

## DOCTRINE

*Repérer les pièces d'une culture pénale commune pour en faire la toile de fond d'un premier noyau d'une théorie européenne de la responsabilité pénale, tel est l'objet de cet article. Prôner pour cette démarche, soutient l'auteur, n'est pas simplement question de renforcer la confiance des praticiens et par là améliorer la coopération judiciaire. Il ne s'agit pas non plus d'une question qui concerne exclusivement la production normative de l'Union européenne en matière pénale. Le développement d'une culture pénale européenne s'avère la condition préalable pour la définition de toute théorie moderne du droit pénal élaborée au niveau national, celle-ci étant destinée à être employée dans des ordres juridiques qui sont engagés dans un processus d'intégration incessante qui a affecté sensiblement le paradigme de la territorialité. Ce qui implique logiquement la nécessité d'actualiser les contenus essentiels des principes généraux du droit pénal (national), et également de certaines notions et même de certaines catégories, afin d'en confirmer la fonction d'outil de cohérence d'un système donné par la capacité d'en intégrer les évolutions, même celles découlant de dynamiques 'ultra-nationales'.*

# Développer une culture pénale européenne : de l'européanisation des principes fondamentaux du droit pénal à une théorie « européenne » de la responsabilité pénale

## Une hypothèse de recherche

Rosaria Sicurella

Professeur à la faculté de droit de Catane

*Searching for the already existing bits of a European Criminal Law Culture and build up from them the essential core of a European Theory for the Criminal Law Responsibility : this is the aim of this article. In the Author's view, this is neither a mere question of deepen practitioners' trust about other Member States' legal orders in order to improve judicial cooperation, nor an issue exclusively involving EU competence in criminal matters. Indeed, fostering a European Criminal Law Culture is the necessary precondition in order to develop a modern Criminal Law Theory at national level already, because of the involvement of any of the Member States in the European integration process that has very much affected the essential paradigm of territoriality. This goes with the need for updating the contents of the general principles of Criminal Law, as well as of most of the relevant legal concepts and categories, with the aim of confirming their essential function of guaranteeing the coherence of each National system itself, because of their capacity to integrate future developments, even when they are the consequences of supranational dynamics.*

RSC • Janvier-mars 2020

## I - Introduction. Pourquoi s'engager dans le développement d'une culture pénale européenne ?

Face à une Europe traversée par d'évidentes tensions centrifuges, où le "droit à la sûreté" paraît avoir réussi à bousculer la construction même des droits fondamentaux que l'on croyait le rempart solide du projet européen, prôner l'essor d'une culture pénale européenne – et même envisager le développement à partir de celle-ci d'un premier noyau d'une théorie européenne du droit pénal par la définition de catégories juridiques communes – pourrait paraître absolument rhétorique, ou du moins un simple exercice académique.

La crise économique, les vagues migratoires, la menace du terrorisme international ne sont que quelques-uns des facteurs puissants qui ont fait resurgir des nationalismes féroces et en même temps dévoilé les contradictions et les défaillances d'un projet européen inachevé qui n'a pas réussi dans son défi majeur depuis ses commencements jusqu'à aujourd'hui : faire de la participation à ce projet le facteur identitaire capable d'assouplir les pulsions nationalistes.

Par ailleurs, pour ce qui est en particulier de l'action de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal, l'approche des trois institutions européennes (Conseil, Commission et Parlement européens), au lendemain de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ayant attribué à l'Union une première compétence en matière pénale, pouvait être considérée sans doute comme un début prometteur. Les documents adop-

tés par les trois institutions et visant tout spécialement un premier encadrement de l'action de l'Union en matière pénale fondée sur la nouvelle disposition de l'article 83 TFUE montrent l'engagement dans le respect des directives fondamentales du droit pénal libéral, au premier rang desquelles figurent le principe d'*ultima ratio* et celui d'une justification de la réponse pénale de l'État exclusivement réservée aux cas de dommage ou de mise en danger d'un intérêt fondamental<sup>1</sup>.

Toutefois, les directives adoptées depuis lors révèlent souvent d'importantes tensions notamment par rapport à certains impératifs du droit pénal libéral<sup>2</sup>. De manière générale, ces directives restent très loin de véhiculer une politique criminelle véritablement commune, et surtout une vision commune des rapports entre autorité et liberté, reposant sur une approche réfléchie et partagée quant au fondement de l'intervention pénale et de la peine. Bref, les actes de l'Union en matière pénale s'avèrent très loin d'exprimer ne serait-ce qu'un premier noyau d'une culture pénale commune. Et cela, moins à cause des principes de subsidiarité et de proportionnalité censés régir la production normative européenne, pouvant aboutir à une législation "éclatée", ou de la nature "minimale" des dispositions de ces mêmes directives, que du fait, pour ces mêmes directives, d'être devenues la caisse de résonance des préoccupations (notamment sécuritaires) des États, et en général d'avoir suivi une

(1) Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations, 2979<sup>th</sup> Justice and Home Affairs Council Meeting, Brussels, 30 nov. 2009 ; Communication de la Commission, Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, COM (2011) 573 déf ; Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal, JO C264 E, 13 sept. 2013, p. 7.

(2) V. les critiques formulées dans le « Manifeste pour une politique criminelle européenne », J. Leblois-Happe, Le groupe *European Criminal Policy* et le Manifeste pour une politique criminelle européenne, RIDP, 2011/1, p. 131 s.

approche essentiellement fonctionnaliste et utilitariste, aboutissant normalement à une expansion du pénal. Ce qui apparaît fort critiquable au regard du rôle désormais acquis par l'Union – et notamment par le législateur européen – depuis le Traité de Lisbonne qui lui confère la place de véritable co-législateur titulaire de la compétence d'établir des normes (bien que définies comme minimales et à adopter par la voie d'une directive) en matière d'infractions et de sanctions pénales.

Par ailleurs, les presque deux décennies d'expérience en matière de reconnaissance mutuelle n'ont pas abouti non plus à encourager le développement d'une culture pénale commune. Plus précisément, la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle n'a pas eu l'effet – qui avait été pourtant envisagé par quelques avocats généraux – de stimuler le développement d'un véritable dialogue apte à porter en surface et mettre en exergue les points communs résultant d'un héritage juridique commun et des dynamiques de *cross-fertilisation* découlant du procès d'intégration<sup>3</sup>. S'il est vrai que la raison d'être de la reconnaissance mutuelle repose sur l'idée du maintien des différences des législations nationales dont l'efficacité et surtout le respect des droits fondamentaux sont donnés comme acquis<sup>4</sup>, les obstacles et les défaillances expérimentés dans la mise en œuvre des instruments de coopération adoptés sur la base de ce principe ont montré que l'application efficace de ces mêmes instruments ne peut pas se passer, non seulement d'un certain niveau d'harmonisation des législations nationales, s'imposant finalement comme la donne "objective"

constituant la condition préalable incontournable, mais également d'une attitude des autorités judiciaires, d'une disponibilité à la compréhension des autres systèmes qui s'érige en donne "subjective" de la reconnaissance mutuelle, un *humus* indispensable pour la fondation d'une confiance mutuelle véritable. En l'absence de ces conditions, c'est une confiance "aveugle" qui a été établie par la Cour de Justice en érigeant la confiance mutuelle en une notion juridique fondée sur la présomption absolue du respect des droits fondamentaux.

Repérer les pièces, les fragments d'une culture pénale commune, telle qu'esquissée à la convergence de la dynamique de l'intégration européenne (au sens large, incluant aussi bien le système de l'Union que le système de la CESDH) avec des mouvements spontanés de circulation de modèles s'appuyant souvent sur un héritage commun de culture juridique, peut d'ailleurs s'avérer décisif à cette fin. C'est dire que la confiance à l'égard non pas simplement des autres systèmes, mais plus exactement à l'égard des effets du bon fonctionnement de ces systèmes, condition préalable de l'acceptation de la procédure de la reconnaissance mutuelle, repose sur la connaissance et l'expérience concrète du fonctionnement des autres systèmes, en même temps que sur la prise de conscience de l'existence d'importants éléments communs sur lesquels une véritable confiance pourrait et devrait être bâtie.

Mais, en fait, le développement d'une culture pénale commune ne se borne pas simplement à renforcer la confiance des praticiens et par là à améliorer la

(3) Selon l'avis de certains avocats généraux, le choix de la voie de la reconnaissance mutuelle comme alternative à l'harmonisation des législations nationales serait apte à déclencher une dynamique positive à l'égard du développement de la confiance mutuelle, notamment par l'exaltation des éléments communs aux différents traditions juridiques ; V. l'avis de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Staatsanwaltschaft Regensburg v. Klaus Boyrquain*, C-297/07, para 44-45 ; V. aussi l'avis de l'avocat général Yves Bot dans l'affaire *Dominic Wolzenburg*, CJCE 6 oct. 2009, aff. C-123/08, para 136 s.

(4) La Cour de Justice a bien marqué la différence entre rapprochement normatif et confiance mutuelle envers les systèmes juridiques des autres États (pouvant exister, en principe, même en l'absence de la première) dans son arrêt *Advocaten voor de Wereld*, CJCE 3 mai 2007, aff. C-303/05, EU : C :2007 :261.

coopération judiciaire. Il ne s'agit pas non plus d'une question qui concerne exclusivement le "droit pénal de l'Union européenne" au sens strict, par rapport auquel le développement d'une culture pénale commune s'impose en termes de légitimation même de l'action de l'Union en matière pénale. Il s'agit d'une question qui concerne finalement (également) le "droit pénal dans l'Union européenne"<sup>5</sup>. En effet, le développement d'une culture pénale européenne s'avère la condition préalable tout d'abord pour la définition de toute théorie "moderne" du droit pénal élaborée au niveau national, celle-ci étant destinée à être employée dans des ordres juridiques qui, en dépit des résistances passées et futures, sont engagés dans un processus d'intégration incessante qui a affecté sensiblement le paradigme de la territorialité. Ce qui implique logiquement la nécessité d'actualiser les contenus essentiels des principes généraux du droit pénal (national), et également de certaines notions et même de certaines catégories, afin d'en confirmer la fonction d'outil de cohérence d'un système donné par la capacité d'en intégrer les évolutions, même celles découlant de dynamiques "ultra-nationales". Or, si les principes fondamentaux du droit pénal (ou du moins quelques-uns de ces principes) ont déjà enregistré une évolution évidente, ayant été souvent remodelés à la suite de formes de contamination et d'intégration, en revanche, les catégories juridiques demeurent essentiellement inchangées, et reflètent une dimension du droit pénal exclusivement nationale ; ce qui n'est plus le cas dans aucun des États membres.

D'où l'intérêt de s'engager dans une œuvre de repérage, d'abord, et de systématisation et approfondissement, par la suite, de ces pièces de culture pénale européenne qui existent déjà, et qui seraient censées agir de prime abord tel le moteur de l'œuvre nécessaire de

"revitalisation" des catégories juridiques élaborées au niveau national, s'appuyant notamment sur ces principes généraux du droit pénal pour lesquels on constate une convergence suffisamment acquise parmi les différentes cultures juridiques, et qui peuvent bien être considérés d'ores et déjà comme la "toile de fond" commune aux différentes traditions juridico-pénales, et l'expression d'une culture pénale européenne qui apparaît en filigrane des différentes cultures européennes, et qui fait partie de l'identité de chaque citoyen européen. Loin de se réduire à un exercice académique (et même rhétorique), l'engagement dans cette direction répond à l'exigence réelle de faire évoluer l'encadrement théorique de la responsabilité pénale afin d'en assurer la "mise à niveau" avec la situation actuelle en Europe ; et cela au profit de la cohérence interne des systèmes juridiques aussi bien que de la prévisibilité par le justiciable/citoyen européen des conséquences de ses agissements engageant sa responsabilité pénale.

