

UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE DE PARIS

(Université de Paris I/CNRS UMR 8103)

Recherche GROTIUS PENAL II

**L'HARMONISATION DES SANCTIONS PÉNALES EN EUROPE**

**THE HARMONIZATION OF CRIMINAL SANCTIONS IN EUROPE**

**Avec le soutien de la Commission Européenne  
et de la Mission de recherche Droit et Justice**

**RAPPORT FINAL**

**Sous la direction de**

Mireille DELMAS-MARTY

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD

Avril 2003

(Ouvrage à paraître, Société de Législation comparée, 2003)

## Avertissement

Le présent rapport, constitué d'une dizaine de contributions, représente un extrait d'un ouvrage à paraître sous le titre *L'Harmonisation des sanctions pénales en Europe, The Harmonization of criminal sanctions in Europe*, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Geneviève Giudicelli-Delage et Elisabeth Lambert-Abdelgawad, chez l'éditeur Société de Législation comparée, à paraître en 2003.

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Il matérialise la contribution que la Mission de recherche Droit et Justice a apporté au projet Grotius Pénal II issu d'un appel d'offres lancé par la Commission européenne.

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale, par Geneviève GIUDICELLI-DELAGE .....	4
Rapports de synthèse .....	9
Faisabilité de l'harmonisation. Comparative Typology of Convergences and Divergences, par Albin ESER .....	10
L'exécution des peines, par Enrique BACIGALUPO .....	50
La faisabilité de l'harmonisation : Tentative de modélisation, par Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD .....	66
Opportunité et légitimité de l'harmonisation.....	75
I. Issues for discussion, par Donysios SPINELLIS .....	75
II. Opportunité de l'harmonisation, par Alessandro BERNARDI .....	82
III. Reasons for maintaining the diversity, par Kimmo NUOTIO .....	93
IV. La légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales au regard des sources du droit, par Emmanuelle GINDRE .....	101
Harmonisation des sanctions et coopération : La nature et l'articulation des rapports, par Stefano MANACORDA .....	120
Harmonisation des sanctions et valeurs communes : La recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité, par Mireille DELMAS-MARTY .....	131

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le 11 octobre 2002, s'est tenu, à Paris, le Colloque de l'Association de recherches pénales européennes sur le thème "*Du procureur européen à l'harmonisation des sanctions pénales en Europe*". Le présent ouvrage constitue tout à la fois les Actes de ce colloque et l'aboutissement d'une recherche menée<sup>1</sup> par l'UMR de Droit comparé de Paris, avec le soutien de la Mission de Recherche Droit et Justice, répondant à un appel d'offres lancé par l'Union européenne. Il s'inscrit dans la ligne de recherche développée, depuis plusieurs années, par l'UMR de Droit comparé, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, ainsi que voulait le marquer l'intitulé du Colloque. Si les propositions du *Corpus juris* ne s'attachaient qu'à la protection des intérêts financiers communautaires, la création souhaitée d'un parquet européen n'apparaissait, en effet, aux yeux de leurs auteurs, que comme le "premier pas"<sup>2</sup>, d'abord vers un élargissement ultérieur possible de la compétence de ce dernier à la lutte contre la criminalité organisée<sup>3</sup>, ensuite vers le renforcement d'un "espace de liberté, de sécurité et de justice".

Or, la construction d'un tel espace supposerait, notamment, de "trouver un accord sur des incriminations et des sanctions communes" (Conseil européen de Tampere), de "veiller, dans la stricte limite nécessaire, au rapprochement et à l'harmonisation des législations pénales qu'elles concernent la procédure ou le droit substantiel" (2<sup>ème</sup> Conférence Eurojustice)<sup>4</sup>. Et, à l'heure où le processus de refonte des traités, entamé par la Convention, esquisse les lignes de la future Constitution européenne, cette exigence se renforcerait. La structure en piliers semblant appelée à disparaître, ce qui est aujourd'hui la coopération en matière pénale ("Espace de liberté, de sécurité et de justice") n'aurait plus d'autonomie normative<sup>5</sup>; par ailleurs, les sources traditionnelles de droit communautaire devraient céder la place à la "loi européenne"<sup>6</sup>. Ce renforcement général de la légalité communautaire devrait

---

<sup>1</sup> Sous la direction scientifique de Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université Paris I, Directrice de l'UMR de Droit comparé, Geneviève Giudicelli-Delage, Professeur à l'Université Paris I, Élisabeth Lambert-Abdelgawad, chargée de recherche CNRS, UMR de Droit comparé

<sup>2</sup> M. Delmas-Marty, Conclusion générale, La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres, M. Delmas-Marty et J.A.C. Vervaele (eds), Vol I, p 105.

<sup>3</sup> "Celle qui concerne les intérêts "inter" nationaux, européens par vocation puisque les organisations criminelles se déploient bien au-delà des frontières nationales", *ibidem*; Cf, infra note 7.

<sup>4</sup> Voir déjà, dès 1992, art 31 (e) TUE : "adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions".

<sup>5</sup> Rapport final du Groupe x "Liberté, sécurité et justice", 2.1.1 2002 - <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/02/cv00/00426f2.pdf>

<sup>6</sup> V. l'avant-projet de Traité constitutionnel du 28-10-2002, art 24 et s. - <http://european-convention.eu.int/docs/sessPlen/00369.f2.PDF>; "5 catégories : Lois européennes applicables dans toute l'Union, lois-cadres européennes qui nécessiteraient transposition, textes d'application, avis, et décisions individuelles pour les compétences directes de l'Union", cf. V. Giscard d'Estaing, La Convention européenne à mi-parcours", Le Monde, 14 janvier 2003.



ainsi contribuer au renforcement des interventions visant la coordination du droit pénal des États membres<sup>7</sup>, y compris en matière de sanctions.

Pour l'heure, si l'adoption de règles minimales relatives aux éléments constitutifs est, à l'égard des incriminations visées par l'article 31 TUE, progressivement réalisée au sein de l'Union européenne, si l'harmonisation des procédures pénales est indirectement engagée, en raison de l'obligation des États membres de se conformer aux principes fondamentaux du procès en matière pénale inscrite dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et sanctionnés par la CEDH - cette obligation ne pouvant que se renforcer par l'existence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>8</sup> et des interférences croissantes qu'elle implique entre les jurisprudences de la CJCE et de la CEDH<sup>9</sup> -, la détermination des sanctions pénales reste traditionnellement ressentie comme faisant partie du noyau dur de la souveraineté étatique.

Pourtant, même en ce domaine, apparaîtrait la nécessité d'une harmonisation en vue d'assurer notamment la non-discrimination entre les personnes, la sécurité juridique et la légitimité de la politique pénale, en raison de l'évolution de la notion de territoire et de citoyenneté en Europe ainsi que celle de la criminalité. Au regard de la politique criminelle, l'harmonisation des sanctions constituerait, en effet, pour la communauté internationale, le premier élément visible d'une stratégie pénale de l'Union européenne, tandis que, dans une Europe où la circulation des personnes n'est plus entravée, elle permettrait d'éviter la constitution de "sanctuaires" résultant de la trop grande disparité des législations pénales<sup>10</sup>. L'harmonisation des sanctions pénales aurait pour effet de réduire le phénomène criminogène lié à la construction européenne<sup>11</sup> et aux nouveaux moyens de communication qui favorisent une transnationalisation de la criminalité. Au regard de la technique pénale, l'harmonisation des sanctions pénales garantirait l'obtention de certaines formes d'entraide judiciaire, laquelle reste parfois subordonnée à l'existence d'un quantum de peine encouru déterminé. La reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale s'en trouverait également facilitée puisque l'harmonisation serait source de confiance mutuelle, fondement d'une telle coopération.

A cette nécessité affichée, ont répondu des embryons d'harmonisation. Reprenant la formule des décisions de la CJCE selon laquelle les États doivent prévoir, pour faire respecter les dispositions du droit communautaire, des "sanctions ayant un caractère effectif, proportionné et dissuasif"<sup>12</sup>, certains textes imposent aux États membres de réprimer les comportements définis en commun par des "sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, du moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant

---

<sup>7</sup> "La Convention propose d'inscrire dans la Constitution une définition de la criminalité grave et transfrontalière. Cela permettra d'élaborer une législation pénale communautaire plus efficace que les législations nationales", *ibidem*.

<sup>8</sup> Qui devrait être intégrée à la nouvelle Constitution européenne (*ibidem*) ou annexée à cette dernière

<sup>9</sup> Voir préambule de la Charte ; v. également art 52-3 et 53 de la Charte

<sup>10</sup> Cf conclusions du Conseil de Tampere : "Les auteurs d'infractions ne doivent pouvoir, par aucun moyen, mettre à profit les différences entre les systèmes judiciaires des États membres".

<sup>11</sup> L'Union n'est pas - ou pas encore ? - un État fédéral. Mais elle en présente déjà certaines des difficultés.

<sup>12</sup> CJCE 21 septembre 1989, affaire dite du maïs grec ou yougoslave.

permettre l'extradition"<sup>13</sup>. Depuis le Conseil de Tampere, certains instruments déterminent même le seuil minimal de la peine privative de liberté<sup>14</sup>.

Cette approche a toutefois fait l'objet de critique liées au fait qu'elle déséquilibrerait l'échelle des peines et la cohérence des droits pénaux internes, qu'elle ne prendrait pas en compte les sanctions effectivement prononcées et subies<sup>15</sup>, qu'elle se limiterait parfois à la seule peine privative de liberté et ne refléterait donc pas la diversité des sanctions pénales qui assurent, dans chaque État membre, la répression des infractions, qu'une telle harmonisation pourrait également avoir des effets criminogènes, en encourageant le développement de la criminalité dans les États les moins répressifs, dès lors que le seuil minimal serait fixé trop bas, etc. Critiques que l'on pourrait ramener à une seule, générale, que formulait la présidence belge, à l'automne 2001, celle de l'absence d'un préalable: "Il y a un préalable qui manque pour mener à bien de façon constructive le débat général sur l'harmonisation des sanctions, ce préalable, c'est la connaissance précise des règles et des paramètres qui sont applicables dans le droit des États membres".

C'est à cette connaissance que la présente recherche a tenté de concourir, afin de prendre la mesure des divergences ou convergences des droits internes ( et ainsi celle d'une éventuelle faisabilité d'une harmonisation). C'est à un tel objectif que répond la première partie de l'ouvrage intitulée "*Constat*".

L'objectif premier de la recherche, en août 2001, s'inscrivait dans le cadre de l'Action spécifique du programme Grotius Pénal II, relative à l'étude comparée sur les échelles des peines pour les délits visés à l'article 29 TUE, c'est-à-dire dans une approche sectorielle telle qu'adoptée jusqu'alors par l'Union européenne, que ce soit à l'article 31 TUE qui ne vise que "les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue", ou, dans la Déclaration de Tampere précisant que "l'effort devrait porter essentiellement dans un premier temps sur un nombre de secteurs limités tels que la criminalité financière, le trafic de drogue, la traite des êtres humains, notamment l'exploitation des femmes, l'exploitation sexuelle des enfants, la criminalité utilisant les technologies avancées et la criminalité au détriment de l'environnement".

En tenant compte de divers critères, celui de l'intérêt pour l'Union européenne de la collecte et de l'analyse de données utiles pour définir ses orientations à venir, celui de la typologie des infractions opérées selon le degré d'harmonisation potentiel, le parti avait été pris d'écarter certaines infractions - pour lesquelles diverses expertises existaient déjà et pour lesquelles des textes (action commune, décision-cadre) avaient déjà été pris - tels le trafic de stupéfiants, la lutte contre la traite des êtres humains, la criminalité économique et financière, les infractions typiquement européennes comme les fraudes aux intérêts financiers de la Communauté qui ont donné lieu à la rédaction du *Corpus juris*, etc., et de retenir, à l'inverse, trois catégories d'infractions - la criminalité environnementale, la cybercriminalité, le terrorisme - d'une part, parce que des textes les concernant étaient encore à l'étude, d'autre part, parce que ces infractions pouvaient permettre, en raison d'une catégorisation différente,

---

<sup>13</sup> Pour un exemple parmi d'autres, Action commune du 24-2-1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants.

<sup>14</sup> Pour la première fois, Décision-cadre portant sur le faux monnayage du 29 mai 2000 ; aussi Décision-cadre sur le blanchiment du 26 juin 2001, etc.

<sup>15</sup> alors qu'il est clair que lorsque la CJCE vise "le caractère effectif, proportionné et dissuasif" des sanctions, elle ne s'attache pas uniquement aux sanctions encourues mais bien aussi aux sanctions prononcées et exécutées, car l'effectivité et la dissuasion ne peuvent pas s'apprécier par la seule référence à la prévision abstraite du législateur.

d'élaborer une typologie de l'harmonisation différenciée suivant la marge d'appréciation qui pouvait être laissée aux États, et, en raison de leur même vocation à la mondialisation, de poser la question de la place et du rôle de l'harmonisation européenne au regard d'une - possible ? - harmonisation mondiale.

Il est pourtant apparu très rapidement à l'équipe de recherche les limites de la seule approche sectorielle, d'autant plus et dès lors que l'Union européenne elle-même s'engageait dans une réflexion générale sur l'harmonisation des sanctions et du régime de leur exécution. Aux raisons techniques qui tiennent aux liens qui se tissent, notamment quant au prononcé et l'exécution des peines, entre droit pénal général (circonstances aggravantes, tentative, concours et cumuls d'infractions, etc.) et droit de la peine et qui rendaient inopportun de circonscrire la recherche à trois catégories d'infractions seulement sans les replacer dans chaque système de sanctions, s'ajoutèrent ainsi des raisons tenant à l'orientation nouvelle de la politique de l'Union.

C'est donc une double démarche qui caractérise le constat, alliant général et spécial, macro et micro-juridique, jouant de la complémentarité pour contourner et convertir l'ampleur et la complexité de la tâche (notamment, celle de comparer le système anglais aux systèmes continentaux, ou celle de prendre en compte l'impact éventuel de l'élargissement de l'Union) : le spécial permettant une approche concrète de l'application, des écarts entre sanctions encourues et prononcées, servant, en quelque sorte, de révélateur des théories et des pratiques, dans une mise à l'épreuve d'une harmonisation au travers d'infractions particulièrement sensibles et concourant à esquisser une première réponse en terme de faisabilité.

Première réponse, car le passage d'une vision uniquement sectorielle à une vision générale, aussi nécessaire soit-il, ne pouvait qu'entraîner le choix de la modestie et de la prudence.

Le système des sanctions n'est qu'un élément d'un ensemble plus vaste, celui du système répressif, entendu comme système d'incrimination, de responsabilité, de procédure. C'est dire que, si l'harmonisation des sanctions en Europe suppose le préalable de la connaissance des systèmes internes de sanctions, l'intelligence de ces derniers suppose, quant à elle, les préalables de la connaissance des systèmes d'incrimination, de responsabilité, de procédure notamment quant au rôle des acteurs du procès pénal (juges, accusé, victime, administration, etc.). Le temps dévolu à la recherche - moins d'une année - n'a permis de ne saisir de cet ensemble qu'un élément - les sanctions pénales, telles qu'elles sont prévues, prononcées, exécutées, sans toutefois que puisse être véritablement approfondie leur exécution effective. Mais, des constats de cette entreprise partielle, il est toutefois possible d'attirer l'attention sur la démarche qui consisterait à dépasser une approche sectorielle - pour laquelle un effort de réflexion aurait été mené sur la définition des comportements, les responsables possibles etc. - pour passer à une approche globale sans que soient respectés les préalables nécessaires. L'harmonisation des sanctions pénales à tout prix et indépendamment de l'harmonisation des incriminations et responsabilités, sans prise en compte notamment du rôle du juge et de l'application effective des sanctions, conduirait au risque d'une harmonisation artificielle, dès lors inefficace, voire contestable si elle devait être conçue à partir des seuls préalables connus qui sont ceux des approches sectorielles, lesquelles concernent des infractions dont la gravité particulière leur confère, le plus souvent, un régime dérogatoire. Construire le général sur la connaissance du seul dérogatoire risquerait de conduire à une vision sécuritaire, dans laquelle justice et liberté seraient reléguées.

C'est ce constat de prudence qui sous-tend les deuxième et troisième parties de l'ouvrage.



La deuxième partie est consacrée aux "Enjeux et débats". A supposer que l'harmonisation soit faisable, est-elle opportune, est-elle légitime ? Ce n'est pas tant une réponse - positive ou négative - qu'entendait apporter la recherche qu'une mise en exergue de la diversité possible des opinions. Diversité qui tient à la polymorphie de l'harmonisation, aux logiques ambiguës qui la sous-tendent, à une vision plus ou moins culturelle des droits positifs, ce qui révèle que se contenter de la seule analyse comparative des droits positifs serait inadéquat, comme le montre, en miroir des discours, le rapport sociologique qui clôture la deuxième partie. Qui clôture, mais sans clore, ouvrant, bien au contraire, par la mise à distance critique (que soulève notamment cette question posée : "Les modèles supra-étatiques de contrôle, fondés sur la notion de droit, n'ont-ils pas tendance à renforcer leurs dimensions répressives, révélant par là les tensions entre surveillance et libertés ? "), la voie à la prospective.

"Prospectives", tel est, en effet, l'intitulé de la dernière partie. Il marque le choix de l'équipe de recherche de ne pas formuler de conclusions, de recommandations, à moins de considérer comme telle la nécessité de procéder à des études complémentaires avant de prendre toute décision. Car, si une approche sectorielle a permis - et permettra plus encore avec le renforcement de la légalité européenne - un haut degré d'harmonisation, voire une unification, la nouveauté d'une approche générale ne permet encore qu'une exploration, une exploration différenciée suivant l'objectif à atteindre. C'est pourquoi deux voies sont ici expérimentées. La première, par une mise en contexte de l'harmonisation au regard des stratégies de politique criminelle de l'Union, s'emploie à décrypter les liens de l'harmonisation et de la coopération en matière de sanctions, notamment quant à la reconnaissance mutuelle des décisions pénales. La seconde propose, face à la complexité de la tâche à accomplir et dans le respect du principe de subsidiarité et des diversités nationales, de recourir à des principes directeurs communs. Un double regard donc pour éclairer le chemin possible de l'harmonisation des sanctions pénales.

## **RAPPORTS DE SYNTHÈSE**

...

## FAISABILITE DE L'HARMONISATION

### COMPARATIVE TYPOLOGY OF CONVERGENCES AND DIVERGENCES

ALBIN ESER

*Dr. Dr. h.c. mult., M.C.J.*

*Professor em. at the University of Freiburg*

*Director of the Max Planck Institute  
for Foreign and International Criminal Law*

#### **Introductory Remarks**

One of the main aims of this research project was to find out whether and, if so, to what extent the various kinds and systems of penal sanctions in Europe can be harmonized. If one wants neither to pursue an ideal goal, which may turn out to be illusory, nor to stay away from changing any national traditions in penal sanctioning, it is necessary to form a picture of the various sanction systems and their application.

A first step towards this goal was taken by individual reports on each of the countries covered by this project. By their own understanding these country reports, published supra in this book, were not to take any comparative notice of the other national surveys.

In a second step a research group in Paris prepared a kind of synopsis by extracting characteristic features of the various sanction systems from each national report according to a certain list of criteria. Although this syllabus, also published in this book, provides a most useful summary by compiling the relevant data from participating countries, thus allowing initial comparisons, its goal was not to develop a typology. This, finally, is the aim of the third step, in which a typology of convergences and divergences is developed, which may in the end ease or impede the harmonization of penal sanctions in Europe.

While the question of harmonization is ultimately one that will have to be decided by politicians, the nature and purpose of this comparative survey is primarily descriptive in terms of revealing the various kinds and structures of penal systems that have to be taken into consideration when trying to harmonize European penal law in this area. This does not mean, however, that this description is free from any penal policy implications. For as a

matter of experience, findings of similarities may on the one hand speak for harmonization, whereas on the other hand dissimilarities may have a discouraging effect. Such an approach, however, may easily be exposed as unfounded because the mere fact of correspondence or dissimilarity between different national laws is neither a positive nor a negative indicator of the ease which harmonization might be achieved. Rather, similarities or differences in the underlying structures and functions are much more meaningful criteria in this area. This is to say that, from the very outset, the following comparative surveys and Tables should be viewed as a description of actual convergences and divergences of penal sanctions in Europe, but that for drawing political conclusions they need interpretation and evaluation. Although the final decision concerning harmonization is a political one, it can at least be prepared by formulating relevant questions and suggesting possible alternatives.

This is done here in the following way: Each topic which has been considered relevant enough as being exposed in a typifying comparison, such as the main and additional sanctions or different kinds of imprisonment, is presented in at least three Tables: one presenting the parallel data of each country, one with some explanatory remarks and one containing observations based on the data and posing questions that will have to be answered by a political process of engaging in or refraining from harmonization of penal sanctions in Europe.

With regard to the data and their structuring in a certain typology, two things should be kept in mind: Whereas the classifications and the criteria underlying the various typologies are mine and thus subjective and to a certain degree perhaps even preoccupied by personal legal-political values, the data upon which I have relied are derived from the reports submitted by the national surveyors and the synopsis prepared by the research group in Paris. This means that the responsibility for the correctness and reliability of the data represented in my Tables rests with the authors of the national reports and the compilers of the synopsis whereas I am responsible for the classification of the data into the various Tables. Even in this latter respect, however, the national surveyors are co-responsible insofar as my Tables were submitted to them for the purpose of data correction. The surveyors were also asked to relocate their countries in the Tables if they were improperly located. Furthermore, it should be kept in mind that schematisation entails simplification and simplification in turn may lead to ambivalent classification. In some cases these doubts were so great that they have been expressed by a question mark in the relevant square. On occasion the location of a particular country has even been left open. So, if there are any doubts on whether a country is correctly classified in a Table, it would be advisable to refer to the relevant country report for further information.

These reservations with regard to the respective responsibility for the findings and their classification should not mean, however, that the national reporters as well as the authors of the synopsis are not deserving of the highest respect and greatest gratitude: Without their valuable analysis my typology of convergences and divergences would not have been possible. Special thanks are also due to MARKUS GLASER for his assistance in analysing and structuring the various national materials, to MARTINA HOG for putting handwritten schemes into a typed format and to EMILY SILVERMAN for linguistic support.



## Topics

Of the manifold phenomena and criteria by which sanction systems may be characterized, the following have been selected because of their particular importance with regard to harmonization:

- 1 Main Penalties and Other (substitute or additional) Sanctions  
Peines principales et autres sanctions (substitutionnelles ou additionnelles)
- 2 Deprivation of Liberty  
Peine Privative de Liberté
- 3 Fines  
Peine d'Amende
- 4 Aggravating/Mitigating Circumstances  
Aggravations/atténuations de peine
- 5 Attempt and Preparation  
Tentative et Actes Préparatoires
- 6 Perpetration and Participation  
Auteurs et autres Participants
- 7 Probation / Conditional / Suspended Sentence – Early Release  
Sursis – Suspension d'exécution – Libération Anticipée

## Abbreviations

The following abbreviations are used for the countries involved in the study:

A	Austria	GB	Great Britain
B	Belgium	GR	Greece
CH	Confédération Helvétique Switzerland	I	Italy
D	Deutschland/Germany	NL	The Netherlands
DK	Denmark	PL	Poland
E	Espagne/Spain	RU	Russia
F	France	S	Sweden
FL	Finland	SL	Slovenia

The following abbreviations, if not otherwise indicated, have the stated meaning:

CS	Community Service	max.	maximum
d	day or determined	min.	minimum
DL	Deprivation of Liberty	o	obligatory or open
DP	Death Penalty	PA	Peine d'Amende
f	facultative	PPL	Peine privative de liberté
FI	Fine(s)	pun.	punishable
g	general	revoc.	revocation
gen.	generally	RL	Restriction of Liberty
h	hour	s	special
m	month	y	year

1

## MAIN PENALTIES and OTHER (substitute or additional) SANCTIONS PEINES PRINCIPALES ET AUTRES SANCTIONS (substitutionnelles ou additionnelles)

①	MAIN PENALTIES
	Death Penalty (DP)
②	Deprivation of Liberty (DL)
③	Fines (FI)
④	Community Service (CS)
②	Restrict. of Liberty (RL)
⑤	OTHER SANCTIONS
⑥	Confisc./Forfeiture
⑦	Surveillance
⑧	Revoc. of function
⑨	Revoc. of driving license
⑩	Compensation
⑤	Others

This chart is to present a survey of the main penalties and other sanctions as they are provided for by the Penal Code or additional statutes of the individual countries without, however, going into details of the sanctions concerned.

① *Main penalties* are those sanctions that can either be imposed on their own (e.g., DL or FI) or in combination with other *main penalties* (e.g., DL and FI).

② The main difference between *deprivation* (DL) and (mere) *restriction* of liberty (RL) is that in the case of DL the sentenced person is kept in custody whereas in the case of RL he or she is, without being held in custody, subjected to other kinds of restriction of his or her liberty, as, e.g. by being obliged to work at a certain place or under supervision.

③ In this context, *Fines* are not distinguished with regard to an “amount system” or a “day-rate system” (see Table 3).

④ *Community Service* means any form of non or reduced remunerated work for some public or social purpose, either instead of or in addition to another main penalty.

⑤ *Other* sanctions are those to which the convicted person may be sentenced in addition to a *main penalty*. This list is not exhaustive.

⑥ *Confiscation* and/or *forfeiture* mean any seizure of instruments, products or illegal proceeds of a crime, without distinguishing between obligatory or mere facultative ordering of these measures.

⑦ *Surveillance* may consist in any form of supervision.

⑧ *Revocation of a function* may, e.g., consist in the loss of eligibility to perform certain functions or in the prohibition of practising a certain profession.

⑨ *Revocation of driving privileges* may be temporary or permanent. In some cases the driver may be required to retake the driving test.

⑩ *Compensation* may be any form of full or partial satisfaction of the victim and, under certain conditions, may be a substitute for a main penalty.

1

**MAIN PENALTIES and OTHER (substitute or additional) SANCTIONS**  
**PEINES PRINCIPALES ET AUTRES SANCTIONS (substitutionnelles ou additionnelles)**

	D	F	I	S	B	CH	E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	RU
MAIN PENALTIES														
Death Penalty (DP)														RU
Deprivation of Liberty (DL)	D	F	I	S	B	CH	E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	RU
Fines (FI)	D	F	I	S	B	CH	E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	RU
Community Service (CS)					B	CH	E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	RU
Restrict. of Liberty (RL)											GB	NL	PL	RU
Types	1				2						3			4
OTHER SANCTIONS														
Confisc./Forfeiture	D	F	I		B	CH	?	FL	GR	SL	GB			
Surveillance	D	F	I								GB		PL	
Revoc. of function	D	F	I		B	CH	E	FL	GR	SL	GB		PL	RU
Revoc. of driving license	D	F	I		B		E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	
Compensation	D									SL	GB		PL	
Others	D	F	I		B	CH	E	FL	GR	SL	GB	NL	PL	RU

## ALBIN ESER: Observations and Questions to Table 1

### 1 MAIN PENALTIES AND OTHER (SUBSTITUTE OR ADDITIONAL) SANCTIONS

#### Comparative observations:

- As to the *main penalties* it is interesting to note that the *death penalty* (DP) has disappeared from the European countries covered by this research: Russia is the only exception.
- The *main penalties* common to all countries are *deprivation of liberty* (DL) and *finer* (FI).
- Whereas noncustodial *restrictions of liberty* (RL) are practiced only in a few countries, *Community Service* (CS) as a main sanction is finding growing expansion.
- Consequently, with regard to the main penalties the countries covered by this survey can be grouped into four types: (1) with having merely DL and FI as main sanctions, (2) adding CS, and (3) further adding RL, and (4) still keeping DP.
- Regarding *other (additional) sanctions*, with the (uncertain) exception of Sweden all countries provide for a great variety of additional sanctions (see in particular Germany and Great Britain), confiscation and revocation of driving license being the most common.

#### Penal policy questions:

- 1.1 Could the diversity be harmonized at all?
- 1.2 If yes, achieved by
  - (a) *reducing* the main penalties to DL and FI in all countries?
  - (b) *introducing* all possible sanctions in all countries?
  - (c) *selecting* certain types? If so, which ones?
- 1.3 Which of those sanctions that so far may only be ordered additionally could be upgraded to the rank of substitutes for traditional main sanctions?

## 2 DEPRIVATION of LIBERTY (DL) PEINE PRIVATIVE de LIBERTÉ (PPL)

### I. LIFE DL /PPL à perpétuité

and

#### I.1 „UNITARY“ TEMPORARY DL / PPL À TEMPS UNITAIRE


OR

#### I.2 „CLASSIFIED“ TEMPORARY DL (arrest – detention – imprisonment – penitentiary – reclusion)



### II. (Only) TEMPORARY DL / (seulement) PPL À TEMPS

This scheme demonstrates

- the basic distinction between
  - (I.) countries which provide for *Life* deprivation of liberty (DL) *and* in addition also have *Temporary* DL, and
  - (II.) countries which have abolished Life DL and instead provide for *Temporary* DL *only*, and
- more specifically to distinguish within countries with Life and Temporary DL (I.)
  - those (I.1) which have a *unitary* Temporary DL, distinguishing between different phases without further classification, and
  - those (II.2) which *classify* different types of Temporary DL by specific terms and/or treatment.
- Furthermore, Table 2 discloses the varied *length of DL* with regard to its starting point and its possible length and different phases (without, however, necessarily stating each possible cesura). Broken lines like  mean that the earlier point of time is the normal length of Temporary DL which under certain conditions, however, may go on to the final point.
- With regard to the *terminology* of different types of DL, the same term, such as imprisonment, in one country may – despite the same language (or language family) – be understood differently in another country. Therefore, if one is looking for the final word in this respect, one must refer to the country report concerned.

