
L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives^{1,2}

GILLES DE KERCHOVE

Directeur au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne
Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain,
à l'Université libre de Bruxelles et aux facultés universitaire Saint Louis

INTRODUCTION

L'implication de l'Union européenne dans le domaine pénal fête son dixième anniversaire. C'est en effet le traité de Maastricht, entré en vigueur le 1er novembre 1993, qui a confié à l'Union européenne la tâche de développer, sur le mode d'une coopération intergouvernementale, une série de questions qu'il qualifiait "d'intérêt commun", telles que la coopération policière, la coopération judiciaire pénale, la lutte contre la toxicomanie, notamment. Certes, un droit pénal conventionnel, de nature essentiellement procédurale, s'est développé à l'échelle de l'Europe dès la fin des années cinquante dans le cadre du Conseil de l'Europe.³ Certes, plusieurs conventions pénales importantes ont également été conclues

¹ Les vues exprimées dans ce texte sont propres à l'auteur et ne sauraient en aucun cas engager l'Institution à laquelle il appartient.

² Le présent rapport reprend, en l'actualisant, la contribution de l'auteur au livre édité sous la coordination d' Olivier De Schutter et de Paul Nihoul, "Une Constitution pour l'Europe – réflexions sur la transformation du droit de l'Union européenne", Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 197–237.

³ Voy. la convention européenne d'extradition du 13/12/1957 et ses deux protocoles additionnels des 15/10/1975 et 17/03/1978, la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20/04/1959 et ses deux protocoles additionnels du 17/03/1978 et 08/11/2001, la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28/05/1970, la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27/01/1977 et son protocole du 15/05/2003, la convention sur le transfert des personnes condamnées du 21/03/1983 et son protocole additionnel du 18/12/1997, la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 08/11/1990, l'accord relatif au trafic illicite par mer du 31/01/1995, la convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du 04/11/1998, la convention pénale sur la corruption du 27/01/1999 et son protocole additionnel du 15/05/2003, la convention sur la cybercriminalité du 23/11/2001 et son protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques du 28/01/2003.

dans le cadre de la coopération politique européenne à partir du milieu des années quatre-vingt afin de concrétiser le projet lancé au Conseil européen de Copenhague en avril 1978 par Valéry Giscard d'Estaing, alors président de la République française, de créer “un espace judiciaire pénal européen”.⁴ Mais il faut attendre l'adoption du traité de Maastricht pour voir les institutions de la Communauté directement investies de la responsabilité de donner une dimension pénale au projet européen. Si l'objectif assigné à l'Union était passablement vague à ses débuts, il s'est affiné au fil des traités d'Amsterdam et de Nice. Il a donné lieu, en dix ans – durée infime à l'échelle de la construction européenne – à un développement remarquable dont on rappelle brièvement les résultats les plus marquants⁵ (Point 1). La Convention sur l'avenir de l'Europe a pris la mesure de l'aspiration des citoyens⁶ à voir l'Europe s'investir davantage encore dans les questions de sécurité et de justice en proposant de supprimer le caractère intergouvernemental de la coopération pénale et d'en confier la compétence à l'Union, en partage avec les États membres. On analyse les diverses réformes contenues dans le projet de traité établissant

⁴ Ph. de Schoutheete, *La coopération politique européenne*, Ed. Labor, Bruxelles, 1986, pp. 173–199. Voy. la convention relative à l'application du principe *Ne bis in idem* signée à Bruxelles le 25/05/1987, l'accord relatif à l'application de la convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées, signé à Bruxelles le 25/05/1987, l'accord relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, signé à San Sebastian le 26/05/1989, l'accord relatif à la transmission des procédures répressives, signé à Rome le 06/11/1990 et la convention sur l'exécution des condamnations pénales, signée à Bruxelles le 13/11/1991.

⁵ Pour plus de développements, on consultera en langue française, outre les cinq ouvrages co-édités par G. de Kerchove et A. Weyembergh aux éditions de l'Université de Bruxelles: *Vers un espace judiciaire pénal européen* (2000, 373 p.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne* (2001, 255 p.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives* (2002, 305 p.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?* (2003, 172 p.) et *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne* (2003, 325 p.), les ouvrages suivants: le *Dossier de la Revue de droit pénal et de criminologie* “Actualités de droit pénal européen” réalisé sous la direction de D. Flore, La Charte, Bruges, 2003, 210 p.; E. Barbe, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne, La documentation française*, Réflexe Europe, Paris, 2002, 191 p.; W. de Lobkowicz, *L'Europe et la sécurité intérieure*, Les études de la documentation française, Paris, 2002, 246 p.; P. Rancé et O. de Baynast, *L'Europe judiciaire: enjeux et perspectives*, Dalloz, 2001, 159 p.; P. Berthelet, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, P. I. E.-Peter Lang, Bruxelles, Coll. «Cité européenne», n° 32; A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, 404 p.

⁶ L'eurobaromètre Standard 60 du printemps 2004 révèle que l'insécurité est, après le chômage, le deuxième problème le plus important auquel doivent faire face actuellement les pays de l'Union européenne. La lutte contre le terrorisme apparaît, en outre, comme le domaine dans lequel l'Union européenne joue le rôle le plus positif.

une Constitution pour l'Europe (ci-après "la Constitution"), en examinant dans quelle mesure elles apportent une réponse aux quatre faiblesses principales apparues à l'usage du traité d'Amsterdam (Point 2).

1 De Maastricht à Nice: l'émergence progressive d'un espace pénal européen

La chute du mur de Berlin et la volonté d'accélérer la réalisation du marché intérieur⁷ expliquent en grande partie la décision des négociateurs du traité de Maastricht de ramener vers les institutions de la Communauté une série de coopérations intergouvernementales développées de manière un peu anarchique depuis le début des années septante dans le domaine de la justice et des affaires intérieures ("JAI" ci-après en abrégé).⁸ Bien que le traité de Maastricht ne soit pas très explicite sur l'objectif assigné à l'Union dans ces nouveaux domaines d'action,⁹ celui-ci consistait essentiellement à arrêter les mesures destinées à compenser les effets supposés sur la sécurité intérieure de la suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures (développement de la criminalité et immigration non maîtrisée). Cette identité d'objectif avec la coopération développée dans le cadre de l'accord de Schengen explique du reste pourquoi celle-ci a été intégrée dans l'Union lors de la négociation du traité d'Amsterdam.¹⁰ Si le traité de Maastricht apporte quelques innovations institutionnelles à la méthode intergouvernementale qui prévalait jusqu'alors, il innove peu en termes de choix politiques: il s'agit toujours d'améliorer l'entraide pénale et la coopération policière bilatérales, dans une relation horizontale d'État souverain à État souverain, en compensant l'impact sur la sécurité intérieure des États de l'internationalisation et de la sophistication de la criminalité organisée. Les innovations majeures – tant en termes d'objectifs que de processus décisionnel – ont été réalisées par le traité

⁷ Article 14 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après «TCE»): «Le marché intérieur comporte un espace sans frontières dans lequel la libre circulation (. . .) des personnes est assurée»

⁸ G. de Kerchove, *La coopération intergouvernementale dans le domaine de la libre circulation des personnes: son développement et ses différentes formes avant et après Maastricht*, Revue de la Faculté de Droit de Liège, 1994–2, pp. 301–324.

⁹ De manière parfaitement circulaire, l'article K1 du TUE qualifie les coopérations policière et judiciaire de questions d'intérêt commun «aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union» et l'article B du TUE définit cet objectif comme consistant à «développer une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures»!

¹⁰ L. Corrado, "L'intégration de Schengen dans l'Union européenne: problèmes et perspectives", Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 428, mai 1999, pp. 342–349.

d'Amsterdam.¹¹ Elles ont permis à l'Union de bâtir les fondements d'un réel espace pénal européen. Le traité d'Amsterdam clarifie l'objectif: il s'agit de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice. Comme on s'est efforcé de le montrer ailleurs,¹² la notion d'espace est au territoire ce que la notion de citoyenneté est à la nationalité: une notion juridique qui, plutôt que de remplacer une notion existante, l'enrichit et la complète. Tout comme un individu est à la fois national de son Etat et citoyen de l'Union européenne – ce qui lui ouvre des droits spécifiques – l'exercice par les Etats membres de leur souveraineté pénale n'est plus circonscrite par les limites de leur territoire, elle s'exerce en partage avec les autres Etats membres dans l'espace de l'Union. Pareille approche impose de repenser radicalement le rapport au territoire qui classiquement définit le champ d'application de la loi pénale et délimite l'exercice de l'action répressive. Si la convention d'application de l'accord de Schengen avait pour objectif d'éliminer les entraves physiques à la libre circulation des personnes, le traité d'Amsterdam a notamment pour ambition d'éliminer les entraves juridiques à la libre circulation des décisions judiciaires. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a, du reste, correctement pris la mesure de ce changement en étendant à l'échelle de l'Union le principe «*Ne bis in idem*».¹³ Enfin, la Cour de Justice des Communautés européennes, dans un arrêt¹⁴ d'une importance comparable à son fameux arrêt «Cassis de Dijon»,¹⁵ a donné une interprétation remarquable du principe *Ne bis in idem* en le resituant dans le contexte de l'espace pénal européen qui «*implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente*» (point 33). La difficulté

¹¹ H. Labayle, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", RTD eur. 33(4), oct.-déc. 1997, pp. 105–173.

¹² G. de Kerchove, "L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., p. 4.

¹³ L'article 50 de la Charte prévoit en effet que: "Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement définitif conformément à la loi". Il étend de la sorte à toute l'Union un droit fondamental que l'article 54 de la convention d'application de l'Accord de Schengen avait déjà consacré entre les Etats Schengen.

¹⁴ CJCE, aff. C-187/01 et C-385-01, Gözütok et Brügge, du 11 février 2003, non encore publié.

¹⁵ CJCE, aff. 120/78, Rewe-Zentrale AG vs Bundesmonopolverwaltung für Branntwein .

consiste à déterminer ce que recouvre exactement le concept d'espace pénal européen qui n'est ni l'addition de quinze territoires nationaux, ni un véritable territoire pénal européen sur lequel s'appliquerait un droit européen pénal de type fédéral. Le traité sur l'Union européenne (ci-après "TUE") indique seulement que cet espace doit promouvoir tout à la fois les valeurs de liberté, de sécurité et de justice. En son Titre VI, consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (ci-après "le troisième pilier"), le TUE assigne en outre à l'Union un objectif spécifique qui est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection par des mesures tant de prévention que de lutte contre la criminalité. L'on peut en déduire au moins deux éléments: d'une part, l'orientation délibérément sécuritaire du troisième pilier et d'autre part, la nécessité de poursuivre cet objectif sécuritaire en veillant à préserver les valeurs de justice et de liberté. Le Conseil européen a entrepris, lors de sa réunion de Tampere en octobre 1999, de préciser ce que recouvre le concept d'espace en matière pénale. Il a assigné au Conseil quatre axes de travail principaux: (1) la concrétisation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, (2) le rapprochement du droit pénal (matériel et procédural) des États membres, (3) la création d'acteurs intégrés de coopération et, enfin (4) le développement de la dimension externe de l'espace pénal. Chacun de ces axes sera illustré par une mesure emblématique prise au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001.

*Le principe de reconnaissance mutuelle*¹⁶

La réalisation du marché intérieur s'est accélérée à partir du moment où, sur la suggestion du Président de la Commission J. Delors, les États Membres ont admis qu'il était illusoire, voire prométhéen, de vouloir tout harmoniser et ont développé une "nouvelle approche" basée sur le principe de reconnaissance mutuelle. S'inspirant de ce précédent, la délégation britannique invita le Conseil européen, lors de sa réunion de Cardiff les 15 et 16 juin 1998, à "*déterminer dans quelle mesure il y a lieu d'étendre la reconnaissance mutuelle des décisions des tribunaux*". Après un moment de scepticisme – peut-on transposer au domaine des droits et libertés des solutions conçues dans le champ économique? – et de suspicion – la proposition ne provenait-elle pas d'un pays hostile

¹⁶ Voy. G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op. cit., 255 p.

à toute forme d'harmonisation? – l'idée reçut le soutien de plusieurs Etats Membres. Lors du sommet de Tampere, elle fut consacrée comme la pierre angulaire de la coopération judiciaire tant en matière civile que pénale. Soucieux de ne pas mécontenter les pays, essentiellement latins, enclins à privilégier la voie de l'harmonisation, le Conseil européen prit la précaution d'ajouter, dans le même paragraphe, qu'un rapprochement des législations était également nécessaire. Conscient que la mise en œuvre effective du principe de reconnaissance mutuelle serait progressive et allait requérir l'identification de conditions préalables, le Conseil a adopté le 30 novembre 2000 un programme de mesures.¹⁷ Le Conseil a précisé qu'il convenait d'étendre le principe tant aux décisions précédant la phase de jugement (décisions de recherche et d'obtention des preuves (perquisition, saisie . . .), de gel et de saisie des avoirs aux fins de confiscation et aux décisions relatives au statut des personnes (arrestation, extradition aux fins de poursuite etc.)) qu'à celles relatives aux jugements (décisions privatives de liberté mais aussi les condamnations au paiement d'une peine d'amende, confiscations, déchéances de droits, interdictions diverses, décisions prises dans le cadre du suivi post-pénal ainsi que la prise en compte des condamnations définitives prononcées dans un autre Etat membre pour l'individualisation d'une peine ou la détermination d'une récidive). Dans son acception la plus large et la plus conforme avec la notion d'espace, la reconnaissance mutuelle suppose que les décisions de justice soient exécutées directement dans toute l'Union sans aucune procédure de réception, de quelque nature que ce soit (validation, contrôle de conformité, inversion du contentieux etc.). Alors qu'à l'initiative des délégations suédoise, française et belge, les instances du Conseil avaient commencé à «tester» cette nouvelle approche sur un type de décision pré-sentencielle particulièrement emblématique de la lutte contre la criminalité financière – l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves – les événements du 11 septembre 2001 ont conduit le Conseil européen à privilégier un type de décision judiciaire prioritaire dans le contexte de la lutte contre le terrorisme: les demandes d'arrestation et de remise entre Etats membres de personnes recherchées. Les chefs d'Etat ou de gouvernement avaient du reste déjà estimé, lors de leur réunion de Tampere, que *“la procédure formelle d'extradition devrait être supprimée entre les Etats membres pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive*

¹⁷ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JOCE C 12 du 15/01/2001, pp. 10–22.

et remplacée par un simple transfèrement de ces personnes, conformément à l'article 6 du TUE". Les événements du 11 septembre 2001 ont considérablement accéléré la concrétisation de cette décision. Le Conseil est en effet parvenu en deux mois et demi seulement à un accord politique sur une décision-cadre juridiquement complexe et politiquement sensible, qui opère une véritable révolution copernicienne dans les relations judiciaires entre Etats Membres. La substitution d'un mandat d'arrêt européen à quinze mécanismes d'extradition permet aux Etats Membres de recouvrer une souveraineté pénale devenue bien formelle d'une manière analogue à celle qu'a représenté dans le domaine monétaire le remplacement de onze monnaies nationales par l'euro. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats Membres¹⁸ est emblématique à plusieurs égards.¹⁹ Tout d'abord, elle confirme le mouvement de dépolitisation de la coopération judiciaire en matière pénale entamé avec la convention d'application de l'Accord de Schengen et amplifié à la suite de «l'Appel de Genève». ²⁰ Dorénavant, les mandats d'arrêt européens seront émis et exécutés exclusivement par des magistrats, sans interférence politique, comme c'est aujourd'hui le cas en matière d'extradition. Corrélativement, la décision-cadre met un terme à la possibilité, déjà fortement réduite par la convention de l'Union du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne et le protocole du 15 mai 2003 à la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977, de refuser une extradition pour des infractions que l'Etat d'exécution considère comme des infractions à caractère politique.²¹ Ensuite, elle enfonce un coin dans un des dogmes les plus sacrés des «souverainistes» du droit pénal: le principe de double incrimination. L'exigence de double incrimination est supprimée pour autant que les faits qui justifient l'émission d'un mandat d'arrêt européen relèvent, selon la législation

¹⁸ JOCE L 190 du 18/07/2002, p. 1.