En parallèle, une autre démarche pourrait être envisagée, censée dessiner, à partir de ce même « droit pénal des principes » dont les bases ont été jetées depuis quelque temps et qui pénètre non seulement les décisions des Cours européennes, mais aussi de plus en plus souvent celles des juges nationaux, surtout constitutionnels et de dernière instance, le parcours possible du développement d'une "théorie" européenne de la responsabilité pénale, ou du moins le noyau dur d'une telle théorie, intéressant notamment ces notions et catégories qui plus directement ont la fonction de marquer le "périmètre", l'étendue de la responsabilité pénale. Le point de départ devrait logiquement être ces notions qui peuvent être considérées d'ores et déjà comme des notions (aussi) européennes du fait qu'elles sont très souvent employées dans les directives pénales adoptées par le législa-

(5) Pour cette distinction, V. M. Delmas-Marty, *Union européenne et droit pénal*, CDH, 1997. 607 s.

teur européen sur la base de l'article 83 TFUE, sans toutefois qu'une définition autonome ait été envisagée de ces mêmes notions, ni que les critères minimaux aient été établis régissant la punissabilité des situations correspondant à ces notions ; comme c'est le cas notamment des notions de tentative et de complicité. S'occuper tout d'abord de ces notions confère à cette démarche l'utilité ultérieure de pouvoir fournir à la Cour de justice les outils conceptuels nécessaires dans le cas où la juridiction européenne serait appelée à interpréter ces notions contenues dans les directives. C'est dire que s'engager dans une réflexion commune à l'égard de certaines notions et catégories du droit pénal, qui viserait l'aboutissement d'un accord sur les contenus essentiels de celles-ci, pourrait servir aussi à anticiper la "création" par la Cour de Luxembourg (par une démarche qui, malgré la

référence d'affichage à la méthode comparée, n'assure pas un résultat réellement dialogique) des contenus de ces notions "européennes", censés pénétrer dans les ordres juridiques nationaux (et par là affecter, quoique indirectement, les catégories nationales) en raison de la nature contraignante des décisions de la Cour de Justice. De façon plus générale, s'engager dans la réflexion et la définition par la suite d'une "théorie" européenne de la responsabilité pénale, fournissant les repères conceptuels nécessaires, pourrait avoir aussi pour but de limiter, notamment dans le secteur sensible du droit pénal, les débordements possibles d'une jurisprudence européenne (incluant sous cette étiquette aussi bien la Cour de Justice que la Cour européenne des droits de l'homme) jouant souvent un rôle créateur, qui aboutit, bon gré mal gré, à en faire un acteur politique<sup>6</sup>.

## II - Le justiciable dans l'espace européen : une culture pénale commune pour favoriser la confiance envers les autorités répressives dans l'espace unique

5

L'intérêt à s'engager dans la démarche esquissée ci-dessus peut être appréciée également dans la perspective du développement de la confiance des citoyens européens envers les autorités européennes (même répressives) des différents États pouvant engager l'action répressive éventuellement par le recours aux instruments de la coopération judiciaire.

En effet, dès son irruption dans le champ de la coopération judiciaire, à partir de la deuxième moitié des années 1990 – lors du lancement (au plan politique) du principe de la reconnaissance mutuelle, finalement érigé en pilier de la coopération judiciaire par le Traité de Lisbonne –, la question de la confiance mutuelle

a été abordée essentiellement dans la perspective de la confiance entre États (et entre autorités étatiques). Pourtant, le développement de l'Union tel un espace unique de liberté, sécurité et justice exige que l'on considère sérieusement la nécessité de développer également la confiance dans les relations verticales entre individus et autorités répressives. Celle-ci implique en fait que tout individu devrait être mis à même d'avoir un niveau de confiance identique à l'égard des autorités de n'importe quel État (membre de l'Union), et cela en dépit de sa nationalité.

Loin d'apparaître dépassée par l'institution d'un Parquet européen, la nécessité d'un approfondissement de la confiance

(6) Sur ces questions, en général, V. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milan, 2011.

du justiciable européen dans les relations verticales est exaltée par la perspective de l'action d'une autorité judiciaire supranationale.

La mise en œuvre de la première autorité d'enquête au niveau européen ne produit pas exclusivement une nouvelle dynamique dans les relations horizontales entre les autorités judiciaires nationales. L'activité de ces dernières est en effet destinée à demeurer cruciale du fait d'un Parquet européen conçu comme essentiellement scellé à une dimension nationale, non seulement en raison d'une articulation interne des compétences qui laisse l'action principale à la responsabilité des Procureurs Européens délégués (des procureurs nationaux ayant la double casquette en tant que membres du Parquet national et du Parquet européen), mais surtout par le fait d'être obligé à agir sur la base de 22 droits pénaux nationaux (de fond et de procédure, à l'exception d'un nombre minimal de règles communes) très modestement harmonisés par les instruments de l'Union adoptés en la matière<sup>7</sup>. Ce qui implique que l'on ne peut pas considérer comme étant éradiqués les problèmes que l'on pourrait considérer classiques de la coopération judiciaire.

Cependant, la mise en œuvre d'une autorité de l'enquête au niveau européen, quoiqu'aux pouvoirs forts limités, est à l'origine d'une nouvelle dynamique également dans les relations verticales entre l'individu citoyen européen et les autorités répressives de n'importe quel État (n'importe quel État participant au Parquet pouvant exercer l'action publique envers tout citoyen européen

dans les conditions prévues dans le Règlement 2017/1939 établissant une procédure de coopération renforcée pour l'institution du Parquet européen<sup>8</sup>).

Cet aspect paraît avoir été négligé jusqu'à présent même par la Cour de Justice. Il est bien vrai que la jurisprudence la plus récente en matière de reconnaissance mutuelle (concernant tout spécialement le mandat d'arrêt européen), notamment à partir de l'affaire *Aranyosi e Căldăraru*<sup>9</sup>, marque un changement net d'attitude de la Cour par rapport à sa position affichée dans l'avis 2/2013, du fait que celle-ci a admis finalement la possibilité de réfuter la présomption de respect des droits fondamentaux expressément érigée dans l'avis rendu en 2013 au fondement de la confiance mutuelle (et donc aussi de la dynamique régissant la reconnaissance mutuelle). Cela montre clairement la prise de conscience de l'enjeu de la part de la juridiction européenne, qui, comme on peut l'imaginer, fera recours à une jurisprudence s'appuyant sur la nécessité d'assurer l'efficacité de la Charte et par là de renforcer la protection effective des droits fondamentaux. D'ailleurs, une telle démarche paraît aussi sollicitée, quoique indirectement, par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a montré une attitude assez rigoureuse quant à la compatibilité du mécanisme de la reconnaissance mutuelle avec la Convention européenne ; ce qui pourrait même aboutir à un changement de sa position jusqu'à présent fondée sur la «présomption de correspondance de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union avec la protection assurée par la Convention et la jurisprudence de Strasbourg<sup>10</sup>.

- (7) Pour l'encadrement général des questions de mise en œuvre du Parquet européen, V. L. Salazar, *Habemus EPPO ! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, 2017, p. 1 s. ; Sous la direction de W. Geelhoed, L.H. Erkelens, A.W.H. Meij *Shifting, Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Asser Press – Springer, La Hague, 2018 ; R. Sicurella, *Uno, nessuno, ventidue. Ovvero dell'incertezza del diritto applicabile dalla Procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2019, p. 61 s.
- (8) Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JO L. 283 du 31 nov. 2017, p. 1 s.
- (9) CJUE, Gr. Ch., 5 avr. 2016, aff. C-404/15, *Aranyosi et Căldăraru* et CJUE 5 avr. 2016, aff. C-659/15, *Robert Caldara*, PPU, ECLI :EU :C2016 :198.

Or, si l'on peut bien imaginer qu'une telle jurisprudence de la Cour de Justice est à même de contribuer au renforcement de la confiance du justiciable envers les autorités répressives des autres États, celle-ci demeure néanmoins focalisée presque exclusivement sur la confiance entre États (et entre autorités étatiques), négligeant par conséquent la dimension subjective "«individuelle" de la confiance, à savoir la confiance dans les relations verticales entre individus et autorités répressives (lorsque celles-ci exercent les pouvoirs découlant des instruments de la reconnaissance mutuelle). Le développement – et le maintien – d'une telle confiance des citoyens/justiciables européens est en effet un objectif extrêmement ambitieux et engageant. En général, l'idée même de l'Union comme espace sans frontière, donc un territoire commun, où les citoyens européens circulent et peuvent s'établir librement, impose de revenir sur les fondements mêmes du droit pénal. Il suffit de penser à la question cruciale de la finalité de la peine. La libre circulation, combinée avec le rapprochement que celle-ci même entraîne du point de vue culturel et social, est à même d'affecter la fonction de prévention générale de la sanction pénale chaque fois que les différences des législations nationales donnent lieu à des situations de *forum shopping*, ou affectent l'idée même de la nécessité de la réponse pénale telle qu'elle est conçue dans le système donné. Plus précisément, la persistance de choix de pénalisation fort différenciés à l'égard des mêmes intérêts juridiques peut déterminer une condition de "«désorientation" du citoyen européen (circulant sur le territoire européen), expérimentant une situation où le périmètre du pénal n'est

pas clairement marqué, avec ce qui s'en suit en termes de solidité du système. Par ailleurs, le but de resocialisation du coupable généralement estimé crucial selon les théories modernes de la peine – quitte à adopter dans certains secteurs particulièrement sensibles aux yeux du corps électoral des approches inspirées plutôt des idées néo-rétributionnistes – est évidemment affecté à chaque fois que les conséquences juridiques des mêmes faits diffèrent de façon sensible d'un État à l'autre<sup>11</sup>.

Ayant cette situation à l'esprit, il est évident qu'une œuvre harmonisatrice pénétrante devient une démarche incontournable dans la mise en place de cette confiance qui est à la base de la reconnaissance mutuelle. Dans cette perspective, développer une culture pénale européenne, pouvant soutenir un sentiment commun de justice, peut sans doute contribuer à assurer au justiciable européen partout en Europe la prévisibilité (au sens large) des situations engendrant la réponse pénale (voire punitive). Plus spécialement, la nécessité de développer la dimension individuelle de la confiance prône celle-ci aussi pour le développement finalement d'une "vision «partagée" de la justice pénale, jusqu'à aboutir à la définition commune de ces notions et concepts juridiques sur lesquels plus directement repose l'extension de la responsabilité pénale, allant jusqu'à définir le noyau dur d'une théorie européenne de la responsabilité pénale qui devrait être à même d'éviter que le maintien de solutions législatives différentes (quoique soumises à une œuvre d'harmonisation sans doute plus pénétrante et effective qu'à l'heure actuelle) affecte radicalement la confiance des citoyens envers les dyna-

(10) CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Airlines*.