2

**DEPRIVATION OF LIBERTY (DL)  
PEINE PRIVATIVE de LIBERTÉ (PPL)**

I. **LIFE DL / PPL à perpétuité**

and

**I.1 „UNITARY“ TEMPORARY DL / PPL À TEMPS UNITAIRE**

1 d duration, without exceptions, in the court's discretion

PL 1 m 3y 15 y 25 y

S 14 d 10 y 18 y

D 1 m 6 m 1 y 15 y

FL 14 d 12 y 15 y

or

**I.2 „CLASSIFIED“ TEMPORARY DL**

B 1 d 7 d 5 y 10 y 15 y 20 y 30 y

PPL de police PPL correction. PPL criminelle

7 degrees 1 d 6 m 1 y 2 y 3 y 5 y 7 y 10 y 15 y 24 y 30 y

emprisonnement

5 d 3 y 5 y 6 y 15 d 24 y 30 y

arresto reclusione

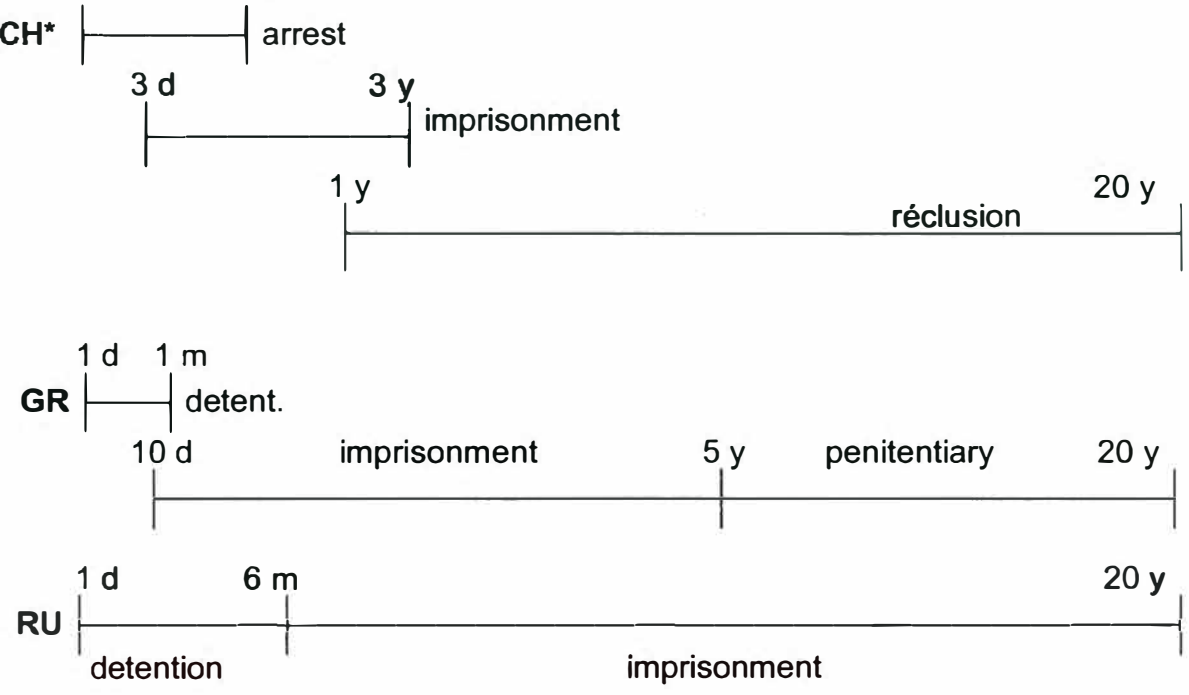
NL 1 d 12 m 20 y

detention imprisonment

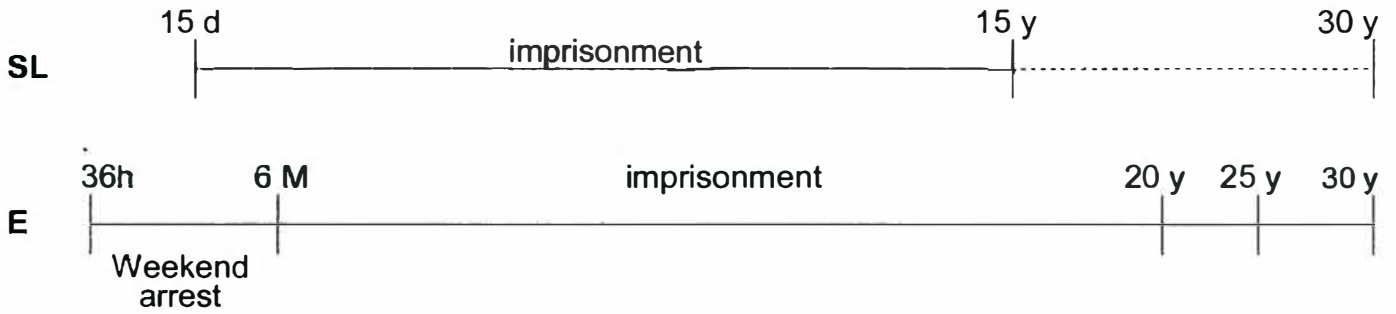
1 d 3 m



**TABLE 2/B: I.2 continued**



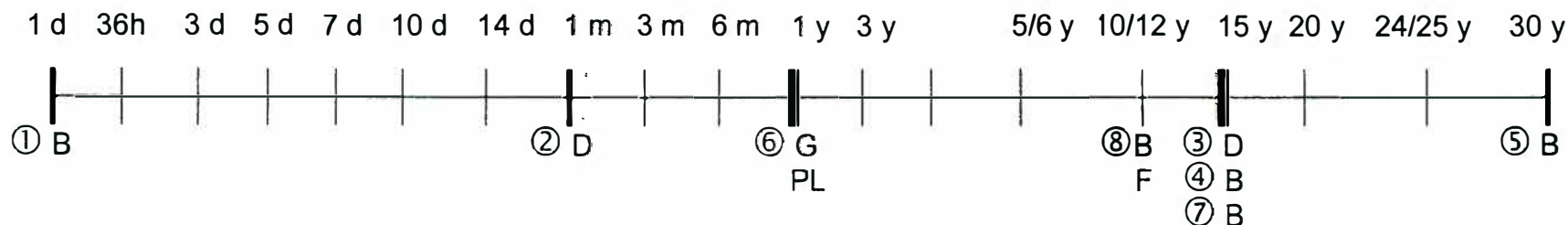
**II. (Only) TEMPORARY DL / (seulement) PPL À TEMPS**



\* CH draft will turn to UNITARY DL



## 2 FREQUENT PHASES IN TEMPORARY DEPRIVATION OF LIBERTY



This Table elucidates the variety of courses Temporary DL may take in various countries:

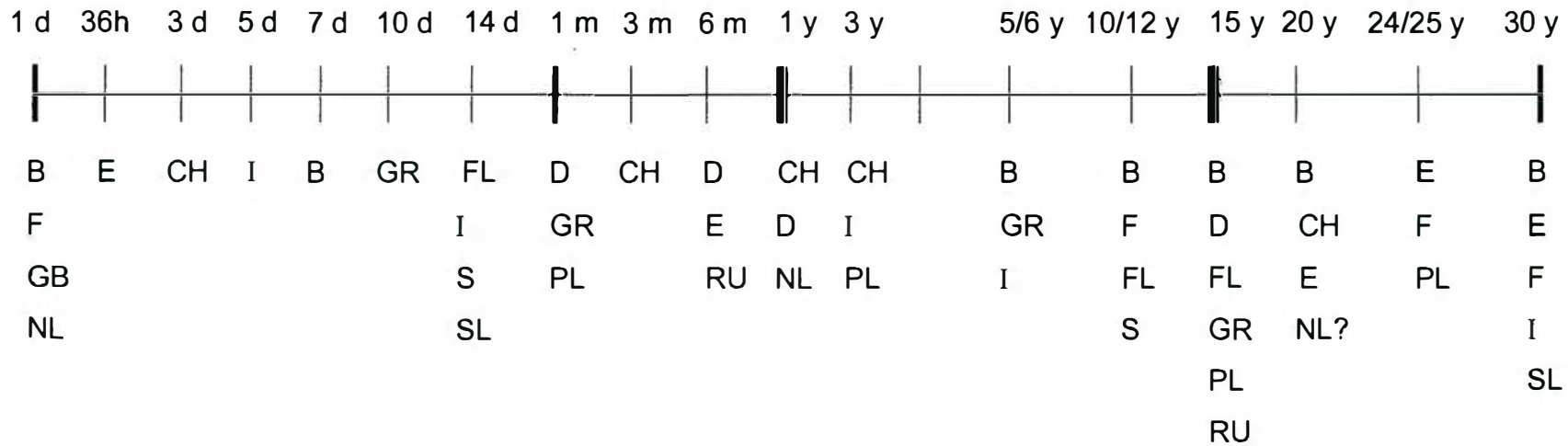
- The starting point, and thus the *minimum* of DL in a country, can be recognized from the place at which this country is first named. Therefore, in Belgium DL can start with 1 day ①, whereas in Germany the minimum of DL is 1 month ②.
- In the same manner the potential *maximum* of DL in a country is indicated by the last place at which a country is named. So in Germany, for instance, the maximum of Temporary DL is 15 years ③, whereas for Belgium 15 years are an intermediate stage only ④, since DL there may run up to 30 years ⑤.
- The intermediate periods give information about stages in the course of DL what may play some role for the nature of the crime(s) (e.g., 1 year in Germany and Poland as turning point from misdemeanour to felony ⑥; cf. Table 4/D), as an important sentencing stage (as, e.g., 15 years in Belgium ⑦), or for conditional/early release (see Table 7).

To be sure, however, the temporary cuts indicated in the diagram are neither complete nor in any case exact, as the differences among the countries surveyed are much more than is possible to show here. Furthermore, in some instances (as with 10/12 years) a certain period of time was taken together, without exactly saying whether 10 years relates to Belgium or 12 years to France ⑧. Therefore, for further details one must refer to the relevant country report.

ALBIN ESER: Table 2/C – Data

2

FREQUENT PHASES IN TEMPORARY DEPRIVATION OF LIBERTY



## 2

## LIFE DEPRIVATION OF LIBERTY / PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ À PERPÉTUITÉ

② obligatory (o) / facultative (f)

①	<b>Types of Crime</b> main instances (not exhaustive list)	<p>This scheme on Life DL mainly demonstrates three phenomena:</p> <p>① The <i>types of crime</i> for which the convicted person may or has to be sentenced to. This list is not exhaustive but represents – first – instances in which one would normally expect the highest possible punishment (as in case of murder and high treason), but – second – also some crimes (such as incest and forging of birth documents) one would not so readily expect as candidates for Life DL.</p> <p>② <i>O</i> or <i>f</i> indicate whether Life DL is obligatory in terms of a matter of course when the respective crime has been committed or merely facultative in terms that there is some discretion of the court with sentencing to Life DL or instead for a Temporary DL.</p> <p>③ This line shows the countries in which Life DL may be replaced by Temporary DL.</p>
	murder	
	genocide	
	aggression	
	high treason	
	crimes resulting in death	
	crimes with intolerable pains	
	hostage taking of mineurs	
	barbarie	
	sexual crimes	
	arson	
	incest	
	fabrication of birth documents	
	by cumulation of crimes	
③	<b>Replacement of Life DP by Temp. DL</b>	

\* avec circonstances aggravantes

## LIFE DEPRIVATION OF LIBERTY / PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ À PERPÉTUITÉ

obligatory (o) / facultative (f)

	B	CH	D	E	F	FL	GB	GR	I	NL	PL	RU	S	SL
<b>Types of Crime</b>														
main instances (no exclusive list)														
murder	B/f	CH/f	D/o		F/f	FL/o	GB/o	GR/o	I/o	NL/f?	PL/f	RU/o	S/o	
genocide	B/f	CH/f	D/o		F/f	FL/f					PL/f	RU/o	S/o	
aggression			D/f								PL/f			
high treason	B/f	CH/f	D/f			FL/f		GR/o		NL/f	PL/f			
crimes resulting in death			D/f				GB/f	GR/o/f	I/o					
crimes with intolerable pains	B/f				F/f*		GB/f							
hostage taking of mineurs	B/f				F/f*									
barbarie					F/f*									
sexual crimes					F/f*		GB/f							
arson	B/f				F/f*		GB/f							
incest							GB/f							
fabrication of birth documents							GB/f							
by cumulation of crimes				E	F/f									
<b>Substitute of Life DP by Temp. DL</b>	B	CH	D		F	FL	GB	GR	I/o	NL	PL	RU	S	

\* avec circonstances aggravantes

## ALBIN ESER: Observations and questions to table 2/A-D

### 2 DEPRIVATION OF LIBERTY (DL) – PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ (PPL)

#### Comparative Observations:

- Although *Life DL* continues to be the severest punishment in most European countries, it is interesting to note that a possibly increasing number of countries is – beyond the earlier abolition of the death penalty – also substituting *Life DL* by *Temporary DL*, with a maximum of 30 years, as in Slovenia and in Spain. In addition, Norway and Portugal, countries not covered by this study, have also abolished *Life DL*.
- Although traditionally, DL could be imposed in a number of differently *classified* custodial settings (not that this approach is still followed in the majority of the countries under study, where short-term DL is served in *detention* and longer term DL in *prison*), an increasing number of countries has abolished this type of classification and has introduced a *unitary* *Temporary DL*.
- Whereas in the majority of countries as little as one day of DL (or not much more) may still be imposed, some countries (such as Germany, Greece and Poland) do not impose DL for sentences under 1 month; this means that crimes deserving less than 1 month of DL are instead sanctioned by a fine.
- Whereas in quite a few countries *Temporary DL* may still last up to 30 years (as in Belgium, France, Italy, Spain, and in most severe cases Slovenia), some countries limit *Temporary DL* to a shorter period, as for instance Germany (15 years) or Switzerland (20 years).
- Most frequent *instances for Life DL* are still murder and high treason. Whereas beyond these “classical candidates” for *Life DL* most countries are rather reluctant to impose this penalty, some countries (such as Belgium and France) have a longer list which is still surpassed, however, by Great Britain where even the forgery of birth documents is named as a case for *Life DL*. On the other hand, however, it should be kept in mind that these “expansive” codes would provide *Life DL* only on a facultative basis whereas countries with a shorter list of *Life DL*-crimes (such as Germany and Sweden) would leave the court little or no discretion.
- *Replacement* of *Life DL* by *Temporary DL* is possible in all countries studied.

#### Penal policy questions:

- 2.1 Could and should deprivation of liberty be harmonized by *abolishing Life DL*?
- 2.2 What should be the *maximum* of *Temporary DL*: 15, 20, 30 years?
- 2.3 Should DL have a *minimum*? If so, starting at an early point (1 day) or at a later stage (1 month)?
- 2.4 Should the differentiation between different *classifications* of *Temporary DL* be substituted by a *unitary* DL?
- 2.5 Should the Penal Code specify the types of crime to be sentenced with *Life DL*?
  - (a) If yes, obligatory? Or at judicial discretion?
  - (b) For what types of crime?

2.6 May a sentence to Life DL be *substituted* by Temporary DL?

- If yes, obligatory under certain circumstances and, if so, under which? Or at general discretion?

## ALBIN ESER: Explanatory Remarks to Table 3

### 3 FINES (FI) / PEINE D'AMENDE (PA)

#### ① AMOUNT SYSTEM

③ min. max.



#### ② DAY-RATE SYSTEM

④ Number of rate DAYS      RATE per day (EUR)      min.      max.

---

This scheme on fines exposes two features:

- First, that the traditional *amount system* has in the meantime been replaced in many countries by a so-called *day-rate system*.

① In the *amount system* the court simply fixes a certain amount of money as punishment.

② The *day-rate system* requires two steps: First the court must state a certain number of days the crime would deserve if punished with DL (i.e., a determination made without considering the individual characteristics of the convicted person). Second the court must fix a certain rate of payment for each day, depending on the daily income (and/or other available means) of the perpetrator.

Although these fines-systems are different, they may *co-exist* in the same country, as for instance, for different types of crime.

- Second, this scheme tries to achieve some transparency with regard to the *amount* of money a convicted person may be sentenced to, by showing

③ the potential *minimum* and *maximum* fines in the amount system, and

④ with regard to the day-rate system, to identify (i) the possible number of rate *days* the crime may be sentenced to in equivalence to DL, (ii) the amount of *rate* per day the perpetrator may be sentenced to pay, and (iii) the possible *minimum* and *maximum* fines in the day-rate system.



## ALBIN ESER: Table 3 - Data

### 3 FINES (FI) / PEINE D'AMENDE (PA)

#### AMOUNT SYSTEM

		min.	max.
B	2 classes	€ 5	open
F		€ 1	7 500 000
FL*	several classes	€ 10	115
GB	5 scale levels	€ 320	8 000
CH			27 000 (137 000)+
GR	FI € 29 - 587 and pecun. pen.	€ 150	14 700
I		€ 2	309 000
NL	6 classes	€ 225	450 000
RU	25 – 1 000 x min. salary	€ 1 575	63 000
SL		€ 132	13 200/ (39 500)+

\* mainly for traffic offences

+ in case of money laundering

#### DAY-RATE SYSTEM

	Number of rate DAYS	RATE per day (EUR)	min.	max.
CH (draft)	⣀ – 360 (1 y)	? € 7 – 2 047	€ 7	736 920
D	5 – 360 (1 y)	€ 1 – 5 000	€ 5	1 800 000
E	5 – 720 (2 y)	€ 1 – 300	€ 5	216 000
F	1 – 360 (1 y)	€ 1 – 360	€ 360	108 000
FL	1 – 120 (4 m)	€ 6 – open		
GR	1 – 720 (2 y)	€ 2 – 59	€ 2	42 260
PL	10 – 360 (1 y)	€ 2 – 490	€ 20	176 400
S	30 – 150 (5 m)	€ 3 – 110	€ 90	16 500
SL	5 – 360 (1500)+ (1/4 y)	€ 10 – 209	€ 52	75 130 (313 000)+

+ if lucrative motive

## ALBIN ESER: Observations and Questions to Table 3

### 3 FINES (FI) / PEINE D'AMENDE (PA)

#### Comparative observations:

- While a certain number of countries (such as Belgium, Great Britain, Italy, the Netherlands and Russia) still cling to the traditional *amount system*, the *day-rate system* is obviously gaining ground in the majority of the countries surveyed here, with Switzerland in transition.
- In a few countries the two fine systems co-exist, though occasionally for different types of crimes (such as France, Finland, Greece and Slovenia).
- In the *amount system*, the *minimum* fine may start in some countries with low amounts of € 10 or less (as in France, Italy, Belgium and Finland) or with rather high amounts of € 720 (Great Britain) or even € 1 575 (Russia). Similar differences can be seen the *maximum* amounts, as rather low with € 115 (Finland) and extremely high with € 7 500 000 (France).
- In the *day-rate system* the minimum mostly starts from 5 or less *days*, with the exception of Sweden with 30 days, whereas the maximum number of days varies from 4 to 5 months (Finland and Sweden) up to 1 year (Germany, France, Poland) and 2 years (Spain, Greece) and may even end with 4 years in cases of a lucrative motive (as in Slovenia). Whereas the minimum *rate* per day starts with € 10 or less, the maximum rate varies from € 16 (Greece) and between € 200 to €400 (Slovenia, Spain, France) up to € 2 000 in the Swiss draft or even € 5 000 (Germany). Consequently, the minimum and maximum fine in the day-rate system in ranging from below € 10 (in most countries) up to € 7 500 (Sweden) and € 1 800 000 (Germany).

#### Penal policy questions:

- 3.1 Should the fine system be harmonized from the traditional *amount system* to the more modern *day-rate system*?
- 3.2 If yes, should there be both a minimum and maximum number of *days*?  
and/or  
a minimum and maximum *rate* per day?
- 3.3 If the amount system is kept or re-introduced, should there be a *minimum* and/or a *maximum* fine?
- 3.4 Should there be a *preference for fines* and/or *community service* versus short-term imprisonment?
  - If yes, for what time range DL may fines be a substitute?

## AGGRAVATING/MITIGATING CIRCUMSTANCES - AGGRAVATIONS/ATTÉNUATIONS DE PEINE

## ① (beyond regulation in a special crime definition)

②	main criteria	<p>Although this chart on aggravating and mitigating circumstances appears simple, the following explanatory remarks may be useful:</p> <p>① If a penal code wants to consider circumstances that aggravate or mitigate the <i>normal</i> elements of a specific crime, as in the case of killing (with heinous or merciful motives) or in case of theft (by breaking into a house or when motivated by unavoidable hunger), such factors can either be incorporated by creating a special aggravated crime for heinous murder or burglary on the one hand and a special mitigated crime for merciful killing or petty theft on the other. Another approach is to leave the basic crime definitions alone and to take aggravation or mitigation circumstances into consideration during the sentencing process.</p> <p>② As only <i>main criteria</i> are listed here, i.e., those applicable to a variety of crimes, this catalogue is not exhaustive, neither in aggravating nor in mitigating direction.</p> <p>③ <i>Aggravating</i> circumstances are those that – alone or in combination with others – may lead to an increase of the punishment, <i>mitigating</i> circumstances may lead to decrease of punishment.</p> <p>④ <i>General</i> (g) are (aggravating or mitigating) circumstances, such as recidivism or acting for respectable motives, which may apply to any kind of crime.</p> <p>⑤ <i>Specific</i> (s) are circumstances which are typical merely for certain types of crime.</p> <p>⑥ <i>Determined</i> (d) may be considered a catalogue of well defined circumstances.</p> <p>⑦ <i>Open</i> (o) is a list, if it has merely an exemplary function.</p> <p>⑧ Whereas most of the (aggravating or mitigating) <i>factors</i> are self-explanatory, the following factors require a short explanation:</p> <p>⑨ <i>Plurality of crimes</i> covers both the commission of various crimes by one act (e.g., robbery by employing illegal weapons and injuring a person) and the repetition of the same crime on various occasions.</p> <p>⑩ <i>Cumulative aggravation</i> means the presence of various aggravating circumstances.</p> <p>⑪ <i>Foreign conviction</i> refers to the possibility of taking into consideration crimes committed and tried abroad.</p> <p>⑫ <i>Time passed</i> concerns cases in which the mere lapse of a long time may be a ground for mitigation.</p>
③	<b>AGGRAVATING</b>	
④	■ general (g)	
⑤	■ spec. crime (s)	
⑥	• determ. list (d)	
⑦	• open exemp. (o)	
⑧	■ factors (e.g.)	
	- recidivist	
	- premeditation	
	- racial motives	
⑨	- plurality of crimes	
⑩	- cumulative aggrav.	
	- public official	
	- organized	
	- habitually	
⑪	- foreign conviction	
③	<b>MITIGATING</b>	
④	■ general (g)	
⑤	■ spec. crimes (s)	
⑥	• determ. list (d)	
⑦	• open exempl. (o)	
⑧	■ factors (e.g.)	
	- minors	
	- respectable motives	
	- under pressure	
	- provoked	
	- in obedience	
⑫	- time passed	
	- restitution	
	- early guilty plea	

**4 AGGRAVATING/MITIGATING CIRCUMSTANCES - AGGRAVATIONS/ATTÉNUATIONS DE PEINE  
(beyond regulation in a special crime definition)**

main criteria	B	CH	D	E	F	FL	GB	GR	I	NL	PL	RU	S	SL
<b>AGGRAVATING</b>														
■ general (g)				g	g	g	g	g	g	g	g	g	g?	g
■ spec. crime (s)	s	s	s	s	s		s	s	s	s			?	
• determ. list (d)			s/d		g/d	s/d	s/d	s		s/d		d	?	
• open exemp. (o)		o	o								o			o
■ factors (e.g.)														
- recidivist	g	g	s	g	g	g	g	g	g	g	g	g	g	g
- premeditation	s				s		g		g					
- racial motives			s				g		g					
- plurality of crimes			s				g			g				
- cumulative aggrav.				g	s		g							
- public official		s	s		s		g		g	g				
- organized	s	s			s	g	g				g			
- habitually		s	s				g				g			
- foreign conviction		g	g	g		g								
<b>MITIGATING</b>														
■ general (g)	g	g		g		g	g	g	g		g	g	g	g
■ spec. crimes (s)	s		s	s	s			s	s	s	s		s?	
• determ. list (d)		d	s/d					d					d?	
• open exempl. (o)	o	o	o			o	o		o		o	o		o
■ factors (e.g.)							g							
- minors		o	g		g	g	g			g	g			
- respectable motives		o	g			g	g		g					
- under pressure		o	s			g	g		o					
- provoked		g	s				g		g					
- in obedience		g					g							
- time passed		g					g							
- restitution			g			g	g		g		g			g
- early guilty plea							g							



4

① **SANCTIONING FRAMES /  
MARGE DE DÉTERMINATION DE LA PEINE**

② **Basic Models** with regard to  
- STATUTORY DETERMINATION and/or  
- JUDICIAL DISCRETION

④ **broad**

⑤ **medium**

③ **narrow**

- only reference to nature of crime and/or category of sanction
- no fixation of maximum and/or no minimum
- broad judicial discretion
  
- low requirements for judicial reasoning

- statutory frame for each crime
- fixation of maximum and/or minimum
- judicial discretion guided by (general and/or specific) rules
- high requirements for judicial reasoning

---

This diagram is to find out whether and to what degree the various penal codes leave the sentencing decision up to the discretion of the court or whether they guide it by some kind of sanctioning frames.

- ① *Sanctioning frames* may be any penal provisions or written guidelines that, with reference to the nature of a crime (e.g., misdemeanour or felony), certain circumstances or any other criterion, pre-determine the sentencing decision of the court.
- ② As it happens, rather than clear cut types of sanctioning there is a continuum, from a high degree of statutory determination to almost free judicial discretion. Thus, it is impossible to do more than to distinguish three basic *models*
  - on the one hand, *narrow* ③ in terms of predetermining the sentencing decision by a statutory frame for each crime and further criteria listed above,
  - on the other hand, *broad* ④ in terms of leaving wide discretion to the court (e.g., no statutorily fixed minimum or maximum punishments and low requirements for the court's reasoning of its sentence), and
  - in between, *medium* ⑤ those models which consist of a mixture of narrow and broad criteria.

**4**

**SANCTIONING FRAMES  
MARGE DE DÉTERMINATION DE LA PEINE**

**Basic Models** with regard to  
- STATUTORY DETERMINATION and/or  
- JUDICIAL DISCRETION

**broad**

- only reference to nature of crime and/or category of sanction
- no fixation of maximum and/or no minimum
- broad judicial discretion
- low requirements for judicial reasoning

**medium**

- B
- CH
- I
- PL
- RU
- S
- SL

**narrow**

- statutory frame for each crime
- fixation of maximum and/or minimum
- judicial discretion guided by (general and/or specific) rules
- high requirements for judicial reasoning

- F
- NL

- D
- E
- FL
- GB
- GR

## 4 CONSEQUENCES OF AGGRAVATION AND MITIGATION

	①	③	②
	Change in the NATURE of CRIME	Change in the SANCTIONING FRAME	within the JUDICIAL SENTENCING
B CH D • • •			

**AGGRAVATION**



**MITIGATION**

• • • RU S SL			
------------------------------	--	--	--



This chart examines the *consequences of aggravation and mitigation* with regard to the character of the crime and the sentencing process. These consequences can be manifold; only the most interesting, however, follow:

- ① On the one hand, aggravating and/or mitigating elements may be so weighty as to change the *nature of the crime* from a misdemeanour (e.g., simple theft) to a felony (theft while carrying weapons).
- ② On the other hand, a code can treat aggravating or mitigating circumstances as a matter of *judicial sentencing*, thus leaving the nature of crime untouched.
- ③ An intermediate approach is to leave the nature of the crime untouched by aggravating and/or mitigating factors, but to “tame” judicial discretion by changing the *sanctioning frame of a crime* to cover aggravating or mitigating factors.



**4 CONSEQUENCES OF AGGRAVATION AND MITIGATION**

	<b>Change of the NATURE of CRIME</b>	<b>Change of the SANCTIONING FRAME</b>	<b>within the JUDICIAL APRECIATION</b>
B	B	B	
CH	CH	CH	CH
D	D	D	D
E			E
F	F	F	
FL	FL		FL
GB	GB	GB	
GR		GR	GR
I		I	I
NL	NL	NL	
PL		PL	
RU		RU	RU
S			
SL		SL	SL

**AGGRAVATION**



**MITIGATION**

B	B	B	B
CH	CH	CH	CH
D	D	D	D
E		E	
F			F
FL	FL		FL
GB			GB
GR			
I		I	I
NL			
PL	PL	PL	PL
RU		RU	RU
S			
SL		SL	SL

## 4 RELATIONSHIP BETWEEN (character of the) CRIME AND (category of) SANCTION

The question in this Table is whether the type or length of a *sanction* is relevant for the character of the *crime*, in particular by reserving a certain kind of punishment for misdemeanours and classifying felonies by a sanction of a different name or length.