¹⁹ R. Genson, *Le mandat d'arrêt européen*, ERA-Forum 3–2002, pp. 141–143.

²⁰ En décembre 1995, sept magistrats européens lançaient un appel qui reçut un large écho dans les médias, aux responsables politiques pour moderniser les procédures d'entraide pénale en Europe: voy. D. Robert, *La Justice ou le chaos*, Stock, Paris, 1996, p. 331. La Convention du 29/05/2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale prévoit, en son article 6 (1) que "les demandes d'entraide sont transmises directement entre les autorités judiciaires territorialement compétentes pour les présenter et les exécuter et il y est répondu par la même voie"; JOCE C 197 du 12/07/2000, p. 1.

²¹ Le considérant n° 12 de la décision-cadre préserve le droit des Etats Membres de refuser la remise d'une personne s'il y a des raisons de croire que le mandat d'arrêt européen a été émis en raison des opinions politiques de celle-ci.

de l'Etat d'émission, d'une des 32 infractions graves (parmi lesquelles le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, la corruption, le blanchiment du produit du crime, le racisme et la xénophobie) reprises dans la décision-cadre et soient punis dans l'Etat d'émission du mandat d'arrêt européen d'une peine d'emprisonnement supérieure à 3 ans. En outre, la décision-cadre raccourcit significativement les délais²² actuels en matière d'extradition, limite fortement les motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen, notamment en supprimant la possibilité de ne pas remettre les nationaux.²³ Enfin, le droit de l'Union devient, enfin, lisible par les praticiens. Alors que le droit actuel en matière d'extradition s'appuie sur un «mille-feuilles»²⁴ de conventions bilatérales et de conventions multilatérales conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe, de Schengen, de l'Union européenne, le mandat d'arrêt européen est régi par les législations nationales de transposition de la décision-cadre. Les compromis atteints dans le cadre de la négociation de la décision-cadre établissant le mandat d'arrêt européen ont facilité la mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle. Le Conseil a, en effet, adopté ou est en voie d'adopter des décisions-cadres concrétisant le principe de reconnaissance mutuelle à l'égard des décisions de gel des avoirs,²⁵ d'imposition de sanctions financières²⁶ et de confiscation.²⁷ Il est, en outre, saisi par la Commission d'un projet de décision-cadre instituant un mandat européen d'obtention des preuves²⁸ qui opérera, en matière d'entraide judiciaire pénale, une révolution analogue à celle que le mandat d'arrêt européen a réalisée en matière d'extradition.²⁹

²² Les délais de remise d'une personne arrêtée sont considérablement réduits: le délai normal est de 70 jours (60+10) et le délai maximal de 110 jours (60 + 30 + 10 + 10), alors qu'une procédure d'extradition dure en moyenne de 8 à 10 mois.

²³ L'Etat d'exécution peut cependant exiger de subordonner la remise d'un de ses nationaux à la condition que celui-ci purge sa peine d'emprisonnement sur son territoire

²⁴ Expression empruntée à E. Barbe, *Justice et Affaires intérieures dans l'Union européenne*, op. cit., p. 128.

²⁵ Décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JOCE L 196 du 02/08/2003, p. 45.

²⁶ Décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ayant fait l'objet d'un accord politique du Conseil le 8 mai 2003, doc. 9653/03 COPEN 50.

²⁷ Décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, doc. 7760/04 COPEN 36.

²⁸ Doc. 15221/03.

²⁹ Le projet de décision-cadre substitue, en effet, à la procédure lourde et lente de l'entraide judiciaire en matière pénale (commissions rogatoires internationales soumises à l'exigence de double incrimination etc.) le nouveau système de reconnaissance mutuelle permettant

*Le rapprochement du droit pénal des États membres*³⁰

Le principe d'un rapprochement des règles de droit pénal des États membres ne figurait pas explicitement dans le traité de Maastricht. Ceci n'a pas empêché le Conseil d'adopter plusieurs actes tendant à rapprocher les incriminations et les sanctions à l'égard d'un certain nombre de comportements criminels: la fraude aux intérêts financiers de la Communauté,³¹ la corruption tant publique³² que privée,³³ l'exploitation sexuelle des enfants,³⁴ la participation à une organisation criminelle,³⁵ le racisme et la xénophobie³⁶ notamment. Le rapprochement recherché n'avait d'autre but que de faciliter l'entraide judiciaire en matière pénale en supprimant l'obstacle de la double incrimination et de la double punissabilité. Le principe apparaît en revanche dans le traité d'Amsterdam aux articles 29, 4^{ème} tiret, 31 (e) et 34, par. 2 (b) du TUE. En dépit d'un champ d'application en apparence limité à trois domaines – la criminalité organisée, le terrorisme et le trafic de drogue –, le Conseil, sur injonction du Conseil européen,³⁷ a légiféré avec entrain dans une variété de

à un juge d'un État membre d'obtenir, rapidement et sans procédure de réception, d'un juge d'un autre État membre l'exécution d'un mandat tendant à l'obtention de preuves directement disponibles (par ex. une information contenue dans un casier judiciaire ou dans un registre reprenant les détenteurs d'un compte bancaire etc.). La Commission annonce de dépôt prochain d'un deuxième projet tendant à permettre d'obtenir d'autres moyens de preuves qui, soit n'existent pas mais sont directement disponibles (par ex. en interrogeant des suspects, des victimes, des témoins, en surveillant en temps réel des communications téléphoniques ou des transactions bancaires), soit ne sont pas disponibles sans enquête ou analyse complémentaire (par ex. une expertise ADN ou une comparaison informatisée d'informations afin d'identifier une personne).

³⁰ Voy. sur ce point A. Weyembergh, "Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leurs conséquences", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 127–145; S. de Biolley, "Panorama du droit pénal de l'Union", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *Sécurité et Justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, op. cit., p. 105–133. Voy. également dans le dossier de la *Revue de droit pénal et de criminologie*, op. cit., les contributions de S. Bosly et M. Van Ravenstein (L'harmonisation des incriminations), de S. Claisse et J. S. Jamar (L'harmonisation des sanctions) et de S. de Biolley (L'harmonisation des procédures).

³¹ JOCE C 316 du 27/11/1995, p. 48. ³² JOCE C 313 du 23/10/1996, p. 1.

³³ JOCE L 351 du 29/12/1998, p. 1. ³⁴ JOCE L 63 du 04/03/1997, p. 2.

³⁵ JOCE L 351 du 29/12/1998, p. 1. ³⁶ JOCE L 185 du 24/07/1996, p. 5.

³⁷ Voy. le point 48 des conclusions du Conseil européen de Tampere qui énumère les domaines prioritaires suivants: criminalité financière (blanchiment d'argent, corruption, contrefaçon de l'euro), trafic de drogue, traite des êtres humains, notamment l'exploitation sexuelle des femmes, criminalité utilisant les technologies avancées et criminalité au détriment de l'environnement.

domaines du droit pénal matériel: la protection contre le faux monnayage et la contrefaçon de l'euro,³⁸ la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement,³⁹ le blanchiment d'argent,⁴⁰ le terrorisme,⁴¹ la traite des êtres humains,⁴² l'aide à l'entrée d'immigrants illégaux,⁴³ la protection de l'environnement par le droit pénal,⁴⁴ l'exploitation sexuelle des enfants et la pédo-pornographie,⁴⁵ la corruption dans le secteur privé,⁴⁶ la confiscation des produits du crime,⁴⁷ le cybercrime⁴⁸ et le trafic de drogues.⁴⁹ Le Conseil tarde cependant à adopter le projet de décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie⁵⁰ dont l'a saisi la Commission, en raison des choix très divergents de politique criminelle existant dans certains Etats Membres en cette matière. La décision-cadre sur le terrorisme est particulièrement intéressante, en ce que contrairement aux exercices d'harmonisation réalisés jusqu'alors qui ont consisté à rapprocher des législations nationales existantes, elle comble un vide juridique dans la plupart des Etats membres.⁵¹ Elle répond également à un besoin de la communauté internationale: aucune convention internationale – et elles sont nombreuses – ne s'était aventurée à définir un acte terroriste par référence au but poursuivi en raison de l'extrême difficulté qu'il y a à faire le départ entre des actes de résistance légitimes et des actes terroristes.⁵² A l'exception de la convention sur le financement du terrorisme, les conventions internationales se bornent à incriminer les comportements généralement adoptés par les terroristes (recours aux explosifs, détournement d'avions, kidnapping etc.). La décision-cadre définit les infractions terroristes et celles relatives à un groupe terroriste (comme par ex. la participation directe ou indirecte (soutien financier) à un groupe terroriste, la direction d'une organisation) et fait obligation aux Etats Membres de les incriminer et de prévoir des sanctions graves

³⁸ JOCE L 140 du 14/06/2000, p. 1.

³⁹ JOCE L 149 du 02/06/2001, p. 1.

⁴⁰ JOCE L 182 du 05/07/2001, p. 1.

⁴¹ JOCE L 164 du 22/06/2002, p. 3.

⁴² JOCE L 203 du 01/08/2002, p. 1.

⁴³ JOCE L 328 du 05/12/2002, p. 1.

⁴⁴ JOCE L 29 du 05/02/2003, p. 55.

⁴⁵ doc. 12418/02 DROIPEN 68 MIGR 92.

⁴⁶ JOCE L 192 du 31/07/2003, p. 54.

⁴⁷ doc. 15488/1/02 DROIPEN 91 REV 1.

⁴⁸ doc. 6946/03 DROIPEN 12 TELECOM 31.

⁴⁹ doc. 10321/1/02 et 13918/02.

⁵⁰ doc. 14665/02.

⁵¹ Le propos doit cependant être nuancé: si six Etats Membres seulement disposaient d'une législation spécifique en matière de terrorisme (F, D, I, P, ES et UK), les autres Etats Membres poursuivaient les auteurs d'attentats terroristes sur la base d'autres incriminations de leur code pénal.

⁵² Voy. l'analyse critique d'A. Weyembergh, "L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen", dans E. Bribosia et A. Weyembergh, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 153–197.

(8 ans d'emprisonnement pour la participation, 15 ans pour la direction). Le Conseil a, en revanche, manifesté jusqu'ici moins d'enthousiasme à rendre "compatibles les règles (de procédure) applicables dans les Etats membres" (article 31 (c) du TUE): seules deux décisions-cadres ont été adoptées en matière de droit pénal procédural, l'une sur le statut des victimes dans le procès pénal,⁵³ l'autre sur la confiscation des produits du crime.⁵⁴ Une troisième est en cours de négociation sur le principe *Ne bis in idem*.⁵⁵ Ce chantier est cependant appelé à se développer au cours des années à venir. La Commission a, en effet, annoncé dans son livre vert sur les garanties procédurales⁵⁶ le dépôt prochain d'un projet de décision-cadre tendant à rapprocher le droit pénal des Etats Membres en ce qui concerne les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union, lequel dépôt sera suivi d'autres initiatives relatives aux jugements par défaut et aux décisions de libération sous caution. On notera également la proposition de décision-cadre déposée par la Belgique relative à la justice réparatrice⁵⁷ qui n'a pas encore fait l'objet d'un examen par les instances compétentes du Conseil.

La création d'acteurs intégrés de coopération

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le Conseil a expérimenté trois types de coopération institutionnelle, d'intensité croissante. Il a d'une part créé des réseaux, qu'il s'agisse du domaine policier (par exemple le réseau des Ecoles de formation des policiers – CEPOL⁵⁸) ou du domaine judiciaire (par exemple le Réseau judiciaire européen⁵⁹ ou le mécanisme des magistrats de liaison⁶⁰). Cette forme très souple de coopération présente tous les défauts de la méthode intergouvernementale.⁶¹ Il a d'autre part créé en 1995 une agence de coopération

⁵³ JOCE L 82 du 22/08/2001, p. 1. ⁵⁴ doc. 5299/03 DROIPEN 3.

⁵⁵ doc. 12893/03 DROIPEN 54 COMIX 579. ⁵⁶ COM (2003) 75 final.

⁵⁷ JOCE C 242 du 08/10/2002, p. 20. ⁵⁸ JOCE L 336 du 30/12/2000, p. 1.

⁵⁹ Action commune du 29 juin 1998 concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, JOCE L 191 du 07/07/1998, p. 4. Voy. le rapport d'activité du réseau (1998–2001) au doc. 5137/2/02 EJM 1 REV 2.