(11) A. Bernardi, Europe sans frontières et droit pénal, RSC 2002. 1. : Id., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa : linee ricostruttive*, dans G. Grasso – R. Sicurella (sous la direction de), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 381-384 ; R. Sicurella, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea : diritto penale sovranazionale o diritto penale nazionale armonizzato ?*, in G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza (sous la direction de), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea : definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 18-19.

miques de l'ordre juridique de l'Union (censées guider le développement de l'Union comme un espace unique) en même temps qu'envers les autorités de

leurs États d'origine, dont les choix de pénalisation peuvent être mis en cause lorsque ceux-ci sont mis en relation avec les choix d'autres pays de l'Union.

### III - L'européanisation des principes généraux du droit pénal

Les grands principes du droit pénal ont été d'ores et déjà largement affectés par le processus d'intégration européenne, et cela surtout en conséquence de l'activité des deux Cours européennes et de la force contraignante des décisions de celles-ci et des effets en cascade sur la jurisprudence des tribunaux nationaux<sup>12</sup>. Plus précisément, par le biais d'une approche de ces principes dans leur dimension de droits fondamentaux, ayant donc une application en faveur du justiciable (*in bonam partem*), les juges européens ont sans doute contribué à renouveler les contenus de ces mêmes principes, en amplifiant notamment ces aspects de garanties contre l'arbitraire qui constituent désormais le noyau commun aux différents systèmes juridiques européens ; bien que la situation actuelle d'une protection «à plusieurs "niveaux" des droits fondamentaux (Union européenne, CESDH, juges nationaux, tout spécialement constitutionnels) n'aille pas sans poser aussi des problèmes<sup>13</sup>. Sans entrer dans les détails de cette question qui reste en dehors de l'objet de cet article, il suffit en effet de considérer que les différences de portée et d'intensité de la protection assurée au

niveau de l'ordre juridique interne et au niveau supranational peuvent être aisément réglées exclusivement dans le cas d'une confrontation de la dimension nationale avec celle du système de la CESDH du fait de la nature de "standard minimal" de la protection assurée à Strasbourg impliquant la légitimité d'une protection interne plus étendue ou intense des mêmes principes/droits. En revanche, le conflit apparaît inévitable lorsqu'il s'agit de la confrontation avec un système ayant sa propre dimension de protection des droits fondamentaux, et dont les relations avec les systèmes nationaux sont régies de plus par le principe de primauté, comme cela est le cas pour l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>14</sup>.

Dans le but de donner un aperçu de ce processus d'"européanisation" de certains principes fondamentaux du droit pénal, il serait toutefois irréaliste d'envisager l'examen en même temps exhaustif et détaillé de tous les principes du droit pénal ayant acquis un «statut européen destiné à intégrer les contenus de ces mêmes principes dans leur dimension purement interne. L'es-

- (12) A. Bernardi, L'européanisation de la science pénale, RSC. 2004. 3 ([note non trouvée dans la base, à vérifier](#)) ; J. Pradel, Les grandes tendances de l'européanisation des systèmes pénaux nationaux, Les Cahiers de droit, 2010, p. 1015 et s. ; R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora (sous la direction de), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A guide for legal practitioners*, Milano, Giuffrè, 2017.
- (13) V. les différentes perspectives esquissées, entre autres, par J.-Y. Carlier, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », RQDI, 2000, p. 37 s. ; R. Tinière, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », RDLF, 2017, chron, n° 17 ; R. Sicurella et M. Costa, *Legality*, dans R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora (sous la direction de), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU*, préc., p. 3 s.
- (14) Les réactions enflammées qui ont suivi les décisions de la Cour de Justice dans les affaires *Melloni* CJUE, Gr. Ch., 26 févr. 2013, aff. C-399/11, EU :C :2013 :107 et *Taricco*, CJUE, Gr. Ch., 8 sept. 2015, aff. C-105/14, EU :C :2015 :555 ont clairement montré la sensibilité de l'enjeu.

quise des développements concernant les principes *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine culpa* paraît cependant assez représentatif des dynamiques en place, le premier de ces principes ayant abouti à des acquis consolidés ayant déjà produit un certain "bouleversement" des notions et catégories du droit pénal interne, tandis qu'à l'égard du second la démarche amorcée révèle les incertitudes persistantes, voire les résistances, face à l'affirmation d'une définition commune et partagée de ce principe.

### A - Le principe *nullum crimen sine lege*

L'évolution enregistrée à l'égard du principe de légalité est sans doute l'exemple le plus parlant de la situation esquissée ci-dessus.

La contingence historique et politique, et notamment les idéologies révolutionnaires de la période des Lumières en France se focalisant sur la réserve de loi – et par conséquent sur la séparation entre le législateur et le juge<sup>15</sup> –, a dans quelque mesure étouffé l'élan universel du droit fondamental visant la protection de l'individu contre des initiatives répressives arbitraires de l'autorité publique ; ce qui est au fond l'essence même du principe *nullum crimen sine lege*<sup>16</sup>.

Un tel élan universel a été mis en exergue, en revanche, par la jurisprudence européenne, déclinant les garanties attachées au principe de légalité en termes d'« accessibilité » et de « prévisibilité » de l'incrimination aussi bien que de la sanction<sup>17</sup>. Dans cette optique, la définition du principe *nullum crimen sine lege* au niveau européen, qui selon les juristes plus conservateurs serait à l'origine d'une crise de la (véritable) "légalité « légale » (enracinée au texte de loi), serait par contre à même d'exprimer un paradigme des mêmes garanties qui finalement s'avérerait plus réaliste et en même temps plus garante, en répondant mieux à la situation actuelle du droit pénal. Cela fait apparaître la jurisprudence de plus en plus protagoniste, notamment en raison du rôle que celle-ci est appelée à jouer comme clé de voûte du processus d'intégration européen (au sens large), et aussi, de manière générale, en raison de la responsabilité qui est la sienne d'assurer l'interprétation cohérente du droit pénal interne dans un contexte polycentrique où le juge est confronté à la pluralité des sources et des contraintes<sup>18</sup> ; sans négliger les nombreux secteurs où le juge se voit attribuer un énorme pouvoir de décision discrétionnaire du fait de l'intervention du droit pénal dans des secteurs où est très fréquent l'emploi de dispositions "ouvertes" à la législation technique, ou formulées à partir de standards ou critères. Dans ce contexte, le respect aveugle de la légalité

(15) V. not. Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748 ; Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, 1764.

(16) En effet, c'était le principe de non rétroactivité de la loi pénale qui a été théorisé en premier déjà dans la deuxième moitié du xvii s. en Angleterre ; V. T. Hobbes, *Leviathan*, 1651 ; J. Locke, *Two treatises of government*, 1689.

(17) À remarquer le *crescendo* que la jurisprudence de la CEDH a marqué à l'égard de la condition de la prévisibilité concernant à l'origine la loi (et/ou le droit) et dans les arrêts plus récents la qualification légale des faits (et donc les conséquences en termes de sanctions et autres) ; CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W. c/ Royaume Uni* ; CEDH 22 nov. 1995, *CR c/ Royaume Uni*, A. Bernardi, L'europeanisation de la science pénale, RSC. 2004. 3 ([réf à revoir, pas dans la base](#)) ; CEDH, Gr. Ch., 22 mars 2001, n° 24044/96, *Streletz, Kessler, Krenz c/ Allemagne* et *K.-H. W. c/ Allemagne* ; CEDH 10 oct. 2006, n° 40403/02, *Pessino c/ France* ; CEDH, Gr. Ch., 21 nov. 2013, n° 42050/09, *Del Rio Prada c/ Espagne* ; CEDH 14 avr. 2015, n° 66655/13, *Contrada c/ Italie*.

(18) En général sur ce point, M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 240 s. ; id., *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006 ; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, 2014 ; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012 ; A. Ruggeri, *CEDU, diritto eurounitario e diritto interno : alla ricerca del sistema dei sistemi in Consulta On line*, 2013 ; C. Sotis, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012.

“formelle” (telle que déclinée par la dogmatique traditionnelle des pays de *civil law*) risque finalement de frustrer la substance garantiste du principe de légalité.

Bien que, pour une majeure partie de la doctrine continentale, l'idée que la jurisprudence a toujours un effet exclusivement déclaratoire (ne rencontrant donc pas de limites en termes de rétroactivité) demeure une quasi règle d'airain, l'impact évident sur la césure traditionnelle entre le texte de loi et la décision judiciaire qu'une telle évolution du rôle des juges implique, plaide au contraire, en effet, pour l'adhésion à un paradigme de la légalité plus “dynamique” en ce qui concerne la relation législateur/juge, incluant, en présence de conditions précises, l'interprétation/intégration clarificatrice du juge<sup>19</sup>. Loin de produire un fléchissement de la légalité (au sens où celle-ci est entendue dans les constructions doctrinales traditionnelles) qui serait produit par une législation “dégénérée”, il s'agirait plutôt d'affiner cette même légalité de façon à reconnaître et “englober” le rôle devenu incontournable de l'interprétation du juge, tout en refusant toute forme d'activisme judiciaire injustifié. Cela met en évidence la question de la nécessité d'un partage entre législateur et juge de la “responsabilité” d'assurer au justiciable la «prévisibilité de l'incrimination et de la peine, nécessitant que certaines de ces garanties traditionnellement rattachées à l'exercice du pouvoir législatif s'étendent à l'interprétation du juge dans tous les cas où celle-ci s'avère une

interprétation novatrice, qu'il s'agisse de la non-rétroactivité de l'incrimination et de la peine, ou de la rétroactivité *in mitius*<sup>20</sup>.

Or, les aménagements nécessités par les décisions les plus récentes de la CEDH notamment dans certains systèmes de droit continental montrent comment ce paradigme européen du principe *nullum crimen sine lege*, malgré les nombreuses résistances des juristes plus conservateurs, a déjà creusé le monolithe de la légalité formelle. En Italie, les répercussions de la décision *Contrada*<sup>21</sup> – où la CEDH a conclu à une violation de l'article 7 CESDH parce que les juges italiens avaient appliqué l'interprétation des articles 110 et 416 *bis* du code pénal italien telle que consolidée à partir de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Demitry* en 1994 à des faits commis par Bruno Contrada en 1978 – ont amené à repenser les contours de l'erreur de droit (jusqu'à présent extrêmement restreints), et ont aussi poussé à l'adoption d'une première forme de régulation de la valeur contraignante du précédent lorsqu'il s'agit d'une décision de la Cour de cassation en session plénière (*Sezioni Unite*)<sup>22</sup>. Bien qu'une telle réforme ait été assortie de toute une série de conditions et de limites, l'on doit tout de même reconnaître le caractère sensible d'une telle avancée qui a un impact significatif sur la façon de concevoir la relation entre le législateur et le juge qui s'était développée à partir du principe de la séparation des pouvoirs dans les systèmes de *civil law*<sup>23</sup>, dans lesquels toute intervention

(19) F. Viganò, *Il nullum crimen conteso : legalità costituzionale vs legalità convenzionale ?*, dans [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it)

(20) Le principe de la rétroactivité favorable, en particulier, a acquis la dimension de droit fondamental dans la Charte de l'Union – reconnue par la suite également par la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg à partir de son arrêt dans l'affaire *Scoppola* (CEDH, Gr. Ch., 17 sept. 2009, n° 10249/03 – lui conférant un statut européen de même d'entraîner des conséquences importantes même dans les systèmes pénaux qui le reconnaissaient déjà auparavant.

(21) CEDH 14 avr. 2015, *Contrada c. Italie*, req. n° 66655/13.