No (direct) RELEVANCE	Relev. (only) with regard to LENGTH OF SANCTION	INTERDEPENDENCE
E FL	D Vergeh. ← 1 y → Verbrech.	F crimes: reclusion délits: emprisonnement contraventions: PA
GB ?		B crimes: réclusion délits: emprisonnement
NL ?		GR crimes: penitentiary délits: imprisonment contravent: detention, FI
	PL misdem. ← 1 y → crimes	CH crimes: penitent. (Zuchthaus) délits: imprisonment (Gefängnis)
RU		I delitti: life DL / tempor. DL/FI contravvenzioni: arrest/FI
S		
SL		

## 4 RELATIONSHIP BETWEEN (character of the) CRIME and (category of) SANCTION

No (direct) RELEVANCE	(Only) with regard to DURATION	INTERDEPENDENCE
E FL GB ?	D Vergeh. ← 1 y → Verbrech.	F crimes: reclusion délits: emprisonnement contraventions: PA B crimes: réclusion délits: emprisonnement
NL ?	PL misdem. ← 1 y → crimes	GR crimes: penitentiary délits: imprisonment contravent: detention, FI CH crimes: penitent. (Zuchthaus) délits: imprisonment (Gefängnis)
RU S SL		I delitti: life DL / tempor. DL/FI contravvenzioni: arrest/FI

### 4 AGGRAVATING/MITIGATING CIRCUMSTANCES – SANCTIONING FRAMES

#### Comparative observations:

- On the whole, the Table reveals a great variety of aggravating and mitigating factors. A closer look, however, reveals a remarkable *diversity* from country to country.
- With regard to the *statutory technique* of generalizing criteria or attaching them to certain crimes, a combination of both seems to prevail.
- As far as *determined* lists or *open examples* of relevant factors are concerned, most countries prefer some sort of determination with regard to aggravating factors while with regard to mitigating factors they prefer open examples.
- With regard to the various *criteria* listed in the Table, it is noticeable that some countries (e.g., Great Britain, Germany and Switzerland) recognize almost the whole catalogue of criteria as either aggravating or mitigating, whereas other countries (e.g., Sweden and Greece) name very few criteria, with other countries somewhere in between. But even within these groups there may be considerable differences: in Great Britain, for example, the criteria are handled as generally applicable to all kinds of crime whereas Germany, in principle, prefers a specialized method.
- *Recidivism* is almost everywhere recognized as an aggravating factor; *minority* and *restitution* of the victim by the perpetrator are widely recognized as mitigating factors.
- With regard to Table 4/B on *sanctioning frames*, it is remarkable that the self-evaluations of the national reporters were quite divergent from my own impression when reading these reports. Whereas in my first classification I had assigned only a few countries to the *narrow* model and many more to the *broad* model, quite a few national reporters opted for a shift to the *medium* model or even to the *narrow* model, thus leaving only France and the Netherlands in the broad category. Whether this picture accurately reflects reality cannot be answered without further empirical investigation, as it was not possible here, in particular with regard to the method and degree in which sentencing requires an explicit reasoning by the judge.
- With regard to Table 4/C on *consequences of aggravation and mitigation*, three almost equal groups of countries can be found: (i) those where aggravation and mitigation can change the nature of a crime, (ii) those where the nature of crime is left untouched while the sanctioning frame is changed, and (iii) those where aggravating and mitigating factors are left to the judicial discretion. On second look, however, it turns out that these three different approaches may not be seen in “either or” terms, since there are quite a few overlapping instances.
- With regard to Table 4/D on the *relationship between (character of the) crime and (category of) sanction*, it is noticeable that quite a few countries still cling to the traditional interdependence between the nature of the crime and the corresponding sanction (e.g., Belgium, France and Greece) whereas other countries (e.g., Finland, Sweden and Spain) give the relationship between crime and sanction no direct relevance, with Germany and Poland in the middle by distinguishing misdemeanours and felonies according to the length of DL foreseen for the specific crime.

# 4

## Penal policy questions:

- 4.1 Should penal codes provide for aggravating and/or mitigating circumstances at all?
- 4.2 If yes, should this be achieved
  - by *general* rules
  - with regard to *special* crimes
  - in a *mixture* of general rules and special provisions
  - by a *determined* list of relevant factors
  - by open *examples*?
- 4.3 If to be guided by certain *factors*, which ones should be regularly considered
  - (a) as *aggravating*?
  - (b) as *mitigating*?
  - (c) Should an *early guilty plea* be a regular ground for mitigation?
  - (d) How and to what extent should *foreign convictions* be taken into consideration?
- 4.4 Should the *sanctioning frames* statutorily be determined by minimum and/or maximum penalties?
- 4.5 Should there be much or little room for *judicial discretion* in determining the individual sentence?
  - Should the judge be required to give a reasoning for his sentence?
  - And if so, only orally and/or also in writing?
- 4.6 Should aggravating and/or mitigating circumstances only be considered within the judicial determination of the individual sentence?
  - Or may aggravating and/or mitigating circumstances lead to a change of this sanctioning frame or even of the nature of crime?
- 4.7 Should there be a mutual dependence of the type of crime on the category of sanction and vice versa?

5

ATTEMPT AND PREPARATION – TENTATIVE ET ACTES PRÉPARATOIRES

① PREPARATORY ACTS	② ATTEMPT		Contravent.		
gen. pun.	Felonies gen. punish.	Misdemeanour gen. punish.	only if spec. rule	gen. not punish.	only if spec. rule
partly pun. spec. crimes - conspiracy					
③ PUNISHMENT					
like completed crime			mitigation		
			facult.	oblig.	

This Table addresses the punishability of and the punishment for attempt and preparation.

- ① With regard to *preparatory acts*, the main question is whether these are generally or only partly - e.g. with regard to special crimes - punishable; one of these instances may be *conspiracy*, a type of preparatory crime which is still controversial between common law and civil law traditions.
- ② With regard to *attempt*, the nature of a crime (felony, misdemeanour or mere infraction) can play a role with regard to be punishable at all or only in specific cases.
- ③ With regard to *punishment*, it is of particular interest whether attempt is punished like a completed crime or whether punishment may be mitigated either obligatorily or at the discretion of the sentencing court.



5

## ATTEMPT AND PREPARATION — TENTATIVE ET ACTES PRÉPARATOIRES

PREPARATORY ACTS			ATTEMPT					
gen. pun.	partly pun. spec. crimes - conspiracy		Felonies gen. punish.	Misdemeanour		Contravent.		
				gen. punish.	only if spec. rule	gen. not punish.	only if spec. rule	
S	B CH D E F FL GR NL PL RU SL	GB D	B CH D E F FL GB GR I NL PL RU S SL	CH  E   GB GR I NL PL RU S	B  D  F FL  SL	F  GR I	B CH	
			<b>PUNISHMENT</b>					
			like completed crime		mitigation			
					facult.	oblig.		
			F PL (with exceptions) RU		CH D GB SL	B (with exc.) FL GR (with exc.) I NL		

## ALBIN ESER: Observations and Questions to Table 5

### 5 ATTEMPT AND PREPARATION – TENTATIVE ET ACTES PRÉPARATOIRES

#### Comparative observations:

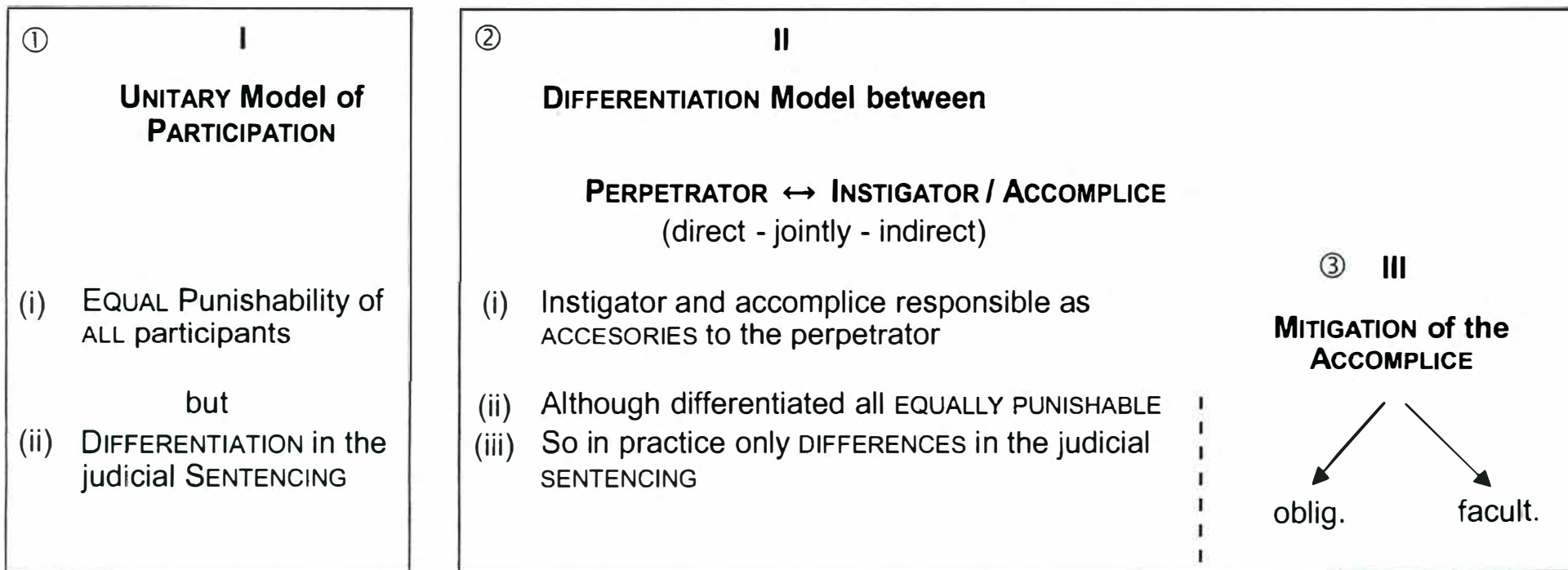
- *Preparatory acts* seem to be generally punishable only in Sweden, whereas all other countries concerned restrict the penalization of preparation to special crimes. That *conspiracy* is in fact only punishable in Great Britain and Germany seems doubtful because without being called “conspiracy”, certain types of preparation punished by a code may lead to the same result.
- With regard to *attempt*, it is no surprise that in the case of a *felony* it is generally punishable in all countries. More astonishing might be that even attempt of *misdemeanours* is generally punishable in the majority of countries while in some others only if specially provided for. Even the attempt of a *contravention* (if still a category of punishable offence in that country) is found punishable on special rule in Belgium and Switzerland.
- The *punishment* for attempt is the same as for a completed crime only in France, Russia and (with some exceptions) in Poland. The other countries provide for mitigation, partly obligatorily (e.g., in Finland, Italy and the Netherlands) or merely at the discretion of the court (e.g., in Germany and Great Britain).

#### Penal policy questions:

- 5.1 Should *preparatory* acts be punishable at all?
  - (b) If yes, generally or only with regard to certain crimes? If so, which ones?
  - (a) Should, in particular, the concept of “*conspiracy*” be punishable in general? Or only with regard to specific crimes?
- 5.2 Should *attempt* be punishable for all types of crimes?
  - (a) If not, should a distinction be made between certain categories, such as felonies on the one hand and misdemeanours and/or contraventions on the other hand?
  - (b) Or should attempt only be punishable with regard to specified crimes?
- 5.3 Should punishable preparatory acts and/or attempts be *sanctioned* like completed crimes?
  - If not, should mitigation be obligatory or merely discretionary?
- 5.4 Should *withdrawal* from attempt dispense with punishability?
  - (a) If yes, in general, or only under certain conditions?
  - (b) If not, should withdrawal be a ground for mitigation? And if so, obligatory or merely discretionary?

# 6

## PERPETRATION AND PARTICIPATION / AUTEURS ET AUTRES PARTICIPANTS



This chart is to demonstrate the main approaches with which the participation of various persons in a crime is handled. Of a great variety of kinds and treatments two models seem useful as guiding differentiation:

- ① In the so-called *unitary model of participation* all participants are equally be punishable, though there may be some differentiation in the judicial sentencing.
- ② The *differentiation model* distinguishes between *perpetrators* (in terms of directly, jointly or indirectly committing a crime) and *accessories* (instigator/accomplice). Although mere accessories to the perpetrator, they may be equally responsible and punishable.
- ③ Whereas *instigators* used to be punishable alike the perpetrator, mere *accomplices* may find mitigation, either obligatorily or at the discretion of the court.

**6**

**PERPETRATION AND PARTICIPATION / AUTEURS ET AUTRES PARTICIPANTS**

**I**

**UNITARY Model of PARTICIPATION**

(i) EQUAL Punishability of ALL participants

but

(ii) DIFFERENTIATION in the judicial SENTENCING

I (Italy)

A (Austria)

DK (Denmark)

PL (?)

**II**

**DIFFERENTIATION Model between**

**PERPETRATOR ↔ INSTIGATOR / ACCOMPLICE**  
(direct - jointly - indirect)

(i) Instigator and accomplice responsible as ACCESORIES to the perpetrator

(ii) Although differentiated all EQUALLY PUNISHABLE

(iii) So in practice only DIFFERENCES in the judicial SENTENCING

**III**

**MITIGATION of the ACCOMPLICE**

oblig.

B

D

E

GR\*

NL

\* if „simple“ accomplice

facult.

PL

S

## ALBIN ESER: Observations and Questions to Table 6

### 6 PERPETRATION AND PARTICIPATION / AUTEURSET AUTRES PARTICIPANTS

#### Comparative observations:

- Although with regard to the countries surveyed here the *unitary model of participation* was only found in Italy and (with some doubt) in Poland, it seems worth mentioning that this model is also found in Austria and Denmark.
- Although the other countries follow the *differentiation model between perpetrator and accessories*, they can be divided in two groups: one group holds perpetrators and accessories equally responsible while allowing differences only in sentencing (e.g., France, Finland and Great Britain), the other group provides for mitigation at least for accomplices, in some countries obligatory (Belgium, Germany and Spain), in others at the discretion of the court (Poland and Sweden).

#### Penal policy questions:

- 6.1 Should the *divergent models* of perpetration and participation be *harmonized* at all?
- 6.2 If yes, according to the *unitary model of participation*? Or according to the *differentiation between perpetration and participation* like instigation and aiding (as in traditional penal codes)?
- 6.3 In case of a *unitary* model of participation, should there be a distinction at the *sentencing* level between the kind and weight of participation? And if so, according to certain rules or at the discretion of the court?
- 6.4 If the *differentiation* between perpetration and participation is upheld, should all participants be punished alike?
  - If not, should mere aiding and abetting be *mitigated*? And if so, should the mitigation be obligatory or at the discretion of the court?



## PROBATION / CONDITIONAL / SUSPENDED SENTENCE –EARLY RELEASE SURSIS – SUSPENSION D’EXÉCUTION – LIBÉRATION ANTICIPÉE

①	<b>Probation/Condit. Sentence</b>		<p>This Table addresses a field the complexity of which is already expressed in its lengthy title of <i>probation/conditional/suspended sentence – early release</i>, because it was impossible to find a short term for the manifold ways on which a penal system in order to give the defendant a chance for rehabilitation, refrained from a final and/or unconditional sentence or, in case that the perpetrator is sentenced and sent to jail, may be released prior to the mixed term. Therefore, the terminology used here is to a certain degree interchangeable. Nevertheless, the following distinctions should be observed:</p> <p>① <i>Probation/conditional sentence</i> is to comprise all types of suspended sentencing where this concession to a convicted defendant is already made at the end of the trial (and/or the sentencing decision) thus sparing the person concerned in the performance of the punishment conditionally ordered against him, whereas in the case of ② <i>early release</i> the person concerned as at least partly served the sentence but may at a later stage receive some suspension or even pardon.</p> <p>② <i>Yes (+)</i> indicates that probation and/or early release are in principle available, in case of <i>o</i> as obligatory, in case of <i>f</i> on a discretionary basis.</p> <p>③ <i>Up to length of DL</i> indicates whether probation etc. may only be given if the traditional DL must not exceed a certain time and, if so, what would be the maximum time (in years); two numbers (like 1/2) indicate that the conditions of probation will be high after the first time and end at the second.</p> <p>④ With regard to <i>FI</i> the question is whether also a sentence of fines may be suspended (+) or not (-). Where this square is not filled, the national reports will not give a clear answer.</p> <p>⑤ <i>Duration of probation</i> and rate or service respectively concern the minimum or maximum of time the convicted person has to prove his good behaviour in order to have his or her sentence definitively suspended or to be finally pardoned.</p> <p>⑥ <i>Revocation on misconduct</i> will normally be either obligatory (o) or facultative (f) at the discretion of the court or another supervising authority. If both (o) and (f) are given, the revocation may depend on the severeness of the misconduct.</p> <p>⑧ With regard to <i>life DL</i> the question is whether in this case there may be an early release at all and, if so, after how many months (m) or years (y).</p> <p>⑨ If a country has <i>no life DL</i>, the question is after how many years (y) an early release may be possible.</p> <p>⑩ With regard to the <i>effect of probation</i>, the question is whether in the case of successful performance the conditional sentence will be completely extinguished<sup>11</sup> or still kept in a register of punishment.</p>
②	yes +	o / f	
③	up to length of DL	y	
④		FI	
⑤	durat. of prob.		
	min.	y	
	max.	y	
⑥	revocation on misconduct	o / f	
⑦	<b>Early Release</b>		
⑧	yes +	o / f	
⑨	after rate of serv.		
⑩	Life DL	m / y	
⑪	if no Life DL	y	
	<b>Effect of probation</b>		
⑫	- extinct. of sent.		
⑬	- still in register		



7

**PROBATION / CONDITIONAL / SUSPENDED SENTENCE –EARLY RELEASE  
SURIS – SUSPENSION D’EXÉCUTION – LIBÉRATION ANTICIPÉE**

obligatory (o) / facultative (f)

<b>Probation/ Condit. Sent.</b>	<b>B</b>	<b>CH</b>	<b>D</b>	<b>E</b>	<b>F</b>	<b>FL</b>	<b>GB</b>	<b>GR</b>	<b>I</b>	<b>NL</b>	<b>PL</b>	<b>RU</b>	<b>S</b>	<b>SL</b>
yes + o/f	f	+	o/f	f	f	f	+	+	f	+	f	+	+	f
up to length of DL y	5	3	1/2	2	2	2			2	1/3	2		?	2
FI	+		-							+				+
durat. of prob. min. y	1	2	2	1	0	1		3			2	1/2		1
max. y	3/5	5	5	5	2	3		5	2/5	2/3	5	3/5	2	5
revocation on misconduct oblig.	o	o		o				o	o		o			
facult.	f		f		f	f		f		f	f	f	f	f
<b>Early Release</b>														
yes + o/f	f	f	o f	+?	f	+?	o f	o/f	f	o	+	f	+?	f
after rate of serv.	1/3	2/3	1/2 2/3	3/4		1/2 2/3	1/2 2/3	3/5	1/2		1/2 2/3	1/2 3/4	2/3	1/2 3/4
Life DL m/y	10	15	15		18/22	pardon	6m	16	19,5?		15/25	25	?	
if no Life DL y				18										22
<b>Effect of prob.</b>														
- extinct. of sent.	+	+	+	+	+		?	+	+	+	+		+?	+
- still in register	+	+	+					+	+					+

## ALBIN ESER: Observations and Questions to Table 7

### 7 PROBATION / CONDITIONAL / SUSPENDED SENTENCE - EARLY RELEASE

#### Comparative observations:

- It is common to all countries surveyed here that, in one way or the other, all have some device of *suspended sentencing on probation* or of *early release*, most of them on a discretionary basis, but partly also obligatory (as in Germany).
- Most countries do not allow suspended sentence beyond two years of DL, with the extraordinary exception of Belgium with 5 years.
- Suspension of *finés* is expressly recognized in Belgium, the Netherlands and Slovenia and expressly denied in Germany; in all other countries it is an open question.
- The minimum *duration of probation* ranges between 1 year (Belgium, Finland, Spain, Slovenia) and 3 years (Greece), the maximum between 2 years (France, Sweden) and 5 years (Belgium, Switzerland, Germany, Spain, Greece, Poland, Slovenia), thus Belgium and Slovenia turning out with a particularly broad probation time between 1 and 5 years.
- *Revocation for misconduct* is, without indication for Great Britain, possible in all countries, almost half and half obligatory or at discretion.
- A similar distribution can be found with regard to the possibility of *early release*, though with considerable differences with regard to the fraction of the sentence that must have been served, ranging from 1/3 (Belgium) to 3/4 (Spain and, under certain circumstances, Russia and Slovenia).
- Even in the case of *Life DL* early release is possible in all countries, mostly after 15/16 years (Switzerland, Germany, Greece) or around 20 years (France, Italy), but in some countries also earlier, as after 10 years in Belgium and even already after 6 months in Great Britain.
- If probation is successful, in most countries it leads to the *extinction of the sentence*, but in some countries it will still be kept in the *register of punishment*.

#### Penal policy questions:

- 7.1 Should *probation, conditional sentencing* or similar concepts generally be possible?
  - (a) Only for deprivation of liberty? Or also for fines?
  - (b) Should there be a maximum of DL alone which probation should be excluded?
- 7.2 What should be the *duration of probation*? Should there be a fixed minimum and/or a maximum?
- 7.3 Should probation be revoked in case of *misconduct* (a new crime etc.)? If so, should revocation be obligatory or discretionary?

- 7.4 Should *early release* be possible?
- (a) Should perpetrators have to serve a certain *minimum* fraction of their sentence (e.g., 1/3) before early release can even be considered? Should the consideration of early release become obligatory after a certain fraction of the sentence (e.g., 3/4) has been served?
  - (b) If early release is possible in the case of *Life DL*, how long should the perpetrator have to serve before early release can be considered? How long should the perpetrator serve before the consideration of early release becomes obligatory?
- 7.5 In case of a *successful probation*, should the sentence be completely *extinguished*, including the public punishment register?
- 7.6 Are there any *other models of probation* which would deserve to be introduced everywhere?

## Concluding Remarks

There can be no doubt that the state of penal sanctions in Europe is very diverse. And this impression of variety may perhaps appear even greater if additional details of the various national laws are considered. Certainly, such diversity may discourage any efforts towards harmonization. This conclusion, however, would be premature. For despite all the different national phenomena, there may be underlying structures and main policy approaches which are common to various groups of countries in terms of basic models. And even between these models, on a closer look, these differences may turn out to be less fundamental and, thus, it may be possible to bridge them. This leaves hope for harmonization.

But what kind of harmonization? As the answers to this question are diverse as well, I would like to finish with some general thoughts on the goal and method of harmonization, proposals I had the privilege to present at the inauguration of the new building of the Federal Ministry of Justice in Berlin in May 2002 with regard to perspectives on transnational criminal law in Europe.

On the one hand, I agree with all those who say that harmonization does not need to go as far as full uniformity of law, and on the other I am unhappy with those who only speak of alignment without setting a target or a yardstick. Even if the harmonization will ultimately always depend on the area of law to be aligned, at least two general guidelines can be given. The first must aim to bring national rules so closely into line that they become mutually compatible. The second must not, as is usually argued, merely be satisfied with the establishment of minimum standards, but must rather be oriented towards optimising what is already in place, so that the level of European justice does not decline.

This type of harmonization must basically occur in three steps:

The first is the stipulation by the relevant bodies of the standards to be achieved. This projected goal must – for all the legal systems requiring harmonization – be geared both towards achieving uniformity and towards optimisation. This means that the envisaged goal cannot just be aligned to the lowest common denominator of national standards of regulation, with their possible variations in scale, but will have to aspire to a level that seems necessary and suitable for the best possible implementation of common goals. On this plane of the generally binding projected goal, in regard to which there would, not least, also have to be agreement on a common criminal policy, optimum uniformity is imperative.

In a second step, the states participating in the harmonization process need to adapt their criminal and procedural law appropriately. The route to take and the method to use when doing so can be left to national parliaments with their different legal cultures and drafting

techniques, at least as long as this freedom does not hinder the achievement, in the final analysis, of the common goal. Here, model codes may certainly also be useful since they do indeed point to ways of adaptation - without having to be taken over word for word. At this level of adaptation, there will therefore be less need for dependence on similarity; but, in any event, functional equivalence will probably remain desirable with regard to the projected goal.

In a third step, a step perhaps contemporaneous with the second step mentioned before, the relevant European bodies must examine the extent to which the national amendments correspond to the set targets and the extent to which compatibility with the other codes of law is ensured in order, if necessary, to work towards appropriate corrections. This means that however much appreciation there is of the fact of national diversity in modes of regulation, regulating must not differ so much that they are incompatible in crossborder legal relations or that they run counter to one another in prosecution practice. Such deviations from the common goal must be countered by the competent institutions exercising a controlling function in this respect, and these institutions must be permitted to work, through effective correction, towards mutually compatible adaptation.

And finally, as diversity not only expresses differences but is also a sign of richness, this treasure of alternatives should be seen as an optimal starting point from which to embark upon the harmonization of penal sanctions in Europe.

## L'EXÉCUTION DES PEINES

Prof. Dr. Enrique Bacigalupo,

*Université de Madrid*

*Catedrático de derecho penal*

- I -

L'harmonisation du droit pénal, perçue comme un rapprochement des normes pénales des Etats Membres de l'Union Européenne, est certainement problématique. Il s'agit d'un champ du droit qui affecte des questions sociales de grande importance et qui, néanmoins, a une claire réticence politique dans quasi tous les Etats Membres. La question de l'harmonisation des normes concernant l'exécution de la peine ne sera certainement pas une exception. Pour cette raison, je pense que je dois faire quelques brèves précisions avant d'entrer dans le sujet de mon intervention.

Toute étude qui tend à l'harmonisation du droit pénal, qu'elle se réfère aux peines, à son exécution ou aux infractions, doit clarifier une question d'importance spéciale en ce qui concerne les organes qui doivent prendre les décisions politiques. Je me réfère à: *pourquoi faut-il une harmonisation?* Je ne peux pas vous répondre sans prendre en compte l'expérience historique du droit pénal européen moderne.

Nous devons répondre à cette question en commençant par l'histoire des idées sur l'unification du droit pénal et l'exécution des peines. Depuis la Révolution Française, l'Europe a connu divers processus d'unification du droit pénal. En Europe, les phénomènes d'unification du droit pénal au XIXième



siècle, principalement le cas de l'Italie en 1859 et de l'Allemagne en 1870 étaient liés à l'idée romantique de la construction d'une *idée nationale*. Cette manière de penser a laissé des traces importantes relatives à la façon de considérer les problèmes du droit pénal dans l'Union Européenne ; mais aujourd'hui, il n'a probablement pas de raison d'être dans une entité où un des objectifs est la création *d'un espace commun de sécurité et de liberté*. De toute manière, la question de l'identité nationale n'avait déjà plus d'importance quand, en 1917, *Franz v. Listz* et autres, recherchèrent la possibilité d'un droit pénal partiellement unifié par une Confédération Centreuropéenne d'Etats<sup>1</sup>. Depuis une perspective européenne que l'on peut considérer moderne, c'est-à-dire de droit communautaire, l'harmonisation du droit pénal donne lieu à une question d'*efficacité* de la protection des biens nécessaires au maintien de cette communauté juridique *sui generis*. La question en soi n'est pas nouvelle. L'exemple le plus clair est celui du droit pénal suisse où, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, on put constater que le recours aux droits pénaux cantonaux mettaient en danger l'efficacité du droit pénal. Lors de son assemblée annuelle de 1887, le Schweizerischer Juristenverein exprima, selon la proposition de *Carl Stoos*, sa conviction qu'«une lutte efficace et avec succès contre la délinquance n'était pas possible tant qu'il existerait une dispersion de la législation pénale cantonale»<sup>2</sup>. Peu de temps après commencèrent les travaux de *Stoos* en Suisse qui culminèrent par le premier projet du Code Pénal Suisse (1894). A peine quelques années plus tard, le même *v. Listz* vit la réforme pénale nationale allemande comme une question qui dépassait les limites de l'Etat. Dans ce sens, il disait que «si le législateur veut être à la hauteur de ses fonctions, il devra avoir un point de vue qui englobe, non seulement le propre droit mais aussi tous les phénomènes qui se développent au-delà de ses limites et concevoir le propre droit comme une manifestation individuelle du développement juridique général de tous les

---

<sup>1</sup> *ZstW* 38 (1917), p.1 et ss.

<sup>2</sup> Cfr. *E. Hafter*, *Lehrburg des Scheizerischen Strafrechts*, 1926, p.30 ; *L. Jiménez de Asúa*, *La unificación del Derecho Penal en Suiza*, 1916, p.60 y ss.

peuples civilisés»<sup>3</sup>. Pour cette raison, v. *Litsz* a défini la réforme du droit pénal allemand comme «un travail national» qui «sera en même temps international»<sup>4</sup>.

Ce qui constituait un bon exemple pour le législateur au début du XXIème siècle a fini par devenir réalité au cours des années. A ce propos, on peut dire qu'actuellement et dans un certain sens, le droit pénal des Etats Membres de l'Union Européenne a déjà une notable unité qui se manifeste par la mise en pratique d'un *programme européen des réformes pénales* dont l'influence principale est surtout perçue dans le cadre de l'exécution pénale et particulièrement de l'exécution de la peine privative de liberté. Ce programme européen des réformes, où ont participé spécialement l'Internationale Kriminalistische Vereinigung (IKV) et plus tard la AIDP, contient un ensemble de critères sur l'exécution pénale. Ceci nous permet d'affirmer l'existence d'une harmonisation des idées démontrables dans les faits car la suspension conditionnelle de l'exécution et la liberté conditionnelle du condamné ont été acceptées par toutes les législations qui ont fait l'objet de notre étude.

## - II -

Si on constate une harmonie importante au niveau des idées et des programmes politiques criminels, il faut souligner qu'au niveau de la réalisation pratique, c'est-à-dire des normes légales de chaque Etat, il existe des divergences notoires. On peut donc supposer que la pratique doit également être assez diversifiée.