⁶⁰ Action commune du 22 avril 1996 concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne, JOCE L 105 du 27/04/1996, p. 1.

⁶¹ Voy. sur cette question, H. G. Nilsson, "Proliferation or Concentration of the Actors in the JHA Area", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 63–81 ainsi que H. G. Nilsson, "The Challenge to the

policière à caractère intergouvernemental, dotée de la personnalité juridique et financée par les Etats membres, Europol.⁶² Cette agence s'est considérablement développée, puisque quatre années après l'entrée en vigueur de la convention qui l'a créée, elle compte plus de 330 agents, accueille une centaine d'officiers de liaison, est dotée d'un budget de 58,7 M€ (2004) et a conclu des accords de coopération avec, outre les pays candidats, la Norvège, l'Islande, les Etats-Unis, la Russie, la Colombie et devrait conclure dans un avenir proche un accord avec la Suisse.⁶³ Enfin, le Conseil a, sur la base de l'article 31 (2) du TUE ajouté par le traité de Nice, créé le 28 février 2002 une agence de l'Union, répondant à l'invitation du Conseil européen de Tampere d'établir une unité de coopération judiciaire – Eurojust⁶⁴ – “*afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*”. Cette décision répond à un double besoin: d'une part, celui de rééquilibrer, au sein de l'Union, le rapport de force entre policiers et magistrats. Pour des raisons évidentes de légitimité, dans la plupart des Etats Membres, l'action policière est en effet placée sous une supervision judiciaire. Cette exigence sera plus forte encore, lorsque Europol exercera des responsabilités opérationnelles sur la base de l'article 30.2 du TUE. D'autre part, celui de coordonner l'action publique dans des affaires ayant des ramifications dans plusieurs Etats Membres. Eurojust est dotée de la personnalité juridique et est installée à La Haye, par décision du Conseil européen à Laeken. Elle est composée de membres nationaux (un par Etat Membre) “*ayant la qualité de procureur, de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes*”. A noter, c'est une première institutionnelle pour une agence du troisième pilier, que l'Unité est financée par le budget communautaire (le budget 2004 est de 9,3 millions d'euros). La décision assigne à Eurojust trois objectifs

Convention for the Actors in the JHA Area”, dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?* op. cit., pp. 65–69.

⁶² Convention du 26 juillet 1995 portant création d'Europol de 1995, JOCE C 316 du 27/11/1995, p. 1.

⁶³ Des accords de coopération stratégiques et techniques ont, en outre, été conclus avec la Commission (Olaf) l'Organisation Mondiale des douanes, la Banque centrale européenne, l'Observatoire des drogues, l'Office contre la drogue et le crime des Nations Unies et Interpol.

⁶⁴ Voy. D. Flore, “D'un réseau judiciaire à une juridiction pénale européenne: Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale”, dans G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 9–31; S. de Biolley, *La coordination des enquêtes et des poursuites: la mise en place d'Eurojust*, Actualités de droit pénal européen, op. cit., pp. 167–195 et H. G. Nilsson, *Eurojust, the Beginning or the End of the European Public Prosecutor*, *Europarättslig, Tidskrift*, n° 4, 2000, pp. 601–621.

principaux. Il s'agit tout d'abord de promouvoir et d'améliorer la coordination des enquêtes et des poursuites menées par les autorités compétentes de plusieurs Etats Membres. Dans cette mesure, Eurojust contribue à réduire les risques d'un "forum shopping" policier. Pour ce faire, Eurojust dispose d'une gamme assez large de moyens d'intervention, certes non juridiquement contraignants mais assortis d'une exigence de motivation en cas de refus: demander aux autorités compétentes d'entamer une enquête ou des poursuites, voire inviter celles-ci à se dessaisir d'une enquête ou se désister d'une poursuite au profit des autorités d'un autre Etat Membre s'il s'avérait que celles-ci sont mieux placées pour le faire, de mettre en place une équipe conjointe d'enquête, apporter son soutien et son expertise, fournir toute information nécessaire etc. Il s'agit ensuite d'améliorer l'entraide judiciaire entre les autorités compétentes des Etats membres. La présence de quinze magistrats "de liaison" en un même lieu contribue à faciliter l'exécution des commissions rogatoires internationales (établissement d'une base documentaire, avis juridiques, information sur les enquêtes et les poursuites en cours etc.). Il s'agit enfin de contribuer à la définition d'une politique criminelle européenne. L'article 32 de la décision prévoit qu'Eurojust soumet un rapport annuel au Conseil sur les problèmes de politique criminelle rencontrés et formule toute proposition susceptible d'améliorer la coopération judiciaire pénale entre les Etats membres.⁶⁵ Eurojust est appelé à intervenir soit par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs des membres nationaux concernés, soit en tant que collègue. La décision prévoit en outre que chaque Etat Membre définit la nature et l'étendue des pouvoirs judiciaires qu'il confère à son membre national sur son propre territoire ainsi que le droit pour son membre national d'agir à l'égard des autorités judiciaires étrangères (par ex. l'émission d'une commission rogatoire ou d'une décision de gel des avoirs).⁶⁶ Il s'ensuit qu'Eurojust dispose de pouvoirs à géométrie variable.

Le développement de la dimension externe de l'espace pénal⁶⁷

La projection de l'espace pénal européen hors des frontières de l'Union poursuit un double objectif: au sens strict, l'objectif assigné à l'Union, à

⁶⁵ On trouvera le premier rapport annuel (2002) au doc. 9124/03 EUROJUST 11.

⁶⁶ Voy. sur cette question le document du Secrétariat général du Conseil, 9404/02 JAI 107 EUROJUST 16 décrivant la gamme très large des pouvoirs dont pourraient être investis les membres nationaux d'Eurojust.

⁶⁷ Voy. G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *Sécurité et Justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, op. cit.

l'article 29 du TUE, de procurer aux citoyens un supplément de sécurité conduit celle-ci à devoir combattre toutes les formes de menaces, qu'elles soient d'origine interne ou externe. Il lui revient de mobiliser à cet effet l'ensemble des instruments disponibles, de quelque pilier qu'ils relèvent. Qu'il s'agisse d'octroyer aux produits en provenance d'Amérique latine cultivés à la place des plants de cocaïne un accès préférentiel au marché européen (mesure communautaire), d'octroyer des financements communautaires pour aider les pays tiers à renforcer leur dispositif de lutte contre le terrorisme (mesure communautaire⁶⁸), de mener des opérations de police dans les Balkans (mesure de politique étrangère et de sécurité commune), de geler les avoirs des organisations terroristes établies dans des pays tiers (mesure mixte, de politique étrangère et communautaire), de conclure des accords de réadmission (mesure communautaire) ou de conclure des accords de coopération judiciaire ou policière avec des Etats tiers (mesure relevant du troisième pilier), l'objectif premier consiste à renforcer la sécurité intérieure au sein de l'Union européenne.

Au sens large, le modèle pénal européen, c'est-à-dire cet ensemble de règles en matière de coopération judiciaire et policière, établies au sein du Conseil de l'Europe d'abord et développées au sein de l'Union européenne ensuite, constitue un patrimoine de valeurs que l'Union entend promouvoir dans le cadre de sa politique étrangère, indépendamment de sa contribution directe à la sécurité des citoyens de l'Union. L'on songe aux divers droits fondamentaux consacrés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et protégés tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de Justice des Communautés européennes ainsi qu'à des principes tels que la protection des données à caractère personnel, l'abolition des refus d'entraide liés à la sauvegarde des intérêts essentiels de l'Etat ou à la protection du secret bancaire, etc. Un exemple récent illustre cette double dimension de l'action externe de l'Union en matière pénale. Le Président du Conseil a signé, le 25 juin 2003, deux accords d'entraide pénale et d'extradition entre l'Union européenne et les Etats-Unis.⁶⁹ En dépit des différences notables entre le système répressif américain et celui des Etats membres, l'Union a été en mesure d'une part d'étendre aux Etats-Unis certains mécanismes d'entraide conçus en son sein afin d'améliorer l'efficacité de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme (par exemple les dispositions de la

⁶⁸ Des projets pilotes sont en cours aux Philippines, en Indonésie et au Pakistan.

⁶⁹ JOCE, n° L 181 du 19 juillet 2003, p. 25-42.

convention du 29 mai 2000 relatives aux équipes conjointes d'enquête ou celles de son protocole du 16 octobre 2001 relatives à l'identification des détenteurs de comptes bancaires) et d'autre part de promouvoir ses valeurs avec fermeté, ainsi qu'en témoignent les diverses dispositions des deux accords relatives à la possibilité de refuser une extradition ou de donner suite à une demande d'entraide judiciaire en matière pénale si les éléments recueillis peuvent contribuer à l'imposition de la peine de mort ou d'une peine perpétuelle, ou si la personne est susceptible d'être jugée par une juridiction d'exception. Par ailleurs, l'Union est parvenue, malgré de fortes réticences du partenaire américain, à insérer dans l'accord sur l'entraide pénale des dispositions de protection des données à caractère personnel, inspirées de celles qui prévalent entre les Etats membres (voy. l'article 23 de la convention du 29 mai 2000).⁷⁰

2 Du traité sur l'Union européenne à la Constitution: vers un espace européen de justice pénale

Le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale est indéniablement un de ceux auxquels la Constitution apporte les changements les plus radicaux. Ceci est d'autant plus remarquable que deux années auparavant, le traité de Nice n'avait -à l'exception de l'insertion d'Eurojust- apporté aucune amélioration à la coopération intergouvernementale établie par le traité d'Amsterdam. La Convention sur l'avenir de l'Europe a en effet identifié quatre faiblesses institutionnelles apparues à l'usage du traité sur l'Union européenne⁷¹: la faible effectivité du droit de l'Union; le manque d'efficacité du processus décisionnel; l'excessive complexité du cadre de coopération; et enfin, le déficit de légitimité de celui-ci. La Constitution apporte des réponses convaincantes sur ces quatre points (2.1.). Elle n'a pu cependant tout résoudre, ni tout clarifier: des faiblesses et des limites subsistent (2.2.).

⁷⁰ Voy. sur cette question G. Stessens, "The EU-US Agreements on Extradition and on Mutual Legal Assistance: how to Bridge Different Approaches", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, op. cit., pp. 263-275, ainsi que R. Genson, "Les accords d'extradition et d'entraide judiciaire signés le 25 juin 2003 à Washington entre l'Union européenne et les Etats-Unis", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 470, juillet-août 2003, pp. 427-432. Voir également l'accord signé entre l'Union européenne et l'Islande et la Norvège en matière d'entraide pénale, JOCE, L 26 du 29/01/2004, p. 1.

⁷¹ H. Labayle, "Instruments et procédures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice: quelques réflexions critiques", dans G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, op. cit., pp. 41-59.

2.1. Les principales avancées de la Constitution:

La Constitution consacre les deux “règles d’or” identifiées par le groupe de travail X,⁷² chargé par la Convention d’approfondir les questions de justice et d’affaires intérieures:

- Première règle d’or: la nécessité de mettre un terme à la méthode intergouvernementale de gestion du troisième pilier et donc de soumettre, moyennant quelques légers tempéraments tenant à la nature particulière du domaine pénal, la fonction législative, la fonction de représentation externe, le contrôle juridictionnel et l’exécution au niveau de l’Union des actes législatifs aux règles, procédures et instruments de la méthode communautaire. Tout en permettant à un quart des Etats membres de prendre une initiative législative (art. I-33 (1) et I-41(3)), la Constitution aligne en effet à tous autres égards l’adoption des actes sur la méthode communautaire: recours aux lois européennes et lois-cadres européennes, adoption en principe des actes à la majorité qualifiée et en co-décision avec le Parlement européen lorsque la matière ressortit aux compétences de l’Union, compétence de droit commun reconnue à la Cour de Justice des Communautés européennes.
- Seconde règle d’or: le besoin ressenti d’améliorer la coordination de l’action opérationnelle au niveau de l’Union.⁷³ A cette fin, la Constitution prévoit la création au sein du Conseil des ministres d’un Comité permanent de sécurité intérieure (“COSI” ci-après en abrégé (art. III-162)) chargé d’assurer la promotion et le renforcement de la coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure. La Constitution reste vague sur sa composition et plus particulièrement sur le point de savoir si des autorités judiciaires et des représentants des ministères de la justice y siégeront. Comme ce comité sera chargé de préparer et coordonner des opérations de police à l’échelle de plusieurs Etats membres, d’élaborer un plan européen de sécurité et de contribuer à l’élaboration d’une politique criminelle à l’échelle de l’Union, il serait souhaitable qu’il soit composé des personnes responsables au plan

⁷² La Convention européenne a créé onze groupes de travail, dont le groupe de travail “Liberté, sécurité et justice”. Ce groupe a procédé à plusieurs auditions et remis un rapport très critique sur le fonctionnement de la JAI. La plupart de ses propositions ont été reprises dans le projet de traité instituant une constitution pour l’Europe. On trouvera son rapport sous la cote CONV 426/02 WG X 14.

⁷³ R. Genson et P. Zanders, Réflexions quant à l’amélioration de la coopération policière opérationnelle au sein de l’Union européenne, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, octobre 2003.

national et européen des questions de sécurité intérieure, représentants des services de renseignement, autorités de police, de douanes, de contrôle des frontières extérieures, de protection civile, représentants d'Europol mais aussi de responsables judiciaires et de représentants d'Eurojust. La Constitution prévoit du reste que le Conseil des ministres adopte la décision européenne fixant le statut du COSI à la majorité simple (art. III-249). On relève que la Convention n'a souhaité confier pareilles tâches "exécutives" ni à la Commission, ni à Europol dont les compétences sont limitées à la police judiciaire et ne portent pas sur le maintien de l'ordre public.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice devient une compétence partagée entre l'Union et les Etats membres, au même titre que la réalisation du marché intérieur. On mesure l'ampleur de ce changement puisque dorénavant, dans les matières reprises aux articles III-171 à 178 de la Constitution, consacrés à la coopération judiciaire en matière pénale et à la coopération policière, *"les Etats membres exerce(ro)nt leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer"* (art. I-11(2)) et *"... le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées a la primauté sur le droit des Etats membres"* (art. I-10). On relève, par ailleurs, qu'après la promotion de la paix, des valeurs de l'Union (art. I-2) et du bien-être des peuples de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice devient le deuxième objectif de l'Union (art. I-3), ce qui est le plus bel hommage que l'on puisse rendre à la méthode fonctionnelle chère à Jean Monnet.