(22) L. 23 juin 2017, n° 103 (ainsi dite : *Riforma Orlando*).

(23) Une telle évolution conduit à ce que les deux modèles de systèmes (*civil law* et *common law*) ne soient plus perçus comme des compartiments étanches, selon M. Donini, « *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo* », *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n° 3/2016, p. 13 s.

visant la définition de critères assurant une certaine stabilité et prévisibilité de la jurisprudence a été jusque récemment exclue du fait que celle-ci aurait impliqué la reconnaissance *de facto* d'un pouvoir législatif au juge ; ce qui ne serait nullement acceptable – du moins formellement – dans des traditions juridiques de droit continental comme c'est le cas pour la France et l'Italie.

De façon plus générale, il faut aussi reconnaître que la nature essentiellement politique du principe *nullum crimen sine lege* entraîne aussi sa "relativité", à savoir la possibilité (voire la nécessité) d'envisager une modification des conditions à remplir afin d'assurer les garanties engendrées par ce même principe. En effet, la mise en œuvre et plus précisément les modes choisis pour la concrétisation de ce principe résultent des diverses expériences historiques et constitutionnelles de chaque système. S'agissant de la manifestation des dynamiques concernant la relation entre souveraineté, ordre juridique et individu, la mise en œuvre du principe de légalité ne peut se réaliser par des formes bétonnées et atemporelles, que l'on ne pourrait jamais modifier, mais au contraire celle-ci est destinée elle-même à évoluer suivant les mutations des formes de manifestation de la souveraineté et des rapports entre l'autorité publique et l'individu. Les modifications du contexte politique et social, donc, entraînent une évolution physiologique (et non pas pathologique) du paradigme de la légalité : le principe de légalité ne peut pas être mécaniquement confirmé, sans aucune révision critique, mais au contraire celui-ci doit être aménagé en fonction d'un

contexte politique et institutionnel et aussi social et culturel qui a profondément changé.

Et cela n'affecte pas exclusivement les systèmes de droit continental. En effet, le constat des conséquences des dynamiques de l'intégration européenne (avec aussi d'autres dynamiques sociales et politiques) amène à s'interroger en général sur l'évolution de la relation entre pouvoirs publics, et notamment entre le législateur et le juge dans les différents systèmes européens, à savoir la relation sur laquelle repose essentiellement la distinction traditionnelle entre systèmes de *civil law* et *common law*. Or, les dynamiques susmentionnées ont sans doute contribué à une évolution "convergente" des relations dans ces deux modèles de systèmes. Pour ce qui est des pays de *civil law*, la structure "en réseau" des sources de production normative, désormais irréversible, implique une relation directe du juge avec l'ordre juridique supranational qui affecte radicalement l'idée du juge comme " «bouche de la loi" ; ce qui va quelque part déstabiliser la construction traditionnelle des relations entre pouvoirs publics dans ces systèmes (en dehors des situations "pathologiques" liées d'un côté à la mauvaise qualité de la rédaction des dispositions normatives, de l'autre au débordement des juges de leurs prérogatives). Pour ce qui est des pays de *common law* l'affirmation des *statutes* a produit là aussi un réaménagement des relations entre Parlement et juges, ces derniers formellement empêchés désormais de créer des nouvelles incriminations, et en plus particulièrement prudents et inspirés par le *self restraint* jusqu'à présent dans l'interprétation des *statutes* adoptés par le Parlement<sup>24</sup>, mais confrontés eux

(24) V. Z. Bankowski, D.N. McCormick, *Statutory interpretation in the United Kingdom*, in N. McCormick et R.S. Summers (Eds), *Interpreting Statutes. A comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, p. 359 s. ; L.M. Eig, *Statutory Interpretation: General Principles and Recent Trends*, 2011, dans [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Toutefois, sur les cas d'interprétation extensive aussi en matière pénale G. Williams, D. Baker, *Textbook of Criminal Law*, London, 2012, p. 13 ; et surtout dans la littérature américaine W.N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, dans *University of Pennsylvania Law Review*, 1997, p. 1479 s.

aussi aux mêmes contraintes découlant du procès d'intégration européenne<sup>25</sup>.

### B - Le principe *nulla poena sine culpa*

Des pas fort significatifs ont été franchis également quant à l'affirmation d'un noyau dur commun du principe *nulla poena sine culpa*, notamment à partir de la jurisprudence récente de la CEDH ayant produit des répercussions significatives sur le droit pénal national, tout spécialement italien, (puisqu'il s'agit du système italien qui était mis en question dans les décisions les plus récentes de la CEDH<sup>26</sup>). Ce qui est sans doute remarquable si l'on considère que ce système est parmi les rares systèmes reconnaissant le rang constitutionnel du principe de culpabilité.

Bien que l'absence d'une reconnaissance explicite de ce principe en tant que droit fondamental dans la CESDH aussi bien que dans le texte plus récent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ait sans doute empêché que ce principe enregistre au niveau européen des développements comparables à ceux qui ont concerné le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, apparaît

désormais absolument partager l'idée que toute responsabilité pénale de l'individu doit reposer sur l'existence d'une faute (quoique cela n'exclut pas des pratiques peu respectueuses de cet acquis). Plus précisément la législation ainsi que la jurisprudence européennes montrent leur volonté d'ancrer la responsabilité pénale dans l'existence d'un ensemble de conditions (qui peuvent s'ajouter à l'élément moral au sens strict, dol ou faute de négligence), et notamment la capacité de comprendre et de contrôler ses propres actes, la possibilité de connaître la loi pénale, et aussi l'absence de toute autre situation qui aurait la conséquence d'exclure la faute de l'individu<sup>27</sup>.

En réalité, le silence des deux textes majeurs en matière de protection des droits de l'homme s'explique par l'hétérogénéité existant dans les différents ordres juridiques nationaux quant à la portée et au rang du principe *nulla poena sine culpa*. La reconnaissance explicite en tant que principe constitutionnel (assurant la protection la plus étendue et intense, excluant en général la possibilité d'un sacrifice de ce même principe au profit d'autres intérêts généraux) est la situation minoritaire<sup>28</sup>, bien que l'on puisse repérer dans quelques systèmes une

- (25) Bien que cela ait été concrétisé différemment dans les ordres juridiques européens, le principe de la séparation des pouvoirs s'avère une valeur reconnue dans un nombre important d'États de l'Union, [s'imposant tel que la tendance dominante et pouvant donc être inclus de facto](#) parmi les droits fondamentaux de l'Union ; V. l'opinion de l'avocat général Bobek rendue dans l'affaire.
- (26) CEDH 20 janv. 2009, req. n° 75909/01, *Sud Fondi c. Italie* ; CEDH 29 oct. 2013, req. n° 17475/09, *Varvara c. Italie* ; CEDH, Gr. Ch., 28 juin 2018, n° 1828/06, *G.I.E.M. et autres c. Italie*, n°s 34163/07 et 19029/11.
- (27) Une différence "culturelle" importante demeure entre les deux traditions juridiques de *common law* et de *civil law*, cette dernière notamment s'étant efforcée d'assurer la césure nette entre faute pénale, reposant sur un fondement exclusivement normatif, l'opposition du comportement à l'ordre juridique, et reproche moral ; tandis que ces deux dimensions demeurent strictement liées dans la tradition de *common law*. V. M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in A. M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (sous la direction de), *Civil Law e Common Law : quale « grammatica » per il diritto penale ?*, Napoli, 2018, p. 129 s.
- (28) V. l'article 27, al. 1 de la Constitution italienne qui établit que « la responsabilité pénale est personnelle », entendant par-là non seulement l'exclusion d'une responsabilité pénale pour fait d'autrui, mais de façon plus significative la nécessité d'un comportement "fautif" et reprochable. V. aussi les nettes affirmations en ce sens de la Cour constitutionnelle italienne dans sa décision n° 322 du 24 juillet 2007 par laquelle la Cour a déclaré l'article 609 du code pénal italien prévoyant le délit de violence sexuelle en cas de rapports sexuels avec des mineurs de 14 ans contraire au principe de la personnalité de la responsabilité pénale parce que ce texte établissait une présomption irréfragable de connaissance de l'âge du mineur de la part de l'auteur. Prononcer une sanction pénale sans qu'une faute soit établie, afin de "dissuader" la généralité des individus d'une collectivité de commettre un tel acte, emporterait, selon la Cour, une instrumentalisation de l'être humain, incompatible avec la Constitution italienne.

jurisprudence constitutionnelle consolidée reconnaissant le rang constitutionnel au principe *nulla pœna sine culpa* par le biais du rattachement à d'autres principes constitutionnels<sup>29</sup>, et notamment au principe visant le respect de la dignité humaine<sup>30</sup>. Par contre, dans la plupart des systèmes européens, la question de l'élément moral et de la faute est exclusivement réglée par la législation ordinaire.

La faiblesse des repères normatifs que l'on retrouve dans les ordres juridiques des États européens, et, de manière plus générale, le retard dans la prise de conscience de la centralité dans tout système pénal moderne des garanties couvertes par le principe *nulla pœna sine culpa* peuvent être considérés à l'origine aussi des incertitudes ainsi que de l'attitude de *self restraint* des deux Cours européennes essentiellement figées dans la considération des aspects procéduraux de

ces garanties traditionnellement inscrits dans le principe de la présomption d'innocence<sup>31</sup>.

Toutefois, une dynamique évolutive paraît se manifester dans la direction de l'affirmation du principe de culpabilité (faute pénale) comme l'expression d'un élément que l'on pourrait considérer comme faisant partie du noyau dur de la culture pénale européenne<sup>32</sup>.

En effet, quant au système de l'Union européenne, le principe de culpabilité paraît avoir été reconnu en tant que principe général du système de sanctions européennes dès son origine<sup>33</sup>. Le règlement 17/62 établissant les sanctions communautaires – à prononcer par la Commission – en matière de concurrence<sup>34</sup>, dont le caractère punitif (quoique non pénal) a été expressément reconnu aussi bien par la doctrine<sup>35</sup> que par la Cour