Actuellement, il n'y a pas de critère précis pour savoir si les divergences des systèmes normatifs nationaux sont supportables ou pas dans un espace

---

<sup>3</sup> Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, 1908, p.V

<sup>4</sup> Ibidem.

commun de liberté et de sécurité. Une réponse basée sur les connaissances empiriques est probablement impossible vu que, jusqu'à présent, on n'a pas pu arriver à un consensus scientifique concernant l'efficacité préventive du droit pénal. Cependant, les exemples qui pourraient nous orienter sur la recherche d'un tel critère ne manquent pas. Il est évident que l'exécution des peines a une fonction importante sur la force préventive de la peine. Ce n'est pas une idée récente. Au départ, le droit pénal européen moderne se basait sur la conception de la peine de «l' Illuminisme» pour que l'exécution des peines soit un aspect essentiel de son efficacité. Dans ce sens, *Beccaria* considérait «la certitude et l'infailibilité des peines»<sup>5</sup> comme essentielles» et Kant estimait qu'une peine qui n'était pas intégralement exécutée était une grave injustice<sup>6</sup>. La lutte de l'«iluminismo» contre *le droit de grâce* est une conséquence de cette rigoureuse prémisse essentielle du droit pénal moderne<sup>7</sup> et de la nécessité de l'exécution de la peine.

Cependant, durant la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, on arriva à la conclusion que l'exécution totale sans exceptions des peines ne produisait pas tous les avantages sociaux que l'on pouvait espérer. Aussi bien en *France*<sup>8</sup> qu'en *Allemagne*<sup>9</sup>, *Belgique*<sup>10</sup>, *Italie*<sup>11</sup> ou *Suède*<sup>12</sup>, pour ne citer que quelques exemples, on affirma l'inefficacité des peines courtes privatives de liberté étant donné qu'on pensait qu'elles étaient non seulement «inutiles» mais aussi qu'elles affectaient à l'ordre juridique d'une façon plus grave que la totale impunité du délinquant»<sup>13</sup>. L'idée d'individualisation de la peine et l'introduction de la

<sup>5</sup> *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. XX.

<sup>6</sup> *Die Metaphisik der sitten*, 1797, p.200.

<sup>7</sup> Voir: *E. Bacigalupo*, *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, 2002, p.10 et ss.

<sup>8</sup> Voir: *Bonneville de Marsangy*, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, 1864 ; Proposition du sénateur *Beranger*, Rapport du 6.3.1890, D.1891 (cité d'après *J. Pradel*, *Traité de Droit Pénal et Science Criminelle Comparée*, 12.ed., 1999, p.657).

<sup>9</sup> *F. v.Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I (1875/1891), 1905, p. 340 et ss.

<sup>10</sup> *A. Prins*, *Criminalité et répression*, 1890, p. 109 ; Loi du 31 mai 1888.

<sup>11</sup> *E. Ferri*, *Progetto preliminare di Codice Penale italiano per i delitti* (1921), en *Principii di diritto criminale*, 1928, p. 602 et ss.(721 et ss.).

<sup>12</sup> Avant-projet du Code Pénal Suédois de 1916, Chap. 11, paragraphe 1, (cité selon *L. Jiménez de Asúa*, *L'avant-projet du Code Pénal Suédois de 1916, 1917*, p. 82 et ss.).

<sup>13</sup> *v. Liszt*, loc.cit.note 9, p. 347.

condamnation conditionnelle pour les peines courtes privatives de liberté ainsi que la liberté conditionnelle pour les peines de plus grande durée ont donné lieu à une *inégalité dans l'exécution de la peine*, car l'exécution de la peine ne dépendait pas seulement des conditions générales appliquées de façon uniforme dans tous les cas, mais aussi des caractéristiques personnelles du sujet condamné. Ces inégalités ont été perçues comme étant *rationnelles* du point de vue de la conception de la peine orientée vers la prévention spéciale, c'est-à-dire basée sur l'utilité sociale qu'on attend d'une action pénale différenciée selon les caractéristiques individuelles du délinquant.

Néanmoins, toutes ces considérations ne permettent pas de penser que n'importe quelle inexécution des peines ou le manque d'harmonie des systèmes d'exécution manquent de transcendance pour l'efficacité du droit pénal. Elles ne permettent pas non plus de penser que la diversité territoriale des normes relatives à l'exécution est inutile dans l'espace commun de liberté et de sécurité. Tout au contraire. Même si on postule que la politique criminelle de «l'iluminismo» doit admettre des exceptions pour des raisons d'utilité sociale, l'efficacité du droit pénal requière toujours la certitude de l'exécution ainsi que l'exclusion des différences *qui manquent de justification rationnelle*. Le manque de rationalité de l'unité normative dans l'exécution des peines concernant le même cadre de validité du système pénal, relativise l'efficacité préventive de la loi pénale car elle affecte directement la gravité des peines. Si l'espace commun de liberté et de sécurité exige que certains délits soient sanctionnés de façon uniforme, les règles concernant l'exécution pénale affecteront nécessairement l'uniformité des sanctions. La rigueur variable des conditions de la condamnation conditionnelle, de la liberté anticipée, de la fragmentation de l'exécution de la prison ou le contrôle électronique compose la peine prévue. Il ne faut pas confondre une peine privative de liberté, par exemple de cinq ans, lorsque la loi permet la liberté conditionnelle après la moitié de son exécution (p.ex. l'art. 729 CPP français; § 46.1 CP autrichien; § 57 CP allemand) avec une possible libération possible après avoir exécuté les trois quarts de la peine (art. 90, 1 CP

espagnol). Le régime de l'exécution, plus ou moins rigoureux, modifie également la gravité de la peine.

Ceci est un point où le Corpus Juris pour la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes a besoin d'une nouvelle révision car l'unification des peines établies par le Corpus Juris pour certains délits peut être parfois plus illusoire que réelle.

Il est aujourd'hui possible de considérer que la suspension conditionnelle de la peine imposée ainsi que la liberté anticipée du condamné sont des institutions communes du droit pénal européen. Elles sont précisément le résultat d'un mouvement réformiste qui commença pendant la première partie du XXI<sup>ème</sup> siècle et qui avait pour caractéristique de réduire l'exécution des peines privatives de liberté. Ceci donna lieu à diverses lois spéciales (p.ex. la Loi belge du 29.06.1964 sur la condamnation conditionnelle) qu'introduirent ces institutions et qui culmina par sa codification (p.ex. dans le Code Pénal *italien* de 1930, le *suisse* de 1937, le *grec* de 1950, les CP d'*Allemagne* et d'*Autriche* de 1975, le *portugais* de 1982/95 et l'*espagnol* de 1995).

### - III -

Si les idées du programme politique criminel coïncident, la réalisation législative de celles-ci nous montre qu'il existe de nombreuses différences qu'il nous faudra analyser séparément pour chaque institution en commençant par la *condamnation conditionnelle*.

Au départ, le fondement de la condamnation conditionnelle résidait dans la prévention spéciale. Il s'agissait d'éviter les effets négatifs des peines courtes privatives de liberté pour l'auteur du délit, c'est-à-dire la contagion criminelle



qui pourrait se produire du fait du contact avec une subculture délinquante lorsque l'auteur avait commis un délit pour la première fois et où la courte durée de la peine ne permettrait aucun traitement et où, en général, le traitement n'était pas utile<sup>14</sup>. Lorsque le législateur a dû choisir entre l'utilité préventive générale et la spéciale, il a préféré cette dernière. L'idée de base venait de la supposition qu'il existait des délinquants qui n'avaient pas besoin de traitement et que ne récidiveraient probablement pas.

Cependant, au fil des ans et surtout en droit européen, la condamnation conditionnelle a cessé d'être seulement une suspension de l'exécution de la peine pendant le temps où le condamné ne devait pas récidiver. Dans les modèles législatifs européens les plus modernes (p.ex. le Code pénal allemand de 1975 et spécialement le Code pénal français de 1992), la suspension de l'exécution est perçue comme une «modification de la peine privative de liberté<sup>15</sup>» ou comme une des formes de «personnalisation de la peine», ce qui entraîne dans certains cas la possibilité d'imposer certaines obligations et prestations au condamné, ou au bénéfice de la communauté ou de le soumettre à contrôle pendant un certain temps. Par conséquent, dans le droit pénal moderne, la condamnation conditionnelle ne paraît plus être liée à une catégorie de délinquants qui n'ont pas besoin de traitement pénal. Cette large vision de la condamnation conditionnelle requiert de nouveaux fondements vu que, dans un certain sens, elle constitue une *forme de substitution de l'exécution de la peine de liberté* dans un établissement fermé.

La question du fondement a également une transcendance sur les peines dont l'exécution peut être suspendue. Dans le panorama actuel du droit pénal européen, la condamnation conditionnelle n'est pas seulement prévue pour les peines privatives de liberté. Dans certains Codes classiques comme l'*italien* (art.163) et dans d'autres modernes comme le *français* (art. 132.31) et le *slovène*

<sup>14</sup> Voir: v.Liszt, Straf. Vortr. Und Aufs. I (1875/1891), p.360.

<sup>15</sup> Stree, dans, Schönke/Schröder, StGB, 26.ed.2001, p. 807.



de 1994 (art. 51), la question du fondement est plus complexe vu que la condamnation conditionnelle peut être étendue à une peine d'*amende*. Dans le Code français, on peut même l'étendre à des peines *privatives de droits* (art. 131.6). Dans la mesure où les peines pécuniaires et privatives de droits ne génèrent pas de risque de «contagion criminologiste», il faut, pour justifier l'extension de la suspension de l'exécution à de nouvelles peines, faire référence aux nouveaux fondements comme «*favoriser la réinsertion sociale*», «*la rééducation*», etc. qui justifieraient l'amplitude que l'institution a acquis dans certains pays.

Comme nous l'avons souligné, la suspension de l'exécution de la peine implique un équilibre entre la prévention générale et la prévention spéciale. Pour ce motif, le législateur doit décider quelles peines privatives de liberté peuvent être suspendues sans exécution. Sur ce dernier point, les décisions législatives sont notoirement divergentes. Quelques exemples: le CP *suisse* établit que la peine ne doit pas être supérieure à 18 mois, l'*italien*, l'*espagnol*, le *polonais* et l'*allemand* à 2 ans, le *grec* à 1 an. Le Code *russe* (art. 79) prend seulement en compte une sorte de peine privative de liberté qu'il est possible de suspendre. Le Code *français* établit une extension clairement supérieure au terme moyen car la peine de prison susceptible de suspension peut atteindre 5 ans. Cette diversité de possibilité de la suspension de l'exécution détermine, logiquement, une modification importante de la gravité de la peine prévue. Comme nous l'avons dit précédemment, il n'existe pas de critère empirique que permette d'établir si la suspension de l'exécution de la peine prononcée par un tribunal a plus d'utilité sociale que son exécution. Par conséquent, il n'est pas facile de décider quelle est la norme la plus adéquate pour harmoniser ce point.

On perçoit aussi des divergences notoires concernant les conditions pour l'octroi de la condamnation conditionnelle relatives à la vie antérieure du condamné. Surtout en ce qui concerne la possibilité d'accorder la suspension de l'exécution lorsqu'il existe des condamnations antérieures. Dans quelques Etats

Membres, la suspension conditionnelle de l'exécution de la peine peut seulement être appliquée une fois (p.ex. en *Belgique* et en *Espagne*). En *Italie*, on peut accorder la suspension conditionnelle deux fois. Dans les projets de réforme italiens, on prévoit d'étendre cette possibilité à trois fois, sans prendre en considération les peines qui ont été réhabilitées<sup>16</sup>. Par contre, d'autres, comme la *Slovénie*, exclue la condamnation conditionnelle s'il existe une condamnation antérieure (art. 53) lorsque le jugement global sur la conduite antérieure ne permet pas d'affirmer que « le condamné s'abstiendra de commettre de nouveaux délits ». Différent est le critère des Codes Pénaux de la *France* et de la *Suisse*. Le droit *français* exclut le sursis simple quand l'auteur a été condamné à une peine de réclusion ou de prison (art. 132-30) les cinq années précédentes, alors que pour le sursis avec mise à l'épreuve (art. 132-41), il ne prévoit pas de limite liée à la vie antérieure du condamné. Le droit *suisse* a un régime similaire mais il y aura condamnation conditionnelle s'il n'a pas été préalablement condamné dans les cinq années antérieures pour délit intentionnel à des peines de réclusion ou de prison de plus de trois ans. Ces exemples montrent clairement la disparité des critères relatifs à l'incidence de la vie antérieure du condamné pour la suspension conditionnelle de la peine. On perçoit une tendance dans le droit *français* et dans les projets de réforme *italiens*, une tendance à permettre la répétition de la condamnation conditionnelle d'une manière plus ample que les autres droits. Dans tous les cas, cette matière souligne une fois encore que le jugement concernant le point d'équilibre entre la prévention spéciale et la prévention générale est très différent dans les droits européens.

En général, on prévoit des mesures spéciales qui peuvent être imposées au condamné pendant la durée de la suspension de la peine. Il s'agit de mesures restrictives de sa liberté qui, en partie, exercent un *contrôle sur le condamné* et que le tribunal peut imposer pour favoriser la *réparation du dommage causé* par le délit. Par exemple: en *Allemagne, France et Espagne*. En *Allemagne*, le tribunal peut imposer (facultativement) certaines mesures pour faciliter la

---

<sup>16</sup> Schema di disegno di legge-delega al Governo (1992), arts. 42.1 et 42.4.

réparation du dommage causé (§56 b) ou, s'il le juge nécessaire pour éviter la récidive, imposer des mesures d'aide social. De même, on prévoit l'aide d'une personne de contrôle et de surveillance durant la période probatoire (§ 56 d). En *France*, il existe le sursis avec mise à l'épreuve (art. 132-40) avec des mesures de contrôle personnel du condamné (art. 132-44) qui favorisent la réparation et évitent que le condamné ne prenne ou ne fréquente des moyens et personnes inadéquates. Une substitution de la peine par des travaux sociaux est prévue dans le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (art. 132-54).

La loi *belge* du 29 juin 1964 ne prévoit pas dans son art. 9 un catalogue fermé des mesures. Celles-ci se déterminent judiciairement et son exécution est contrôlée par les commissions de probation.

On peut de nouveau remarquer qu'il y a dans cette matière un programme politique homogène avec cependant certaines diversités quant à sa réalisation. En résumé: on peut constater que le droit pénal européen moderne prévoit des formes de suspension de la peine où s'accroissent l'aide au condamné pour sa réinsertion sociale et pour faciliter la réparation du dommage pour donner, spécialement, satisfaction à la victime. Je pense qu'un travail d'harmonisation des législations dispose actuellement d'un ensemble d'idées de base qui permettrait une synthèse sans trop de difficulté.

La suspension conditionnelle a été réglementée par des normes qui confient la décision libre au juge ou tribunal qui dictera le jugement de condamnation et dans certains cas, octroient des compétences à l'exécutif pendant la période de la suspension (p.ex. en *Italie, Russie, Belgique, France*). Par contre en *Espagne*, on la considère comme une mesure postérieure au procédé judiciaire où s'établit la peine et la décision sur la suspension s'adopte pendant le procédé d'exécution par le même tribunal qui a imposé la peine. L'important est que ces normes établissent un cadre de conditions décidées par le

législateur (p.ex. peine maximale qui peut être suspendue, possibilité d'octroyer la suspension lorsqu'il existe des condamnations antérieures, etc.) mais qui, en même temps, laissent une marge où les tribunaux pourraient évaluer la convenance de la mesure sur base d'un *pronostic de conduite future du condamné*. Ce pronostic est parfois seulement implicite comme dans les CP *français* et *russe* ou explicite comme dans les CP *slovène* (art. 51), *suisse* (art. 41), *allemand* (§ 56). Le CP *espagnol* exige apparemment un *diagnostic* sur la «dangerosité criminelle du sujet», mais en réalité, c'est un pronostic de conduite future.

Tous ces droits européens prévoient la possibilité de révocation de la condamnation conditionnelle en cas de commission d'un nouveau délit.

#### - IV -

L'autre institution pénale importante dans le cadre de l'exécution des peines est la *liberté conditionnelle* ou *liberté anticipée*. Elle forme également partie du programme des réformes des codes pénaux du XIX<sup>ème</sup> siècle qui se réalisa au siècle suivant. Elle fut proposée par le magistrat français *Bonneville de Marsangy* en 1847<sup>17</sup> et développé en conséquence de l'idée d'*individualisation administrative* de la peine laquelle, selon la vision la plus radicale, considérait que la durée de la peine ne devait pas être matière judiciaire mais administrative<sup>18</sup>. La liberté conditionnelle apparaissait comme une forme modérée du «*jugement indéterminé*» proposée par le Congrès Pénitentiaire International de Stockholm<sup>19</sup>. Dans certains Etats comme en *Allemagne* et en *Espagne*, l'introduction de la liberté conditionnelle s'opéra à travers du *droit de*

<sup>17</sup> *J. Pradel*, droit pénal Général, 12. ed. 1999, p. 682.

<sup>18</sup> Sur cette question, *R. Saleilles*, L'individualisation de la peine, 1898, p. 262 et s.

<sup>19</sup> Voir sur la peine indéterminée, *L. Jiménez de Asúa*, Le jugement indéterminé, 1913 ; *Saleilles*, loc.cit., p. 265 et s.

*grâce*, qui pendant la moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, adopta la pratique de la grâce partielle conditionnée<sup>20</sup>.

En réalité, la liberté conditionnelle est une forme de suspension conditionnelle de la peine que l'on peut décréter après un certain temps déterminé d'exécution. Ce temps d'exécution joue comme une période probatoire antérieure à la suspension pour les peines dont la suspension serait incompatible avec les objectifs de la prévention générale pour cause de gravité du délit commis. Sa ressemblance avec la suspension conditionnelle se perçoit aussi dans les mesures de vigilance et contrôle qu'accompagnent la libération anticipée. Cette conception unifiée de la suspension conditionnelle et la liberté conditionnelle se manifeste clairement dans le Code pénal *allemand* qui les régleme conjointement.

Ceci fut introduit en *France* par la Loi 4 août 1885 et en *Belgique* par la Loi du 31 mai 1888 dont l'exposé des motifs la définit comme un «essai de la liberté»<sup>21</sup>. Depuis lors, cela a constitué une méthode de réinsertion du condamné admis pratiquement de façon générale.

La *finalité* de l'institution se caractérise par un large consensus. Elle coïncide parfaitement avec celle de la suspension conditionnelle<sup>22</sup> car il s'agit aussi d'une mesure basée sur la prévention pénale par l'effet de la peine pour l'auteur du délit. Dans la plupart des droits européens, la réglementation de la liberté conditionnelle fut introduite dans les codes pénaux. En *France*, les normes se trouvent dans le Code de Procédure Pénal (arts. 729 et s.) et en *Belgique*, elles se maintiennent dans la Loi du 31 mai 1888, modifiée par la Loi du 29 juin 1964.

---

<sup>20</sup> Voir pour l'Allemagne, *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18 ed., 1898, § 165. En Espagne, voir la Loi sur la Grâce du 18 juin 1870.

<sup>21</sup> Voir: *Chr. Hennau/J. Verhaegen*, Droit Pénal Général, 1991, p. 409.

<sup>22</sup> Voir: *W. Stree*, dans *Schönkel/Schröder StGB*, 26 éd. 2001, § 57.1 ; *J-H Robert*, Droit Pénal Général, 5 éd. 2001, p. 508.



A l'origine, la libération anticipée était considérée comme une manifestation de *l'individualisation* administrative de la peine<sup>23</sup>, c'est-à-dire comme une mesure dont dispose l'administration pour déterminer la forme d'exécution de la peine pendant une durée antérieure à la libération. Ceci explique la participation importante que l'on reconnaît fréquemment aux organes de l'administration pénitentiaire concernant la préparation de la décision. Même en *Espagne* où la décision correspond au juge de contrôle pénitentiaire, l'administration dispose d'une importante fonction à travers ses organes techniques.

Actuellement, nous pouvons constater que la séparation entre la justice et l'administration en ce qui concerne les questions d'imposition et exécution de la peine a perdu sa rigidité initiale. On perçoit aujourd'hui un changement qui conduit à une progressive «judicialisation» des décisions concernant la liberté conditionnelle. En *Allemagne, Espagne, Italie et Pologne*, les décisions sur la liberté anticipée sont adoptées par les juges ou tribunaux et ont une procédure et régime de recours qui, en *Italie*, peut aller jusqu'à la Cour de Cassation.

Cependant en *Belgique*, on la considère encore comme une mesure administrative qui, depuis les lois du 5 et 18 mars 1998, est de la compétence d'un organe administratif collégial. Ceci est très probablement semblable avec ce qui est prévu en *Slovénie*. En *Angleterre* et en *Finlande*, ce n'est pas considéré judiciaire non plus. De toute façon, le caractère judiciaire ou administratif des décisions sur la libération anticipée ne constitue probablement pas un problème pour l'harmonisation de l'exécution pénale.

Par contre, il existe deux aspects légaux qui ont une conséquence sur la gravité de la peine prévue pour le délit lorsqu'il y a des divergences. Pour cette raison ces aspects ont de l'importance pour l'harmonisation et sont: la durée de la

---

<sup>23</sup> Voir: *Chr. Hennau/J. Verhaegen*, Droit Pénal Général, 1991, p. 409.



peine exigée pour que puissent avoir lieu la liberté anticipée et la durée de la procédure probatoire.

Les droits européens diffèrent en ce qui concerne *le temps d'exécution de la peine imposée*. Alors qu'en *Allemagne, Suisse et Hollande*, on exige deux tiers de la condamnation, en *Espagne*, on requiert les trois quarts, en *Grèce* les deux cinquième ; en *Italie, Russie, Slovénie et Pologne*, la moitié. Certains droits établissent sur ces durées des variations d'après la gravité des peines, le caractère récidiviste de l'auteur ou bien prévoient une durée spéciale pour les peines perpétuelles<sup>24</sup>.

Il existe également des différences quant à *la durée de la période probatoire*. Certains droits établissent un temps fixe minimum et maximum (*Allemagne, Suisse*). D'autres déterminent la durée selon le temps de la peine qu'il reste à exécuter (*Espagne, Belgique, Russie*). Certains ont les deux critères (*Pologne, Italie*). Les mesures de contrôle pendant la durée probatoire offrent aussi certaines différences. Alors que certains droits imposent seulement une série d'obligations à charge du condamné mis en liberté (p.ex. CP grec, art. 106 ; CP espagnol, art. 90.2 et 105), d'autres offrent la possibilité de contrôle via un «agent de probation» (*Royaume-Uni*) ou un «assistant pour la durée probatoire» (*Bewährungshelfer*) (CP allemand, § 57 et 56 d). En *Russie*, on prévoit un contrôle par un fonctionnaire spécial et en *Suisse* et en *Slovénie*, le contrôle est exercé par un patronat ou organe d'assistance sociale. Les droits coïncident quant à la révocation de la liberté conditionnelle en cas de non-respect des obligations imposées pendant la durée probatoire.

Nous disposons de peu de données pour une comparaison de la praxis de l'institution. Mais il est possible de supposer que son application dans des cas

---

<sup>24</sup> J. Pradel, loc.cit., p. 682.

concrets sera sensiblement différente dans les différents Etats. En *France*, par exemple, certains pensent qu'il s'agit d'une «faveur assez peu accordée»<sup>25</sup>.

- V -

Pour conclure, je ferai une brève référence aux institutions les plus modernes relatives à l'exécution de la peine et qui n'ont toujours pas bénéficié d'une diffusion aussi générale que celles traitées antérieurement mais qui sont cependant importantes pour l'harmonisation. Concrètement: le *contrôle électronique* et la *fragmentation de l'exécution de la peine de prison*.

Dans les aspects les plus modernes de l'exécution de la peine de liberté, on doit souligner la *forme de liberté sous contrôle* qui s'effectue avec des moyens techniques comme le bracelet électronique. Plus qu'une peine privative de liberté, il s'agit d'une peine restrictive de liberté dont la finalité est d'éviter l'internement en prison. Ceci a été introduit en *Belgique, France, Italie, Royaume-Uni* et *Suède*. En *Allemagne, Espagne, Hollande* et *Suisse*, il y a des études et expérimentations en cours<sup>26</sup>. Dans d'autres Etats, on ne l'utilise pas encore<sup>27</sup>.

Le Code pénal *français* permet, dans son art. 132-27, une *fragmentation de la peine de prison* en matière correctionnelle pour motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social. «L'emprisonnement prononcé pour une durée d'un an au plus sera exécuté par fractions pendant une période n'excédant pas trois ans». Il s'agit d'une disposition traditionnellement acceptée pour les peines pécuniaires (*CP allemand*, § 42, *CP espagnol*, art. 52.6).

<sup>25</sup> J. Pradel, loc.cit., p.682.

<sup>26</sup> En *Espagne*, en 2002, 275 prisonniers ont été soumis à ce régime. Ces prisonniers qui se trouvent dans une phase avancée d'exécution (troisième grade) doivent seulement dormir en prison. Grâce à ce système, ils ont donc pu dormir chez eux

<sup>27</sup> V. Annete Jolin/Robert Rogers, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1990, p.201.

- VI -

Résumons: L'étude comparative réalisée prouve l'existence d'une grande harmonie concernant les idées politico-criminelles ainsi qu'une diversité notoire quant à sa réalisation pratique comme nous l'avons souligné dans chaque point concret. Mais il y a plus. Notre recherche met également en évidence que les questions qu'entraîne l'exécution des peines concernant la prévention, c'est-à-dire concernant *l'efficacité du droit pénal* dans un espace commun de liberté et sécurité, peuvent être résolues grâce à une harmonisation forte. Dans le récent débat sur le livre vert du Parlement Européen, on a fréquemment entendu que la reconnaissance mutuelle des arrêts pénaux serait une mesure suffisante. Mais cette reconnaissance mutuelle des arrêts est totalement inadéquate car elle ne permet pas d'unifier leur exécution. Je pense que la question fondamentale est l'homogénéité des peines et non l'exécution en soi. Par conséquent, ceci signifie que sans règles d'exécution similaires, il n'y aura pas de peines équivalentes. La reconnaissance mutuelle des arrêts entre les Etats membres est une question qui est de l'intérêt de chaque Etat. L'harmonisation du droit pénal pour la protection des biens communautaires, par contre, est de l'intérêt de la communauté qui doit garantir un espace commun de liberté par un « haut niveau de sécurité », pour que les art. 29 et 31 du TUE prévoient une harmonisation non seulement des infractions mais *également des peines*. La signification du mot «*commun*» est à mon avis fondamentale pour l'interprétation de ces dispositions.

## La faisabilité de l'harmonisation : Tentative de modélisation(\*)

Elisabeth Lambert-Abdelgawad(\*\*)  
Chargée de recherche CNRS,  
UMR de droit comparé de Paris (Paris I-CNRS)

La question du rapprochement et de l'harmonisation des sanctions est depuis peu au centre des préoccupations des Etats membres et de l'action de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal. Si « l'adoption de règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales », prévue par l'article 31 point (e) est progressivement réalisée au sein de l'Union européenne mais aussi dans d'autres enceintes, le rapprochement des législations pénales dans le domaine des sanctions, représente un nouveau défi pour l'Union européenne ; en effet, la détermination des sanctions pénales fait partie du noyau dur de la politique criminelle étatique et de la souveraineté de l'Etat. Certes les travaux du *Corpus Juris* ont démontré la faisabilité d'une harmonisation directe, tant en procédure qu'en ce qui concerne le droit pénal de fond<sup>1</sup> et l'idée d'un code pénal européen n'est pas totalement novatrice - au sein du Conseil de l'Europe, dès 1993 des experts avaient été sollicités pour rédiger « un code pénal modèle européen et un code modèle européen de procédure pénale »<sup>2</sup>-. Pourtant aucune démarche politique globale en ce sens n'a été à ce jour entreprise.

Avant même de considérer si l'harmonisation est opportune et légitime, encore faut-il répondre à la question préalable de la faisabilité, c'est-à-dire de la possibilité technique du rapprochement des systèmes nationaux de droit pénal, compte tenu de la diversité que la mise en parallèle des rapports nationaux et les synthèses des cas pratiques ont amplement révélée. La perspective thématique présente dans les tableaux permet aussi de dégager certaines convergences ou évolutions, qui certes parallèles, mais poursuivant un but commun. Il importe de préciser que la faisabilité n'implique pas nécessairement et uniquement la prise en compte mathématique du plus petit dénominateur commun. Les systèmes nationaux de droit pénal sont en effet en perpétuelle mutation selon les aléas politiques, les phénomènes criminogènes nouveaux et surtout les exigences posées par l'adhésion à la CESDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le contexte européen, les politiques criminelles nationales sont incontestablement de moins en moins cloisonnées ; reste à évaluer si des normes ou principes communs sont à présent acceptables, d'un point de vue technique, par tous les systèmes, compte tenu que nous raisonnons dans le cadre d'« une

---

\* Ce texte est une version légèrement remaniée de l'article paru aux *Archives de Politique Criminelle*, n°24-2002, pp.179-194, sous l'intitulé L'harmonisation des sanctions pénales en Europe : étude comparée de faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé des sanctions et aux mesures d'aménagement des peines privatives de liberté. L'auteur remercie les APC de lui avoir permis de reprendre pour partie ce texte dans le présent ouvrage.

\*\* L'auteur tient à remercier Mme Delmas-Marty pour ses précieuses observations en vue de la rédaction de cet article.

<sup>1</sup> Cf les travaux du Corpus Juris menés sous la direction de M. Delmas-Marty et J.A.E. Vervaele, *Corpus Juris pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Economica, 1997 ; *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, M. Delmas-Marty et J. A. E. Vervaele (eds), Intersentia, 2000, vol. 1, et 2001, vol.2 et 3.

<sup>2</sup> Doc. 6851 du 28.5.1993 ; cf à ce propos le rapport du Professeur U. Sieber, *A propos du code pénal type européen*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, n°1, janv. 1999, p.3-34. L'Assemblée Parlementaire a également adopté la Recommandation 1044 (1986) « relative à la criminalité internationale », recommandant un rapprochement des législations pénales des Etats dans ce domaine. Signalons également les Recommandations R(92)16 & 17 adoptées le 19.10.1992 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, respectivement relatives « aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté » et à la « cohérence dans le prononcé des peines », qui posent des principes directeurs communs.



construction de type pluraliste, respectant chaque tradition »<sup>3</sup>, où l'on ne saurait imposer de façon hégémonique un système sur un autre.