- Au plan des objectifs, la Constitution diffère peu du TUE: dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Union reste chargée de veiller à assurer un niveau élevé de sécurité. Deux heureux ajouts méritent cependant d'être relevés: d'une part, il est expressément rappelé que l'Union doit respecter les droits fondamentaux (art. III-158(1)); d'autre part, l'Union doit faciliter l'accès à la justice (art. III-158(4)), veiller aux droits des personnes dans la procédure pénale et aux droits des victimes de la criminalité (art. III-171 (2 (b) et (c))). Alors que le Titre VI du TUE ne visait explicitement que les autorités judiciaires et policières des Etats membres, il y a lieu de se réjouir de voir apparaître aux côtés des acteurs de la justice, les justiciables, destinataires immédiats de celle-ci. Enfin, la Constitution consacre deux principes qui confortent la notion d'espace. Il s'agit d'une part du principe de confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires décidée par le

Conseil européen de Tampere et consacrée par la CJCE dans son arrêt *Göstitok* (art. I-41(1), 2ème tiret). Il s'agit d'autre part d'une clause de solidarité au terme de laquelle l'Union et les Etats membres doivent agir conjointement dans un esprit de solidarité si un Etat membre est l'objet d'une attaque terroriste (art. I-42 et III-231).⁷⁴ Enfin, la suppression des piliers devrait faciliter la conduite de politiques plus intégrées: en matière de lutte contre la drogue, il sera dorénavant possible, dans la limite des compétences matérielles de l'Union, de couvrir dans un seul acte législatif les divers aspects préventif, curatif et répressif.

Effectivité

Si le Conseil a manifesté une ardeur normative peu commune au cours des cinq dernières années,⁷⁵ les Etats membres en revanche se sont montrés peu empressés à ratifier les conventions, à transposer les décisions-cadres correctement et dans les délais et à exécuter scrupuleusement les obligations découlant des actes adoptés dans le cadre du titre VI du TUE. Certes, le TUE n'impose pas formellement aux Etats membres un devoir de loyauté analogue à celui que prévoit l'article 10 du TCE. Il n'empêche: la situation, comme on le montre ci-après, est à ce point préoccupante qu'il n'est pas exagéré de qualifier le droit dérivé de l'Union dans le domaine policier et judiciaire pénal de droit virtuel. Seules six conventions et protocoles sur les vingt deux adoptés par le Conseil depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht ont été ratifiés par tous les Etats membres.⁷⁶ Certes, plusieurs de ces conventions prévoient la possibilité pour un Etat membre qui les a ratifiées de les appliquer bilatéralement avec les Etats membres qui les ont aussi ratifiées. Il n'en est pas moins problématique que des conventions telles que celle sur la corruption, adoptée le 26 mai 1997, ou celle relative à l'extradition, adoptée le 27 septembre 1996, ne soient pas ratifiées par tous

⁷⁴ Au lendemain des attentats sanglants de Madrid du 11 mars 2004, les chefs d'Etat ou de gouvernement ont décidé d'anticiper l'application de cet article du projet de Constitution en adoptant une déclaration de solidarité contre le terrorisme au terme de laquelle les Etats membres et les Etats adhérents s'engagent à se prêter mutuellement assistance, en mobilisant tous les instruments à leur disposition, si l'un d'eux venait à être la victime d'une attaque terroriste, doc. 7906/04.

⁷⁵ En moins de dix ans, le Conseil a adopté quelque 26 actions communes, 11 décisions-cadres et 22 conventions ou protocoles.

⁷⁶ Convention Europol du 26 juillet 1995, ses protocoles relatifs à la CJCE du 23 juillet 1996 et aux privilèges et immunités du 19 juin 1997 d'une part, la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés du 26 juillet 1995 et ses deux protocoles, du 27 septembre 1996 et du 29 novembre 1996 relatif à la compétence de la CJCE d'autre part.

les Etats membres, respectivement, six et sept ans après leur adoption par le Conseil. Cette dernière a connu le sort peu glorieux d'être remplacée par le mandat d'arrêt européen avant sa mise en oeuvre au sein des Etats membres...⁷⁷ Les actions communes et les décisions-cadres⁷⁸ sont, quant à elles, transposées souvent tardivement,⁷⁹ incomplètement, voire incorrectement. Une rapide analyse des législations nationales transposant l'action commune contre le racisme et la xénophobie, celle qui incrimine la participation à une organisation criminelle et celle qui incrimine la corruption privée ainsi que des législations transposant les décisions-cadres sur le mandat d'arrêt européen,⁸⁰ le terrorisme ou les équipes conjointes d'enquête conduit à ce constat.

Le devoir de loyauté des Etats membres n'emporte pas uniquement l'obligation de transposer correctement les actes de l'Union. Il suppose que les Etats membres prennent au plan national toutes les mesures (allocation de crédits, affectation de ressources humaines suffisantes etc.) permettant aux mécanismes et agences créés dans le cadre de l'Union d'accomplir leurs missions avec efficacité. L'on songe, par exemple, à l'alimentation d'Europol en données sensibles par les services de polices et de renseignement des Etats membres qui reste très insuffisante. Qu'espérer, en effet, d'une agence dont la mission première consiste à produire des analyses criminelles si celle-ci ne reçoit pas les informations policières pertinentes? Le réseau judiciaire européen est d'une utilité très réduite si les autorités nationales ne veillent pas à promouvoir l'utilisation en mettant à la disposition des magistrats les outils informatiques nécessaires. Eurojust, enfin, pourrait connaître un sort analogue à celui d'Europol si les autorités nationales compétentes ne veillent pas à encourager les magistrats à la saisir systématiquement des dossiers qui ressortissent à ses compétences. Les pouvoirs très modestes que les Etats membres ont, jusqu'à présent, reconnus à leur membre national ne portent guère à l'optimisme. C'est la raison pour laquelle, dans les conclusions qu'il a adoptées le 5 juin 2003,

⁷⁷ Techniquement, ces deux conventions continueront à produire leurs effets en Italie à l'égard des faits commis avant août 2002 et en France pour les faits commis avant le 1er novembre 1993.

⁷⁸ P. Y. Monjal, *Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité*, RTD eur. 37(2), avril-juin 2001, pp. 335-369.

⁷⁹ Seuls huit Etats membres ont respecté le délai de transposition de la décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen (31 décembre 2003) et seuls dix Etats membres ont respecté le délai de transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur les équipes communes d'enquête (JOCE L 162 du 20/06/2002, p. 1) fixé au 1er janvier 2003.

⁸⁰ Voy. Sur ce point le projet de rapport au Conseil sur la transposition de la décision-cadre par les Etats membres, prévu par l'article 34(4), doc. 13061/03, COPEN 92.

le Conseil “appelle les Etats membres à évaluer si les pouvoirs conférés à leurs membres nationaux d’Eurojust dans leur propre pays et les missions qui leur y sont confiées sont conformes aux dispositions de l’article 9 de la décision instituant Eurojust et leur permettant de s’acquitter de leur mandat comme le prévoit ladite décision”.⁸¹

La situation ainsi décrite conduit à poser le double diagnostic suivant:

- d’une part, l’instrument juridique de la convention n’est plus adéquat. Il ne correspond plus à l’état de développement de l’Union en matière policière et judiciaire pénale qui a dépassé le stade de la pure coopération interétatique. L’Union doit pouvoir développer ses politiques à l’aide d’instruments à caractère unilatéral et non plus contractuel.⁸² Certes, le traité d’Amsterdam a amélioré la situation en prévoyant que les conventions adoptées dans le cadre du titre VI du TUE peuvent entrer en vigueur dès qu’elles sont ratifiées par la moitié au moins des Etats membres. La durée moyenne de ratification, même par les Etats membres les plus diligents, est cependant trop longue dans un secteur, la sécurité, où les attentes des citoyens deviennent de plus en plus pressantes. La coexistence, par ailleurs, de conventions et de décisions conduit à des situations complexes, ainsi que l’illustre le cas d’Europol. Alors qu’Eurojust, dont les pouvoirs sont potentiellement nettement plus “opérationnels” que ceux d’Europol, a pu être créée par une décision du Conseil⁸³ négociée en moins d’une année et prenant effet au jour de sa publication au Journal Officiel des Communautés Européennes, Europol, créé par une convention, ne peut se voir attribuer de nouveaux pouvoirs, notamment ceux prévus par le traité d’Amsterdam (cf. article 30.2 du TUE⁸⁴), qu’autant – parallélisme des

⁸¹ doc. 9771/03 EUROJUST 12.

⁸² Voy. à cet égard l’avis de M. Jean-Claude Piris dans sa note au Groupe de travail IX sur la simplification, working document n° 6, “La rationalisation des instruments de l’Union”, p. 16.

⁸³ JOCE, L 63, du 6 mars 2002, p. 1.

⁸⁴ Le Protocole modifiant la convention créant Europol afin de mettre en oeuvre cette disposition du traité, introduite par le traité d’Amsterdam, qui prévoit la possibilité pour Europol de participer à des équipes conjointes d’enquête et de demander aux autorités nationales d’entamer des enquêtes, a été adopté par le Conseil le 28 novembre 2002, soit cinq ans après la signature du traité d’Amsterdam (JOCE C 312 du 16/12/2002, p. 1). Aucun Etat Membre ne l’ayant ratifié à ce jour, son entrée en vigueur n’interviendra vraisemblablement pas avant 2007. Il se sera donc écoulé dix ans entre l’inscription dans le traité de la possibilité pour Europol de participer à des actions opérationnelles et sa concrétisation juridique...

formes oblige⁸⁵ – que le Conseil adopte une nouvelle convention dont l'entrée en vigueur dépend de sa ratification par tous les Etats membres. Il s'ensuit un découplage préoccupant entre coopération policière et judiciaire que rien ne justifie, pas même l'argument selon lequel le recours aux décisions priverait les parlements nationaux du pouvoir de donner leur assentiment aux conventions établies par le Conseil.

- Il manque cruellement un système de contrôle et de sanction du non respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union, analogue à celui que prévoient les articles 226 et 228 du TCE dans le domaine communautaire. Cette lacune se double du fait que les négociateurs du traité d'Amsterdam ont refusé la possibilité pour les décisions-cadres et les décisions de se voir reconnaître des effets directs.

La soumission de l'ancien troisième pilier à la méthode communautaire rencontre incontestablement la critique émise ci-dessus concernant l'effectivité très relative des instruments adoptés dans le domaine pénal.

- 1) Les lois européennes et lois-cadres européennes pourront se voir reconnaître un effet direct, aux conditions posées par la CJCE dans sa jurisprudence *Van Duyn*.⁸⁶ La Commission et les Etats membres pourront attirer un Etat membre en manquement devant la CJCE, avec de surcroît la possibilité nouvelle pour la Commission de demander à la Cour de justice d'infliger, dès le premier recours en manquement, le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte dans le cas où elle constaterait une transposition inexistante, incorrecte ou tardive d'une loi-cadre européenne.
- 2) Par ailleurs, la Constitution prévoit un mécanisme d'évaluation par les pairs de la mise en oeuvre, par les autorités des Etats membres, des politiques de l'Union dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (art. III-161). La Constitution précise que ce mécanisme est destiné en particulier à favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. La reconnaissance quasi automatique par un Etat membre des décisions judiciaires rendues dans un autre Etat membre suppose, on le sait, un degré élevé de confiance générale dans

⁸⁵ Le traité d'Amsterdam n'ayant prévu aucune disposition sur son application "*ratione temporis*", le Conseil n'a pas estimé -de manière discutable- qu'il pouvait dorénavant amender les conventions adoptées sur la base du traité de Maastricht par le biais du nouvel instrument de la décision.

⁸⁶ CJCE, *Van Duyn*, aff. 41/74 du 04/12/1974, Rec. 1337.

la qualité du droit matériel et procédural de celui-ci ainsi que dans la manière dont la justice a été effectivement rendue dans une affaire particulière. Cette confiance mutuelle est à l'heure actuelle politiquement décrétée par le Conseil européen, juridiquement consacrée par la CJCE mais elle fait encore l'objet de bien des réticences.⁸⁷ L'élargissement de l'Union à dix nouveaux Etats membres, dont il est avéré qu'ils ne satisferont pas pleinement aux exigences de l'acquis de l'Union en matière JAI à la date de leur accession,⁸⁸ le 1er mai 2004, rend impérieux l'établissement d'un mécanisme d'évaluation de la qualité de la justice dans tous les Etats membres. Celui-ci serait de nature à accroître la confiance entre autorités judiciaires. Il aiderait en outre à identifier les réformes souhaitables. La Constitution insiste sur l'exigence d'objectivité et d'impartialité de l'évaluation à entreprendre. La crédibilité d'un tel mécanisme dépendra en effet des garanties d'indépendance dont il sera entouré et de la capacité à définir de manière consensuelle les paramètres de référence d'une justice efficace ("benchmarking").⁸⁹ La mise en oeuvre de cet article permettra également de rationaliser les multiples formes d'évaluation par les pairs développées au cours des dernières années dans le domaine JAI.⁹⁰

⁸⁷ Voy. D. Flore, *Réflexions sur l'idée de "confiance mutuelle"*, in G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, op. cit., pp. 133–147.

⁸⁸ Les rapports réguliers publiés par la Commission en octobre 2002, à la veille de la conclusion du traité d'adhésion, dressent un tableau contrasté mais néanmoins préoccupant de l'état de préparation des pays candidats en matière de justice et d'affaires intérieures: <http://europa.eu.int/Comm/enlargement/report2002/>.

⁸⁹ Voy. sur ce point I. Jegouzo, *La création d'un mécanisme d'évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, in G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, op. cit., pp. 147–157, ainsi que la Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe établissant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Res. (2002) 12.