- (29) C'est le cas du système français. Par sa décision n° 99-411 du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la responsabilité pénale personnelle, se fondant notamment sur l'article 6 de la CESDH, qui implique qu'en matière délictuelle la définition de toute incrimination doit inclure l'élément moral, sans pour autant exclure la légitimité, à titre exceptionnel, de la prévision de présomptions de culpabilité en matière contraventionnelle (comme cela découlait déjà du code pénal de 1994) à la condition qu'il ne s'agisse pas de présomptions irréfragables et que les droits de la défense soient assurés. Il s'agit d'une solution directement inspirée de la position de la CEDH, fondée à l'époque exclusivement sur l'article 6 CESDH (CEDH 7 oct. 1988, req. n° 10519/83, *Affaire Salabiaku c/ France*). V. aussi la position de la Cour de Justice dans l'affaire *Hansen*, CJCE 10 juill. 1990, aff. C-326/88, EU :C :1990 :291.
- (30) C'est le cas, par exemple, de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* (V. not. l'arrêt connu comme le *Lisabon Urteil*, BVerFG 30 juin 2009, où le principe de culpabilité est défini comme une composante incontournable de l'identité constitutionnelle allemande), et de la tradition constitutionnelle espagnole.
- (31) Par ailleurs, le fait de lier la question de la faute pénale à la présomption d'innocence implique en fait le détournement de l'encadrement de situations structurelles de responsabilité sans faute (responsabilité matérielle) en situations de présomption relative de responsabilité qui peuvent être dépassées le cas échéant lorsqu'on assure que dans le cas d'espèce les droits de la défense ont été respectés et les juges ont tout mis en œuvre afin d'établir l'élément moral ; G. Panebianco, « *Il principio nulla pœna sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee* », in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2014, p. 1326.
- (32) Au niveau des systèmes européens, la tendance actuelle semble pouvoir être décrite en employant les mots de A. Ashworth lorsqu'il décrivait les discussions à ce sujet au Royaume Uni comme ayant évolué de « *objective v. subjective discussions* » à des « *objective towards subjective discussions* » (A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* ; Oxford, 1991, p. 172), tout avec la persistance dans plusieurs systèmes de forme de responsabilité matérielle (comme justement dans le système du Royaume Uni et aussi dans certains systèmes des pays nordiques) ; T. Elholm, [xxx ???](#)
- (33) V. notre présentation dans R. Sicurella, *Nulla poena sine culpa* : un véritable principe commun européen ?, RSC 2002, 15 s.
- (34) JOCE L. 15 du 21 janvier 1962, p. 204. Ce règlement a été remplacé par le règlement 1/2003 qui confirme la nature non pénale des sanctions européennes en matière de concurrence, en même temps que la nécessité d'établir l'élément moral de l'infraction pour prononcer la sanction.
- (35) En général, V. J. Biancarelli, L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions ?, in *Quelle politique criminelle pour l'Europe*, Paris, 1993, p. 257 s. ; C. Harding, *European Community Investigations and Sanctions*, Licester-Londres-New York, 1993, p. 79 s. C. Hennau-Hublet, Les sanctions en droit communautaire : réflexions d'un pénaliste, dans *La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de F. Tulkens et H.D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 450-451 ; J. Vervaele, Compétences en matière de sanctions administratives et dans l'Union européenne. Vers un système de sanctions administratives européennes ?, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 951 s. [La nature essentiellement répressive ??](#)

de Justice<sup>36</sup>, établissait également la nécessité d'établir l'élément moral des comportements sanctionnés et de prononcer une sanction proportionnée aussi à la gravité de l'infraction sur le plan subjectif<sup>37</sup>. La même nature punitive a été reconnue par la Cour de Justice aux sanctions envisagées à l'article 5 du Règlement 2988/95<sup>38</sup>, présentant la particularité d'être édictées par des actes normatifs européens, mais destinées à être prononcées par les autorités nationales<sup>39</sup>. En dépit du fait que la jurisprudence européenne n'a pas toujours assuré une mise en œuvre rigoureuse de cet aspect du règlement<sup>40</sup>, la présence d'une telle disposition, marquant la différence entre les mesures envisagées pour les comportements sous-tendus par un élément moral, qui peuvent donc être considérées comme des véritables sanctions et les mesures envisagées en cas de simples irrégularités (des violations non sous-tendues par un élément moral) montre finalement la prise en considération du principe *nulla poena sine culpa* comme principe incontournable dans la définition de tout système de responsabilité (essentiellement pénale)<sup>41</sup>. En revanche, la Cour de Justice est beaucoup plus réticente quant à la reconnaissance du principe de culpabilité en tant que droit fondamental. Malgré les ouvertures importantes dans cette direction de la part de certains

avocats généraux dans leurs avis dans des affaires même anciennes (remontant aux années 1970-1980) mettant en exergue la reconnaissance largement généralisée de ce principe dans les États membres, qui devrait amener à consacrer le principe *nulla poena sine culpa* parmi les principes fondamentaux du droit communautaire<sup>42</sup>, la Cour de Justice n'a pas été jusqu'à reconnaître ce principe comme l'expression des « traditions constitutionnelles communes ».

Quant à la CEDH, sa position apparaît sans doute plus articulée, notamment à partir de l'arrêt *Sud Fondi*, en 2009, montrant une sensibilité nouvelle à cet égard<sup>43</sup>. En effet, en dépit de ce que la position de la Cour de Strasbourg demeure finalement ambiguë à ce sujet, du fait de certains glissements, voire de pas en arrière, dans le raisonnement qu'elle a développé dans des arrêts ultérieurs<sup>44</sup>, la décision prononcée dans l'affaire *Sud Fondi* peut être saluée comme un véritable tournant par rapport à la jurisprudence précédente. La Cour, relançant un argument qui avait été abordé quelques années auparavant dans l'affaire *Valico c. Italie*<sup>45</sup>, conclut en affirmant que dans le cas d'espèce l'Italie avait violé l'article 7 CESDH parce que la confiscation abusive des immeubles (mesure que la Cour qualifie de "peine" selon les critères

(36) CJCE 16 nov.1983, aff. 188/82, *Thyssen*, Rec. 3721 s. ; CJCE 29 fév. 1984, *Estel I*, aff. 270/82, Rec. p. 1225 s. V. aussi CJCE 13 fév. 1979, aff. 85/76, *Hoffman- La Roche*, Rec. p. 461 s. en matière de reconnaissance de l'erreur sur l'interdiction.

(37) JOCE n° 13, 21 fév. 1962, n° 13, p. 204.

(38) JOCE L. 312, 23 déc. 1995, p. 1.

(39) CJCE 27 oct. 1992, aff. C-240/90, EU :C :1992 :408.

(40) Cep. V. CJUE 28 fév. 2010, n°xxx, *Belgisch I*, ECLI :EU :C :2010 :648.

(41) Les questions concernant le principe *nulla poena sine culpa* en tant que critère de définition de la mesure de la peine ont souvent été abordées par la Cour de Justice dans sa jurisprudence en matière de proportionnalité ; A. M. Maugeri, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo. L'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (sous la direction de), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, not. p. 120 s. C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1/2012, p. 111 s.

(42) Vam Themaat in *Thyssen* ; Sir G. Slynn in *Estel I* ; plus réc. Kokott in *Schenker & co* du 28 fév. 2013. Dans ce sens, v. T. Elholm, *Guilt/Fault*, in R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora (sous la direction de), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU*, préc., p. 42 ; A. Klip, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Anverse-Groningen-Oxford, 2012, p. p. 151 s.

(43) CEDH 20 janv. 2009, préc.

(44) CEDH 29 oct. 2013, n° 17475/09, *Varvara*, préc. et CEDH (Gr. Ch.), 28 juin 2018, *G.I.E.M.*, préc.

(45) CEDH 21 mars 2006, n° 70074/01, *Valico s.r.l. c/ Italie*.

*Engels*) avait été réalisée malgré l'acquiescement des accusés prononcé au motif développé par les juges italiens que les accusés avaient agi dans une situation d'erreur inévitable de droit, que donc la peine devait être considérée comme imprévisible et par conséquent comme prononcée en l'absence de base légale<sup>46</sup> ; ce qui marque un changement important dans l'approche à la question par le renoncement à la référence traditionnelle – mais insatisfaisante – à l'article 6 CESDH. Mais c'est surtout l'argument employé par la Cour qui caractérise un saut qualitatif, lorsque celle-ci affirme que « la logique de la peine et de la punition » ainsi que l'expression de "personne coupable" employée à l'article 7 CESDH exige "un lien intellectuel" du fait que « il serait incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et,

d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme "coupable" et la "punir" alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale »<sup>47</sup>.

Or, s'il est vrai que cette avancée paraît avoir été fort nuancée dans les arrêts suivants de la CEDH, où d'ailleurs réapparaît la référence à l'article 6 CESDH, combinée avec celle à l'article 7 CESDH<sup>48</sup>, toutefois on peut bien conclure que les décisions des deux Cours européennes notamment en ce qui concerne l'erreur de droit, la possibilité de connaître la loi pénale (sous la catégorie de la prévisibilité de la loi) et aussi la proportion de la sanction par rapport à la faute (c'est surtout la jurisprudence de la Cour de Justice qui relève ce point) sont en train de dessiner progressivement les contenus "communs" du principe de faute.

#### IV - De la rénovation des catégories nationales de la théorie de la responsabilité pénale à une théorie générale européenne : objectifs et méthode

15

Les développements jusqu'ici esquissés à l'égard des grands principes du droit pénal ne relèvent pas exclusivement d'un élan garantiste, à savoir l'approfondissement des garanties pour le justiciable sous-jacentes à ces principes dans les différentes traditions juridiques nationales. De tels développements doivent être sérieusement pris en compte également dans la perspective de la révision nécessaire des principales catégories juridiques de la théorie de la responsabilité pénale élaborée dans chaque système, demeurées généralement insensibles à ce mouvement d'eu-

ropéanisation des principes généraux du droit pénal.

Personne ne peut nier l'impact de la jurisprudence européenne (notamment de la CEDH au regard des articles 6 et 7 CESDH), par exemple, sur la catégorie de la sanction pénale, à partir de la notion européenne de « matière pénale » reposant sur la substance afflictive de la mesure visée en dépit de la qualification formelle établie au niveau de l'ordre juridique national (que la qualification soit celle de mesure "purement" administrative plutôt que

(46) Dans l'arrêt *Valico c/ Italie*, préc., la Cour, après avoir qualifié de "peine" une amende infligée en dehors de toute procédure pénale, a tout de même affirmé que l'absence d'élément moral (du moment qu'il n'y avait pas eu de procès) ne prive pas l'infraction de son caractère pénal (au sens de la CESDH) ; ce qui aboutit à conclure que l'article 7 CESDH ne fonde pas le principe/droit fondamental *nulla poena sine culpa*. Toutefois, c'est là que l'argument est lancé de la prévisibilité considérée également dans sa dimension subjective.

(47) § 116. Ici la Cour de Strasbourg en effet relance l'argument-pivot de l'arrêt n° 364/88 de la Cour Constitutionnelle italienne soulignant la connexion entre principe de légalité et le principe *nulla poena sine culpa*.

(48) CEDH, Gr. Ch., 28 juin 2018, n° 1828/06.

celle de peine<sup>49</sup>, ou que la mesure reçoive la qualification de mesure de droit pénal de fond ou de mesure de procédure<sup>50</sup>). Avec ce qu'une telle qualification entraîne quant à l'interdiction de la rétroactivité de toute interprétation défavorable ou la rétroactivité de la loi plus favorable. S'il est vrai que le législateur national demeure libre de qualifier, au plan interne, la mesure établie, toutefois les contraintes européennes ont sans doute eu des conséquences sur l'approche de la notion de "peine" et aussi le rapprochement de la réglementation de toutes les mesures punitives (formellement qualifiées de pénales ou administratives)<sup>51</sup>.

Il en va de même pour ce qui est de la catégorie de l'erreur de droit. Les retombées dans le système italien de certains arrêts récents de la Cour de Strasbourg, et tout spécialement de l'arrêt *Contrada*<sup>52</sup> ont remis en cause la portée de l'effet d'exonération de la responsabilité pénale que la jurisprudence interne consolidée avait jusque-là figée en termes extrêmement restrictifs, obligeant à repenser cette catégorie telle que conçue en droit interne afin de se conformer aux conclusions de la Cour.

Pour ce qui est du droit de l'Union, on ne peut pas sous-estimer, par exemple, l'impact du principe de précaution, ayant son origine justement en droit communautaire<sup>53</sup>, sur la définition du comportement négligent ; ou l'impact de la mise en œuvre des libertés de circulation sur la catégorie des causes de justification (du fait de l'interdiction pour les États membres découlant du principe de coopération loyale d'ériger en infraction

pénale des comportements qui, dans le cas d'espèce, constituent l'exercice d'un droit reconnu par le droit européen)<sup>54</sup>.