L'objet de la présente étude est donc de tenter de repérer certaines matières pour lesquelles un pas vers une harmonisation pourrait être engagé. Après quelques considérations méthodologiques, nous envisagerons successivement les domaines (parmi ceux des sanctions applicables, du prononcé des peines, et de l'aménagement des peines privatives de liberté) qui, faisant l'objet de divergences compatibles et incompatibles pourraient donner lieu à une harmonisation plus ou moins forte.

## I. Considérations méthodologiques : typologie des divergences et modèles de politique criminelle

Le processus d'harmonisation, au sens de rapprochement autour de principes directeurs communs comprenant une certaine marge nationale d'appréciation<sup>4</sup>, peut être suscité soit par la découverte d'un dénominateur commun entre droits internes devenant la règle commune s'imposant à tous, soit par l'obligation de se conformer à une norme supranationale obligatoire, ou par l'émergence d'une norme commune au terme d'un processus de circulation des normes mêlant tant l'approche ascendante que l'approche descendante. Le droit de l'Union Européenne semble relever surtout de la première approche (ascendante). Aussi, afin de dégager un dénominateur commun entre Etats, il importe d'effectuer un bilan comparatif des données en présence, d'évaluer, par un travail de synthèse les convergences et divergences qui en ressortent, et d'apprécier dans quelle mesure ces divergences peuvent permettre une harmonisation ; ici, le droit comparé est donc un instrument essentiel de découverte des normes communes. En vue d'une typologie des divergences, nous disposons de la classification des systèmes nationaux selon les modèles de politique criminelle tels que dégagés par le Professeur Mireille Delmas-Marty<sup>5</sup>. Il faut entendre « modèles » au sens de son auteur, c'est à dire de « technique de représentation d'un objet ou d'un processus »<sup>6</sup>, avec le risque donc d'« approximation » que cela implique.

On part du constat de départ que tous les Etats étudiés appartiennent au modèle « Etat-société libéral » - *qui se caractérise par la distinction entre infraction et déviance, et par « la limitation du champ d'intervention de l'Etat au seul domaine de l'infraction »*<sup>7</sup> -. Au sein du modèle « Etat-société libéral », des variantes doivent être distinguées, selon d'une part la façon dont s'organise l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Etat (relation aux instances étatiques) (c'est-à-dire à la fois la relation au législateur, à l'autorité judiciaire et au pouvoir exécutif), d'autre part selon le degré d'ouverture du réseau pénal à la société civile (relation aux instances sociétales). La relation aux instances législatives nous renseigne sur le degré de soumission du système pénal (et notamment du juge pénal) à la loi. Par exemple, en matière de prononcé de la peine quant aux circonstances atténuantes, on dira que le système français est de type judiciaire, car le juge peut réduire très librement la peine, sans avoir même à se justifier, ce qui risque d'ailleurs d'aboutir à des disparités en droit pénal et poser problème au regard notamment du principe de proportionnalité posé par la CESDH. Concernant la relation au pouvoir exécutif, il faudra surtout considérer la place de la police, de l'administration

<sup>3</sup> M. Delmas-Marty, Nécessité, légitimité et faisabilité du corpus juris, in *La Mise en œuvre du corpus juris dans les Etats membres*, vol.1, op. cit., p.63.

<sup>4</sup> M. Delmas-Marty, La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, pp.229-242, p.239, et infra *A la recherche d'un langage commun*.

<sup>5</sup> Cf les deux ouvrages clés sur ce point, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, et *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, collection Thémis, 1992.

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p.75.

<sup>7</sup> M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p.57.

pénitentiaire ou d'autres administrations spécialisées. La place de l'exécutif va nous occuper surtout en ce qui touche à l'exécution des peines privatives de liberté, en considérant la marge d'autonomie de l'administration pénitentiaire par rapport au juge. On sait aussi que ce domaine a fait l'objet d'un mouvement généralisé de judiciarisation avec l'institution des Juges de l'application des peines (pour reprendre l'appellation française) et l'admission plus ou moins étendue de recours judiciaires contre les décisions d'aménagement des peines. Enfin, la relation aux instances sociétales détermine le degré de participation du groupe social, de la victime et du délinquant face au procès pénal. Ici, il sera intéressant de considérer dans quelle mesure la réparation du dommage à la victime pourra constituer la seule peine, ou être une circonstance atténuante, ou encore dans quelle mesure l'indemnisation de la victime peut figurer comme condition à l'octroi d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'une libération conditionnelle<sup>8</sup>, plus généralement le point de savoir si et comment la victime se voit reconnaître le droit d'intervenir dans l'exécution de la peine. Concernant la place du délinquant, il importe de se poser la question par exemple de l'éventuel consentement du délinquant à l'aménagement de sa peine.

Cette évaluation des systèmes nationaux quant aux quatre critères que sont le degré de précision du cadre législatif, la marge d'appréciation du juge, l'appréciation discrétionnaire de l'exécutif et la place laissée à la société civile, doit nous permettre de dresser une typologie des convergences et divergences. Trois hypothèses principales devraient se présenter :

- une hypothèse de *convergences*, relativement rare dans le domaine qui nous occupe, qui pourra donner lieu à une harmonisation forte, c'est-à-dire une harmonisation ne tolérant qu'une faible marge de manœuvre nationale aux Etats, proche d'une unification ;
- une hypothèse de *divergences compatibles*, c'est-à-dire de divergences relevant d'un même modèle et conciliables au sein de ce modèle. Au sein du modèle 'Etat-société' libéral, le sous-modèle Etat de droit relève de la conciliation entre la variante légaliste et la variante judiciaire. On peut même affiner ces deux sous variantes constituant ce sous-modèle, en prenant en compte deux axes supplémentaires, d'une part le degré de précision de l' « incrimination », (ex : définition des éléments constitutifs des circonstances aggravantes), d'autre part le degré de contrainte de la sanction. On pourrait dégager de la sorte quatre sous-variantes : la sous-variante légaliste pure (1. Précis, 2. contraignant) ; une sous-variante judiciaire pure (1. imprécis, 2. non contraignant) ; une sous-variante légaliste affaiblie (1. précis, 2. non contraignant) ; enfin, une sous-variante judiciaire encadrée (1. imprécis, 2. contraignant). L'harmonisation sera ici possible selon deux processus différents : le plus souvent, selon un phénomène d'*hybridation*, laquelle hybridation est déjà souvent amorcée (en considérant ces sous-variantes 'judiciaire encadrée', 'légaliste affaiblie', etc...), ou bien en raison d'une *dynamique* de politique criminelle vers laquelle vont tendre les systèmes nationaux. Par exemple, on constatera une dynamique de judiciarisation au niveau du régime de l'aménagement de l'exécution des peines privatives de liberté. Aussi est-il essentiel, en sus d'une vision synchronique, d'ajouter une vision diachronique afin d'évaluer, voire d'anticiper les mouvements de politique criminelle en Europe, lesquels pourront être le soubassement d'une politique pénale commune ;
- une hypothèse enfin de *divergences incompatibles*, soit parce que les systèmes internes relèvent d'un modèle différent (modèle 'Etat-société libéral' et modèle

<sup>8</sup> M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, p.76.



'Etat autoritaire' par exemple) (hypothèse que nous excluons pour les Etats de la présente étude), soit parce qu'ils appartiennent à des sous-modèles différents et incompatibles du modèle 'Etat-société' libéral (par exemple, l'un relevant du sous-modèle Etat de droit, l'autre de la variante exécutive). Dans ce cas, seule une harmonisation faible (laissant une large marge d'appréciation aux Etats) pourra être envisagée ; encore sera-t-il souvent indispensable d'imposer cette harmonisation 'par le haut', par l'obligation de se conformer à une norme internationale (par exemple relevant du droit international des droits de l'homme).

Il importe, à ce stade, d'ajouter deux remarques de prudence<sup>9</sup> : premièrement, ne doit pas être négligé le phénomène de *complexité* au sein d'un même Etat, cad le fait que cet Etat puisse relever simultanément de variantes différentes pour une même question (il n'est qu'à considérer, par exemple, la complexité du régime italien des circonstances aggravantes et atténuantes au moment du prononcé de la peine par le juge) ; deuxièmement, le travail d'harmonisation ne saurait se déduire que d'une typologie (mathématique ou purement technique) des divergences, qui négligerait le principe de *cohérence* et d'équilibre global du système pénal des droits nationaux, si bien que si l'on voulait dans certains domaines renforcer la dimension légaliste par exemple, cela risquerait de déséquilibrer la structure globale. Une vision « macro-pénale », ou systémique est donc utile, car l'harmonisation ne peut se faire qu'en respectant la cohérence des systèmes juridiques nationaux, ce qui a d'ailleurs été affirmé au niveau de l'Union Européenne. Ce travail de classification, issu d'un bilan comparatif de 14 systèmes internes, n'est donc qu'un point de vue dans ce grand chantier et défi que représente l'harmonisation des sanctions pénales en Europe.

L'hypothèse de convergences représentant peu d'intérêts en vue de l'harmonisation, on se focalisera respectivement sur quelques divergences incompatibles et quelques divergences compatibles.

## II. Les divergences incompatibles

Au niveau des sanctions applicables, les divergences rencontrées sont telles qu'elles semblent relever du modèle des divergences incompatibles. On se demandera cependant si une harmonisation imposée par le haut ne serait pas souhaitable.

### A. L'impossibilité d'harmoniser les sanctions applicables

L'analyse de droit comparé des sanctions applicables et des fourchettes de peines selon les Etats révèle de fortes divergences. Pour s'en tenir aux peines privatives de liberté à temps, le minimum s'étend de 1 jour en Belgique, Pays-Bas, Suisse, à 6 mois en Espagne ; surtout, le maximum varie de 12 ans en Finlande, 15 ans en Allemagne à 30 ans en Belgique, France ou Suisse. Prenons comme incrimination à titre d'illustration la préparation d'un acte de terrorisme commis par une personne physique : puni en Allemagne et Belgique d'une peine privative de liberté inférieure ou égale à 3 ans, de 10 ans d'emprisonnement en France, la peine est de 14 ans au Royaume-Uni et de 3 mois à 15 ans en Slovénie. Certes, les Etats comportant des maxima très élevés - *comme la France* - pourraient arguer du fait que la peine

---

<sup>9</sup> « La modestie est sans doute la qualité essentielle du comparatiste », cette formule de sagesse est celle de F. Tulkens, Les systèmes de justice pénale comparés : de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparativisme, rapport de synthèse, in *Les systèmes comparés de justice pénale : de la diversité au rapprochement*, AIDP, Erès, n°17, 1998, pp.63 et s., p.68.

maximale est très rarement prononcée par le juge - *elle reste néanmoins possible* -, ce qui soulève la question de l'écart entre les peines applicables, les peines prononcées et les peines effectivement exécutées, et ne fait que renforcer le constat de l'impossibilité technique et politique d'un rapprochement à ce stade<sup>10</sup> ;

Il est certain que le choix de la nature et de la sévérité de la sanction applicable reflète, pour simplifier, deux modèles clairement incompatibles, l'un que l'on qualifierait de 'sécuritaire', l'autre de 'libertaire' selon l'équilibre opéré entre la logique de répression et la logique de prévention. Il est dès lors aisé de comprendre la réticence des pays scandinaves à toute harmonisation à cet égard<sup>11</sup>, étant traditionnellement favorables à des peines applicables moins élevées (les seuils *minima* y sont assez bas) ; à l'autre extrême, les candidats à une adhésion prochaine à l'Union Européenne et certains autres Etats connaissent des peines applicables relativement sévères. Les actions entreprises par l'Union Européenne pour la grande criminalité (phénomène minoritaire, faut-il le rappeler), qui serviraient de modèle à une politique plus vaste, iraient dans le sens d'un renforcement de la logique répressive<sup>12</sup>. En outre, les choix de la peine dépendent, pour certains domaines, d'un choix d'éthique et de morale loin d'être communs au niveau européen, comme par exemple concernant l'avortement, les transplantations d'organes, l'euthanasie et tous les autres secteurs de la vie sociale<sup>13</sup>, ce qui a trait déjà à la question de l'opportunité de l'harmonisation.

Imposer le principe de proportionnalité reconnu dans la CESDH et la charte des droits fondamentaux serait souhaitable (ce qui ne semble pas avoir été pris sérieusement en compte encore au niveau des instances de l'Union européenne), quoique encore insuffisant à ce stade en vue d'une harmonisation même faiblement consentie. Un rapprochement des systèmes nationaux ne serait donc actuellement pas possible. Il faut espérer et attendre une dynamique future commune vers une logique préventive, ce qui semble peu réaliste à l'heure de la surenchère politique du thème de l'insécurité et des politiques répressives exacerbées menées par certains Etats européens<sup>14</sup>.

## B. Le besoin de recourir à une norme internationale contraignante

Eu égard à la problématique des peines applicables, il serait toutefois opportun de parvenir prochainement à une harmonisation (en réalité unification) au moins quant à l'interdiction de la peine à perpétuité, exception faite des hypothèses de commission des crimes internationaux les plus graves codifiés dans le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale<sup>15</sup>. Certes, dans presque tous les Etats, la peine à perpétuité est prévue en droit positif ; se distinguent à cet égard l'Espagne et la Slovénie (pour les Etats soumis à l'étude), auxquels il faudrait ajouter le Portugal. Mais la peine à perpétuité est rarement obligatoire (comme en Allemagne en cas de meurtre et génocide (art.211 & 220 a StGb), en Italie et au Royaume-

<sup>10</sup> Les données quantitatives sont, semble-t-il, très difficiles à obtenir à cet égard, en l'absence d'outil informatique fiable et général. Pour la France, cf les études récemment publiées sur le site du Ministère de la Justice et la bataille des chiffres afférente entre l'Union syndicale des magistrats et la chancellerie. Les Etats scandinaves, pour lesquels les taux de peines applicables sont plus bas, connaîtraient moins d'écart au total entre les peines applicables et les peines réellement exécutées.

<sup>11</sup> Cf K. Nuotio, *Reasons for maintaining the diversity*, *infra*.

<sup>12</sup> Cf W. Capeller, *La transnationalisation du champ pénal : réflexions sur les mutations du crime et du contrôle*, *Revue Droit et Société* n°35 et le rapport sociologique du même auteur *infra*.

<sup>13</sup> Cf sur ce point, A. Bernardi, *Europe sans frontières et droit pénal*, *Rev. Sc. Crim.*, 1-2002, pp.1-13, qui analyse ces divergences par rapport notamment à l'application du principe de territorialité de la loi pénale. Il en conclut à une situation de malaise liée au développement du phénomène de *forum shopping* et formule le souhait d'un « rapprochement des législations pénales européennes, même dans les secteurs normatifs aux prédominances éthiques très différentes pour lesquelles les héritages des différentes traditions nationales apparaissent plus évidents », et son rapport *infra*.

<sup>14</sup> L. Bonelli, *Lois répressives, bavures en série, Une vision policière de la société*, *Le Monde Diplomatique*, février 2003, p.3.

<sup>15</sup> L'article 77 « Peine applicables » du Statut de Rome prévoit que « la Cour peut prononcer contre une personne (...) une peine d'emprisonnement à perpétuité, si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient ».

Uni pour certains crimes). En outre, la peine à perpétuité est reconnue en principe pour des catégories spécifiques d'infractions, tels les crimes internationaux, les crimes contre la sécurité de l'Etat, certains actes de terrorisme, et les atteintes à la vie ( le Royaume-Uni se distingue en reconnaissant la perpétuité pour de très nombreuses infractions<sup>16</sup>). Les possibilités d'atténuation de la peine à perpétuité existent généralement, même si des différences entre Etats sont à noter : parfois, la perpétuité est une peine incompressible (en Allemagne et au Royaume-Uni dans certaines hypothèses) ; en Suède et aux Pays-Bas, seule la grâce accordée discrétionnairement par l'exécutif est envisageable ; dans d'autres Etats, l'atténuation de la peine à perpétuité relève des autorités judiciaires après que l'individu ait purgé au moins un certain *quantum* de la peine (de l'ordre de 20 ans en Grèce, 18 ans en France, 10 ans en Suisse, ...).

De même que la peine de mort est désormais interdite à l'échelle du continent européen, on pourrait formuler le voeu que l'Union européenne impose l'interdiction de la peine à perpétuité dans les conditions mentionnées préalablement ; ne doit-on pas effectivement la considérer aujourd'hui comme contraire, sauf hypothèse des crimes internationaux du Statut de Rome, au principe de proportionnalité ?

Davantage que la catégorie des divergences incompatibles, celle des divergences compatibles est plus stimulante, puisque susceptible de faire l'objet de recommandations en vue d'une harmonisation.

### **III. Les divergences compatibles**

Conformément aux prémisses méthodologiques, les deux formules d'harmonisation par hybridation et d'harmonisation par déplacement vont être successivement illustrées.

#### **A. Harmonisation par hybridation : la question du prononcé de la peine**

Nous nous contenterons d'illustrer cette question eu égard à la prise en compte par le juge des circonstances atténuantes et/ou aggravantes et à sa marge de manœuvre quant au prononcé de la peine. Les Etats semblent se répartir selon diverses variantes selon le degré de soumission du juge à la loi.

En matière d'atténuation de la peine, pour une minorité d'Etats (Espagne, Suisse - art.64 CP-, Grèce et Pologne), le code énumère limitativement les circonstances atténuantes ; dans les autres systèmes nationaux, aucune liste (exhaustive) n'est présente<sup>17</sup>. Concernant la détermination des circonstances aggravantes, la proportion des Etats ayant adopté une liste exhaustive est nettement renforcée, seuls la Grèce ou l'Allemagne se distinguant. Ce n'est qu'en Belgique<sup>18</sup> et en Espagne pour les circonstances aggravantes, dans certains pays en matière d'excuses (pour collaboration du délinquant avec la police, notamment en matière de terrorisme, trafic de stupéfiants, ...) pour les atténuations de peine, que le juge est obligé de prendre en compte les causes d'aggravation et d'atténuation de peines. Un dernier critère importe afin de considérer si l'Etat relève davantage du modèle légaliste ou judiciaire, ou d'une sous-variante de ces deux classifications : il s'agit de savoir la marge de liberté du juge

---

<sup>16</sup> Comme les rapports sexuels avec les mineurs de moins de 13 ans, le viol, l'enlèvement, la détention de drogue, la falsification d'actes de naissance, etc. .

<sup>17</sup> Il faut mettre à part les Pays-Bas et la France qui ne reconnaissent pas le système des circonstances atténuantes, la France en raison de la disparition depuis le nouveau code pénal des minima de peines (sauf en matière criminelle) (le juge peut donc librement prononcer une peine d'emprisonnement de 2 ans si l'individu encourt la perpétuité, ou de un an dans les autres cas). Les Pays-Bas, pour leur part, connaissent un très faible seuil des peines minimales, le juge disposant d'une très grande marge de manœuvre au sein de la fourchette de peine retenue.

<sup>18</sup> Le juge doit en tenir compte quand il est d'opinion qu'elles sont prouvées et il doit les invoquer d'office.



dans la détermination du montant de la peine par rapport aux prescriptions de la loi. Eu égard aux circonstances atténuantes, la majorité des systèmes<sup>19</sup> opte pour le principe de la définition d'une nouvelle fourchette de peines à l'intérieur de laquelle le juge choisira la sanction ; cette même proportion se retrouve pour les circonstances aggravantes<sup>20</sup>. Ce n'est qu'en Grèce, en Slovénie et en Pologne<sup>21</sup> que la prise en compte des atténuations de peine peut aboutir à une totale exemption de peine. En outre, en Belgique, Allemagne, Italie, Suisse, Slovénie et Pologne, le juge peut modifier la nature de la peine dans les conditions prévues par la loi<sup>22</sup>.

On en conclut *in toto*, quant au degré de soumission du juge à la loi, que les Etats se répartissent, en matière d'atténuation de peine, entre les deux sous-variantes que sont la sous-variante judiciaire pure et la sous-variante légaliste affaiblie ; eu égard aux circonstances aggravantes, la majorité des Etats relèvent de la sous-variante légaliste affaiblie. Une harmonisation serait donc envisageable, dès lors qu'un phénomène d'hybridation est déjà fortement avancé. La marge de manœuvre du juge par rapport à la loi est relativement faible, puisque les conséquences quant au prononcé de la peine sont clairement encadrées. La seule marge subsistant concerne éventuellement le choix des circonstances, et le choix de les prendre en compte ou non. Le modèle légaliste affaibli est donc majoritairement représenté.

## **B. Harmonisation par déplacement : la question de l'aménagement des peines privatives de liberté**

Les modalités d'aménagement des peines privatives de liberté étant extrêmement variées, nous nous contenterons d'examiner d'une part les formes de libération anticipée, d'autre part le sursis à exécution prononcé par le juge au moment du prononcé de la peine.

L'étude des *formes de libération anticipée* révèle une assez grande homogénéité des systèmes juridiques internes. Premièrement, la mesure de 'libération anticipée' (ou, selon la terminologie allemande très explicite de « sursis non originaire avec mise à l'épreuve de la peine restant à subir »), en tant que mesure d'aménagement de la peine privative de liberté permettant la libération du condamné après avoir purgé un certain *quantum* de sa peine, sous réserve d'une mise à l'épreuve, est présente dans presque tous les Etats étudiés, sauf pour les Pays-Bas, où existe néanmoins une formule octroyant le *droit* pour le condamné à être libéré après avoir purgé un certain *quantum* de sa peine. Une réforme est d'ailleurs envisagée aux Pays-Bas pour transformer ce régime de libération en libération conditionnelle. Le système du RU apparaît également assez complexe et mixte par nature. Deuxièmement, les finalités de cette forme d'aménagement semblent semblables entre les Etats : encourager la bonne conduite du condamné, prévenir la récidive et favoriser sa réinsertion sociale. Troisièmement, quant aux conditions auxquelles est soumise cette mesure, on constate, quant aux conditions relatives à la peine, que la libération conditionnelle vaut pour toutes les peines privatives de liberté en principe, seule l'Italie semblant exiger une peine de détention de longue durée. Quant à l'exigence d'avoir purgé un certain *quantum* de la peine, une proportion en moyenne de 1/2 (pour 7 Etats), mais pouvant varier de 1/3 en Belgique, 2/3 pour la Suisse et l'Allemagne (et les Pays-Bas), 3/4 pour la Grèce, est retenue, en précisant qu'un délai minimal est posé (de 2 à 30 mois). A noter que pour les récidivistes et pour les condamnés à perpétuité, un *quantum* plus long est en principe toujours prévu, mais avec des exigences qui

<sup>19</sup> Par exemple, en Allemagne (art.49 I StGb), au RU, en Italie, en Espagne, en Suisse, et en Russie.

<sup>20</sup> Il s'agit notamment de l'Italie, de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, de la Grèce et de la Pologne.

<sup>21</sup> Dans ce dernier cas, pour les cas de collaboration avec la police et d'accord dans la réparation du dommage entre le délinquant et la victime.

<sup>22</sup> Par exemple en Allemagne, selon l'article 49 II StGb, il peut prononcer une amende au lieu d'une peine privative de liberté. En Belgique, la plupart des crimes sont ainsi correctionnalisés, ce qui permet d'échapper à la procédure lourde de la Cour d'assises.

peuvent être fort variables (délai de sûreté de 10 ans pour la Belgique à 26 ans pour l'Italie pour les condamnés à perpétuité). Les divergences sont ainsi dues principalement au fait que certains Etats (comme la Belgique) semblent vouloir favoriser plus que d'autres cette mesure. Pour ce qui a trait aux conditions relatives au condamné, le comportement du condamné est primordial dans beaucoup de systèmes juridiques, ce qui doit être mis en rapport avec l'intervention de l'Administration pénitentiaire au moment de la décision sur l'octroi ou la révocation éventuelle d'une libération conditionnelle. L'accord du condamné à cette mesure est plus rarement admis. Une condition par rapport à la victime, à savoir l'obligation de dédommagement des préjudices –sauf si l'impossibilité en est démontrée– est admise seulement en Italie. Quant aux autorités compétentes pour se prononcer sur l'octroi de la libération, les Etats se répartissent entre plusieurs variantes : une variante fortement administrative en Finlande<sup>23</sup>, au Royaume-Uni<sup>24</sup> et en Slovénie, une variante semi-légaliste/semi-judiciaire en Allemagne, Grèce, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas<sup>25</sup>, une variante plus fortement judiciairisée en Espagne, en France, en Italie, en Pologne, et en Belgique.

Selon notre démarche méthodologique, on peut donc en conclure à la difficulté d'une harmonisation par simple hybridation, en raison du caractère peu conciliable de la variante administrative avec les variantes légaliste et judiciaire ; or, une approche diachronique permet de mettre l'accent sur une évolution depuis les trente dernières années vers une judiciarisation accrue de cette mesure : ce n'est que depuis peu, par exemple, que la Belgique et la France<sup>26</sup>, ont basculé du modèle fortement administratif vers un modèle plus emprunt du judiciaire. On peut donc considérer qu'une harmonisation pourrait se faire par déplacement des systèmes internes vers un renforcement des acteurs judiciaires.

Ces mêmes conclusions pourraient être adoptées eu égard aux formes de *suspension de la peine au moment du prononcé*.

La terminologie retenue est censée être potentiellement commune à l'ensemble des Etats, puisque les dénominations nationales sont variables (sursis originaire pour l'Allemagne, suspension de l'exécution des peines pour l'Espagne, suspension conditionnelle pour l'Italie, condamnation conditionnelle pour la Slovénie, sursis pour la France,...). L'idée est de surseoir à l'exécution d'une peine au moment de son prononcé par le juge, en raison de la prise en compte de certains éléments, le souci étant d'éviter les inconvénients de l'exécution d'une peine et de favoriser la réinsertion sociale du délinquant. Quant aux conditions imposées, elles sont de deux sortes : premièrement, pour ce qui a trait des conditions objectives (relatives à la peine), des divergences existent incontestablement entre les Etats, certains semblant vouloir favoriser cette mesure en admettant un champ d'application large (comme en France, puisqu'on l'admet en matière criminelle, correctionnelle et contraventionnelle), d'autres la limitant aux (courtes) peines privatives de liberté (Italie, Allemagne). Aussi, le plus petit dénominateur commun concerne l'idée selon laquelle les auteurs d'infractions graves (emprisonnement de plus de 5 ans) ne pourraient en bénéficier.

---

<sup>23</sup> La décision est prise par l'administration pénitentiaire sous le contrôle du ministère de la Justice.

<sup>24</sup> Dans certains cas ('discretionary conditional release'), existe un pouvoir discrétionnaire de libération du service pénitentiaire, du ministère de l'Intérieur ou du *Parole Board* (sorte d'autorité administrative indépendante), sans aucune possibilité de recours.

<sup>25</sup> En Allemagne, la décision est prise par le tribunal correctionnel avec recours devant la Cour d'appel, mais la mesure est obligatoire pour le juge lorsque les conditions sont remplies ; en Grèce, en principe le juge accorde la mesure dès lors que les conditions objectives sont remplies ; s'il veut rejeter la libération, il doit démontrer explicitement la nécessité de prévenir de nouvelles infractions. Au Royaume-Uni, pour les '*automatic conditional release*', la libération est accordée automatiquement au 2/3<sup>e</sup> de la peine. Aux Pays-Bas, conformément aux articles 15 et 15 a CP, la libération est un droit pour le condamné, mais la décision peut être reportée en cas de mauvais comportement du condamné.

<sup>26</sup> En Belgique, avant les lois des 5 et 18 mars 1998, l'autorité compétente était le ministre de la Justice. En France, avant la loi du 15 juin 2000, étaient compétents le juge de l'application des peines (pour les condamnés dont la durée totale de détention à subir était inférieure ou égale à 5 ans) et le ministre de la Justice dans les autres cas. Pour une analyse en France de ce phénomène de renforcement du judiciaire à ce stade, cf P. Poncela, *Droit de la peine*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2001.

Deuxièmement, concernant les conditions subjectives (relatives aux condamnés), certains systèmes admettent la condition d'absence de condamnation antérieure (avec ou non un délai), d'autres appliquent un critère lié à la personnalité du délinquant ; notons la spécificité de la France puisque l'accord du condamné est exigé.

En vue de la classification des Etats selon la typologie retenue au début de notre étude (spécialement pour la question du rapport du juge à la loi), il importe de savoir si la loi encadre ou non strictement les conditions d'application de la suspension de l'exécution de la peine. La réponse semble positive pour la Belgique, l'Espagne et la France, négative pour l'Allemagne, l'Italie, la Russie et la Slovaquie. Les Etats se répartissent ainsi entre un modèle légaliste et un modèle judiciaire, avec une prononciation judiciaire très forte pour la Russie.

Concernant le régime de la suspension de la peine, une assez grande convergence entre les Etats est à relever pour le délai d'épreuve, les Etats optant pour deux délais, le délai le plus long (fourchette moyenne de 2 à 5 ans) pour les infractions les plus graves parmi celles susceptibles de faire l'objet de cette mesure, et un délai plus court (fourchette de 6 mois à 3 ans) pour les autres. Concernant les obligations susceptibles d'être imposées pendant le délai d'épreuve, elles sont extrêmement diverses, étant soit liées à la victime (réparer le dommage), liées à la prévention de la récidive (limites à la liberté d'aller et venir), liées à la réinsertion sociale (formation, travail d'intérêt général, obligation de se soumettre à des contrôles, traitement médical, obligations familiales, ...). Ici, il faut faire le lien avec la finalité de la mesure qui est variable selon les Etats (prévenir la récidive, favoriser la réinsertions sociale, ...). Non seulement ces obligations sont multiples, mais en outre, la marge de manœuvre du juge est plus ou moins encadrée. A la question du degré d'appréciation du juge dans la détermination des obligations pendant le délai d'épreuve, il incombe de retenir deux critères : d'une part, le degré de précision des obligations<sup>27</sup>, d'autre part le caractère contraignant de l'obligation pour le juge, qui se révèle toujours faible. Pour reprendre les sous-variantes légaliste et judiciaire, on admettra donc que les Etats relèvent pour partie du modèle légaliste affaibli (Allemagne, Belgique, France), pour partie du modèle judiciaire pur (Italie, Russie, Slovaquie). Quant aux autorités compétentes pour assurer le contrôle du respect des obligations imposées pendant le délai d'épreuve, certains Etats donnent préférence aux autorités sociétales (Allemagne, Belgique, Slovaquie), d'autres aux autorités administratives (Italie), d'autres à un modèle mixte (France). Aussi, une harmonisation par hybridation semble-t-elle difficilement réalisable.