⁹⁰ Voy. notamment l'action commune du 5 décembre 1997 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en oeuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée, JOCE, n° L 344 du 15 décembre 1997, p. 7; l'action commune du 29 juin 1998 instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en oeuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, JOCE, n° L 191 du 7 juillet 1998, p. 8; la décision du Comité exécutif Schengen du 16 septembre 1998 concernant la création d'une Commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JOCE, n° L 239 du 22 septembre 2000, p. 138; la décision-cadre du 28 novembre 2002 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en oeuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme, JOCE, n° L 349 du 24 décembre 2002, p. 1. Voy. également le rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide

Efficacité

L'unanimité requise pour l'adoption par le Conseil des actes du titre VI du TUE – à l'exception des mesures de mise en oeuvre des décisions (cf. article 34.2.c du TUE) qui peuvent être adoptées à la majorité qualifiée et des mesures d'application des conventions qui peuvent être adoptées à la majorité des deux tiers des Parties Contractantes (cf. article 34.2.d, deuxième alinéa du TUE) – handicape très sérieusement la performance de l'Union.⁹¹ D'une part, elle ralentit exagérément la négociation.⁹² L'expérience montre en effet que les délégations se comportent de manière radicalement différente lorsqu'un acte peut être adopté à la majorité qualifiée, leur implication dans les débats et leur propension à compromettre se manifestant beaucoup plus tôt dans la négociation. D'autre part, elle entraîne un réel appauvrissement des normes adoptées qui doivent être indexées sur les exigences de la délégation la moins ambitieuse. Il s'ensuit une harmonisation, soit "à droit constant", les délégations parvenant à configurer la décision-cadre en manière telle qu'aucun Etat membre n'ait à modifier son droit pénal, soit "en trompe l'oeil"⁹³ par le recours à des artifices légistiques, tels que la référence au droit national, la possibilité de dérogations⁹⁴ ou d'options.⁹⁵ La contrainte de recueillir l'accord de tous

judiciaire en matière pénale, JOCE C 216 du 01/08/2001, p. 14 ainsi que le rapport final sur le deuxième exercice d'évaluation consacré à l'action des services répressifs contre le trafic de drogue, doc. 9615/3/03 CRIMORG 43 REV 3.

⁹¹ Certains observateurs font cependant remarquer -s'appuyant sur le précédent de la décision-cadre créant le mandat d'arrêt européen qui a été adoptée en deux mois et demi, alors qu'elle révolutionne le secteur hautement sensible de l'extradition- que l'unanimité n'est pas un obstacle infranchissable lorsqu'existe une réelle volonté politique, clairement exprimée au plus haut niveau de l'Union. L'observation est correcte en ce qu'elle suggère que souvent les blocages dans les négociations doivent plus à l'ambivalence et à la tiédeur des positions politiques qu'à la résistances des bureaucraties. Elle ne tient pas compte cependant du caractère tout à fait exceptionnel des événements du 11 septembre 2001.

⁹² Par exemple, la négociation de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale a duré plus de quatre ans (JOCE, L 197, du 12 juillet 2000, p. 1).

⁹³ Expression empruntée à D. Flore, Une Justice pénale européenne après Amsterdam, JTDE, Juin 1999, p. 127.

⁹⁴ Par ex. l'article 1(4) de la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, adoptée le 28 novembre 2002, (JOCE L 328 du 05/12/2002, p. 1).

⁹⁵ Par ex. l'article 2 de l'action commune incriminant la participation à une organisation criminelle (JOCE L 351 du 29/12/1998, p. 2) ainsi que l'article 3(2) du projet de décision-cadre relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, qui prévoit un catalogue d'incriminations optionnelles, doc. 5299/03 DROIPEN 3. Le niveau variable des peines prévues dans les Etats membres pour une même infraction a conduit le Conseil à accepter de ne plus fixer une durée unique d'emprisonnement mais à

les membres du Conseil jointe à la pression mise par le Conseil européen sur le Conseil "Justice et affaires intérieures" a ainsi conduit -c'est une grande première, s'agissant d'un acte contraignant- à recourir, lors de la négociation de la décision-cadre créant le mandat d'arrêt européen, au conditionnel dans l'énoncé d'une prescription juridique.⁹⁶

La Constitution contient plusieurs mesures de nature à accroître significativement la performance du processus décisionnel de l'Union en matière pénale. On en relève les six principales:

- 1) Prenant acte de l'implication croissante du Conseil européen dans le domaine JAI, la Constitution prévoit que celui-ci définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle. L'on connaît les réticences de la doctrine à l'égard d'une intervention systématique du Conseil européen dans le processus décisionnel et législatif. L'expérience des dernières années montre cependant que le Conseil européen est plus en mesure de prendre certaines décisions ambitieuses -l'on songe par exemple à l'adoption du principe de reconnaissance mutuelle ou à la création d'Eurojust décidés à Tampere ou au large abandon de l'exigence de double incrimination dans le cadre du mandat d'arrêt européen décidé aux sommets de Bruxelles et de Gand en septembre et octobre 2001- que le Conseil JAI au sein duquel le conservatisme bureaucratique et le chauvinisme juridique trouvent inévitablement plus d'écho. Dans le cadre de la mise en oeuvre de la clause de solidarité évoquée ci-dessus, il est par ailleurs prévu que le Conseil européen procède à une évaluation régulière des menaces auxquelles l'Union est confrontée (art. III-231 (4)).
- 2) La réforme la plus susceptible d'améliorer l'efficacité du processus décisionnel est sans conteste la possibilité pour le Conseil d'adopter une série de législations à la majorité qualifiée. La Constitution prévoit en effet que les domaines suivants seront régis par la majorité qualifiée: la détermination des règles de coopération entre autorités judiciaires (art. III-171 (1): mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle, prévention et résolution des conflits de compétences, formation) et policière (art. III-176 (2): échange d'informations, formation, techniques communes d'enquête), le rapprochement du droit

prévoir des fourchettes au sein desquelles les Etats membres pourront choisir le niveau de peine afin d'assurer la cohérence de leur système répressif, voy. les conclusions du Conseil sur l'approche à suivre en vue d'une harmonisation des peines, doc. 9141/02 DROIPEEN 33.

⁹⁶ Voy. art. 17 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (JOCE I 190 du 18/07/2002, p. 7).

pénal matériel dans les domaines de criminalité grave à dimension transfrontière énumérés (art. III-172 (1)) ainsi dans les domaines communautaires ayant fait l'objet d'une harmonisation à la majorité qualifiée, le rapprochement du droit pénal procédural (art. III-171 (2): admissibilité des preuves, droits de la personne, droits des victimes), la prévention (art. III-173), le développement d'Eurojust (art. III-174) et d'Europol (art. III-177). En revanche, la Constitution maintient l'exigence d'unanimité pour le rapprochement du droit pénal en dehors des domaines explicitement identifiés, pour l'institution éventuelle d'un Parquet européen à partir d'Eurojust (art. III-175 (1)), pour l'établissement de mesures portant sur la coopération opérationnelle entre autorités de police (art. III-176 (3)), pour la détermination des conditions et limites dans lesquelles les autorités judiciaires et policières d'un Etat membre peuvent intervenir sur le territoire d'un autre Etat membre (art. III-178). Deux soupapes sont cependant prévues. D'une part, le Conseil européen peut, de sa propre initiative et à l'unanimité, adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée dans un domaine où la Constitution prévoit qu'il doit statuer à l'unanimité (art. I-24 (4), deuxième alinéa). D'autre part, le Conseil des ministres peut, par une décision européenne adoptée à l'unanimité, étendre les domaines du droit pénal procédural (art. III-171 (2, d)) et matériel (art. III-172 (1, 3ème alinéa)) dans lesquels les lois-cadres européennes tendant au rapprochement des législations nationales peuvent être adoptées à la majorité qualifiée.

- 3) Dans le domaine des relations extérieures, les dispositions de la Constitution contribueront à rendre l'action de l'Union plus efficace dans le domaine pénal. L'article I-12(2) de la Constitution prévoit que *“L'Union dispose d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou qu'elle est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou qu'elle affecte un acte interne de l'Union”*. La Constitution reprend en cela l'abondante jurisprudence de la CJCE relative aux compétences externes implicites de la Communauté.⁹⁷ Bien qu'il faille s'attendre, dans les premiers temps, à une contestation systématique par certains Etats membres de la compétence externe de

⁹⁷ Voy. notamment les arrêts AETR (arrêt du 30 mars 1971, aff. 22/70, Commission c/ Conseil, rec. 263), Kramer (arrêt du 14 juillet 1976, aff. 3, 4 et 6/76, rec. 1308) ainsi que les avis 1/76 (26 avril 1977, rec. 754) et 1/94 (15 novembre 1994, rec. I, 5267).

l'Union, comme la Communauté en a fait la pénible expérience après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en matière civile, il faut se réjouir de ce développement qui confortera l'action de l'Union sur la scène internationale en matière de sécurité intérieure. On sait, en effet, combien la question de la détermination des compétences externes respectives de l'Union et des Etats membres s'est révélée complexe lors de la négociation des deux accords d'entraide pénale et d'extradition entre l'Union et les Etats-Unis. Cette compétence s'exercera selon les procédures prévues à l'article III-227 de la Constitution (actuel article 300 du TCE): les accords internationaux seront dorénavant négociés par la Commission et non plus par la Présidence du Conseil comme le prévoit l'article 24 du TUE et conclus par le Conseil au nom de l'Union, dotée enfin explicitement de la personnalité juridique (art. I-6). Ils feront, en outre, l'objet d'un avis ou d'un avis conforme, selon le cas, du Parlement européen, ce qui permettra de répondre à une des critiques les plus fondées adressée aux accords basés sur les articles 38 et 24 du TUE. Enfin, sans préjudice des responsabilités du Ministre des Affaires étrangères en matière de sécurité, la Commission exercera la fonction de représentation extérieure de l'Union en matière pénale (art. 25 (1)).

- 4) Par ailleurs, la Constitution reprend le mécanisme des coopérations renforcées, institué par le traité d'Amsterdam et corrigé par le traité de Nice, en y apportant deux corrections. La première consiste à subordonner le déclenchement d'une coopération renforcée à une proposition de la Commission (art. III-325 (1)), alors que l'actuel article 40 A du TUE permet aux Etats membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée dans le troisième pilier de saisir directement le Conseil en cas d'absence de proposition de la Commission. La seconde consiste à permettre au Conseil de décider à l'unanimité des Etats membres participant à la coopération renforcée qu'il statuera dorénavant à la majorité qualifiée dans les domaines où la Constitution prévoit l'unanimité (art. III-328). Cette modification n'est pas négligeable, compte tenu des velléités récentes des Etats fondateurs de la coopération Schengen de relancer entre eux la dynamique initiale.
- 5) Le seuil prévu pour que le Conseil puisse être saisi d'une initiative législative par les Etats membres (1/4) est de nature à mettre un terme à la pratique actuelle des initiatives lancées à des fins de politique purement nationale qui ont pour effet de parasiter l'activité du Conseil et de ralentir la mise en oeuvre du programme législatif arrêté par le Conseil européen.

- 6) Enfin, la Commission se voit conférer la tâche d'assurer l'exécution des actes obligatoires de l'Union, sauf lorsque dans des cas spécifiques dûment justifiés le Conseil s'en réserve la compétence (art. I-36 (2)). Cette innovation est bienvenue: en effet, au cours des dernières années, l'octroi de compétences d'exécution à la Commission dans les domaines de la coopération policière et judiciaire pénale a fait systématiquement l'objet de débats fastidieux au sein du Conseil.⁹⁸

Complexité

Indépendamment de la question, complexe, consistant à déterminer dans quelle mesure un acte à adopter dans le cadre du titre VI du TUE tend ou non à développer l'acquis de Schengen -ce qui a pour effet de subordonner son adoption à une procédure de négociation associant la Norvège et l'Islande⁹⁹ – on relève les difficultés que suscite la nécessité pour l'Union de s'appuyer sur deux, voire trois, piliers différents pour réaliser l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Des conflits de base légale, de la "deuxième génération", surgissent. La question centrale porte sur le point de savoir dans quelle mesure la Communauté est compétente pour imposer aux Etats membres, lorsqu'ils transposent une directive, d'assortir de sanctions pénales le non respect des prescriptions de celle-ci.¹⁰⁰ La Commission et la plupart des Etats membres ont des vues opposées sur cette question qui tend à se poser de manière de plus en plus fréquente.¹⁰¹ La

⁹⁸ Voy. par exemple, la comitologie prévue par le règlement (1er pilier) et la décision (3ème pilier) du Conseil du 06/12/2001 relatifs au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JOCE L 328 du 13/12/2001, pp. 1–6, ainsi que celle prévue par la décision du Conseil du 22/07/2002 établissant un programme-cadre concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale (AGIS), JOCE L 203 du 01/08/2002, p. 5.

⁹⁹ Voy. l'accord avec la Norvège et l'Islande afin d'associer ces deux Etats à la mise en oeuvre de l'acquis de Schengen, JOCE L 176 du 10 juillet 1999, p. 35.

¹⁰⁰ Voy. Sur cette question, les avis différents de W. Van Gerven, *Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level*, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., pp. 301–329 et Jean-Paul Jacqué, *La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures*, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit. pp 249–257.

¹⁰¹ Voy. les exemples récents relatifs à la protection de l'environnement par le droit pénal, la protection des intérêts financiers de la Communauté, la protection de l'euro, la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, la lutte contre le blanchiment d'argent, la protection des droits de propriété intellectuelle, le contrôle des aliments pour animaux, la pollution maritime, la répression du délit d'initié etc. E. Barbe, *La directive et la*

plupart des Etats membres considèrent que l'harmonisation des incriminations et des peines ressortit exclusivement aux tâches de l'Union et doit être basée sur l'article 31(e) du TUE. Ils font valoir que le traité sur l'Union européenne, en complétant l'action de la Communauté par la coopération intergouvernementale décrite au titre VI, a entendu imposer aux institutions de la Communauté, lorsqu'elles estiment nécessaire de rapprocher le droit pénal matériel des Etats membres, de respecter des procédures particulières (droit d'initiative partagé entre la Commission et les Etats membres, décisions du Conseil prises à l'unanimité, association du Parlement européen sur le mode consultatif etc.), d'avoir recours à des instruments normatifs spécifiques (conventions et décisions-cadres dépourvues d'effets directs) et de poursuivre un but précis. C'est la voie suivie par le Conseil, par exemple, pour la protection de l'euro contre le faux monnayage¹⁰² ou la lutte contre le blanchiment.¹⁰³ La Commission, en revanche, considère que la Communauté est compétente pour imposer aux Etats membres d'incriminer un certain nombre de comportements et d'assortir ceux-ci de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives chaque fois qu'une telle harmonisation du droit pénal matériel des Etats membres apparaît nécessaire pour assurer l'effectivité du droit communautaire et l'exercice efficace par la Communauté de ses compétences (uniquement dans les domaines du droit communautaire dans lesquels la Communauté est compétente pour adopter des règles matérielles en vue du rapprochement des législations des Etats membres, comme par exemple la protection de l'environnement, la protection des intérêts financiers de la Communauté).¹⁰⁴ Dans pareilles situations, la Communauté basera sa législation sur les articles pertinents du TCE en fonction de la matière visée. Il s'ensuit que, selon la base légale choisie, l'acte législatif sera adopté par le Conseil (et le Parlement européen, si l'acte doit être adopté en co-décision), soit à l'unanimité soit à la majorité

décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et aux séjours irréguliers, *Era-Forum* 2/2003, Trèves, pp. 14–20.