Ces quelques exemples amènent à la conclusion que de nos jours toute théorie de la responsabilité pénale élaborée au niveau national ne peut être qu'euro-péenne, parce qu'elle repose sur des notions et des catégories qui doivent traduire la réalité de l'infraction et surtout les dynamiques actuelles de la responsabilité individuelle dans un contexte de systèmes juridiques intégrés. Faute de quoi toute théorie renierait sa propre fonction de rationalisation et systématisation du droit positif.

La perspective du développement de notions et catégories communes – pouvant déboucher, éventuellement, dans le long terme, sur une théorie générale (ou du moins sur le noyau dur d'une telle théorie) – est toutefois loin de se présenter comme la conséquence, la retombée naturelle d'un système d'ordres juridiques intégrés.

En effet, l'euro-péanisation des catégories nationales met en jeu la question de mise à jour, d'actualisation de structures théoriques conçues à l'image d'un droit positif national profondément modifié en conséquence du processus d'intégration européenne. La perspective de la définition d'un noyau dur, des éléments au fondement d'une théorie européenne de la responsabilité pénale impose une avancée absolument significative : il ne s'agit pas de détecter les convergences qui existent déjà, ou de mettre en exergue des mouvements actuellement en place, mais d'engager,

(49) Comme c'était le cas pour la « *confisca urbanistica* » dans les arrêts *Sud Fondi*, *Varvara* et *G.I.E.M.*, préc.

(50) V. les cas visés par les arrêts *Scoppola*, préc. et *Del Rio Prada c/ Espagne*, CEDH, Gr. Ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, *Del Rio Prada c/ Espagne*, D. 2013. 2775, obs. J. Falxa ; RSC 2014. 174, obs. D. Roets).

(51) Ici encore des conséquences importantes peuvent être tirées de la jurisprudence récente de la Cour en matière de « mesures de prévention » prévues par la législation italienne ; CEDH 23 févr. 2017, n° 43395/09, *De Tommaso c. Italie*.

(52) CEDH 14 avr. 2015, préc.

(53) Traité de Maastricht, art. 130 R (devenu art. 174 TCE dans le Traité de Amsterdam et, aujourd'hui, l'article 191 TFUE).

(54) CJCE 22 sept. 1983, *Auer*, aff. 271/82, EU :C :1983 :243.

à partir de ces éléments et le développement progressif d'une culture pénale européenne, une œuvre de conceptualisation visant la définition de notions et de catégories qui soient à même d'exprimer le sens de la punition partout en Europe. À cette fin, une détermination précise s'avère indispensable, l'aspiration à surmonter la rigidité des catégories telles que conçues au niveau de chaque système et s'engager dans une démarche visant le dépassement de ces différences du droit positif de chaque État qui sont souvent présentées comme en contradiction nette entre elles, mais qui reposent finalement sur les mêmes exigences de protection.

Il s'agit d'une démarche qui pourrait apparaître à vrai dire utopique, au regard des codifications nationales du XIX<sup>e</sup> siècle ayant entraîné l'abandon de l'unité du droit romain et l'affirmation des spécificités nationales (territoriales) suivant la formation des États nationaux et la définition des différentes cultures juridiques nationales. Plus précisément, à partir de cette époque, toute théorie de la responsabilité pénale élaborée au niveau national a été conçue et moulée sur le droit pénal positif et la tradition juridique de chaque système ; ce qui implique que les catégories juridiques s'avèrent naturellement "non dialogiques", inadaptées à créer des ponts, des éléments de rapprochement et compréhension réciproque. Malgré le fait que les Lumières aient consacré l'universalité de la protection des droits fondamentaux de la personne (incluant le droit du citoyen face aux autorités répressives), sur le plan de la responsabilité pénale, le fait d'ériger la réserve de loi en pivot des garanties de l'individu s'apparente à une contradiction du fait du lien nécessaire de ce principe avec le territoire d'un État. Ce qui implique d'ailleurs la nature autoréférentielle du droit pénal ainsi que l'idée cruciale que

celui-ci est l'expression la plus marquée de la souveraineté de l'État.

Toutefois, une étude comparée qui ne s'arrête pas aux dispositions de droit positif, s'engageant plutôt dans l'analyse des dynamiques sous-jacentes aux solutions inscrites dans ces dispositions, amène au constat de l'existence d'éléments de repère communs aux différents systèmes juridiques européens. Plus précisément, les solutions même très variées concernant les différents aspects de la responsabilité pénale reposent sur une structure conceptuelle commune. Celles-ci apparaissent comme la réponse "locale" à des questions cruciales qui sont les mêmes dans tout système européen de justice pénale, du fait qu'elles représentent une "toile de fond" commune quant aux pivots de la protection à assurer par la voie pénale. C'est une unité de fond éclipsée par des solutions de droit positif souvent opposées, mais qui réapparaît lorsque l'on se penche sur les alternatives, les choix au fondement de ces mêmes solutions et qui sont d'ailleurs au cœur des débats qui animent tout système de justice pénale<sup>55</sup>.

Par ailleurs, l'expérience du droit pénal à l'époque de l'Empire Romain est une référence constante dans les débats abordant les questions impliquées par la perspective d'une unification du droit pénal en Europe, fût-il dans le sens du développement d'une culture pénale commune pouvant déboucher sur l'élaboration du noyau dur d'une théorie européenne commune de la responsabilité pénale. En effet, même à cette époque, le droit pénal était loin d'aboutir à cette dimension universelle atteinte par le droit civil ; et cela en raison du lien physiologique des règles pénales avec le territoire. Toutefois, quelques universitaires et théoriciens du droit pénal ont réussi à concevoir des notions

(55) V. en ce sens G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1988, spécialement p. 4.

et plus généralement une théorie fondamentale de la responsabilité pénale ayant permis de dépasser les limites territoriales des règles pénales locales qui s'étaient consolidées dans les différentes régions de l'Empire. Or, bien que la référence à cette expérience puisse apparaître attractive et stimulante, on ne peut pas sous-estimer les différences essentielles historiques, sociales, politiques, de l'expérience du droit pénal et de la culture pénale à l'époque de l'Empire romain par rapport à celle de nos jours. On ne peut pas ignorer que l'expérience des États nationaux et des codifications a marqué de façon ineffaçable les ordres juridiques et le droit de chaque État. Et surtout, il y a un aspect qui marque une différence insurmontable : l'absence de nos jours d'une langue "véhiculaire", tel le latin, qui permettait aux juristes de l'Empire de dialoguer et aux catégories de circuler et par là de s'ériger en toile commune de réglementations locales même fort différentes. En effet, toute terminologie juridique reflète les conceptions théoriques et culturelles d'un système donné. Cette question s'est posée notamment à l'égard de ce que l'on appelle le "jargon européen", c'est-à-dire la terminologie (hier essentiellement en langue française, aujourd'hui en langue anglaise) employée dans les textes juridiques de l'Union tout en visant à faire abstraction des constructions théoriques dont ces notions sont l'expression ; ce qui est à l'origine de beaucoup d'ambiguïtés du fait de l'absence d'une définition autonome préliminaire de ces mêmes

notions. Même la langue anglaise qui s'est imposée aujourd'hui comme *lingua franca* sur le territoire de l'Union ne peut pas être considérée comme une langue capable de véhiculer une culture pénale européenne<sup>56</sup>.

Il est évident alors que la définition de catégories communes nécessite l'accord préalable quant à la terminologie juridique à employer, qui soit à même d'exprimer l'essence, le sens profond des concepts dans tous les ordres juridiques. Il s'agit d'une démarche sans doute difficile à engager, mais que l'on doit considérer nécessaire si l'on prône l'idée d'une culture pénale réellement pluraliste et partagée qui pourrait être bientôt véhiculée par la jurisprudence européenne dans son interprétation (et systématisation) de la production normative de l'Union en matière pénale. D'ailleurs, bien qu'il n'existe pas en droit européen de définition de notions de droit pénal général, la jurisprudence européenne s'est déjà livrée à l'esquisse de notions communes, notamment à l'égard de concepts parmi les plus sensibles du droit pénal, à savoir les concepts de dol<sup>57</sup> et de faute de négligence<sup>58</sup>, employés dans la législation européenne.

En dépit du fait que l'opinion majoritaire estime peu vraisemblable, d'un point de vue politique, que la Cour de Justice se lance dans la définition de notions de droit pénal général, du moins dans le court terme, une telle perspective pourrait tout de même orienter la

(56) Pour un aperçu de ces questions, v. C. Mauro, F. Ruggieri (sous la direction de), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, 2012. On pourrait éventuellement envisager d'utiliser la langue anglaise comme base pour la mise en place d'une langue technique "de travail" commune, qui serait employée pour la création de notions autonomes (et donc 'émancipée' des spécificités des (différentes) traditions de *common law*), à laquelle on pourrait combiner/intégrer, le cas échéant, des termes d'autres langues pour les concepts que l'on estime "irréductibles" dans la langue anglaise, cela en raison des limites physiologiques de la traduction juridique ; M. Donini, *An impossible exchange ? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, dans A.M. Sile – S. Manacorda – V. Mongillo (sous la direction de), *Civil law e Common Law : quale « grammatica » per il diritto penale ?*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 115 s.

(57) CJUE 21 déc. 2011, *Afrasiabi*, aff. C-72/11, où était en cause la notion "*Knowingly and intentionally*" employée par le Règlement 423/2007. A remarquer que la définition finalement retenue par la Cour diffère de celle proposée par l'Avocat Général Yves Bot dans ses conclusions dans cette même affaire, puisque sont incluses les situations où une intention directe fait défaut mais que les conséquences sont prévues et acceptées par l'auteur, ces situations étant par contre exclues de la définition proposée par l'Avocat général.

(58) CJCE 3 juin 2008, aff. C-308/06, *Intertanko and Others*.

démarche à suivre, surtout dans le choix des notions et catégories à aborder en priorité. À cet égard, s'engager en priorité dans la réflexion d'abord et la définition ensuite des notions de tentative et participation paraît logique, cela à partir d'un double constat : à savoir la référence à ces notions dans presque toutes les directives adoptées sur la base de l'article 83 TFUE (plus précisément on y retrouve toujours l'obligation d'ériger en infraction pénale la participation, tandis que la tentative n'est pas toujours mentionnée), et surtout le fait qu'il ne s'agit pas de notions dogmatiques, mais de concepts censés déterminer le périmètre de la responsabilité pénale. Ce qui concerne tout particulièrement la perspective d'une culture pénale européenne.

Il n'est pas aisé d'imaginer la voie à suivre afin d'aboutir à la définition de notions ou même de catégories communes, qui seraient considérées comme telles du fait d'être le résultat d'un accord. Il faudra sans doute exclure toute "importation" et/ou "imposition" de concepts ou constructions établis dans un système donné ("*legal transplants*")<sup>59</sup>, et s'engager par contre dans la démarche qui a été indiquée déjà par George Fletcher dans son introduction à l'ouvrage *Basic Concepts of Criminal Law*, dans laquelle l'auteur soulignait la nécessité de faire un pas en arrière par rapport aux catégories nationales afin de pouvoir saisir les questions essentielles de protection pénale que de telles catégories reflètent et par rapport auxquelles les solutions adoptées dans les différents systèmes peuvent être considérés comme une solution "locale" à des questions générales et universelles de protection pénale, dont la prise de conscience devrait faciliter l'accord sur les contenus communs d'une telle catégorie.