En termes de faisabilité, il importe donc de conclure que seuls certains domaines assez minoritaires pourraient actuellement faire l'objet d'un rapprochement acceptable par les différents systèmes surtout par déplacement vers des valeurs communes, et moins souvent en essayant de retenir le plus petit dénominateur commun. Ceci suppose une volonté politique clairement dynamique et volontariste ; peut-être la question de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales en Europe est-elle de nature à faciliter une prise de conscience pour une politique plus vaste d'harmonisation.

---

<sup>27</sup> Il est élevé en Allemagne, Belgique, France, et faible en Italie, Russie, Slovaquie.



# OPPORTUNITE ET LEGITIMITE DE L'HARMONISATION

## I. ISSUES FOR DISCUSSION

Donysios Spinellis  
*Athens University*

### 1.- Introduction

In this report I am trying to analyse the reasons at the juridical level, theoretical and practical, which may justify the harmonisation of penal sanctions in Europe or on the contrary their diversion:

For the purposes of our discussion, I understand harmonisation as co-ordination, adaptation, approximation and even, if necessary, unification of norms and institutions concerning the penal sanctions in order to achieve the best possible result in efforts to combat criminality, while safeguarding human rights, in the particular categories of offences examined as examples, i.e. the cyber-crimes, the terrorist offences and the offences against the environment<sup>1</sup>.

The arguments in favour and against harmonisation of criminal sanctions mainly concern their purpose and the proposed means and procedures for its implementation.

### 2.- Purposes

2.1- The classical arguments advanced against efforts to unify criminal law in general at an international level, are that that law should not be harmonised or unified, because it is the product of culture and history exhibiting the deepest national convictions and values. An effort to take such a step in, for example, the European Union (EU), not only may violate pluralism of values, but would also impinge upon the nation's sovereignty.

This argument concerns first of all and mainly the choice of conducts to be criminalised. The criminalisation of certain forms of conduct which are closely related to morals influencing their severe disapproval, which may vary from the one country to the other, concerns mostly such offences as the abortion, the adultery, the homosexual relations between

---

<sup>1</sup> A systematic distinction of successive phases of harmonisation is provided by Klip, NStZ 2000, .627. I think, however, that the degree of harmonisation should be decided each time by necessity, not in absolute categories.

consenting adults, etc., most of which have been decriminalised in the last decades in whole or in part in most of the EU States.

Other forms of conduct however, e.g. murder, grievous bodily harm, theft, rape etc. are universally disapproved and considered as dangerous by the general public in all countries and they are more or less equally punishable in all jurisdictions.

Finally, such forms of conduct as the cyber-crimes, the terrorist offences and the offences against the environment are not connected with national systems of values, so that their criminalisation does not depend on such values.

Sanctions are not closely connected to the values of each country, but they are not irrelevant to them. This concerns first of all the severity of punishment provided. A certain conduct may be threatened with more severe punishment in one country than in the other, but it is questionable whether the discrepancy depends upon a system of values or rather on a general high level of penalties in a national penal system. Such a level of sanctions may be related not so much to its system of values as to habits in the legislation which may change gradually, without much disturbance.

Furthermore, the system of sanctions may also concern the kind of penalties provided. E.g. some legislations include as highest penalty the deprivation of freedom for life, while others do not. In some jurisdictions the use of custodial penalties is more frequent, while in others the custodial penalties have been replaced to a great extent by pecuniary penalties and by alternative ones. Finally, certain additional penalties such as the deprivation of civil rights are provided in some legal systems while in others they are not. These differences may be connected to the convictions and values in each country, which influence the acceptance of such forms of sanctions or may react negatively to their abolition.

2.2.- On the other side of the coin, the main argument in favour of harmonisation is that differences with respect to criminal sanctions may hamper international co-operation in criminal matters, in view especially, of the double criminality requirement for extradition and mutual assistance or of the need to consider as limits of sanctions in one State the corresponding sanctions provided by the law of another State.

So, art. 2 of the European Convention on Extradition (1957) requires, that extraditable offences should be the ones punishable under the laws of both the requesting and of the requested Party by deprivation of liberty of at least one year or by a more severe penalty. Therefore an examination and comparison of the two relevant laws is necessary in each case, in

order to check whether this requirement is met, and inevitably, in certain cases the request for extradition has to be refused.

The condition of the double criminality and punishability has been alleviated under the Convention relating to Extradition between the Member States of the European Union (1996), art. 2 of which has lowered the threshold on the punishment in the requested State to six months. However, the need for a double evaluation of the punishable character of the offence remains and constitutes an obstacle to prompt decisions on extradition requests, or leads to the refusal of others.

The double criminality requirement is provided also in other multilateral conventions, such as the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (art. 5 on an optional basis),

Likewise, the UN Convention on the Transfer of Foreign Prisoners (1985), §. I. 3., the corresponding European Convention on the Transfer of Sentenced Persons (1983) (art. 3 § 1 (e) ) and the UN Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released (1990) art. 6 and other international instruments provide the double criminality requirement.

In other cases of co-operation between two States restrictions provided may become also obstacles for the prompt function of such co-operation. So, for instance, art. 11 § 1 of the UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (1990), which requires that when the requested State has established its jurisdiction under art. 1 § 2, the sanction pronounced in that State shall not be more severe than that provided by the law of the State requesting the transfer.

Also the paucity of possibilities of the international application of the *ne bis in idem* principle is due to some extent to the diversity of the sanctions in the laws of the different countries. A lack of trust in the legislation or the justice system of other countries is the cause for which States are reluctant to subscribe to an application of the *ne bis in idem* principle in the international context. Consequently, a harmonisation of penal sanctions at the legislative level would be a first step toward achieving such an application, which should be accompanied of course by a proper administration of justice in the relevant countries.

A harmonisation of sanctions could of course be envisaged also as a way of reconciling the different sanctioning orders such as the penal order with the administrative and in particular the disciplinary order. If the reaction to the same obnoxious conduct in one country are criminal

sanctions and in another administrative or disciplinary ones, difficult *ne bis in idem* problems may be created, which could have been avoided if the systems of sanctions were harmonised.

But even if the sanctions provided in both the State A which has previously tried and convicted a certain person and State B, where he is prosecuted again, are only penal sanctions, difficulties may arise in case the latter applies the so-called "principle of deduction" (in German: *Anrechnungsprinzip*)<sup>2</sup>. It is possible that the different character of penal sanctions renders difficult the deduction of the penalty already imposed and served in State A from a penalty imposed by State B. E.g. a custodial penalty in State A and a pecuniary penalty in State B, a penalty converted into pecuniary penalty here, a pecuniary penalty from the outset there, a simply suspended sentence in the one case, a suspended sentence with probation in the other etc.

2.3.- Furthermore, in the relationship of national and supranational criminal jurisdictions, whenever questions of proceedings pending or of *ne bis in idem* arise, differences of penal sanctions provided for the case or already imposed may influence the decision, especially with respect to "sham proceedings" e.g. in the application of art. 9 (ii) and 13 ICTY (1994), art 9 § 2 (b) and § 3 ICTR, art 20 § 3 (a) of the ICC Statute.

In all these cases it is probable that sanctions of different kinds and of different degrees of severity are provided in the States or the conventions involved. These eventualities may create problems in the application of the above conventions. A harmonisation of sanctions could facilitate the solution of these problems, and simplify the application of the conventions and all other similar instruments<sup>3</sup>.

2.4.- Finally, the fact that in some States certain forms of behaviour are less severely penalised than in others obviously may and in practice does attract criminal activity and creates criminality "havens". And if some suspect is apprehended for an offence for which the courts of more than one States have criminal jurisdiction, it gives him an incentive to make efforts to be tried by the courts of the State where the sanctions are less severe.

<sup>2</sup> Provided e.g. in art. 10 of the Greek PC.

<sup>3</sup> In this sense, also in the Resolutions of the 16<sup>th</sup> Congress of the AIDP in Budapest on September 5-11 1999, Section IV D, 1, it is stated that "other lacunae should be resolved not by abolishing double criminality, but by harmonising definitions of crimes which States seek to make extraditable."



2.5.- In view of the above observations, it may be concluded that harmonisation of criminal sanctions provided in various States for the same forms of conduct, especially in Member States of the EU will facilitate the application of international conventions, treaties and other instruments. Admittedly, it would not be easy to measure the degree of success of the harmonisation process by assessing the implementation of these objectives. Here I think that if obviously undesirable situations, such as the double criminality obstacle and the possible existence of criminality havens, are eliminated, it is very probable that the suppression of certain forms of criminality will improve. Of course, certainty as to the results of the new institutions cannot be achieved for quite a long time. This, however, was the case with most legislative initiatives in the criminal law field, both at the national and international level, and has not been a reason for the failure to undertake such initiatives and also to take certain risks.

### **3. Means : The institutional aspects of harmonisation**

Article 29 of the European Union Treaty considers harmonisation as a tool to facilitate the apparently rather slow judicial co-operation. According to it, in order to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice, the European Union (EU) should develop common action in the fields of police and judicial co-operation in criminal matters. That objective shall be achieved by preventing and combating crime *inter alia* through “approximation, where necessary, of rules on criminal matters in the Member States, in accordance with the provisions of Article 31 (e)”. That article provides, that common action on judicial co-operation in criminal matters shall include also progressively adopting measures establishing minimum rules relating to penalties in the fields of organised crime, terrorism and illicit drug trafficking.

The procedures and methods provided for the adoption of co-operation are (art. 34 § 2) the common positions of the EU, the framework decisions, other decisions and conventions.

Although, as we see, the area of criminal sanctions, which should be subject to harmonisation, is limited and the Union Treaty does not envisage their complete unification, it is obvious that the trend is toward harmonisation of them in certain areas and up to a certain extent. It should be noted, however, that some recently issued instruments of the EU authorities are rather problematic. As not very encouraging examples of efforts of the EU which may encroach upon the national sovereignty of

the Member States one may mention certain framework decisions which have already been proposed or accepted by the European Council. Such are the ones concerning offences of unauthorised entry and residence, cyber crime, offences against the environment, the European arrest warrant and the one on combating terrorism.

I think that the areas covered by the proposed framework decisions concern interests common to all Member States and threats to such interests which have appeared rather recently. In view of this, value pluralism does not seem to be of much relevance. The prescription of minimum penalties proposed by such framework decisions is inevitable, if the common interests concerning all Member States are to be protected in a reasonable way, without creating criminal havens. The strong pressure exerted on Member States to accept them is a strategy not unknown even in national lawmaking procedures, for example between parties represented in Parliament. To the extent that the sacrifice of certain elements of national sovereignty is necessary in order to achieve the objectives declared by the EU Treaty, it is inevitable that such strategies are a necessary evil.

However, I would like to observe that, although framework decisions (FD) should leave Member States with some flexibility, binding them only as to the result to be achieved but leaving to the national authorities the choice of the form or of the methods (art. 34 § 2 (b) ), these are becoming progressively more specific, thereby restricting Member States. As examples I may mention especially the most recent FDs on the European warrant of arrest and on combating terrorism.

The legal basis of framework decisions are Articles 29, 31 (e) and 34 § 2 (b) of the TEU. Article 34 para 2 (b), which defines the limits within which decisions are binding upon the Member States, should in particular be examined more carefully, in order to determine whether Member States are strictly bound by every word of the framework decision or instead have some discretion, irrespective of the actual wording. In my opinion the latter is the right view, but the issue should be more developed and explained.

In this respect the ECJ has jurisdiction to decide this question pursuant to Article 35 para 6 of the TEU. Therefore, if a Member State considers that a framework decision is too detailed and does not leave sufficient margin of appreciation for the national lawmakers to decide the form and methodology in order to achieve the required result it could bring an action before the ECJ.



Another possibility is that a Member State which considers that the framework decision encroaches too much upon its national law, may risk introducing norms which differ in certain aspects from the framework decision and then leave it to the Commission or another Member State to ask the ECJ (under Art. 35 §§ 1 and 6) to decide whether its course was in compliance with these provisions or not.<sup>4</sup>

#### **4.- Conclusions**

A combination of partial harmonisation and mutual recognition, also including a threshold concerning minor offences is, the best possible solution in my view to the problems of inter-European co-operation in criminal matters.

Common agreed definitions of criminal offences and especially minimum penalties are necessary characteristics of all international instruments, both because they are the common denominators of the views of all participating Member States and because they aim at covering all their various practical and national needs. Naturally each Member State, after ratifying them, should be free to and often does add some specific provisions for national use.

Harmonisation and even partial unification of certain parts of the criminal law at EU level, especially those concerning criminal sanctions are both inevitable, since they are mandatory under the provisions of the TEU, particularly Articles 29, 31 (e) and 34 para 2. It is important to make all efforts to prepare them properly with the necessary diligence corresponding to their importance, while leaving a wide discretion to Member States to opt for alternative solutions in their own national legislation. Such alternatives, however, should not create unequal situations in the various Member States.

Every effort should also be made to keep dictates for harmonisation included in framework decisions and conventions within the limits dictated by necessity. Necessity should be used as a legal criterion in order to restrict any unnecessary acts encroaching upon the criminal laws of Member States.

---

<sup>4</sup> Not being a specialist in European Law, I have no information as to whether the ECJ has already had occasion to rule on such problems. I have not had sufficient time to undertake this independent research.

## II. OPPORTUNITÉ DE L'HARMONISATION

Alessandro Bernardi  
*Professeur à l'Université de Ferrare*

### 1. *Prémisse*

Une analyse des raisons théoriques et pratiques qui peuvent justifier l'harmonisation des systèmes de sanctions des Etats membres de l'Union européenne, ou au contraire le maintien des différences actuellement présentes au sein de ces systèmes, nécessite avant tout un examen rapide des types fondamentaux des différences en question et de leurs raisons.

**I) Les différences présentes dans les systèmes de sanctions des Etats membres de l'Union européenne: types, raisons, leur permanence éventuelle ou leur atténuation progressive.**

### 2. *Les deux types fondamentaux de différences existant dans les systèmes de sanctions des Etats U.E.*

L'examen des différences qu'on retrouve dans les systèmes de sanctions européens permet d'affirmer qu'il en existe deux types fondamentaux: le premier concerne les lignes générales des systèmes nationaux de sanctions; le deuxième concerne les sanctions prévues pour chaque infraction, et découle du niveau de gravité variable dans les Etats membres de certaines infractions ou catégories d'infractions.

#### 2.1. *Les différentes lignes générales des systèmes nationaux de sanctions dans le droit de fond, le droit procédural et le droit pénitentiaire.*

Si l'on considère avant tout les différences propres aux lignes générales des systèmes nationaux de sanctions, il est possible d'établir une ultérieure distinction selon que ces différences touchent:

a) les caractères, les types et l'importance des sanctions prévues en général par les législateurs nationaux;

b) les techniques et les critères d'individualisation de la peine grâce auxquels les juges des Etats membres exercent leur pouvoir discrétionnaire pour adapter le niveau de sanctions aux faits réellement commis et au niveau de culpabilité de leur auteur;

c) les mécanismes destinés à la personnalisation de l'exécution de la sanction, et en particulier aux mesures de clémence et de récompense qui visent à la resocialisation du condamné et aussi, éventuellement, au maintien de l'ordre et de la discipline dans les maisons de peine.

#### 2.2. *Les différentes réponses punitives prévues par rapport à chaque norme d'incrimination.*

Si l'on considère ensuite le problème lié à la variabilité des sanctions par rapport à chaque norme d'incrimination, il faut préciser que la perception variable dans les Etats membres de la gravité de certains comportements ou catégories de comportements se traduit dans le choix de la part du législateur de sanctions parfois très différentes quant à leur nature (sanctions pénales, administratives, civiles), leur contenu (peines de détention, peines pécuniaires, peines d'interdiction) et leur importance et parfois même

par l'attribution pour le même comportement d'un caractère licite ou illicite. Comme on le sait, cette situation de manque évident d'homogénéité au niveau des sanctions persiste toujours en Europe. Ceci entraîne de nombreux problèmes au sein des Etats ayant réalisé un espace commun de liberté, sécurité et justice, qui reconnaissent les mêmes principes de civilisation juridique et qui ont élaboré et proclamé solennellement une Charte des droits fondamentaux révélatrice d'une certaine homogénéité de valeurs.

### 3. *Les raisons des différents systèmes de sanctions.*

Passons à l'analyse des causes de ces deux types fondamentaux de différences au niveau des sanctions. Ici aussi il faut distinguer les causes provoquant les différences présentes dans les lignes générales des systèmes nationaux de sanctions des causes provoquant des différences punitives entre les différents Etats par rapport à certaines normes ou catégories de normes d'incrimination.

#### 3.1. *Les raisons relatives aux différences à caractère général.*

De façon schématique et sans prétention d'exhaustivité, on peut affirmer qu'à la base des différences concernant les lignes générales des systèmes nationaux de sanctions il existe plusieurs raisons distinctes même si bien souvent étroitement liées entre elles. Pensons en particulier à :

a) raisons *lato senso* humanitaires, liées justement aux différentes formes de "sensibilité" nationales en matière d'humanité des peines. Ainsi, par exemple, ce sont des raisons humanitaires qui ont induit quelques Etats (mais seulement quelques Etats) à abolir certaines peines particulièrement afflictives et/ou infamantes, comme la réclusion perpétuelle, la peine de détention supérieure à vingt ans, la confiscation générale des biens du condamné :

b) raisons "étroitement pénales" liées aussi bien aux fins de la sanction privilégiés selon les cas<sup>1</sup> et aux profils particuliers attribués dans chaque Etat aux différentes fonctions de prévention<sup>2</sup> qu'au manque d'homogénéité entre les conceptions nationales concernant les principes de proportionnalité des sanctions et de responsabilité personnelle. Ainsi par exemple, c'est au nom du principe de resocialisation qu'ont été effacées dans certains systèmes pénaux la réclusion perpétuelle et certaines formes d'interdiction extrêmement limitatives des possibilités pour le condamné de travailler; tandis qu'au nom des principes de proportionnalité des sanctions, de responsabilité personnelle et d'individualisation de la peine de la part du juge, ont été interdites dans certains Etats les sanctions prévues dans une mesure fixe et celles étroitement liées quant à leur quantité à la "dimension concrète de l'infraction" (amendes proportionnelles); et encore au nom du sus-dit principe de resocialisation ont été introduites dans certains systèmes pénitentiaires des mesures particulières de clémence et de récompense qui peuvent arriver à modifier profondément le niveau d'afflictivité de la peine appliquée originellement par le juge, et qui ont été considérées capables d'induire le condamné à garder son self-control et à améliorer son comportement;

c) raisons liées à la structure même du système juridique. Pour ne faire que deux exemples, on peut attribuer en grande mesure au différent rapport entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire le niveau variable de précision avec lequel les législateurs des Etats de l'U.E. établissent les peines prévues dans chaque norme d'incrimination

<sup>1</sup> Répression, prévention générale, prévention spéciale.

<sup>2</sup> Prévention générale positive ou négative, prévention spéciale conçue selon les cas comme correction morale, rééducation imposée ou spontanée, resocialisation libre et volontaire.

tout comme on peut attribuer en grande mesure aux différentes techniques de recrutement des magistrats en Angleterre, France et Italie le tout aussi différent pouvoir discrétionnaire qui leur est attribué dans ces Etats en matière de choix de la peine. Et aussi le choix du législateur entre sanctions pénales et sanctions administratives est souvent conditionné par les lignes fondamentales du système juridique de l'Etat;

d) raisons à caractère économique et fiscal: A ce propos également deux exemples suffisent: seuls des Etats, comme l'Allemagne et les pays nordiques, caractérisés par un nombre réduit de sujets pauvres peuvent recourir largement et de façon profitable à l'amende au lieu d'une peine de détention ou d'interdiction; et seulement là où le système fiscal est réellement transparent et efficace, le système des jours-amende peut être appliqué.

e) raisons utilitaires à caractère procédural. On pense, avant tout, à l'habitude adoptée de façon variable dans les Etats de l'U.E. de récompenser par des réductions de peine aussi bien la volonté de l'accusé de se soumettre à des procédures simplifiées que les comportements de "repentir" (qui se traduisent souvent par des formes de délation des complices) de la part des accusés de participation à des faits de criminalité organisée (mafia, camorra, séparatisme politique, etc.)

### 3.2. *Les raisons relatives aux différences de sanctions prévues pour chaque infraction.*

Passons à l'analyse des raisons qui sont à la base de la réponse punitive parfois profondément différente prévue dans les systèmes juridiques européens pour certaines infractions et groupes d'infractions. Il est évident que ces différences sont dues en grande partie au manque d'homogénéité des systèmes de sanctions nationaux examinés ci-dessus. Il est toutefois nécessaire de souligner qu'elles dépendent aussi de facteurs d'ordre culturel, particulièrement évidents pour certaines questions à caractère ethico-idéologique, et dont la solution dépend encore actuellement du niveau variable de tolérance au sein des différents Etats européens. Pensons par exemple aux questions relatives à la prostitution (et les comportements qui en découlent, comme l'induction, le racolage, l'exploitation), l'usage des stupéfiants, les comportements typiques des membres de certaines sectes religieuses, et encore aux problèmes bioéthiques en matière d'avortement, de transplantation d'organes, d'euthanasie, d'insémination artificielle. Toutefois, assez souvent, des différences de sanctions remarquables se présentent aussi dans le domaine des infractions économiques et fiscales, qui se rattachent vraisemblablement à une conception du marché tantôt libérale tantôt dirigiste, et à une sensibilité plus ou moins forte des forces politiques et sociales envers le problème de la loyauté des comportements dans le secteur économique. Il suffit de rappeler l'indulgence ou au contraire la rigueur avec laquelle sont traitées les hypothèses de falsification du bilan et de fraude fiscale.

### 4. *A propos de l'éventuel maintien des différences actuelles en matière de sanctions au sein de l'Union européenne.*

Sans aucun doute, une partie seulement des causes qui expliquent les sus-dites différences entre les Etats membres en matière de sanctions semblent destinées à disparaître dans un avenir proche.

a) En particulier, en ce qui concerne les différences relatives aux lignes générales des systèmes nationaux de sanctions, il ne semble pas facile de pouvoir surmonter les causes liées à la structure propre à chaque système juridique (cfr. par 3.1., lettre c). De



même, certaines raisons d'ordre économique et fiscal (cfr. par.3.1., lettre *d*) semblent dépendre étroitement des structures profondes de l'Etat difficilement modifiables dans l'immédiat. Et encore, les mêmes raisons utilitaires à caractère procédural (cfr. par.3.1., lettre *e*) dépendent en partie de certains phénomènes criminels qui pourraient continuer à assumer encore longtemps une importance différenciée selon les Etats. Enfin, tout du moins par rapport à certains Pays-candidats, même les développements concrets des principes d'humanité et de resocialisation à travers la peine (cfr. par.3.1., lettres *a* et *b*) pourraient ne pas converger dans un bref délai.

*b)* En ce qui concerne ensuite les différences de sanctions relatives à chaque infraction et catégories d'infractions, une partie des divergences qui entraînent le manque d'homogénéité dans le traitement réservé à certains comportements problématiques du point de vue éthique et social, pourraient ne pas s'anéantir rapidement. En d'autres termes, les divergences actuelles sur le plan national par rapport aux catégories des intérêts protégés, à leur hiérarchie et à leur niveau de protection pourraient se maintenir à moyen terme.

#### *5. A propos d'une possible atténuation des différences nationales en matière de sanctions.*

Tout ce qui a été dit à propos des causes d'une éventuelle persistance de différences d'un Etat à l'autre pour ce qui concerne aussi bien certaines lignes générales de leur système de sanctions que les peines prévues pour chaque infraction ne signifie bien sûr pas vouloir nier ou minimiser les facteurs qui justifient une harmonisation progressive en matière de sanctions.

*a)* Ainsi par exemple, par rapport aux différences existant au niveau des lignes générales des systèmes nationaux de sanctions, une atténuation progressive semble inévitablement liée aux processus actuels de convergence d'ordre culturel, social, politique et même juridique favorisés par l'augmentation de la circulation des personnes et des idées, par l'osmose des modèles, par la prise de conscience de la nécessité d'offrir des réponses communes à des problèmes communs. L'adhésion des Etats européens aux idées du mouvement international de réforme pénale et le renforcement évident de l'activité de comparaison favorisent eux aussi la convergence des conceptions nationales à propos des fins de la sanction et des principes de proportion et de responsabilité personnelle, entraînant ainsi une harmonisation des stratégies punitives.

*b)* Ensuite, par rapport aux différences de traitement concernant chaque infraction ou catégories d'infraction, ainsi qu'aux possibilités de leur atténuation, il semble opportun de distinguer entre:

- normes traditionnelles présentes dans tous les systèmes étatiques en tant que destinées à la protection d'intérêts universellement reconnus (personnes, honneur, patrimoine, etc.), depuis longtemps soumises à un processus d'harmonisation spontané en matière de sanctions favorisé par la prise de conscience de valeurs fondamentales partagées ainsi que par une remarquable activité de comparaison entre les systèmes remontant à longue date;

- normes dans le domaine économique, caractérisées par des phénomènes de mondialisation qui favorisent ou même imposent leur harmonisation au niveau des sanctions;

- normes conçues pour combattre la criminalité organisée et transnationale, qui postulent elles aussi des phénomènes d'harmonisation au niveau des sanctions;



- normes visant à la protection d'intérêts communs (environnement, hygiène des aliments etc.) ou parfois même étroitement communautaires (finances de l'U.E., euro), qui nécessitent dans le premier cas d'un processus d'harmonisation profonde et dans le deuxième, probablement, d'une véritable unification au niveau des sanctions;

- normes relatives à des comportements particulièrement controversés (avortement, insémination artificielle illicite, euthanasie, usage de stupéfiants etc.) qui, si d'une part reflètent la culture majoritaire au niveau national, de l'autre prévoient des différences de traitement difficilement acceptables dans le contexte d'un ensemble d'Etats sans frontières internes et au moins formellement inspiré aux mêmes principes et valeurs fondamentales<sup>3</sup>. Or, s'il est vrai que cette dernière catégorie de normes est sans aucun doute la plus problématique en perspective d'harmonisation entre les Etats, on ne peut pas exclure que le processus d'homogénéisation socio-culturelle en cours au niveau européen puisse favoriser pour elle aussi des phénomènes de rapprochement progressif des réponses punitives.

## **II) Analyse des raisons théoriques, symboliques et pratiques qui justifient une harmonisation des systèmes de sanctions au niveau européen.**

### *6. Les différentes raisons suggérant l'harmonisation des systèmes européens en matière de sanctions.*

Dans les paragraphes 4 et 5 on a souligné que non seulement il est prématuré d'envisager dans un bref délai une unification généralisée des systèmes de sanctions des Pays U.E. mais aussi qu'il est vraisemblable de supposer la survie à moyen terme de certaines raisons entravant une harmonisation générale et très poussée de ces systèmes. Mais on a aussi relevé la présence d'éléments permettant de supposer une atténuation progressive de certaines différences qui actuellement caractérisent aussi bien les lignes générales des systèmes nationaux de sanctions que les choix punitifs adoptés dans chaque Etat U.E. par rapport à certaines infractions ou catégories d'infractions.

Donc si à cause de plusieurs facteurs brièvement rappelés ci-dessus, il est plausible que le processus actuel de rapprochement progressif des sanctions puisse ultérieurement se développer, il semble opportun de souligner certaines raisons selon lesquelles le sus-dit processus de rapprochement mérite d'être favorisé aussi et surtout à travers le recours aux instruments prévus par les traités européens et plus particulièrement par le troisième pilier du Traité sur l'Union européenne.

A ce propos, des nécessités d'ordre méthodologique induisent à distinguer entre:

- a) raisons à caractère strictement juridique;
- b) raisons d'ordre symbolique;
- c) raisons pratiques.

### *7. Les raisons à caractère juridique.*

Les raisons à caractère strictement juridique justifiant un renforcement du processus d'harmonisation des sanctions entre les Etats U.E. pourraient se résumer dans la nécessité d'améliorer ultérieurement la croissance de la confiance réciproque entre les systèmes juridiques nationaux. Croissance grâce à laquelle il est possible d'envisager un renforcement des nombreuses formes d'interrelation existant entre ces systèmes dans le

---

<sup>3</sup> A ce propos cf., *amplius*, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss.

domaine de la justice pénale. En effet, seulement là où les choix adoptés dans un autre Etat seront en syntonie totale ou au moins partielle avec ceux qui sont adoptés pour des situations semblables dans notre Etat — et donc seront partagés ou au moins tolérés par notre organisme judiciaire — un climat de confiance réciproque capable de favoriser des liaisons très étroites entre les différents systèmes nationaux pourra s'affermir.

A leur tour ces liens pourront avoir des répercussions à plusieurs niveaux et particulièrement:

a) en favorisant la reconnaissance mutuelle des arrêts, en vue de l'application de certains effets pénaux de ces derniers;

b) en prévenant la violation du principe du *ne bis in idem*, dont le non respect favorise, comme on le sait, l'application par rapport à la même infraction d'un traitement punitif disproportionné par excès;

c) en facilitant la coopération pénale dans ses différentes formes.