¹⁰² Décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L 140 du 14/06/2000, p. 1.

¹⁰³ Décision-cadre concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime adoptée par le Conseil le 26 juin 2001, JOCE L 182 du 5 juillet 2001, p. 1.

¹⁰⁴ La Commission a du reste saisi la CJCE le 23 avril 2003 d'un recours en annulation de la décision-cadre du Conseil sur la protection de l'environnement par le droit pénal, *Aff. C 176/03, Commission contre Conseil*. Pour une présentation des arguments de la Commission, voy. F. Comte, *Criminal Environmental Law and Community Competence*, *European Environmental Law Review*, May 2003, pp. 147–156.

qualifiée et sur la base exclusive d'une initiative de la Commission.¹⁰⁵ C'est la voie suivie par la Commission dans sa proposition de directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal,¹⁰⁶ dans sa proposition de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté¹⁰⁷ et dans sa proposition de directive relative à la répression de la pollution causée par les navires.¹⁰⁸ Ce conflit sur les bases légales se répercute, bien évidemment, au plan externe, ce qui handicape la performance de l'Union.¹⁰⁹

Comme on l'a déjà indiqué, la suppression des piliers et la soumission du troisième pilier à un cadre institutionnel unique accroîtra la lisibilité -et donc la légitimité- de l'action de l'Union dans le domaine pénal; elle facilitera la conduite de politiques intégrées, ce qui permettra d'atténuer l'approche exagérément répressive du droit pénal produit par l'Union en y intégrant une dimension sociale (prévention, réhabilitation). Elle devrait également mettre un terme au caractère parfois schizophrénique des travaux de l'Union. Deux exemples illustrent ce travers. La gestion des frontières extérieures, tout d'abord. Parce que cette question ressortit aux compétences de la Communauté, les travaux actuels tendant à la création rapide d'une agence communautaire de gestion des frontières extérieures, qui doit être opérationnelle le 1er janvier 2005, sont totalement déconnectés des travaux des divers groupes du Conseil en charge des questions policières.¹¹⁰ Il convient certes d'assurer la libre circulation des personnes. Il serait cependant malheureux de négliger la dimension sécuritaire du contrôle des frontières extérieures. La mobilisation des officiers de liaison, ensuite. Le Conseil a adopté, le

¹⁰⁵ Sauf si la matière traitée relève du titre IV du TCE qui prévoit un partage de l'initiative législative entre la Commission et les Etats membres jusqu'en mai 2004.

¹⁰⁶ Document 7407/01 DROIPEN 29 ENV 139. ¹⁰⁷ Doc COM (2001) 272 final.

¹⁰⁸ Proposition de directive imposant aux Etats membres d'incriminer certaines formes de pollution et de prévoir dans certains cas l'imposition de peines d'emprisonnement (doc. 7312/03 MAR 35 ENV 155 CODEC 303) et proposition de décision-cadre déterminant le niveau des peines d'emprisonnement et d'amende ainsi que certaines modalités d'entraide judiciaire (doc. 9008/03 DROIPEN 30 MAR 64 ENV 257).

¹⁰⁹ Voy. par exemple la décision du Conseil du 17 juin 2002 autorisant la Commission et la Présidence à négocier un accord unique entre la Communauté et l'Union d'une part, la Suisse d'autre part, associant cette dernière à la mise en oeuvre et au développement de l'acquis de Schengen. La Commission s'est -sans succès- opposée au recours à un accord mixte de la deuxième génération (Communauté et Union) lui préférant soit la conclusion d'un accord mixte de la première génération (Communauté/Etats membres) dont elle aurait assuré elle-même la négociation, soit la conclusion de deux accords parallèles (accord communautaire et accord de l'Union).

¹¹⁰ Voy. le projet de règlement tel qu'il a fait l'objet d'un accord politique au Conseil du 30 mars 2004 au doc. 8106/04.

2 octobre 2003, un règlement communautaire créant un réseau d'officiers de liaison "Immigration"¹¹¹ pour lutter contre l'immigration illégale. Contrainte par la base légale à n'aborder que les questions ressortissant aux compétences de la Communauté, cette initiative, par ailleurs excellente dans son principe, se condamne à l'hémiplogie. Les officiers de liaison ainsi mis en réseau appartiennent, pour la plupart, aux forces de police et agissent selon une logique et des méthodes policières. Il est curieux de ne pas articuler leur action avec les techniques, instruments et agences (Europol, par exemple) créés dans le cadre du troisième pilier. Enfin, la suppression des piliers augmentera la performance de l'Union au plan externe: l'Union pourra, dans une négociation conduite par la Commission, aborder avec les pays tiers tous les aspects relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, au besoin, engager l'Union dans un accord unique.

Légitimité

Le traité d'Amsterdam a, incontestablement, contribué à atténuer le déficit démocratique et juridictionnel qu'avait créé le traité de Maastricht mais il l'a fait de manière insuffisante. Le Parlement européen et la CJCE ont certes vu croître leurs compétences mais ces institutions restent associées sur un mode mineur et avec des modalités qui ne sont pas satisfaisantes compte tenu de l'impact potentiel des décisions du Conseil sur les libertés individuelles.

- L'avis du Parlement européen sur les projets de conventions, de décisions-cadres et de décisions est certes devenu une formalité substantielle prescrite à peine de nullité. Il n'empêche que son avis, parce qu'il est sollicité trop en amont et trop en aval du processus de négociation, influence peu le contenu des actes adoptés. La première consultation a lieu, en effet, sur la version initiale du texte en sorte que lorsque l'avis du Parlement européen est rendu, il ne correspond plus, sur bien des points, au texte négocié par les instances du Conseil. La seconde consultation est entreprise la plupart de temps lorsque le projet d'acte a fait l'objet d'un accord de principe du Conseil. Ce dernier hésitera à en modifier le contenu, même pour tenir compte d'améliorations légistiques suggérées par le Parlement européen, de crainte de rompre un équilibre fragile, souvent acquis au

¹¹¹ JOCE L 64 du 02/03/2004, p. 1.

terme de négociations fastidieuses. Par ailleurs, le traité ne prévoit de solliciter l'avis du Parlement européen ni sur les programmes de travail¹¹² et plans d'action¹¹³ adoptés par le Conseil, dont certains revêtent une importante politique certaine, ni sur les positions communes arrêtées par le Conseil dans le cadre des négociations internationales. Par ailleurs, l'article 24 du TUE ne prévoit aucune forme d'information ou de consultation du Parlement européen dans le cadre de la négociation d'accords de l'Union avec les pays tiers ou les organisations internationales.

- Les compétences de la CJCE sont nettement insuffisantes pour assurer une protection juridictionnelle effective des individus contre les actes du titre VI du TUE qui porteraient atteinte à leurs libertés individuelles. Le recours en annulation des actes du titre VI du TUE n'est en effet accessible qu'à la Commission et aux Etats membres (article 35.6 TUE) et il ne peut porter sur *«la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure»* (article 35.5 TUE).¹¹⁴ Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, qui constitue la seule voie alternative au recours en annulation, n'est ouvert en outre qu'aux juridictions des douze Etats membres qui ont fait la déclaration prévue par l'article 35.2 du TUE.¹¹⁵

¹¹² Voy. par ex. les programmes de mesures destinés à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale (JOCE C 12 du 15/01/2001, p. 10) et en matière civile (JOCE C 12 du 15/01/2001, p. 1).

¹¹³ Voy. par ex. le plan d'action de l'Union européenne en vue d'une action commune en faveur de la Russie pour lutter contre la criminalité organisée (JOCE C 106 du 13/04/2000, p. 5), le programme de prévention et de contrôle de la criminalité organisée: une stratégie de l'Union européenne pour le prochain millénaire (JOCE C 124 du 03/05/2000, p. 1), le plan d'action contre le terrorisme adopté sous la forme de conclusions du Conseil le 20 septembre 2001 (doc. 12156/02) ou la déclaration sur la lutte contre le terrorisme adoptée par le Conseil européen le 25 mars 2004 (doc. 7906/04).

¹¹⁴ Pareille méfiance à l'égard de la Cour de Justice est peu justifiée lorsque l'on connaît l'approche équilibrée suivie par la CJCE dans son appréciation de l'usage fait par les Etats membres des exceptions d'ordre public et de sécurité intérieure pour déroger, dans le contexte du marché intérieur, au principe de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Pour une analyse de cette jurisprudence, voy. K. Lenaerts et L. Jadoul, *Quelle contribution de la CJCE à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éditeurs), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 199–223.

¹¹⁵ Sur la justiciabilité des décisions-cadres, voy. P-Y Monjal, *La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français*, *Revue du Droit de l'Union européenne*, 1/2003, p. 172 et svtes.

Par effet mécanique, le basculement du troisième pilier vers le premier pilier permet d'apporter une réponse aux critiques portant sur le déficit démocratique et juridictionnel de l'Union dans le domaine pénal. Compte tenu du caractère extrêmement sensible du domaine pénal, tant pour les libertés individuelles que pour la souveraineté des Etats, la Constitution entend aller au-delà des dispositifs actuels en renforçant les contrôles et en impliquant les parlements nationaux.

- 1) S'agissant tout d'abord du déficit démocratique, la Constitution entend associer étroitement le Parlement européen et les parlements nationaux au contrôle des institutions de l'Union et de ses agences.
 - Le Parlement européen est appelé à intervenir selon des modalités d'intensité variable. Il devient co-législateur dans tous les domaines dans lesquels la Constitution prévoit l'adoption par le Conseil des lois européennes et des lois-cadres européennes à la majorité qualifiée, selon la procédure législative ordinaire (légèrement amendée, lorsqu'une initiative émane d'un quart des Etats membres, voy. art. III-302 (15)). Il est amené à approuver divers projets d'actes que le Conseil doit adopter à l'unanimité.¹¹⁶ Il doit être consulté sur trois types d'actes: les propositions de règlement assurant une coopération administrative entre les services des Etats membres compétents en matière de coopération policière et judiciaire pénale (art. III-164); les projets de lois européennes et de lois-cadres européennes établissant des mesures de coopération opérationnelle en matière policière (art. III-176(3)); les projets de lois européennes et de lois-cadres européennes fixant les conditions et limites dans lesquelles les autorités policières et judiciaires d'un Etat membre peuvent agir sur le territoire d'un autre Etat membre (art. III-178). Il est associé, et ceci est remarquable, à l'évaluation des activités d'Eurojust (art. III-174 (2), 2ème alinéa) et au contrôle des activités d'Europol (art. 177(2), 2ème alinéa). Les modalités différenciées de contrôle d'Europol et d'Eurojust par le Parlement européen s'expliquent vraisemblablement par la nécessité de préserver l'indépendance d'Eurojust. Elle ne résiste cependant pas vraiment à une analyse approfondie. Il ne saurait être question pour le Parlement européen de s'immiscer dans les cas concrets traités

¹¹⁶ Projet de décision européenne identifiant les éléments du droit pénal procédural (art. III-171(2) d) et du droit pénal matériel (art. III-172 (1) 3ème alinéa) des Etats membres autres que ceux identifiés par la Constitution pouvant faire l'objet d'un rapprochement; projet de loi européenne instituant un Parquet européen à partir d'Eurojust (art. III-175 (1)).

par Europol ou par Eurojust. Il s'agit d'une part d'évaluer les choix stratégiques de politique criminelle de ces deux agences et d'autre part de mener des enquêtes sur les dysfonctionnements éventuels. Le modèle belge de contrôle des services de police et de renseignement par un organe collatéral du Parlement constitue à cet égard une source utile d'inspiration.¹¹⁷ Enfin, le Parlement européen est informé de la teneur et des résultats des "évaluations par les pairs" (art. III-161)¹¹⁸ et des travaux du COSI (art. III-162).

La Constitution étend en outre les compétences du médiateur européen aux agences de l'Union, ce qui lui permettra de recevoir des plaintes de citoyens ou de résidents communautaires relatives à des cas de mauvaise administration d'Europol ou d'Eurojust (art. III-237).

- Les Parlements nationaux sont également associés au contrôle de certains aspects de l'activité de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale (art. I-41 et III-160 (1) 1er alinéa). Tout d'abord, toutes les propositions législatives sont envoyées aux parlements nationaux en même temps qu'elles le sont au Parlement européen et au Conseil des ministres. Ensuite, sauf cas d'urgence, le Conseil ne peut inscrire cette proposition à son ordre du jour en vue de son adoption ou de l'adoption d'une position commune dans le cadre de la procédure législative avant un délai de six semaines.¹¹⁹ Au cours de ce délai, chaque Parlement national a la possibilité d'adresser aux Présidents du Parlement européen, du Conseil des ministres et de la Commission un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime que la proposition en cause n'est pas conforme au principe de subsidiarité. Si ces avis motivés représentent un quart des Parlements nationaux, l'auteur de la proposition législative (la Commission ou un quart des Etats membres) est tenu de réexaminer sa proposition et, s'il la maintient, de motiver sa décision.¹²⁰ Par ailleurs, les Parlements nationaux sont informés, comme le Parlement européen, des résultats des

¹¹⁷ Voy. les propositions de la Commission relatives au contrôle démocratique sur Europol, COM (2002), 95 final.

¹¹⁸ Alors que l'article III-160 (1) indique que les parlements nationaux peuvent participer aux mécanismes d'évaluation, l'article III-161 prévoit seulement que ceux-ci sont informés de la teneur et des résultats de ces évaluations.