La voie qui permettrait d'éviter toute prévarication culturelle d'une tradition juridique

sur l'autre, et en même temps pourrait avoir l'ambition d'atteindre l'élaboration d'une véritable "science pénale" pluraliste (ce qui, d'ailleurs, devrait en faciliter la "réception" et surtout l'"intégration" dans les différents systèmes européens), serait de concevoir une méthodologie faisant appel à la comparaison juridique entendue comme la confrontation et le dialogue entre systèmes, s'éloignant donc de l'analyse comparée classique visant à détecter presque en parallèle les convergences et les divergences existant dans les systèmes examinés (dans un but essentiellement de description/connaissance des différents systèmes) et surtout ciblant les aspects "nationaux" et distinctifs plutôt que saisir (où cela s'avère possible) les aspects communs de tous ces systèmes, qui constituent d'ores et déjà le noyau dur des traditions juridiques communes. La nécessité d'envisager quelques "simplifications" de la construction de la responsabilité pénale telle que conçue au niveau national ne pourra que provoquer les résistances des théoriciens plus conservateurs. D'ailleurs, même si l'on vise la dimension nationale, la situation des systèmes des États membres diffère sensiblement. Le niveau d'élaboration théorique que l'on constate dans les systèmes que l'on pourrait dire participer du groupe "méditerranéen-germanique" ne peut être nullement retrouvé dans les systèmes de *common law*, et même pas dans les systèmes nordiques ; quoique les dernières décennies ont vu un engagement important dans la direction d'une plus grande théorisation. Simplification de la construction théorique de la responsabilité pénale ne veut pas dire régression, mais plutôt "re-construction" des catégories à partir des exigences (universelles) que celles-ci traduisent. Par ailleurs, plus de complexité de la construction théorique implique généralement plus de rigidité, de résistances et donc de difficultés à s'ouvrir aux autres et repérer les éléments en commun.

(59) Le but visé est la définition de notions autonomes élaborées par une approche de synthèse des traditions juridiques des États membres. V. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, cité. Dans ce sens également dans la jurisprudence européenne CJCE 26 mai 1981, *Rinkau*, aff. C-157/81, EU :C :1981 :120, §11.

## V - Premiers essais d'une définition commune. Tentative et participation

Ayant indiqué la participation et la tentative comme le terrain d'élection de notre réflexion, deux considérations préalables s'imposent sur le plan méthodologique.

Tout d'abord, suivant les considérations jusqu'ici développées, la démarche visée pour aboutir à un premier essai de définition doit partir de l'indication des questions fondamentales de protection à l'origine des différentes disciplines nationales, auxquelles toute "nouvelle" construction théorique devra être à même de répondre. À cet égard, pour ce qui est de la tentative, la réflexion ne pourra que démarrer de la considération des exigences impliquées par l'anticipation de la répression, dans des conditions déterminées, par rapport à l'incrimination telle que figée dans la norme pénale spéciale, et le choix essentiellement entre une construction théorique reposant sur une approche objective ou subjective. Pour ce qui est de la participation à l'infraction la question fondamentale d'établir la responsabilité de l'infraction à l'égard de personnes autres que l'auteur matériel, impose de se confronter à l'alternative entre la voie d'une définition ponctuelle des agissements étiquetés de "participation/complicité", engageant par-là la responsabilité pénale pour le fait matériellement réalisé par autrui (pourvu que l'élément moral exigé soit rempli également), et la voie qui rattache la responsabilité de personnes autres que l'auteur au fait d'avoir fourni une contribution "essentielle" par rapport à la production du fait constituant l'infraction, ou par rapport aux agissements de l'auteur principal.

Par la suite, l'intérêt à envisager une nouvelle construction théorique "fonc-

tionnelle" et efficace pour l'encadrement des manifestations les plus récentes de la criminalité milite pour que l'analyse comparée, qui constitue un premier point de repère incontournable, soit menée en poursuivant le point d'équilibre difficile entre l'abstraction nécessaire dans l'approche des différentes solutions nationales, d'un côté, qui permette d'aboutir à une modélisation mettant en exergue les spécificités des structures de fond des constructions nationales, et de l'autre, qui maintienne l'attention aux pratiques nationales, qui constituent toujours la mise à l'épreuve de toute construction théorique et qui serait censée éviter que la "nouvelle" construction reproduise les problèmes ou les insuffisances expérimentées au niveau national.

Quant à la tentative, la recherche de convergences s'avère particulièrement difficile du fait de l'extrême hétérogénéité des solutions normatives dans les différents systèmes nationaux. Cependant, l'analyse comparée permet d'indiquer les éléments essentiels autour desquels s'articulent les différents choix de politique criminelle dans les systèmes juridiques des États européens, à savoir la sélection des infractions pour lesquelles la tentative est punissable, les critères sur le fondement desquels apprécier si le comportement doit être sanctionné en tant que tentative, la détermination de la peine, la considération de situations de désistement/renoncement<sup>60</sup>.

En effet, une convergence peut être repérée quant à la première variable, dans le choix, presque généralisé, de ne pas prévoir la punissabilité de la tentative pour toutes les infractions,

(60) G. Fornasari, *IL reato*, dans G. Fornasari, A. Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova 2012, p. 86.

mais seulement pour les plus graves, identifiées, selon les systèmes considérés, par rapport à la peine prévue pour l'infraction accomplie, ou par l'indication nominative des infractions ou des catégories d'infractions pour lesquelles la tentative est punissable<sup>61</sup>. Cette dernière solution apparaît la seule réellement convaincante dans la perspective d'une définition commune de la tentative, la référence à la quantité de peine prévue pour l'infraction accomplie n'étant pas un critère applicable en manière homogène dans tous les systèmes.

La recherche d'une solution de synthèse est sans doute plus ardue lorsqu'on aborde la question cruciale des critères régissant la punissabilité de la tentative, qui d'ailleurs reflètent soit une approche plutôt objective, repérant la raison d'être de l'anticipation de la répression pénale dans la dangerosité objective des comportements déjà réalisés, et précisément dans l'aptitude des mêmes à aboutir à l'accomplissement de l'infraction<sup>62</sup> ; soit une approche subjective, visant plutôt la nécessité de la peine à l'égard de toute personne ayant manifesté l'intention de commettre une infraction pénale par la réalisation de comportements qui pourraient être finalement très éloignés ou tout à fait insuffisants ou inaptes par rapport à l'accomplissement de l'infraction<sup>63</sup>. Par ailleurs, le caractère objectif ou subjectif de l'approche normative de la réglementation de la tentative n'est jamais absolu. En effet, une approche absolument objective justifiant la répression pénale en raison du dommage ou du danger produit par la réalisation de l'in-

fraction pourrait aboutir à exclure que la tentative soit punissable, tandis qu'une approche tout à fait subjective déboucherait logiquement sur l'absence de différences dans la réglementation de la tentative par rapport aux conséquences prévues pour l'infraction accomplie. Ce qui en effet n'est jamais le cas dans aucun des systèmes : même lorsque la disposition législative ne prévoit pas de réduction de peine en cas de tentative<sup>64</sup>, l'examen de la jurisprudence montre la tendance généralisée en faveur d'une peine réduite<sup>65</sup>. Cela dit, le choix des critères fondant la punissabilité de la tentative s'impose sans doute comme le choix portant sur la définition d'une notion "partagée" de la tentative. C'est là donc que la confrontation et la réflexion devront se concentrer pour aboutir à une définition sur laquelle un accord réfléchi et résolu puisse être atteint (à partir logiquement du constat que l'approche subjective est absolument majoritaire dans le panorama des États européens), qui se traduise en une formulation claire, à même d'orienter les législateurs nationaux au fur et à mesure que ceux-ci s'engageront dans une réforme législative. Une telle définition devra aussi prendre position à l'égard de la considération des situations de "désistement volontaire", où l'auteur interrompt la réalisation du comportement visé, et de "repentir" lorsque l'auteur, ayant réalisé le comportement visé, s'engage à éviter la production du dommage. Là aussi, il s'agit d'un choix déterminant pour la définition du périmètre de la responsabilité individuelle, censé refléter logiquement la raison d'être de la punition de la tentative, sur lequel un accord s'avère d'autant plus nécessaire

(61) La solution italienne d'établir la punissabilité de la tentative pour la catégorie des délits, excluant la catégorie des contraventions apparaît isolée, tandis que la solution la plus répandue est celle d'une prévision législative plus ponctuelle, visant la prévision expresse, au cas par cas.

(62) L'article 56 du code pénal italien peut bien être considéré comme l'exemple emblématique d'une discipline de la tentative suivant l'approche objective, exigeant l'aptitude et la direction univoque des comportements à réaliser l'infraction.

(63) V. par ex. la solution visée par le code pénal allemand.

(64) Comme en Autriche, en France et au Royaume-Uni.

(65) G. Fornasari, *Il reato*, préc., p. 90 ; F. Palazzo – M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 54.

du fait de l'hétérogénéité des solutions au niveau national, quoique la tendance absolument majoritaire va dans la direction d'exclure la responsabilité dans tous les cas où l'auteur a réussi à éviter la production des conséquences dommageables de ses agissements.

Des défis évidemment différents, mais tout aussi importants posent la définition d'une notion de synthèse de la participation à l'infraction. Là aussi, il s'agit de choix qui expriment une certaine approche de la question de l'extension de la responsabilité au-delà de l'infraction telle que définie dans le droit pénal spécial, qu'il s'agisse d'une extension justifiée par le lien direct avec le comportement typique de l'auteur, ou plutôt le lien direct avec l'infraction elle-même. En général, cette dernière approche se retrouve à la base de ces systèmes nationaux qui ne distinguent pas, au plan normatif, les différents rôles possibles des participants autres que l'auteur, qui sont considérés responsables dans tous les cas où leur contribution (matérielle ou psychologique) présente un lien de causalité avec la réalisation de l'infraction telle que celle-ci s'est produite dans le cas concret. Il s'agit en effet d'un modèle que l'on retrouve presque exclusivement désormais dans le système italien, tandis que dans la plupart des États de l'Union on retrouve l'indication expresse des différents rôles – auteur, coauteur, complice, instigateur – auxquels correspondent le plus souvent des degrés différents de responsabilité (et de peine). Si la recherche d'une définition commune paraît devoir s'adresser premièrement à ce dernier modèle non seulement parce qu'il constitue la solution absolument majoritaire (quoique des différences persistent), mais surtout parce qu'il satisfait mieux aux exigences de clarté et précision, toutefois l'analyse comparée du droit "vivant" dans les différents systèmes met en exergue la nécessité d'un réaménagement de la définition des indications des rôles possibles, et plus généralement la nécessité d'une mise à

jour du modèle. En effet, l'indication des rôles que l'on retrouve dans les législations nationales – d'ailleurs assez hétérogènes quant au niveau d'articulation des rôles possibles – n'est pas le plus souvent accompagnée d'une définition précise des comportements visés (V. en Allemagne, Espagne, France, Portugal, Pays-Bas) ; ce qui maintient au juge une large marge de manœuvre dans la qualification des différentes formes de participation/complicité. Par ailleurs, même lorsque les rôles sont définis de façon plus ponctuelle (Pologne, Slovénie, Croatie), les formules envisagées risquent de ne pas satisfaire complètement les exigences de précision lorsque l'incrimination est de plus en plus décrite de façon abstraite, par des expressions et des termes s'éloignant de plus en plus de la réalité sensible sur laquelle de telles descriptions ont été conçues à l'origine. En plus, les carences des libellés, souvent dénoncées déjà au niveau de chaque système national, et encore plus nettement à l'égard des dispositions européennes, notamment en ce qui concerne la précision de la description du comportement typique de l'auteur, entraînent une faiblesse de ce modèle pour lequel une confrontation sera absolument nécessaire, si l'on veut éviter d'ériger comme modèle commun une définition de la responsabilité qui serait formellement respectueuse des impératifs de la légalité, mais qui finalement aboutirait à les frustrer.