#### 7.1. *L'harmonisation des sanctions en fonction de la reconnaissance de certains effets pénaux découlant d'une condamnation dans un autre Etat.*

Seulement quelques mots sur les effets positifs qui peuvent se rattacher à l'harmonisation des sanctions à propos de la reconnaissance des arrêts pénaux prononcés à l'étranger en vue de l'application de certains "effets pénaux" tels que la récidive et le style de vie précédant l'infraction pénale évalué afin d'établir le niveau de la peine appliquée par le juge.

Il est clair que seulement si dans les différents Etats existent des points de vue uniformes par rapport au caractère pénal ou administratif d'une certaine infraction, les décisions prises par les organismes juridiques étrangers pourront influencer les décisions prises par les organismes nationaux. Ainsi par exemple, le juge d'un Etat U.E. qui désire appliquer la récidive à l'auteur de deux épisodes de falsification du bilan dont un réalisé en Italie, ne pourrait pas le faire dans le cas où l'épisode commis en Italie rentrerait parmi les hypothèses récemment dépénalisées par le législateur italien, et donc non susceptibles d'une condamnation pénale.

Par contre — vu que dans certains Etats (par exemple, en Italie) le juge, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire dans l'application de la peine, doit considérer les antécédents pénaux et judiciaires du coupable, ainsi que sa conduite et sa vie précédant l'infraction (art. 133.2 c.p.) — le jugement ne devrait en principe être influencé ni par les faits commis à l'étranger et qui y sont considérés infractions pénales, dans le cas où les faits en question ne sont pas considérés comme tels en Italie, ni par les faits commis à l'étranger et qui n'y sont pas considérés infractions pénales, dans le cas où les faits en question sont licites en Italie.

#### 7.2. *L'harmonisation des sanctions et le principe du ne bis in idem.*

Sous une optique différente mais parallèle, il faut souligner qu'un processus d'harmonisation profonde des sanctions (par rapport aussi bien aux peines prévues de façon générale dans les différents systèmes punitifs nationaux, que surtout aux peines appliquées concrètement et exécutées) favorise de plusieurs points de vue l'application internationale du principe *ne bis in idem*, ou tout du moins le respect du principe général de proportionnalité.

a) En premier lieu, comme l'a bien spécifié Spinellis, l'augmentation de la confiance réciproque causé par la prise de conscience du niveau élevé d'homogénéité

pour ce qui concerne les choix respectifs en matière de sanctions, représente une condition importante pour induire les Etats à accepter l'application du principe *ne bis in idem* non seulement dans leur propre système juridique mais aussi dans les rapports avec les autres systèmes, c'est-à-dire en relation à des décisions prises dans plusieurs pays.

b) En deuxième lieu, indépendamment du rapport vertueux existant entre l'augmentation du niveau de confiance réciproque et acceptation du principe *ne bis in idem*, il est évident que même à l'échelle internationale l'application du principe *ne bis in idem* est beaucoup plus facile dans le cas où on y fait référence par rapport à plusieurs sanctions faisant toutes parties du même sous-système punitif (pénal, administratif, disciplinaire, civil). Cela se vérifie, comme on le sait, pour toute une série de raisons. Il suffira ici de rappeler que parfois on a tendance à attribuer aux sanctions pénales et aux administratives des fonctions différentes et complémentaires, qui justifieraient le fait de déroger au principe *ne bis in idem*. Dans ce sens, l'application de ce principe serait sans aucun doute favorisée par un processus de rapprochement des réponses punitives capable d'attribuer au même fait une nature analogue (pénale, administrative etc.) dans les différents systèmes européens.

c) En troisième lieu, on ne doit pas sous-estimer certaines conséquences de type pour ainsi dire "comptable" liées à une harmonisation punitive et destinées à favoriser l'application non seulement du principe *ne bis in idem* mais aussi du principe de déduction (*Anrechnungsprinzip*), qui est étroitement lié au premier dans la perspective d'un idéal supérieur de proportion de la peine. En effet, comme précisé par Spinellis, il peut arriver que, à cause des différentes réponses punitives prévues dans différents Etats, on ne désire pas recourir au principe *ne bis in idem* en se contentant — là où il faut punir un fait déjà puni par un pays étranger — d'appliquer le principe de déduction des mesures punitives qui y sont infligées. Toutefois, même ce procédé de déduction des peines déjà infligées à l'étranger, de façon à réduire proportionnellement les peines à appliquer, peut être entravé par l'absence d'un niveau d'harmonisation "qualitative", aussi faible soit-il, entre les sanctions appliquées dans deux systèmes nationaux différents. En effet, dans le cas où les peines appliquées dans deux Etats seraient hétérogènes non seulement pour leur quantité mais aussi pour leur type (par exemple peine de détention dans un Etat et peine d'interdiction dans l'autre) il peut être très difficile de réaliser concrètement la déduction nécessaire. En définitif, donc une harmonisation punitive se révèle utile non seulement pour éviter les risques de doubler la peine par rapport au même fait, mais aussi pour faciliter les formes de "comptabilité punitive" afin d'établir la déduction de la peine sans lesquelles toute possibilité de proportion et équité de la peine appliquée est exclue à priori.

### 7.3. *L'harmonisation des sanctions et ses retombées sur les différentes formes de coopération pénale.*

Enfin, pour ce qui concerne les conséquences de l'harmonisation des sanctions sur la coopération pénale, il est important de souligner combien cette harmonisation facilite la coopération sous toutes ses formes, c'est-à-dire dans le cas où elle est réalisée aussi bien dans le cadre de l'activité de police que par les organismes judiciaires à fins procédurales, et enfin dans le cadre du transfert des condamnés après un arrêt définitif.

En particulier, par rapport à l'activité de coopération des organismes étrangers de police, il est facile à comprendre que l'efficacité de cette activité sera conditionnée au



fait que les organismes en question doivent collaborer quant à des faits qu'ils considèrent reprochables en tant que prévus comme infractions pénales dans leur pays.

Des considérations semblables peuvent être faites pour la coopération entre les organismes judiciaires, laquelle sera largement conditionnée par l'évaluation de la gravité du fait dans le pays coopérant et par l'acceptation de la part de ce dernier des conséquences punitives qui seront infligées à son auteur.

Enfin, pour ce qui concerne l'extradition, il est évident que seul le niveau augmenté de confiance réciproque lié au processus d'harmonisation des sanctions représenterait un bon remède pour pouvoir dépasser des conditions très étroites en matière d'extradition fixées par la Convention de 1957. Plus précisément, serait ainsi facilitée l'application des Conventions de 1995 et 1996 dont l'efficacité au mois de juillet 2002 est paralysée par l'absence de ratifications de la France et de l'Italie<sup>4</sup>; ou bien serait facilité le passage à des systèmes d'extradition supersimplifiée (du type de celui qui a été conclu entre l'Italie et l'Espagne le 28 novembre 2000<sup>5</sup>); enfin et de façon plus radicale, serait plus facile la transition tout court d'un système d'extradition fondé sur la coopération à un véritable espace de justice commun basé sur la reconnaissance réciproque, et donc sur des formes automatiques de transfert juridictionnelles sans aucun contrôle politique, selon ce que prévoit le mécanisme d'extradition élaboré par la décision cadre entrée en vigueur le 2 août 2002<sup>6</sup>.

#### 8. *Les raisons à caractère symbolique.*

Passons maintenant à l'analyse des raisons pour ainsi dire "symboliques" justifiant l'harmonisation des systèmes de sanctions. A ce propos, il est possible de prime abord de distinguer trois raisons différentes même si étroitement liées entre elles.

a) la première raison est qu'un processus ultérieur de rapprochement des réponses punitives dans les Etats de l'U.E. pourrait exprimer un idéal d'équité, en éliminant ces différences en matière de sanctions qui nient les principes communautaires d'égalité et de non discrimination;

b) la deuxième raison est que, comme il a été ponctuellement précisé, "Les disparités (à propos des sanctions) dans les solutions prévues par les diverses législations pénales peuvent (...) détruire le sentiment d'appartenance à l'Europe en tant qu'ensemble politique, juridique et culturel"<sup>7</sup>. En ce sens, au moins par rapport à ces comportements caractérisés par un niveau de gravité suffisamment homogène au sein des Etats membres — mais paradoxalement parfois punis avec des mesures sensiblement différentes pour plusieurs raisons souvent accidentelles et donc difficilement explicables de façon rationnelle — il serait opportun de favoriser un processus d'harmonisation des sanctions qui puisse refléter cette homogénéité de sentiment;

c) la troisième raison, sous bien des aspects spéculaire à la deuxième, est que — compte tenu du rapport synallagmatique existant entre gravité de l'infraction et niveau de la peine — l'application, pour la même infraction, de sanctions différentes d'un Etat

<sup>4</sup> Et aussi pour ce qui concerne la Convention de 1995, à cause de l'absence de ratification de la part de la Belgique.

<sup>5</sup> Cf. SALAZAR, *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, p.1042.

<sup>6</sup> Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 13 Giugno 2002, n.2002/584/GAI, "relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri", in *GUCE L 190* del 18 luglio 2002.

<sup>7</sup> TSITSOURA, *Faut-il un droit pénal européen?*, in *Pouvoirs*, 1990, n. 55, p. 139.

à l'autre pour leur nature, type et quantité, tend à affaiblir toute homogénéité d'évaluation de la gravité de l'infraction de la part des citoyens de l'U.E.. Comme on peut l'imaginer, un tel état des choses entrave la prise de conscience de cet "héritage culturel commun" qui selon l'article 151.1 TCE constitue un des objectifs que la Communauté s'est fixée.

#### 9. Les raisons d'ordre pratique.

Pour ce qui concerne enfin les raisons d'ordre pratique liées à un ultérieur processus d'harmonisation des sanctions au niveau européen, il suffira de rappeler ici que le maintien de choix punitifs parfois manifestement différents d'un Etat à l'autre entraîne toutes une série de conséquences négatives et en particulier:

a) il implique la création de véritables "paradis criminels"<sup>8</sup>, favorisant — tout du moins par rapport aux infractions intentionnellement réalisées au fin de profit — leur concentration dans les Pays qui prévoient des réponses punitives inadéquates par défaut;

b) toujours en ce qui concerne les infractions intentionnellement réalisées au fin de profit, il altère les conditions du marché, déterminant la variation de ce qu'on appelle le "coût du délit"<sup>9</sup>: c'est-à-dire la variation du risque — le plus souvent prévisible et estimable — de subir une peine qui tend à équilibrer l'avantage économique dérivant de la réalisation de l'infraction. Ce risque, comme on le sait, peut être neutralisé seulement en augmentant le coût du produit par rapport au niveau du "risque-peine", ou bien en assumant des comportements légalement conformes qui provoquent eux aussi une augmentation du coût du produit. Tout ceci entraîne un désavantage pour ceux qui subissent la concurrence de la part des sujets qui commettent les infractions dans des Pays où le "risque-peine" est particulièrement bas;

c) il implique des inégalités dans la protection des citoyens de l'U.E.<sup>10</sup>: par exemple un Etat qui appliquerait des sanctions très faibles pour des infractions en matière de pollution du sol, et qui donc ne découragerait pas assez ces comportements, exposerait ses citoyens à des risques pour leur santé nettement supérieurs par rapport aux risques courus par les citoyens d'un autre Etat de l'U.E. caractérisé par une politique environnementale plus rigoureuse;

d) il entrave la prévision, de la part des opérateurs économiques internationaux (ainsi que de façon plus générale, de la part de chaque citoyen à l'étranger) des

<sup>8</sup> Cf., par exemple, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 142; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 30.

<sup>9</sup> Cf., entre les autres, DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, vol. I, Paris, 1990, p. 39-40; GRASSO, *Prospettive di uno "Spazio giudiziario europeo"*, in *Indice pen.*, 1996, p. 114; LAFARGE, GENDREL, *Le droit pénal communautaire du travail, vue de l'esprit ou réalité juridique?*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 153; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 61; NUVOLONE, *Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Indice pen.*, 1980, p. 5 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 334 ss.

<sup>10</sup> Cf. déjà BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 215; plus récemment, HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 542 ss.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 502; HUYBRECHTS, *Droits de l'homme et harmonisation des sanctions communautaires*, *ivi*, pp. 507-508.



conséquences au niveau des sanctions liées à leur comportement<sup>11</sup>; prévision qui, en effet, peut s'avérer particulièrement difficile là où les Etats membres maintiennent les différences actuelles très remarquables en matière de sanctions, et qui par contre s'avère intuitivement facilitée dans un espace de liberté, sécurité et justice caractérisé par une certaine homogénéité des réponses punitives;

e) et encore, quant aux fonctions de la peine, il projette une ombre de soupçon sur les réponses punitives prévues au sein de chaque Etat, en favorisant selon le cas la sensation de leur disproportion par défaut ou par excès. A son tour, ce soupçon entraîne inévitablement une perte d'efficacité de la peine par rapport à sa fonction de "prévention générale positive"<sup>12</sup> (perte d'efficacité qui, comme on le sait, se vérifie lorsque le niveau de la peine, à cause de son évidente disproportion par rapport au fait commis, provoque chez les citoyens — coupables, victimes, tierces personnes — un sentiment de rébellion contre la loi, favorisant ainsi des formes de vengeance privée ou au contraire faisant de l'auteur de l'infraction une victime de la société et du système de sanctions que cette dernière s'est donné;

f) toujours quant aux fonctions de la peine, il a tendance à mettre en crise la fonction de resocialisation. Ceci est facilement compréhensible si l'on considère combien il est difficile, au sein d'une Communauté régie par des valeurs communes, de justifier l'application dans certains Etats de sanctions pénales conçues à des fins spécifiquement de rééducation/resocialisation pour des comportements punis dans d'autres Etats au niveau administratif (donc avec des mesures non conçues pour la resocialisation du coupable).

#### 10. Conclusions.

Nous avons cherché aux paragraphes 7 à 9 à repérer certaines des raisons qui rendent opportun un processus européen d'harmonisation des sanctions dans le droit de fond, le droit procédural et le droit pénitentiaire.

Etant donné les liens très étroits existants entre les raisons d'ordre juridique, symbolique et pratique, il est certain que le rattachement de certaines de ces raisons à l'une de ces trois catégories plutôt qu'à l'autre peut paraître arbitraire. Ainsi, par exemple, les raisons de l'harmonisation liées aux différentes formes de coopération pénale (cf. par. 7.3) pourraient peut-être être considérées comme des raisons non pas à caractère juridique, mais plutôt d'ordre pratique. Au contraire, les raisons liées à un idéal d'équité favorisé par l'élimination des différences en matière de sanctions qui nient les principes communautaires d'égalité et de non-discrimination (cf. par. 8, lettre a), pourraient peut-être plus spécialement figurer dans les raisons d'ordre juridique au lieu de celles d'ordre symbolique; et encore, un caractère majoritairement juridique pourrait peut-être être reconnu aux raisons (ici rattachées à caractère pratique) se rapportant à la volonté d'éliminer les inégalités dans la protection des citoyens de l'U.E. (cf. par. 9, lettre c) et de faciliter la prévisibilité des conséquences au niveau de sanctions liées au comportement de chaque citoyen à l'échelon (cf. par. 9, lettre d).

<sup>11</sup> Cfr., pour tous, *Criminalité des affaires et Marché commun*, Paris, 1982, par M. Delmas-Marty, pp. 153 ss. e 168 ss.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, cit., p. 498 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, Riv. trim. dir. pen. econ., 1991, p. 983.

<sup>12</sup> Cf. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *I limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 92.

Il est probable que, dans le fait de retenir de façon prévalente l'aspect juridique, symbolique ou pratique des raisons rappelées dans les paragraphes précédents, puisse influencer la propre culture juridique du pays d'appartenance. En particulier, dans les pays de *civil law*, le côté juridique de ces raisons pourrait être prévalent, ceci en harmonie avec une idée du droit qui privilégie une logique de cohérence formelle sur les exigences de type pratique. Par contre, dans les pays de *common law*, tendant à privilégier les instances concrètes de la *consistency*, la majorité des raisons citées ci-dessus pourrait être cataloguée parmi celles d'ordre pratique.

### III. REASONS FOR MAINTAINING THE DIVERSITY

Kimmo NUOTIO

*Professor, University of Helsinki*

The authority to decide on crime and punishment is one of the very central features characterising the sovereign powers of an independent state. Issues on criminal policy have already for a very long time fallen very clearly under the competence of the individual states. This fact can probably also be referred to as one of the explanations for the prevailing diversity in approaches to crime and punishment in different domestic jurisdictions. Probably, if we look at Europe in legal cultural terms and compare it with other parts of the world, we will notice that there are some general characteristics in a European approach to criminal policy issues. This general value basis includes the recognition of human rights, it includes a shared understanding of the fundamental contradictions of building up a rational and functional criminal justice system which would preserve and support important values in the society without lending itself to a misuse of state power against the own citizens. The general value basis is, however, still very weak.

The European legal systems have already lived through a long history and respectively there is a long term experience concerning legal responses to criminality threats. Ideologically the dominant trends in criminological and criminal policy thinking have shifted between various options (such as special prevention, general prevention, *deféense sociale*, just desert, rehabilitation, abolitionism). Reflecting the actual 'climate' of the dominant political ideologies and different fundamental political and legal values of the 'nation states', the domestic legal systems have, as a result of political decisions, developed into different directions. The current diversity, which can be observed when comparing domestic legal systems from the point of view how they understand the use of penal sanctions, is a natural outcome of the diffuse forces and traditions behind the development of legal systems. The diversity is a natural point of departure rather than a specific problem. It will be regarded as a problem only if the diversity creates specific problems that cannot adequately be dealt with without first reducing the diversity. Therefore, a critical analysis of the need for a harmonisation will require more than just a plain descriptive comparative analysis of the differences. Some principles of European Union law, such as the subsidiarity principle, are

expressions of the fact that certain functions naturally fall of the Member States. A reversal of this hypothesis requires arguments.

The idea of a radical diversity concerning domestic criminal justice systems that could be related to historical, political, and ideological reasons does not, however, give a full description of the process. Despite the fact that criminal law is very clearly 'situated' on the level of domestic legal systems, the increasing mutual interdependence of societies and states has already for a long time motivated an increasing effort to enhance legal cooperation within the international community. Many such efforts have had at least to some extent a harmonising effect. The emergence of an international criminal law exemplifies this tendency. Partly this development deals directly with the weak legal order called international law, partly again it is visible on the level of domestic legal orders. The international treaties, however, do not usually address directly issues of harmonisation of definitions of various crimes or of penal sanctions to be applied. Often, the approach is more to define a certain common general approach in order to guarantee a smooth cooperation of officials in transnational or cross-border cases.

The international treaties on this field usually have more detailed provisions on crime definitions than of the penal sanctions to be applied domestically. Often, the problems of criminality, like terrorism, drugs trafficking, or money laundering, have been approached from a problem-oriented and sector-like point of view addressing a great many aspects of the problem field simultaneously. From the point of view of legal harmonisation or convergence, such an effect is strongest concerning the crime definitions in that sector and other legal provisions dealing with inter-state legal co-operation.

The systems of sanctions have, in turn, been much *less* influenced by such harmonising tendencies. The systems of penal sanctions have, of course, been on the agenda when drafting international convention on field of the human rights. The question of permissibility of the death sentence is the clearest example of such an issue regulated in numerous international instruments. In general lines, the issues of penal sanctions and sentencing have much more often been dealt with in international *soft law* instruments. This division of labour can be seen, in example, in the work of Council of Europe.

Against this background it is easier to understand the nature of the diversity questions especially when the domestic laws on penal sanctions are concerned. The diversity is, even if not total or

irrevocable in all its dimensions, still a natural starting point. A comparative study easily confirms this. In almost every possible detail of the legal system of sanctions the adopted solutions vary from one country to another. Those countries which in text-books of comparative law are listed to belong to the same legal families, show a greater resemblance than such pairs of countries which do have a common 'family background'.

The legal systems which have developed under the condition of a legislative cooperation aiming at a greater convergence (the Nordic countries since early 1960's, the Benelux countries, etc.) have usually been able to build up a common view in general criminal policy questions. Still, even under such conditions, the systems of sanctions have preserved much of their domestic character.

Thinking in gross legal families may sometimes be oversimplified: even though countries like Sweden and Finland share much of the approach, still quite many basic solutions differ (electronic surveillance is being practised in Sweden, not in Finland; mediation is being widely practised in Finland, but not in Sweden, etc.).

The diversity is underlined by the fact that a criminal justice system is a product of norms of very different character. The legal procedural norms are closely connected to the roles given to various institutional actors in that process. As will easily be conformed, in this respect the European legal systems are built on quite a few different models. The division of labour between the police, the prosecutor and the court may vary significantly in different legal systems. Also, if we add the layer of sentencing and execution of sentences to this setting, we find again similar features. In some countries the courts or the prosecutors are genuinely responsible for decisions concerning the execution of sentences whereas in several legal systems such authority lies foremost by specific administrative authorities. A harmonisation of norms that have a close contact to such an institutional setting will face obvious difficulties, if that would be proposed. The restructuring of the institutional setting would, therefore, be a preliminary condition for reforms aiming a uniform solution in such issues. Therefore some of the reasons for maintaining a diversity are very real and concrete and have to do with practical difficulties in creating a greater unity.

A similar point could be made also concerning some other aspects. The current institutional framework of the law of the European Union, aiming at the further development of Europe as an Area of Freedom, Security and Justice, does not give the EU a full mandate to deal with issues relevant for combating criminality. The provisions clearly restrict the scope of action to some specific forms of serious criminality, esp. to organized international criminality, and other serious



forms of criminality mainly with a cross-border element. The common European concern does not cover the full substantial area of criminal justice systems. Still, the European Union is taking increasingly a responsibility of the citizens' security also in these criminality issues.

Of course we might say that because the third pillar co-operation is by nature intergovernmental, no clear limitations of the measures adopted are necessary from the point of view of competence issues. But still, where we are now, the EU cannot address freely the full domain of domestic criminal law and domestic criminal policy. The current treaty framework as a basis for legal actions was analysed in detail above (see pp...)

For that reason the maintaining of a diversity concerning the systems of penal sanctions seems a very natural thing. No binding measures could be adopted to general issues concerning the contents of domestic penal systems. The limited competence of the EU would make every effort for a comprehensive reform in the law of sentencing fail. The only solution would be to restrict the harmonisation to such issues that can be dealt with without a risk of spill-over to such areas that do not fall into this regime. Questions such as rules on early release or the impact of foreign judgements to sentencing could possibly be dealt with without trying to abolish all of the diversity if specific rules can be formulated that do not entail a necessity of revising the whole of the domestic norm framework.

Preserving a diversity can also be looked at from the point of view of criminal policy and its rationality. Today, most of the criminality dealt with in domestic trials is still domestic in its nature. From the point of view of a general criminal policy rationality it is obvious that the institutions and legal frameworks for combating such ordinary forms of criminality must be set against the domestic experiences and draw on those experiences and traditions. The level of repression within a criminal justice system may be hard to determine, but still it is there. The level of repression of a system depends, in turn, on quite many factors determining the actual content of the sanctions. Rules on early release, for instance, shape a lot the severity of the system. If the provisions of early release would be abolished or changed into a stricter direction, the level of repression might raise or drop significantly.

If there is a need to give more detailed rules on such issues on a European level, the impact of such changes should have to be restricted to some specific areas of severe cross-border crime only. That again might produce problems of consistency and coherence for the legal systems of individual

states. The coherence could be at risk especially when looked at from the point of view of the criminal political rationality of the system. In fact, such problems are frequently noticed on the level of domestic legal systems trying to live up with the international obligations and at the same time trying to protect the coherence of the legal system. In many instances legal techniques may be developed to solve such problems, but also when a solution can be found, it will often result in an increased complexity of the norms required.

Above (at pp. ..), as the *opportunity of harmonisation* was discussed, the analysis led to the recognition of certain differences between sensitivity of areas of criminal law when looked at from the point of view a possible harmonisation or unification of penal sanctions. The protection of common European interests (environment, safety of the alimentary, the budget of the European Union, euro) was seen as calling for the widest common action. One of the problems is, however, that harmonising of some structural elements only in the systems of sanctions would not be enough in order to guarantee a uniform sentencing practice.

The system of criminal sanctions is a *micro-cosmos* of the whole system of the norms of criminal law. The law of sentencing, as it has been written down in law-books and as it is practised in several countries, entails references to the system of general liability rules (general legal concepts and general legal principles, definitions of general prerequisites of penal liability). In a sentencing phase these liability issues are being looked at from another angle, from a wider perspective than as merely liability rules. In most European countries as concerns the law of sentencing an emphasis is put on the crime committed, and especially the objective dangerousness and harmfulness of the act as well as the personal guilt-aspects more connected with the perpetrator are in the focus. A great variety of solutions can be pointed out, but most of the options share this as a starting point. In the field of criminal law, the general doctrines of liability are very sophisticated by nature and interpretations given to them differ from one country to another. Here again we can refer to the legal cultural determinants behind these kind of differences. The systematic nature of the norms on both of the two levels, on the level of general liability rules and on the level of sentencing law, makes a piecemeal approach very difficult to adopt. We noted earlier that the international legal instruments are in fact often following a piecemeal strategy targeting at one specific problem at a time only. Concerning the general liability rules and the sentencing rules, such an approach is not very attractive.

Earlier we referred to institutional roles and how and why they affect the running of criminal procedure, sentencing, and execution of a sentence. In some jurisdictions the sentencing law is quite weak because the legal system takes the judge's free discretion as the starting point. A constitutional understanding which presumes an almost unlimited authority of a judge to decide on questions of punishment may in fact exclude the possibility of developing a rational law on sentencing. On the other hand, in such countries that operate with elaborated grounds and principles of sentencing the idea of a free discretion has already been abolished: the discretion of the court is legally regulated and the whole system presupposes that the individual actors within the system are set under a duty to motivate their decisions by reference to such elements. If no such duty exists, the system in fact entails a 'black box', and the contents of that black box can be studied only indirectly. Here we have found a very fundamental aspect of how law works: if the diversity concerns not only the concrete formulations of various principles and the like, but *also the question whether such principles exist at all*, any proposals addressing this question have to go beyond merely seeking for a common ground or a common lowest denominator. Instead, constructive proposals for creating a possibility of a common ground need first to be produced.

Criminal law is highly ideological and value-laden in its contents. Also the question of the legitimacy of criminal law must deal with this question. A penal law is a 'list of the sins' of a particular society, and the evaluations of that society are reflected in it. Not only the definitions of the 'bad' actions, crimes, in order to protect a valuable 'good', an interest, share this feature, but also the system of penal sanctions incorporates a similar dialectic of the bad and good. The prison sentences are the harshest we have nowadays, they are meant to be restrictions of liberty and also effectively preventing future crime. The domestic innovations of how to deal with deviancy and how to punish people who have done wrong could be understood as indicators of cultural development. The legitimacy of the legal system is dependent on the fact that the popular conscience of the people can find the contents of the system in general lines acceptable. Still, very often the people have too strong expectations that a tough criminal policy could solve crime problems.

The rationality of a criminal policy is not totally a matter of political acceptance only, but also criminological and other knowledge is valuable. The diversity of approaches may thus also illustrate the point that the concrete criminal politics of a country may sometimes seem irrational if looked at from the point of view of the rationality of another system. If very much emphasis will be put on the deterrent functions of the threat of punishment, easily less repressive legal systems will be taken as

'criminogenic', as encouraging the committing of crime, as attracting criminality, as being the weakest part in the chain of the control. The talk about 'jurisdiction shopping', or 'criminal paradises', for instance, indicates such an approach. There is, however, not much general criminological evidence of such a movement of the criminality. In United States, for instance, the penal codes are still on the level of the states, which enables the different states to define their own approach and values for other than crimes with a significant cross-border element. This respects also the principle of subsidiarity. A comparative study that takes a look at possible black spots in control of criminality should choose to make use of in-depth studies of crime prevention and control, and not be based on common sense arguments only. The effectiveness of control is not identical with the sentencing level.

One might say that stressing the aim of developing the European Union as an Area of Freedom, Security and Justice goes further than that: that it already presumes a cultural unity and shared basic. But isn't it rather the other way round: the differences in cultural evaluations are part of the explanations of why we have such legal differences in the first place? We should instead formulate the question another way: is an Area of Freedom, Security and Justice viable *without* a strong unification of the cultural values related to the criminal justice systems?

The diversity in that sense is not something one should wish to get rid of, quite the opposite. An approach aiming at harmonisation or unification would, in criminal policy terms, presuppose that a rational criminal policy could be formulated for the larger 'region' in question. Taking into consideration the reasons behind the current diversity in Europe, there is not much hope that one could formulate the guiding criminal policy principles, fill them with common evaluations, and be able to reform the whole of the law of penal sanctions in order to create a reasonable convergence on the area. The differences are not only random and accidental, they are systematic.

The other direction, not the top-down model of implementing hard law, but the softer grass-root strategy of promoting 'free movement of legal ideas and innovations' between the legal systems, and encouraging of including comparative aspects in law drafting processes, and the use of model legislation and other soft law, might prove much more successful in the long run. It might lead the point in which the actual harmonisation strikes a reasonable balance between the reasons for maintaining the differences and those for to abolish them. The harmonisation of the law of sanctions would progress in line with other legal-cultural harmonisation, but not be used instrumentally as the engine for promoting legal-cultural uniformity.

If we make a distinction between the *vertical* harmonisation and the *horizontal* interstate legal co-operation, we might observe that the latter way respects much better the diversity, even though it might entail the need to give simultaneously rules with a harmonizing effect. Still, the horizontal co-operation, and the legal measures enhancing it, can be quite powerful in producing convergence-creating results. The mutual recognition of final decisions and judgements, if fully realised and implemented, would indirectly produce a lot of interstate legal communication that would in the long run probably lead to a greater convergence. As regards the law of penal sanctions, this horizontal approach proves to be less problematic than the vertical one.