¹¹⁹ Protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne

¹²⁰ Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. On notera que le seuil de déclenchement du mécanisme d'alerte en matière de subsidiarité est d'un tiers dans les autres compétences de l'Union.

“évaluations par les pairs” (art. III-161) et des travaux du COSI (art. III-162) et associés, comme le Parlement européen à l'évaluation des activités d'Eurojust (art. III-174 (2), 2ème alinéa) et au contrôle des activités d'Europol (art. III-177(2), 2ème alinéa).

La Constitution prévoit en outre la détermination par une loi européenne, à adopter par le Conseil à la majorité qualifiée en co-décision avec le Parlement européen, des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la libre circulation des données à caractère personnel tant par les institutions et agences de l'Union que par les Etats membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union ainsi que le contrôle du respect de ces règles par une autorité indépendante (art. I-50). Le Conseil JAI n'est jamais parvenu, malgré les tentatives de plusieurs présidences, à adopter une législation organique sur la protection des données à caractère personnel dans le troisième pilier ni même, ce qui aurait pu constituer un premier pas, à fusionner les diverses autorités de contrôle (Schengen, Europol, Eurojust). Enfin, la Constitution confirme et amplifie la tendance récente d'ouverture et de transparence des travaux des institutions de l'Union. Le droit d'accès des citoyens et résidents communautaires aux documents des institutions compte désormais au nombre des droits fondamentaux consacrés par la Constitution (art. II-42 et I-49 (3)). Le Conseil devra, par ailleurs, dorénavant siéger en public lorsqu'il examine et adopte une proposition législative (art. I-49 (2)).

- 2) S'agissant ensuite du déficit juridictionnel,¹²¹ la Constitution met fin au régime dérogatoire établi par le traité d'Amsterdam, décrit ci-dessus. Avancée remarquable, la Constitution atténue fortement l'exception prévue à l'article 35 (5) du TUE: la CJCE n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police dans un Etat membre ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure uniquement lorsque ces actes relèvent du droit interne (art. III-283). Il s'ensuit que la CJCE pourra effectuer pareil contrôle à l'égard des actes, même relevant du droit interne, pris en exécution du droit de l'Union. On voit là la possibilité pour la Cour de

¹²¹ S. de Biolley, Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale?, *Actualités de droit pénal européen*, op. cit., pp. 195–210.

Justice de dessiner progressivement les contours d'un ordre public européen.¹²² Par ailleurs, la Constitution a répondu en partie à l'invitation que lui avait lancée la CJCE dans son arrêt *Union de Pequenos Agricultores*¹²³ en assouplissant les conditions d'accès des personnes physiques et morales au recours en annulation des actes à portée générale: l'article III-270 (4) exonère ceux-ci en effet de la nécessité de prouver que l'acte les concerne individuellement. Il suffira que celui-ci les concerne directement et qu'il ne comporte pas de mesures d'exécution. En outre, l'article III-270 (5) prévoit la possibilité pour les personnes physiques et morales d'introduire des recours contre les actes des agences de l'Union (Europol, Eurojust), aux conditions définies par les actes créant celles-ci. Pour éviter que des questions préjudicielles ne prolongent des détentions non justifiées, la Constitution prévoit opportunément que la Cour de justice devra statuer dans les plus brefs délais lorsque la question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction concernant une personne détenue (art. III-274, 4ème alinéa). On sait en effet qu'il faut en moyenne 24 mois pour que la Cour de justice rende ses arrêts sur renvois préjudiciels.

Enfin, la Constitution renforce considérablement la promotion et la protection des droits fondamentaux en prévoyant d'une part d'intégrer la Charte des droits fondamentaux, ce qui lui donne un caractère juridiquement contraignant (Partie II de la Constitution), et d'autre part de faire adhérer l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 7 (3)). La constitutionnalisation de la Charte est tout à fait essentielle dès lors que l'on attribue à l'Union une compétence normative en matière pénale.¹²⁴ La Charte énonce, en effet, une multitude de droits fondamentaux que l'Union doit non seulement respecter lorsqu'elle légifère mais également

¹²² Voy. Sur cette question, G. Karydis, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, RTD eur., Janvier-mars 2002, pp. 1–26.

¹²³ *“Si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le Traité originaire et jamais modifié dans ses principes est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux Etats membres, conformément à l'article 48 TUE, de réformer le système actuel en vigueur”* (Point 45), Aff. C 50/00 du 25 juillet 2002, non encore publié au Recueil.

¹²⁴ H. Labayle, *Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice: l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. de l'Université de Bruxelles (M. Dony et E. Bribosia, éditeurs), Bruxelles, 2002, pp. 73–107.

promouvoir dans les limites de ses compétences.¹²⁵ La Commission s'est du reste astreinte depuis la proclamation de la Charte en marge du Conseil européen de Nice à examiner systématiquement, en même temps qu'elle procède au test de subsidiarité et de proportionnalité, la conformité de ses propositions législatives avec la Charte et à insérer dans le préambule de celles-ci un considérant à cet effet. En outre, la Charte, en conséquence d'une jurisprudence bien établie de la CJCE que rappelle l'article II-51 (1) de la Constitution, s'impose également aux Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. L'incorporation de la Charte dans la Constitution rend visible ce qui, jusqu'alors, était invisible.¹²⁶ Aussi devrait-elle inciter les particuliers à demander systématiquement aux juridictions de poser à la CJCE une question préjudicielle portant sur la compatibilité des mesures nationales de mise en oeuvre des instruments de reconnaissance mutuelle avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union, tels qu' un mandat d'arrêt, une décision de gel de comptes bancaires, de confiscation, une sanction pécuniaire etc. Le renforcement de l'arsenal juridique de l'Union en matière de droits fondamentaux devrait en outre faciliter la mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Un vif débat divise, en effet, le Conseil JAI sur le point de savoir s'il convient d'inscrire dans les décisions-cadres concrétisant le principe de reconnaissance mutuelle une disposition spécifique autorisant le juge de l'Etat d'exécution à subordonner l'exécution de la décision judiciaire d'un autre Etat membre dont il est saisi à la vérification préalable de sa compatibilité avec les droits fondamentaux.¹²⁷ Par exemple, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres se contente d'énoncer dans son préambule (considéranants 12 à 14) et son article 1 (3) que celle-ci "(. . .) *ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux*

¹²⁵ Voy. notamment, la dignité humaine, le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit à la liberté et à la sûreté, le respect de la vie privée, la protection des données à caractère personnel, les libertés de pensée, d'expression, de réunion, le droit de propriété, le droit d'asile, les droits de l'enfant, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, la présomption d'innocence et les droits de la défense, le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines, le principe "*ne bis in idem*".

¹²⁶ Expression empruntée à Jean-Paul Jacqué, La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne, in RUDH, 2000, pp. 3-7.

¹²⁷ Les délégations sont, en outre, divisées sur la norme de référence: s'agit-il des droits fondamentaux tels qu'ils s'imposent à l'Union européenne (art. I-7) ou des droits fondamentaux tels que les énonce le droit constitutionnel, parfois plus protecteur, de l'Etat d'exécution?

tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du TUE". Le projet de décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation reprend la même formulation mais ajoute que "la présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation (...) de les faire respecter par les autorités judiciaires des Etats membres". La décision-cadre sur les sanctions pécuniaires franchit une étape supplémentaire en stipulant "Chaque Etat membre peut, lorsque le certificat visé à l'article 2 donne à penser que les droits fondamentaux ou des principes juridiques fondamentaux définis par l'article 6 du TUE ont pu être violés, s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision (...)". Les avis divergent sur cette question. Certains considèrent qu'il n'y a pas de raison objective pour un Etat membre de douter *a priori* de l'aptitude du système juridique ou judiciaire d'un autre Etat membre à protéger les droits fondamentaux. Les Etats membres ont en effet tous accepté le recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg et l'on sait combien la jurisprudence de celle-ci a contribué à uniformiser les exigences d'un procès équitable. Le système juridictionnel des Etats membres assure – selon des modalités certes diverses – une protection effective des droits individuels.¹²⁸ D'autres critiquent cette confiance "aveugle", estimant que l'appartenance à l'Union ne signifie pas que, dans chaque cas, les droits fondamentaux soient effectivement respectés.¹²⁹ Il est souhaitable que cette question soit tranchée à bref délai. Les législations de transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres montrent en effet une approche différenciée des Etats membres: certains ont explicitement prévu une cause de non-exécution des obligations de remise basée sur la violation des droits fondamentaux, d'autres ont estimé que ce contrôle devait avoir lieu dans l'Etat d'émission. Pareille divergence porte atteinte à l'unité d'application du droit de l'Union, crée une inégalité des prévenus et des condamnés devant la loi pénale européenne et met en cause la notion d'espace de liberté, de sécurité et

¹²⁸ G. de Kerchove, La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général, in G. de Kerchove et A. Weyembergh, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, op. cit., pp. 120–121.

¹²⁹ A. Weyembergh, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective, in G. de Kerchove et A. Weyembergh, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, op. cit., pp. 60–61. Voy. également les critiques émises par le réseau des experts indépendants pour évaluer le respect des droits fondamentaux par les Etats membres de l'Union européenne dans leur rapport annuel 2003, p. 283, http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm.

de justice ainsi que la dynamique du principe de reconnaissance mutuelle que la Constitution qualifie de fondement de la coopération judiciaire pénale (art. III-171 (1)).

2.2. Les faiblesses et les zones d'ombre de la Constitution en matière pénale

Si dans l'ensemble la Convention était, "divine surprise!", habitée par l'esprit ambitieux de Tampere, il a fallu néanmoins, ici et là, trouver des compromis. Certains sont malheureux. D'autres suscitent l'ambiguïté. On relève trois sujets de préoccupation.

1) La Constitution ne traduit pas une vision très claire du type d'Europe pénale souhaité.¹³⁰

Les limites et conditions mises au recours au rapprochement des législations pénales nationales en témoignent. La Constitution insiste, en effet, sur le caractère minimal, accessoire et subordonné de ce rapprochement: l'article I-41 (1) précise que "*L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice (. . .) par l'adoption de lois et lois-cadres européennes visant, si nécessaire, à rapprocher les législations pénales dans les domaines énumérés dans la Partie III*"; l'article III-158 (3) répète que l'Union n'aura recours au rapprochement des législations pénales que si cela est nécessaire; l'article III-171 (2) subordonne le recours au rapprochement du droit pénal procédural à la condition que celui-ci facilite la reconnaissance mutuelle; enfin, l'article III-172 limite le rapprochement du droit pénal matériel à deux types de situations:

- d'une part, une liste, extensible à l'unanimité, de dix domaines¹³¹ de criminalité particulièrement grave et qui revêtent une dimension transfrontalière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes;
- d'autre part, lorsque le recours au droit pénal est indispensable pour assurer la mise en oeuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation (par exemple, l'environnement, la concurrence, les transports, etc.).

¹³⁰ Voy. l'intéressante clarification proposée par D. Flore, Un droit pénal européen: hasard ou nécessité, *Actualités de droit pénal européen*, op. cit., pp. 5–17.

¹³¹ Terrorisme, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des femmes et des enfants, trafic illicite de drogues, trafic illicite d'armes, blanchiment d'argent, corruption, contrefaçon de moyens de paiement, criminalité informatique et criminalité organisée.

Non seulement ces diverses dispositions traduisent une grande réticence à l'égard du rapprochement des législations pénales -celui-ci ne peut établir que des normes minimales- mais elles n'expriment pas clairement les finalités que doit poursuivre celui-ci. Ainsi que le montre brillamment Anne Weyembergh,¹³² le rapprochement du droit pénal peut poursuivre des fonctions auxiliaires et des fonctions autonomes:

- Les fonctions auxiliaires sont les plus classiques.
 - (1) Il s'agit d'une part de faciliter la réalisation de la reconnaissance mutuelle. Le principe de reconnaissance mutuelle requiert, en effet, un degré élevé de confiance des autorités judiciaire dans la qualité de leurs ordres juridiques respectifs. Une manière d'accroître cette confiance consiste à rapprocher progressivement le droit pénal, tant procédural que matériel, des Etats membres. L'expérience de la coopération entre les pays nordiques en témoigne.¹³³ Dans son livre vert récent, la Commission européenne justifie du reste sa proposition de définir un socle minimal de garanties procédurales par la nécessité de renforcer la confiance entre les autorités judiciaires des Etats membres appelées à mettre en oeuvre la reconnaissance mutuelle.
 - (2) Il s'agit d'autre part de faciliter l'action des agences de coopération policière et judiciaire: l'octroi de pouvoirs renforcés à Europol et Eurojust suppose que l'on définisse de manière harmonisée les formes de criminalité qu'elles ont la charge d'investiguer et de poursuivre. La mise sur pied d'acteurs européens de nature proprement fédérale, tel par exemple que la création d'un procureur européen, requiert quant à elle une unification du droit pénal, comme en témoignent les propositions faites par la Commission dans son récent livre.
- Les fonctions autonomes sont, elles, plus originales et, de ce fait, plus sujettes à débat.
 - (1) Le rapprochement tend tout d'abord à la réalisation du pôle "épée" du droit pénal, c'est-à-dire d'éviter que ne se créent dans l'Union des "sanctuaires", les organisations criminelles concentrant, sinon

¹³² A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, pp. 137-187.

¹³³ Voy. Petter Asp, "The Nordic "System" for Mutual Recognition in Criminal Matters", in G. de Kerchove et A. Weyembergh, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op.cit, pp. 223-226.

leurs activités criminelles, à tout le moins le produit de celles-ci sur le territoire des Etats les moins-disant en matière de répression.