La grande hétérogénéité existant parmi les législations nationales à l'égard des situations de "tentative de complicité", à savoir lorsque l'infraction pour la réalisation de laquelle une personne a agi comme complice ou instigateur n'aboutit même pas au stade de la tentative, et également à l'égard de situations de désistement du complice, imposent qu'une confrontation soit développée également à l'égard de ces aspects.

Encore, la réflexion sur une notion commune de participation que l'on veut adaptée aux dynamiques actuelles de

la responsabilité ne pourra se passer d'aborder certaines questions demeurées jusqu'à présent à l'écart dans les dynamiques de l'harmonisation européenne, mais absolument cruciales telles que la question des liens et des différences entre complicité et participation à une organisation criminelle, et celle de l'articulation de la responsabilité individuelle et de la responsabilité des personnes morales.

Enfin, l'excursus rapide que l'on vient de tracer de ces quelques pistes de réflexion ne peut se conclure sans qu'une mention ne soit faite aux solutions proposées à l'égard aussi bien de la tentative que de la participation dans le texte du *Corpus juris*<sup>66</sup>.

En effet, sans entrer dans les détails, la définition de la tentative (contenue à l'article 11 *bis*) peut être considérée comme un premier essai d'une solution réellement de synthèse, combinant l'élément du commencement de l'exécution, tiré du modèle français (mais suivi également en Espagne et, dans la substance, même au Royaume-Uni où l'on exige « des actes non simplement préparatoires »), qui demeure indifférent aux caractères intrinsèques des actes accomplis, à savoir leur "aptitude" et la direction univoque à la réalisation de l'infraction, avec la considération de la dimension subjective (typique du modèle allemand) qui demande l'intention de l'auteur de s'engager dans la réalisation de l'infraction. Quant à la peine, le choix du *Corpus juris* va dans le sens de la réduction obligatoire de la peine prévue pour l'infraction accomplie, tandis que l'exclusion de toute peine est prévue en cas de désistement ou repentir de l'auteur (ce qui est la solution majoritaire dans les systèmes européens), y compris dans le cas, tiré de la tradition allemande, où l'infraction ne se réalise pas pour des raisons diverses, mais que l'auteur s'est sérieusement engagé

pour éviter que les conséquences dommageables de ses agissements se produisent.

Quant à la disposition de l'article 11 visant les différentes formes de responsabilité individuelle, celle-ci suit le modèle absolument majoritaire distinguant les rôles de l'auteur, de l'instigateur et du complice, par une formule qui montre l'attention à l'égard des exigences de précision, car est envisagée notamment une définition de l'"auteur" qui inclut les situations où les faits décrits sont réalisés par une pluralité de personnes (co-auteurs, qu'elles soient des personnes physiques ou morales) ou par l'intermédiaire d'une personne elle-même innocente, tandis que les définitions de complice et d'instigateur reposent sur des formules plutôt génériques (pour l'instigateur il s'agit d'une modification de la formule proposée dans la première version du *Corpus juris* qui était beaucoup plus détaillée, faisant référence à celui qui « par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à l'infraction ou donné des instructions pour la commettre »). La prévision d'une peine réduite pour le complice, par ailleurs, paraît indiquer l'adhésion aux modèles plus attentifs aux exigences de proportion et qui constitue la suite la plus logique au choix d'une articulation normative des rôles possibles. Le texte paraît prendre également position sur quelques-unes des questions soulevées ci-dessus. En effet, la lecture combinée de l'article 11 avec l'article 11 *bis* sur la tentative indique le choix de l'exclusion de la responsabilité en cas de simple tentative d'instigation ou de complicité (lorsque l'auteur n'a pas abouti au « début de la commission de l'infraction »), et également dans tous les cas où la personne a empêché, ou quand même a sérieusement essayé d'empêcher l'accomplissement de l'infraction de la part des autres participants.

(66) *Corpus juris*, 2000.

## VI - Quelques considérations en guise de conclusion

Les réflexions menées dans cet article visent à montrer la nécessité – ou du moins l'intérêt – du développement d'une culture pénale commune européenne, qui soit l'expression de la tradition libérale, reposant sur des notions communes et pouvant amener à des catégories et même à un noyau dur d'une théorie de la responsabilité pénale commune, et cela pour des raisons qui sont loin d'être théoriques, mais qui au contraire concernent des aspects essentiels du projet européen, et par là les États qui adhèrent à ce projet : le renforcement de la confiance des citoyens européens envers les autorités répressives de tous les États membres, l'encadrement (et donc les limites) des choix de pénalisation de l'Union par l'adoption des directives pénales au sens de l'article 83 TFUE (et de l'article 325 TFUE) ; l'orientation de la jurisprudence des Cours européennes qui pourrait éviter les risques de prises de position reposant sur des définitions de catégories du droit pénal général (affectant nécessairement les choix essentiels des systèmes pénaux (et constitutionnels) des États membres, et donc dans quelque mesure pouvant déstabiliser ces mêmes systèmes) qui ne sont pas le résultat d'une véritable analyse comparée, et par là d'une solution de synthèse avisée.

Bien que l'article 83 TFUE ne fasse pas référence à des règles minimales de la partie générale du droit pénal, le législateur européen a quand même assorti les directives pénales de notions de la partie générale, notamment la tentative et la participation à l'infraction, auxquelles on pourrait ajouter la référence que l'on retrouve dans ces directives à des formes diverses d'élément moral (intention, dol spécial, faute grave) dont le choix n'apparaît pas toutefois le résultat d'une vision générale cohérente de l'intervention pénale de l'Union (et des contraintes pour les législateurs natio-

naux) et donc un choix toujours réfléchi. En effet, malgré la difficulté à imaginer à l'heure actuelle l'engagement du législateur européen (et encore moins l'acceptation d'un tel engagement par les États) dans la définition, à partir des nombreuses normes européennes de pénalisation et par abstraction, de notions et de catégories générales communes – dont la nécessité est évidente si l'on veut aboutir à une véritable harmonisation des réponses pénales des États membres à certaines formes de criminalité, reposant sur la combinaison de l'incrimination avec les règles de la partie générale – la définition de concepts et de catégories générales communes pourrait cependant avoir la conséquence de nuancer les tensions avec certains principes, et premièrement le principe d'*ultima ratio* souvent négligé du fait de l'approche essentiellement fonctionnaliste des initiatives récentes du législateur européen.

Par ailleurs, la réticence habituelle de la Cour de Luxembourg à intervenir sur des questions de droit pénal général, qui relèveraient de la responsabilité des États membres, et surtout l'absence à l'heure actuelle de ce consensus fort généralisé qui a sans doute motivé la Cour de Justice dans le passé lors de l'affirmation, en l'absence de toute référence dans les traités, de principes essentiels de la construction européenne (tels que le principe de l'effet direct ou de la primauté du droit communautaire), empiétant de façon sensible sur les ordres juridiques (et constitutionnel) des États membres, amène à conclure qu'il est peu vraisemblable que la Cour intervienne à ce sujet, du moins dans le court terme. Toutefois, la compétence exclusive même de la Cour de justice pour l'interprétation du droit de l'Union, dans le cadre d'une procédure de recours en manquement ou, plus probablement, de renvoi préjudiciel, pourrait l'amener à se prononcer sur des questions relevant

du droit pénal général (comme cela a déjà été le cas pour les notions de faute grave ou de dol), s'appuyant d'ailleurs sur des arguments typiques du *legal reasoning* de la Cour de Luxembourg, et notamment l'effet utile, la certitude du droit et la *rule of law*.

Quant à la Cour de Strasbourg, le peu de clarté et même l'ambiguïté de certains arrêts récents notamment à l'égard de principes et notions essentiels de droit pénal général signalent l'importance (voire la nécessité) qu'une réflexion commune soit menée débouchant sur le développement et la systématisation de ces "morceaux" de culture pénale commune qui existent déjà et qui reflètent cet héritage commun d'un droit pénal d'inspiration libérale qui paraît parfois mis à l'écart au profit de positions essentiellement inspirées de la simple rétribution et de préoccupations sécuritaires<sup>67</sup>. Le droit au respect de la dignité de l'homme, qui est en fait la condition préalable de l'affirmation des droits fondamentaux<sup>68</sup>, en même temps que la synthèse de tous les droits<sup>69</sup>, à l'égard duquel la Cour de Strasbourg a maintes fois affirmé que celui-ci se trouve « au cœur même du système mis en place par la Convention »<sup>70</sup>, et qui a été expressément reconnu, d'ailleurs, également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union devrait servir logiquement de ciment pour la construction d'une théorie de la peine et de la responsabilité pénale qui met en son centre l'individu.

Même en dehors de ce but d'orientation du législateur et du (des) juge(s)

européen(s) que l'on pourrait définir comme "institutionnel", le développement d'une culture pénale commune, mettant en exergue, systématisant et approfondissant l'héritage commun consolidé jusqu'ici, s'avère absolument souhaitable dans la perspective de la rénovation nécessaire des constructions théoriques élaborées au niveau des systèmes nationaux. Même avant de *pouvoir* servir de base pour la définition commune des notions essentielles régissant la responsabilité pénale individuelle et la construction progressive d'un noyau dur d'une théorie de la responsabilité pénale au niveau de l'Union européenne (pouvant impliquer vraisemblablement des effets en cascade sur les constructions théoriques élaborées dans les différents systèmes nationaux), celle-ci devrait inspirer les législateurs, les juges, la doctrine et tous les juristes pénalistes nationaux quant à la réalisation de réformes législatives, à l'affirmation d'interprétations des textes normatifs, à la revitalisation des constructions théoriques élaborées et consolidées au niveau de chaque système national qui traduisent la dimension européenne de la répression pénale et l'enchevêtrement et les échanges continus entre systèmes et cultures juridiques qui sont les dynamiques ordinaires intéressant les États participant au projet européen.

Une telle démarche, d'ailleurs, par son élan identitaire, pourrait s'avérer un outil formidable pour s'opposer à une crise qui est aussi – et avant tout – une crise de confiance et de valeurs.

(67) Sur ce point, v. les considérations du juge Paulo Pinto de Albuquerque dans son opinion contraire dans l'affaire GIEM, en particulier §57 s.

(68) P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carrocci, Rome, 2005, p. 177 ; F. Sacco, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, dans S. Panunzio (sous la direction de), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Naples, 2005, p. 609.

(69) Cour constitutionnelle italienne n. 85 del 2013.

(70) CEDH 9 juill. 2013, n° 66069/09, *Vinter c/ Royaume-Uni*, 130/10° 3896/10, §113 ; CEDH, 13 juin 2019, n° 77633/16, *Viola* § 136.