur pénal au sein de l'Union européenne. Il s'agira à cet égard de formuler certains constats critiques, qui seront suivis de réflexions sur de possibles améliorations.

---

<sup>170</sup> Sur la nécessité de ne pas comparer entre elles des règles isolées de leur contexte mais de les replacer dans l'ensemble juridique auquel elles appartiennent et au regard de l'évolution historique dont elles ont dépendu, voy. SPREUTELS, J.P., *Droit pénal comparé*, Bruxelles, PUB, 2001-2002, 5<sup>e</sup> éd., p. 2. Dans ce sens, voy. aussi RODIERE, R., *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 147, n° 86.