- (2) Le rapprochement peut, ensuite, exercer une fonction «emblématique», l'Union européenne cherchant à harmoniser l'incrimination d'un comportement ainsi que le niveau de sanction qui lui est attaché indépendamment de son caractère transfrontalier, parce que celui-ci porte atteinte aux valeurs qui la fondent. L'on songe, par exemple à la répression du racisme, de la xénophobie ou de la pédo-pornographie. Le fait de disposer d'une législation harmonisée au niveau de l'Union n'est, de surcroît, pas dénué d'intérêt au plan externe. L'on reproche, en effet, souvent à l'Union d'être peu influente dans la production des normes internationales, en comparaison avec les Etats-Unis.¹³⁴ La négociation dans le cadre des Nations Unies des conventions sur la criminalité organisée, sur la répression du terrorisme et sur la corruption montre que lorsque l'Union européenne dispose d'une norme harmonisée, en l'espèce –respectivement- la définition du crime de participation à une organisation criminelle ou à une organisation terroriste, d'acte de terrorisme ou de corruption, elle est en mesure d'imposer ses définitions et ses standards.
- (3) Le rapprochement peut, d'autre part, contribuer à diffuser auprès des citoyens européens un sentiment commun de justice: l'exercice effectif des droits de citoyenneté suppose que chacun puisse exercer son droit à la libre circulation et au séjour sans être confronté à une trop grande disparité de législations pénales.
- (4) Le rapprochement peut, enfin, contribuer à développer la dimension "bouclier" du droit pénal afin de promouvoir les garanties que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit au bénéfice, notamment, des prévenus et des inculpés.

En conclusion, l'insertion dans la Constitution d'une liste limitée d'infractions qui circonscrirait la compétence de l'Union en matière de rapprochement du droit pénal matériel est tout à la fois rigide et réductrice. Elle est rigide parce qu'elle force le Conseil à devoir trouver

¹³⁴ Voy. Sur cette question, Laurent Cohen-Tanugi, *L'influence normative internationale de l'Union européenne: une ambition entravée*, Les notes de l'Ifri, La documentation française, 2002, 43p.

en son sein l'improbable unanimité de ses 25 membres et au sein du Parlement une majorité pour approuver l'extension de la liste chaque fois que l'Union est confrontée à des formes de criminalité non reprises dans la liste.¹³⁵ Par ailleurs, le recours à des critères tels que la dimension transfrontalière du comportement criminel, est réducteur, enfin, en ce qu'il participe d'une vision dépassée du projet européen en matière pénale. Il ne s'agit plus, comme on s'est efforcé de le montrer ci-avant, de réduire l'action de l'Union européenne aux questions transfrontalières et de compenser la suppression des contrôles aux frontières intérieures mais bien de créer un authentique espace de liberté, de sécurité et de justice.

Par ailleurs, en permettant à l'Union d'assortir n'importe quelle législation de sanctions pénales "*lorsque le rapprochement des normes de droit pénal s'avère indispensable pour assurer la mise en oeuvre efficace d'une politique (de l'Union) dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation*" (art. III-172 (2)), la Constitution risque d'entraîner une inflation pénale génératrice d'inefficacité et d'insécurité juridique. L'on peut craindre, en effet, comme en témoignent ses propositions récentes, que la Commission ne souhaite assortir systématiquement ses propositions législatives de sanctions pénales. Les parquets submergés ne pouvant tout poursuivre, la sanction pénale risque de perdre une partie de ses effets dissuasifs. Il est dès lors indispensable que les ministres de la justice, à qui incombe d'assurer la cohérence du droit pénal, soient d'une manière ou d'une autre associés au Conseil législatif, dont l'article I-23 (1) prévoit la création, chaque fois que celui-ci est appelé à édicter des normes pénales.

2) La Constitution reste très (trop?) timide en ce qui concerne l'intensité de l'action opérationnelle de l'Union et de ses agences:

En matière d'action opérationnelle, la Constitution consolide les acquis plus qu'elle ne les révolutionne. Alors que l'attribution d'une compétence normative à l'Union en matière pénale signe indubitablement le passage de l'intergouvernemental au fédéral -la Convention n'ayant pu reconnaître cette évidence l'a pudiquement qualifiée de mode "communautaire" d'exercice des compétences transférées (art. I-1 (1)), l'attribution à l'Union et à ses agences de responsabilités opérationnelles reste régie par

¹³⁵ Un exemple récent montre que l'on ne peut pas tout prévoir: le crime de torture ne figure pas en effet, de manière bien involontaire, parmi les trente deux infractions vis-à-vis desquelles le principe de double incrimination n'est pas requis pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen!

les contraintes et les limites de la méthode intergouvernementale. C'est que l'Union doit respecter les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure (art. I-5 (1) et III-283). L'article III-342 prévoit du reste qu'un Etat Membre n'est pas tenu de fournir des renseignements dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité. Dans ce cadre, les mesures de contrainte relèvent exclusivement des autorités policières des Etats membres (art. III-177 (3)). Les actes officiels de procédure judiciaire sont accomplis par les agents nationaux compétents (art. III-174 (3)). Les pouvoirs tant d'Europol que d'Eurojust ne vont pas au delà de la coordination des autorités nationales. Certes, l'action d'Eurojust peut avoir pour effet de déclencher des poursuites pénales –ce qui va au delà de ses pouvoirs actuels- mais celles-ci seront conduites par les autorités nationales (art. III-174 (2) a)). Certes, Europol peut réaliser des enquêtes et des actions opérationnelles mais uniquement si elles sont menées conjointement avec les autorités compétentes des Etats membres (art. III-177 (2) b)). Par ailleurs, la Convention n'est pas parvenue à imposer le contrôle judiciaire d'Europol par Eurojust: leurs relations restent coopératives (art. III-(2) b)). La seule perspective fédérale légèrement entrouverte est celle de l'institution d'un Parquet européen, "à partir d'Eurojust" mais elle est facultative (art. III-175 (1)) et, devant être décidée à l'unanimité par le Conseil des ministres et approuvée par le Parlement européen, improbable. L'on se réjouit cependant du principe même de son inscription dans la Constitution et également du fait que les compétences qui pourraient lui être attribuées -la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière ainsi que les infractions portant atteinte aux intérêts de l'Union- vont bien au-delà de celles dont la Commission souhaitait investir le Procureur européen dont elle proposait la création dans son récent livre vert.¹³⁶ Une timidité analogue transpire des articles consacrés au contrôle des frontières extérieures de l'Union. L'inégalité des Etats membres devant la charge que représente le contrôle des frontières extérieures de l'espace Schengen, due à la géographie, ainsi que le déplacement de ce contrôle à l'est, dû à l'élargissement, aurait du amener les Conventionnels à inscrire les bases légales nécessaires pour créer un corps européen de gardes frontières. Au lieu de cela, la Constitution appelle pudiquement à «*mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures*» (art. III-166 (1) c)

¹³⁶ Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM (2001) 715 final.

et (2) d)). Enfin, il est un acteur essentiel de la sécurité dont il n'est fait nulle part référence: les services de renseignement. C'est regrettable. Les négociateurs du traité de Maastricht avaient eu l'audace de contraindre les policiers à développer dorénavant leur coopération dans le cadre de l'Union. Ceux d'Amsterdam avait eu le courage d'intégrer Schengen dans le cadre de l'Union sous la forme d'une coopération renforcée «institutionnalisée». Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 à New York et Washington et du 11 mars 2004 à Madrid ont démontré, si besoin en était, combien l'intégration des services de renseignement des Etats membres au processus décisionnel de l'Union était souhaitable. Le Conseil européen de Bruxelles avait, le 21 septembre 2001, déjà souligné la nécessité "(d')une meilleure coopération et (d') un meilleur échange d'informations entre tous les services de renseignements de l'Union". Répondant à cette invitation, le "club de Berne"¹³⁷ a décidé de constituer un "groupe anti-terrorisme" (GAT) au sein duquel les experts concentrent leurs travaux sur le terrorisme islamique en général et les réseaux Ben Laden en particulier, mettent en oeuvre un protocole d'échange d'informations simplifié avec les services américains et renforcent les échanges internes dans les domaines des expulsions et éloignements d'extrémistes islamiques et des faux documents. Le GAT élabore périodiquement une analyse de la menace que représente l'Islam sunnite radical, ses modus operandi et ses cibles potentielles. Le Conseil européen, lors de sa réunion du 25 mars 2004, a franchi une étape supplémentaire en "*soutenant les efforts du Secrétaire général/Haut représentant pour intégrer au sein du Secrétariat du Conseil des capacités de renseignement sur tous les aspects de la menace terroriste, afin de nourrir la politique de l'Union européenne*".¹³⁸

3) La Constitution maintient un certain flou sur les bases légales – article I-15 ou article I-41-qui devront fonder l'action de l'Union en matière de sécurité:

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 ont amené l'Union à redéfinir sa politique en matière de sécurité en des termes larges¹³⁹ et

¹³⁷ Créé il y a 35 ans, le club de Berne regroupe certains services de renseignement -à caractère interne- des 15 Etats membres, de la Suisse et de la Norvège. Sa présidence ne suit pas l'ordre des présidences du Conseil (il est actuellement présidé par la Norvège). Le terrorisme ne représente qu'une partie de ses travaux.

¹³⁸ Point 9 de la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, doc. 7906/04.

¹³⁹ Voy. La stratégie européenne de sécurité soumise par Mr. Javier Solana, Secrétaire général/Haut représentant, au Conseil européen de Bruxelles, le 12 décembre 2003 (doc. 15895/03) ainsi que sa carte blanche dans le Monde le 23 septembre 2003.

à mobiliser à cet effet toute la panoplie des instruments politiques, diplomatiques, humanitaires, économiques et financiers, policiers, judiciaires et militaires dont elle dispose.¹⁴⁰ Cette approche elle procède du constat, rendu plus aigu au lendemain des attentats du 11 mars 2004, de l'hétérogénéité des menaces que le terrorisme et la criminalité organisée font peser sur la sécurité des citoyens et la stabilité des démocraties: violence contre les personnes, destruction des infrastructures publiques, blanchiment du produit d'activités criminelles fragilisant le système financier et entraînant la corruption du processus de décision politique, criminalité informatique portant atteinte à l'intégrité des systèmes informatiques de télécommunication, dissémination d'armes de destruction massive etc. La constatation que des organisations terroristes, des groupes criminels, voire des mouvements indépendantistes peuvent être amenés à conclure des alliances de circonstance qui décuplent leur capacité de nuisance rend cette approche intégrée plus impérieuse encore. Cependant, la lecture des articles I-15, I-25 (1), I-42, III-206, III-210, III-231, III-224 laisse planer une certaine incertitude. En précisant à l'article I-15 que la compétence de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune («PESC» ci-après en abrégé) couvre l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, la Constitution entend-elle soumettre aux règles de décision prévues en matière de PESC la définition des politiques liées au terrorisme et à la criminalité organisée? Certes, l'article III-231 prévoit que le Conseil doit être saisi d'une proposition conjointe de la Commission et du Ministre des Affaires étrangères pour définir les modalités de mise en œuvre de la clause de solidarité visée à l'article I-42 en cas d'attaque terroriste et que ses travaux seront préparés tant par le Comité politique et de sécurité que par le COSI. Il n'empêche qu'une approche large du concept de sécurité pourrait, surtout au plan externe, susciter une certaine concurrence entre le Ministre des affaires étrangères, chargé de conduire la PESC et d'en assurer l'exécution (art. I-27), et la Commission chargée d'assurer la représentation extérieure de l'Union, notamment dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale (art. I-25 (1)). La désignation, lors du Conseil européen de Bruxelles le 25 mars 2004, d'un coordinateur européen de la lutte

¹⁴⁰ Une «feuille de route» indiquant l'état de mise en œuvre des diverses mesures prises par l'Union et la Communauté européennes au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 est régulièrement mise à jour.

contre le terrorisme s'inscrit dans ce contexte.¹⁴¹ Bien que la déclaration du Conseil européen insiste sur le respect des responsabilités incombant à la Commission, elle contient une description très large des responsabilités du coordinateur, ce qui en fait une figure institutionnelle originale. Enfin, les développements récents de l'OTAN¹⁴² dans les domaines du contrôle des frontières extérieures et du renseignement civil confortent le sentiment d'une remise à plat des catégories classiques.

3. Conclusion

Les modifications que la Constitution apporte aux règles institutionnelles qui régissent le fonctionnement de la coopération policière et judiciaire pénale sont radicales. Elles apportent un démenti cinglant à toutes celles et tous ceux qui, au lendemain de la conclusion du traité de Maastricht, critiquaient la création de l'Union européenne et l'adjonction de deux piliers intergouvernementaux au pilier communautaire. Loin d'avoir contaminé la méthode communautaire, la coopération intergouvernementale instituée à Maastricht et améliorée à Amsterdam et à Nice a contribué à apprivoiser les acteurs du troisième pilier, policiers, magistrats, fonctionnaires des ministères de l'intérieur et de la justice, et à les convaincre des vertus de l'exercice partagé de leurs prérogatives régaliennes. Qui aurait imaginé qu'en moins de dix ans, l'on passerait d'une coopération tenue d'une main ferme, celle que donne le droit de veto, par les seuls gouvernements à une intégration, soumise à la méthode communautaire? Pareille évolution est remarquable. L'audace reste raisonnable, cependant. La Convention n'a pas franchi le pas authentiquement fédéral qui aurait consisté à doter l'Union d'une police fédérale, d'un parquet européen, voire d'une Cour de Justice dotée de compétences pénales de

¹⁴¹ Point 14 de la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, doc. 7906/04.

¹⁴² Voy. Q. Peel, *Financial Times* 28/01/03: "Only a decade ago, "security" was synonymous with "defense" . . . Deterrence was by conventional defense backed up by the threat of nuclear weapons. Today "security" means much more than just military might. For most European/Euro-Atlantic countries . . . threats to security are non-military in nature.(. . .). Today's threats must be countered by intelligence, police work, border patrols and the like". Voy. également l'analyse de D. Bigo, *L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité sur la cohésion sociale en France*, in E. Bribosia et A. Weyembergh, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit, pp. 219-249 et celle de M. Den Boer, *9/11 and the Europeanisation of anti-terrorism Policy: a critical Assessment*, *Policy Papers* n° 6, sept. 2003, Groupement d'études et de recherches Notre Europe, pp. 19-20.

pleine juridiction.¹⁴³ Cette étape nécessaire sera franchie vraisemblablement à l'initiative d'une avant garde, comme celle qui lança l'aventure de Schengen pour accélérer, entre quelques Etats membres, la réalisation d'un des objectifs centraux du projet communautaire, la libre circulation des personnes. La réalisation effective de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en dépend.

¹⁴³ Voy. sur ce point la contribution présentée par Mr. G. de Vries à la Convention européenne, CONTRIBUT 321, doc. CONV 733/03 et S. de Biolley, Un pouvoir juridictionnel en matière pénale, in *Actualités de droit pénal européen*, op. cit. p. 208.