The enhanced co-operation is motivated also in the light of filling legal gaps and thus increasing the rationality of the systems. This might be one of the true merits of an 'area of freedom, security and justice'. For instance if the legal systems do not consult with each other, a perpetrator who has been sentenced already in several countries may in a new process be held a first time offender, if the horizontal co-ordination is not up to date. Such issues may, when taken notice of, motivate the domestic legislators to give more room for such forms of co-operation. Often also this will require a law reform.

At the moment it is hard to tell how far-reaching consequences this the principle of mutual recognition of decisions and judgements will imply. The most important of its expressions is the creation of a commonly European arrest warrant connected with a fast track surrender procedure. This measure is will be applied, however, for a list of specific crimes only. It remains to be seen how strong pressures for harmonising the substantial legislation on those crimes will eventually be caused by the mere fact that the officials no longer can refrain from action if no specific grounds are at hands.

It is clear that the principle of mutual recognition will in the next future find many other expressions as well. Several such proposals are being listed in the last Biannual Update of the Scoreboard, presented by the Commission (COM (2002) 261 final). These include the application of mutual recognition to pre-trial orders and a feasibility study of improved cross-border co-operation on the transfer of proceedings and the enforcement of sentences.



## IV. LA LÉGITIMITÉ DE L'HARMONISATION DES SANCTIONS PÉNALES AU REGARD DES SOURCES DU DROIT

Emmanuelle GINDRE.

*Professeure agrégée d'économie-gestion, ATER à l'Université de Montpellier I.*

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

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

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

La légitimité s'entend alors, d'une part, du respect des formes et contenus de l'harmonisation prévus par les États membres. L'harmonisation des sanctions pénales doit donc s'appuyer sur une base juridique réelle, issue des Traités fondant l'Union européenne (I). La légitimité désigne, d'autre part, la conformité aux principes fondamentaux figurant dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et Des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950, rappelés dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne <sup>1</sup>(II).

---

<sup>1</sup> En date du 7 décembre 2000, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000.

## I Le choix délicat d'une base juridique.

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

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

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

### A/ Le cadre restreint du titre VI du Traité sur l'Union européenne.

Quand l'harmonisation des sanctions pénales est possible et opportune, il apparaît souhaitable qu'elle s'effectue dans un cadre de droit pénal général, et non spécial c'est-à-dire se cantonnant seulement aux sanctions de quelques infractions ciblées. En effet, s'il est sans doute primordial d'harmoniser les sanctions des infractions transfrontières, il est également important d'étudier l'harmonisation des sanctions d'infractions nationales, ne serait-ce que pour éviter la pratique du *jurisdiction shopping*<sup>4</sup>. Il ne peut y avoir d'espace de sécurité, de liberté et de justice véritable que si tous les effets nuisibles de la criminalité sont éradiqués, qu'ils soient directement, ou seulement indirectement, transfrontières. Tout citoyen européen

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

<sup>3</sup> Tel qu'énoncé à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne.

doit pouvoir être en sécurité et jouir de sa liberté sur tout le territoire de l'Union, en pouvant s'en remettre à n'importe quel État membre pour assurer la justice, le maintien de cette liberté.

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

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

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

---

<sup>4</sup> Se reporter à l'analyse de l'opportunité de l'harmonisation.

<sup>5</sup> Article 29 du Traité sur l'Union européenne, paragraphe 1er.

<sup>6</sup> Article 29 du Traité sur l'Union européenne, en ses deux derniers points.

domaines, ce qui élimine toute possibilité s'agissant de la criminalité dite *courante* (car nationale et de faible ampleur mais statistiquement la plus importante).

De plus, même s'agissant des infractions prises à titre d'illustration dans l'étude<sup>7</sup> (hormis le terrorisme), ces limitations posent problème. En effet, la cybercriminalité et la criminalité environnementale, pour entrer dans le champ de l'harmonisation, doivent revêtir une forme *organisée*<sup>8</sup>. Les mesures d'harmonisation ne doivent-elles viser que la commission en bande organisée de ces infractions ? Même si, en effet, démanteler les réseaux de pirates informatiques ou prévenir le terrorisme environnemental est une priorité, la cybercriminalité et la criminalité environnementale ne sont pas toujours commises en réseaux organisés. Faut-il pour autant que la lutte contre la cybercriminalité ou la criminalité environnementale soit différente selon que ces infractions se manifestent sous une forme organisée ou non ? Le niveau de protection élevée recherché par l'Union européenne invite à une réponse négative et c'est cette conception qui a été retenue par la Commission européenne dans sa proposition de décision cadre relative à la lutte contre la cybercriminalité. Cette proposition, fondée sur les articles 29, 30a, 31 et 34 §2b, ne fait du caractère organisé qu'une circonstance aggravante des infractions visées par la proposition d'harmonisation. Cette conception autorise donc une lecture élargie des dispositions du Traité sur l'Union européenne et permet une harmonisation des sanctions pénales de toutes les infractions pouvant entrer dans le champ de la criminalité organisée.

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

---

<sup>7</sup> Terrorisme, criminalité environnementale, cybercriminalité.

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



judiciaire ? Il est à craindre que cette harmonisation des pratiques se trouve limitée par des législations divergentes, qui ne s'adaptent pas forcément sans l'impulsion européenne.

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

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

Aucune base juridique évidente, et surtout complète, n'apparaissant dans les articles concernant l'harmonisation des sanctions pénales proprement dite, il convient d'examiner la possibilité d'autres solutions suggérées par les Traités.

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

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

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



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

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

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

Pour autant, le principe de subsidiarité ne pourra pas servir de base juridique à cette harmonisation, n'étant pas une base juridique autonome. Il n'existe que comme une limitation de l'action de l'Union pour préserver les identités nationales, et non comme une potentialité d'élargissement de cette action. Il faut donc éliminer cette possibilité.

*b – Le Conseil européen de Tampere.* L'article 4 du Traité sur l'Union européenne dispose que « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales. ». Lorsque le Conseil

---

<sup>9</sup> Ainsi que l'énonce l'article 2 de ce Traité.

<sup>10</sup> Se reporter supra à l'analyse de l'opportunité de l'harmonisation.

<sup>11</sup> une réalisation insuffisante par les États membres, une réalisation meilleure par l'Union, dans la limite de ce qui est nécessaire.

européen de Tampere<sup>12</sup> incite les États membres à trouver un accord sur des sanctions communes dans des matières considérées comme prioritaires telles la cybercriminalité et la criminalité au détriment de l'environnement, il ne peut être question de prendre ses propos comme fondement juridique à une quelconque décision-cadre. Le Conseil européen donne des impulsions, mais leur concrétisation ne peut se faire que sur le fondement d'une base juridique réelle. La résolution du Conseil européen de Tampere ne suffit donc pas à légitimer une harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales.

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

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

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

<sup>12</sup> Qui s'est tenu les 15 et 16 octobre 1999.

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

<sup>14</sup> Tout en leur laissant une possibilité de les rejoindre.

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

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

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

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

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

On peut ensuite s'interroger sur la cohérence de la politique pénale élaborée au plan européen : si la cohérence de la politique environnementale est respectée, il n'en est pas de même pour celle-ci. En l'espèce, il s'agit d'une harmonisation impérative, la non transposition d'une directive étant sanctionnée au niveau communautaire. Dans le troisième pilier, au contraire, la décision cadre n'a pas de portée obligatoire et sa mise en œuvre ne repose que sur la bonne foi des États membres qui se sont prononcés à l'unanimité. Se pose alors la question

de la hiérarchie des valeurs défendues par la Communauté, puisque l'homogénéité de la protection de l'environnement est mieux assurée que celle de la répression des autres domaines de criminalité, comme le terrorisme (atteinte à la démocratie, au libre exercice des droits de l'Homme et au développement économique et social<sup>15</sup>) ou la cybercriminalité (menace pour la sécurité des données et globalement pour la société de l'information sur laquelle repose l'économie actuelle). Notons que l'initiative danoise en matière de criminalité environnementale était fondée sur les articles 31 et 34§2b) du Traité sur l'Union européenne.

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

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

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

---

<sup>15</sup> D'après la Décision Cadre du Conseil n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE n° L 164 du 22 juin 2002*, p. 3.

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



### C/ Quelques conclusions et recommandations.

En opérant une lecture stricte des traités, il apparaît que le choix d'une base juridique pour l'harmonisation des sanctions pénales est délicat. S'il ne pose aucun problème pour les sanctions applicables à un nombre restreint d'infractions, il n'en est pas de même s'agissant des sanctions d'infractions non commises en bande organisée, ni s'agissant du prononcé et de l'exécution des peines. La Commission européenne a parfois fait une lecture élargie des dispositions des traités. Ainsi, en matière de cybercriminalité, la base juridique choisie pour la proposition de décision cadre, qui ne vise que la criminalité organisée, n'a pas empêché la Commission de formuler des prescriptions d'harmonisation pour des manifestations non organisées de cette criminalité. Il serait donc judicieux de procéder de même pour l'harmonisation du prononcé et de l'exécution des sanctions pénales, surtout si le consensus des États membres est fort en la matière, en choisissant une interprétation par analogie de l'article 31 e). Il suffirait de considérer que le choix d'une sanction applicable entraîne mécaniquement le choix des modalités possibles d'application de cette sanction. À titre d'exemple, la décision cadre relative à la lutte contre le terrorisme aurait pu disposer que les peines maximales non inférieures à quinze ans prévues pour certaines infractions<sup>17</sup> ne pourraient faire l'objet que de telle ou telle modalité d'aménagement et pas telle autre ; que ces aménagements ne pourraient intervenir que si un quantum fixé de la peine aura déjà été exécuté... . L'effectivité des sanctions ne pourrait qu'en être renforcée, et le problème du choix de la base juridique résolu.

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

---

<sup>17</sup> Article 4 § 3 de la proposition de décision cadre.

<sup>18</sup> Voir infra, l'examen de la légitimité au regard des droits et principes fondamentaux.



limité d'infractions susceptibles d'être harmonisées et ouvrir le texte de l'article 31 e) aux sanctions prononcées et exécutées ?

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

## **II La nécessaire compatibilité de l'harmonisation avec les droits et principes fondamentaux.**

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

Le 7 décembre 2000, l'Union européenne décide de se doter d'une *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*<sup>19</sup>, dont la valeur juridique n'est pas encore clairement établie, mais qui a pour objectif « d'ancrer l'importance exceptionnelle et la portée des droits fondamentaux de manière visible pour les citoyens de l'Union. »<sup>20</sup>. Elle recense donc les droits et principes fondamentaux issus de diverses sources tant conventionnelles que jurisprudentielles<sup>21</sup>.

Dès lors, l'harmonisation des sanctions pénales, au même titre que toute intervention de l'Union européenne, doit être compatible avec les droits et principes reconnus dans ces textes, notamment avec ceux touchant au domaine de la justice. Remarquons en outre que la relation entre l'harmonisation des sanctions pénales et le respect des principes fondamentaux est à double sens. En effet, si l'harmonisation doit respecter les principes fondamentaux, le respect effectif de certains des principes énoncés dans la CESDH et la Charte commande une

<sup>19</sup> N° 2000/C 364/01, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000.

<sup>20</sup> Antonio VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue du Droit de l'Union européenne, n° 3, 2000, p. 499s.

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

telle harmonisation<sup>22</sup>. C'est le cas du principe d'égalité en droit : comment respecter ce principe si d'un État à un autre, chaque citoyen n'est pas assuré d'encourir une peine similaire pour la même infraction ? C'est également le cas du principe *non bis in idem* : comment assurer son effectivité si une harmonisation minimum ne vient pas prévoir la prise en compte des jugements prononcés à l'étranger ?

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

#### A/ Les principes à respecter par l'harmonisation des sanctions pénales.

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

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

- Le droit à la vie (art. 2§1 CESDH, Protocole n° 6, art. 1 CESDH, art. 2 de la Charte) : ce droit implique l'interdiction de recourir à la peine de mort.
- L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CESDH, art. 4 de la Charte).
- L'interdiction du travail forcé (art. 4 CESDH, art. 5 Charte) : notons ici que la CESDH admet toutefois le travail forcé dans le cadre d'une peine ou d'une libération conditionnelle, alors que la Charte des droits fondamentaux l'exclut totalement. Cette protection plus étendue fournie par la Charte est autorisée par l'article 52§3, même si ce dernier pose le principe d'identité du sens et de la portée des droits entre la Charte et la CESDH.
- L'interdiction de l'emprisonnement pour dettes contractuelles (art. 1 du Protocole n° 4 CESDH, non repris par la Charte) : ce principe ne fait pas obstacle à la contrainte par corps en cas de non paiement d'une amende légale.
- L'article 5 CESDH précise que le droit à la liberté n'est pas un obstacle à la détention avant ou après condamnation pénale.

---

<sup>22</sup> Se reporter à la partie sur l'opportunité de l'harmonisation.

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

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

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

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

- Les principes d'égalité en droit et de non-discrimination (art. 20 et 21 de la Charte, art. 14 CESDH) : si ces principes gouvernent également et en premier lieu la détermination de la loi pénale, ils lient le juge quant à son application.
- La présomption d'innocence et les droits de la défense (art. 6 § 2 et 3 CESDH, art. 48 de la Charte)
- Le droit à un procès équitable devant un tribunal impartial (art. 6§1 CESDH, art. 47 de la Charte) : notons que la Charte ne fait pas mention du principe de publicité des débats, qui reste implicite (art. 52 §3 et 53 de la Charte imposant le même niveau de protection des droits que celui de la CESDH), mais elle ajoute le droit à l'aide juridictionnelle dans un souci de justice sociale.

---

<sup>23</sup> Voir notamment CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres*; CEDH, 25 mars 1985, *Barthold*.

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

#### B/ Mise en œuvre et sanction de ces principes et droits fondamentaux.

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

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

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

<sup>25</sup> C'est le cas de la proposition de directive précitée.

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



fondamentaux : ainsi l'article premier s'intitule « infractions terroristes et droits et principes fondamentaux » et son paragraphe 2 renvoie à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne (dont la Charte est le reflet).

Quant au respect des droits fondamentaux pris individuellement, la décision-cadre sur le terrorisme reste un exemple pédagogique : le considérant 5 applique immédiatement le principe de proportionnalité en réclamant des « peines et sanctions correspondant à la gravité des infractions ». L'article 10 § 1 applique quant à lui le principe de présomption d'innocence en affirmant que l'accusation ne peut être fondée sur les seules allégations d'une victime de l'infraction.

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

Autre principe, autre interrogation : l'Union européenne respecte-t-elle le principe légaliste ? Ce principe signifie qu'une sanction pénale ne peut être appliquée à un acte que si le droit national ou international le prévoit, voire « les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » (art. 49 de la Charte, quasiment identique à l'article 7 CESDH). La notion de légalité retenue ici est sans conteste une notion très large de « jus » : loi au sens

---

<sup>27</sup> Pour une application de ce principe, voir infra.



de règle écrite et générale mais aussi coutume, jurisprudence et principes généraux du droit<sup>28</sup>. C'est d'ailleurs ce que considère la Cour européenne des droits de l'homme<sup>29</sup>. Toutefois, la référence au droit international comme loi n'opère que dans les conditions de sa mise en œuvre prévues dans ses textes fondateurs : cela ne légitime pas une application directe d'une décision-cadre, sans transposition. En outre, l'harmonisation en deux temps des sanctions pénales (norme communautaire, transposition en droit interne) donne une double dimension à cette notion.

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

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

---

<sup>28</sup> Voir l'étude de Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE, *Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal*, in *Mélanges en l'honneur du Doyen BOUZAT*, Paris, éd. Pédone, 1980, p. 149s.

<sup>29</sup> CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig*, Dalloz 1990, jurisp., 185, note J. Pradel.

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

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

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

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

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

*b – Les sanctions des droits et principes fondamentaux.* La légitimité de l'harmonisation des sanctions pénales par l'Union européenne au regard des droits

---

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

<sup>31</sup> Voir supra, la légitimité quant aux sources du droit.

fondamentaux repose en partie sur la possibilité de sanctionner toute atteinte portée à ces droits.

Avant de s'intéresser aux mécanismes de sanction proprement dits, il convient de préciser quel est le degré de contrainte de chaque texte et notamment, l'un par rapport à l'autre dans la hiérarchie des normes s'imposant aux États membres. Les États y sont soumis, mais lequel prévaut sur l'autre ? Curieusement, la hiérarchie n'est pas ici très claire. Si la Charte contient des dispositions plus protectrices que la CESDH et dans des domaines plus nombreux, le fait qu'elle ne soit pas intégrée aux traités, ni que référence y soit faite, la place après la CESDH, qui elle est visée par l'article 6 T. UE et qui dispose d'une force obligatoire assurée par un mécanisme de sanctions propre, contrairement à la Charte.

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

La Charte, quant à elle, dispose dans son article 51 que son contenu doit être respecté à la fois par les institutions et organes de l'Union européenne, et par les États membres, « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Même si ce texte n'a donc pas encore de portée générale, les États devront le respecter en transposant les normes européennes d'harmonisation des sanctions pénales. Malgré cette précision, la Charte ne dispose pas de mécanisme propre de sanction en cas de transgression d'un principe ou d'un droit fondamental. À ce jour, ce texte est dépourvu de valeur juridique contraignante. Toutefois, en prévision de son intégration dans les Traités et d'une modification en conséquence de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, il semble que les mécanismes prévus à l'article 7 de ce même Traité soient utilisables (constat par le Conseil et suspension de droits pouvant aller jusqu'à la suspension du droit de vote en son sein à l'encontre de l'État incriminé). Mais ces mécanismes ne concernent que la sanction d'un État par le Conseil. En cas de transgression par une institution communautaire, notamment au cours du processus législatif, les mécanismes actuels de contentieux communautaire (recours en annulation notamment) semblent pouvoir s'appliquer, avec en tout état de cause un contrôle final souhaitable par le Conseil de l'Union et une veille législative du Parlement européen.

### **Conclusion générale.**

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

## HARMONISATION DES SANCTIONS ET COOPERATION : LA NATURE ET L'ARTICULATION DES RAPPORTS

Stefano MANACORDA

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

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

Le rapprochement des règles de droit pénal de fond se trouve plus particulièrement rattaché à la « possibilité d'exécuter des sanctions pénales dans un État membre autre que celui du prononcé »<sup>1</sup> ou, en d'autres termes, à la *reconnaissance mutuelle* des décisions judiciaires, instrument principal et novateur de la coopération judiciaire actuelle, auquel les institutions européennes se réfèrent sans cesse depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam<sup>2</sup>.

La notion de reconnaissance mutuelle en matière pénale a été évoquée, pour la première fois, lors du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998. C'est afin de parvenir à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice qu'un processus visant à faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions et l'exécution des jugements en matière pénale dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam a été envisagé. L'idée a été reprise dans le Plan d'Action du 3 décembre 1998 du Conseil et de la Commission pour la mise en place des dispositions du Traité d'Amsterdam sur l'espace de liberté, sécurité et justice<sup>3</sup>.

Ensuite le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999 a estimé que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires devait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire tant en matière civile qu'en matière pénale au sein de l'Union européenne (points 33 à 37). Aux termes de la Conclusion n. 33, le principe ne se limiterait pas aux jugements, mais devrait également s'étendre aux autres décisions émanant des autorités judiciaires. Dans la suite du document deux catégories de décisions sont visées, en fonction du moment auquel elles interviennent : les décisions *définitives de condamnation* (n. 35) et les décisions

---

<sup>1</sup> Cahier des Charges.

<sup>2</sup> Voir en général G. DE KERCHOVE – A. WEYEMBERGH (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, éd. Université de Bruxelles, 2000 ; *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, éd. Université de Bruxelles, 2001 ; *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éd. Université de Bruxelles, 2002, spéc. p. 91 et s.

<sup>3</sup> JOCE C19 du 23 janvier 1999.



*précédant la phase de jugement*, en particulier celles visant l'obtention des éléments de preuve et la saisie des avoirs (n. 36).

Les travaux de la Convention européenne confirment aujourd'hui la priorité accordée par les instances européennes à un tel instrument, la reconnaissance mutuelle étant clairement considérée comme la 'pierre angulaire de la coopération'<sup>4</sup>.

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

Avant de procéder à de tels développements, il est cependant nécessaire de préciser, à nos fins, l'expression générique de reconnaissance mutuelle. D'une part, l'énumération mise en place à Tampere ne recouvre pas toutes les formes abstraitement imaginables de prise en compte des décisions étrangères : en sont exclues – entre autres – la prise en compte à des fins négatives (notamment aux fins du *ne bis in idem*), les décisions non définitives de condamnation<sup>5</sup>, les décisions prises au cours de l'exécution, qui rentreront en revanche dans notre analyse. D'autre part, au vu des éléments fournis pas les rapports nationaux, nous allons nous concentrer par la suite sur la seule sanction privative de liberté (ainsi que sur ses substituts à la phase du prononcé et sur ses alternatives à la phase de l'exécution) : restent en revanche en dehors de notre réflexion les sanctions pécuniaires<sup>6</sup>, qui ont déjà fait l'objet de quelques textes<sup>7</sup>, les interdictions, qui méritent un développement partiellement différent<sup>8</sup>, et les sanctions visant les personnes morales, qui - malgré leur

---

<sup>4</sup> Convention européenne, *Rapport final du Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice"*, 2 décembre 2002, conv. 462/02, p. 8:

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

<sup>6</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 15 et s.

<sup>7</sup> Pour les sanctions non pénales en matière de circulation routière : voir l'Accord de coopération concernant le traitement des infractions routières et l'exécution des sanctions pécuniaires en ce domaine, adopté dans le cadres Schengen : Décision du 28 avril 1999 (SCH/Com-ex (99) 11 Rev 2). Pour les sanctions pénales une proposition de décision-cadre a vu le jour concernant l'application du principe aux sanctions pécuniaires (JO du 2/10/2001). La décision-cadre sera applicable à toute décision qui, à titre définitif, inflige une sanction pécuniaire (obligation de payer une somme d'argent après condamnation) à une personne physique ou morale. La décision sera envoyée par l'autorité compétente de l'État membre d'émission à l'autorité de État membre d'exécution et accompagnée d'un certificat.

<sup>8</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 17.

importance dans les domaines de la criminalité environnementale et la cybercriminalité - ne sont pas spécifiquement visées par l'étude.

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

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

1. Au plan de l'initiative politique, le traité d'Amsterdam se limite à reconnaître une certaine interdépendance entre coopération et harmonisation, les Conclusions de Tampere mentionnent la question du rapprochement des législations nationales dans le cadre spécifique du mécanisme de *reconnaissance mutuelle* des décisions étrangères. Aux termes de la Conclusion n. 33, ce rapprochement contribuerait à faciliter « la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne »<sup>9</sup>. Une telle harmonisation vise directement « les aspects du droit procédural pour lesquels la fixation de normes minimales communes est considérée comme nécessaire pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle, dans le respect des principes fondamentaux du droit des États membres » (n. 37). En revanche le document ne se penche pas spécifiquement sur un rapprochement éventuel des incriminations et des sanctions qui s'y rattachent.

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

Dans le développement de la même logique, la Décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen (MAE)<sup>10</sup> se borne à édicter une liste positive d'infractions auxquelles le nouveau mécanisme s'applique, sans

---

<sup>9</sup> Seule s'ajoute la Conclusion n. 55 aux termes de laquelle « le Conseil européen recommande le rapprochement des dispositions de droit et de procédure en matière pénale sur le blanchiment d'argent (notamment en matière de dépistage, de gel et de confiscation d'avoirs). Le champ des activités criminelles constitutives d'infractions principales, dans le domaine du blanchiment d'argent, doit être uniforme et suffisamment large dans tous les États membres ».

<sup>10</sup> *Décision-cadre 2002/548/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remis entre États membres*, JOCE L190 du 18 juillet 2002. Voir Assemblée Nationale, Rapport de M. Pierre LEQUILLER sur le mandat d'arrêt européen - 11/12/2002 - n° 469 « Le Mandat d'arrêt européen et la Constitution ». En doctrine G. STESSENS, *The Principles of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. DE KERCHOVE – A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 91 s. ; E. BARBE, *Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes les conséquences ?*, *ivi*, p. 113 s. ; J. FREIBERGER, *The Search for CXriteria Determining the Competent Jurisdiction to Carry out Investigations and Prosecutions in the European Union (in the Context of Mutual Recognition of Decisions in Criminal Matters) ?*, *ivi*, p. 119 s. ; A. SENATORE, *Aperçu rapide. Le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre États membres de l'Union européenne*, *JCP*, 9 oct. 2002, p. 1773 s. ; Y. GAUTIER, *Adoption par le Conseil du mandat d'arrêt européen*, *Droit pénal*, oct. 2002, p. 18 s. ; E. BRUTI LIBERATI – J. PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, *Questione giustizia*, 2002, p. 70 s. ; SELVAGGI - VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo di arresto*, *Cass. pen.*, 2002, p. 444. ; L. SALAZAR, *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, *Dir.pen.proc.*, 2002, p.1041 s.

rentrer dans la question des convergences/divergences qui subsistent d'un pays à l'autre. L'article 2, délimitant le champ d'application du MAE, fait référence aux peines applicables ou infligées dans l'Etat d'Exécution (EE), mais il ne demande nulle part que ces sanctions soient modifiées afin d'assurer une cohérence au niveau des législations nationales. De même, pour les éléments constitutifs de l'infraction, le par. 2 de l'art. 2 s'affranchit du principe de la double incrimination, ainsi sous-entendant que le recours au MAE ne demande pas une harmonisation préalable même si cet aspect reste un motif facultatif de refus (art. 4, al. 1).

Plus ouverts apparaissent en revanche les travaux de la Convention, là où le rapprochement du droit matériel (y comprises les sanctions) – et la réforme des traités sur ce point – est érigé en objectif complémentaire de la reconnaissance mutuelle : « il conviendrait d'approfondir la réflexion sur l'inclusion éventuelle d'un troisième critère (pour l'harmonisation de fond), à savoir "lorsque le rapprochement est nécessaire pour susciter une confiance mutuelle suffisante en vue de permettre la pleine application de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou de garantir l'efficacité des outils communs de coopération policière et judiciaire mis en place par l'Union » (...) »<sup>11</sup>.

2. Au plan de l'enchaînement logique, l'approche restrictive envisagée à Tampere sous-tend la conscience des difficultés inhérentes à la modification des sanctions pénales nationales, véritable point de résistance de toute tentative d'harmonisation, à la fois pour les répercussions générales qu'elle est destinée à produire dans les systèmes internes ainsi que pour son lien étroit avec les règles en matière de culpabilité<sup>12</sup>.

Cependant, nous y voyons le réflexe plus large de l'attitude récemment développée dans le cadre de l'Union, et notamment au sein du troisième pilier, de rendre indépendante les questions de la coopération entre autorités judiciaires (largement entendue et englobant les mécanismes sous-mentionnés) des questions liées à l'harmonisation (notamment du droit pénal de fond), attitude qui s'était déjà traduite par exemple dans l'abandon de la règle de la double incrimination en matière d'organisation criminelle dans le cadre de la Convention de 1996 sur l'extradition<sup>13</sup>. C'est une conception simpliste et un peu ambiguë<sup>14</sup> qui, face aux difficultés (bien réelles mais pas pour autant évitables) d'harmoniser le droit pénal de fond envisage de les dépasser recourant à un mécanisme alternatif de nature procédurale.

---

<sup>11</sup> Convention européenne, *Rapport final du Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice"*, 2 décembre 2002, conv. 462/02, p. 10:

<sup>12</sup> Voir l'Introduction à l'ouvrage - Partie 2 : Définitions (M. Delmas-Marty), les Rapports portant sur la Légitimité (M. Delmas-Marty) et sur l'Opportunité (A. Bernardi), ainsi que notre article, *Union européenne et droit pénal: esquisse d'un système*, *Rev. Sc. Crim.*, 2000, p. 96-121.

<sup>13</sup> Voir A. WEYEMBERGH, *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et les conséquences*, in in G. DE KERCHOVE – A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 127 s. ainsi qu'en termes critiques M.L. CESONI, *Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse*, in G. DE KERCHOVE – A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen*, cit., p. 153 s.

S. MANACORDA (dir.), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, ARPE, PUF, coll. Faculté de Droit de Poitiers, 2002, p. 272s. et *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 35-74.

<sup>14</sup> Se réfère à une ambiguïté du mécanisme de la reconnaissance mutuelle aussi Delmas-Marty, *Introduction à l'ouvrage - Partie 2 : Définitions*, p. 2.



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

L'hypothèse radicale et diamétralement opposée de rendre, pour certaines infractions, la peine prononcée identique dans tous les États membres relève – il est clair - de l'utopie, tellement nombreuses étant les questions de la partie générale et de la partie spéciale qui viennent en jeu et tellement importants étant les clivages d'un système à l'autre : il suffit de penser, au delà du domaine propre de la sanction (finalités de la peine, régime des minima de peine, appréciation judiciaire, régime des circonstances, discipline de la récidive), aux mécanismes d'imputation de la responsabilité, aux différents modèles normatifs pour la participation à l'infraction, aux solutions variées pour la punissabilité de la tentative. En définitive, la sanction prononcée est le résultat final d'une équation complexe présentant un nombre extrêmement élevé de variables : il faudrait intervenir – par absurde - sur tous les facteurs pour garantir une sanction égale d'un ordre juridique à l'autre.

Seule solution serait donc celle de procéder à une véritable unification par secteurs du droit et de la procédure pénale, comme le *Corpus juris* pour la protection des intérêts financiers de l'Union et le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen<sup>15</sup> – à des degrés différents - l'envisagent<sup>16</sup>. Tout en étant précisé que le moment de l'exécution, tant en ce qui concerne les bénéfices liés à l'individualisation de la peine que, plus radicalement, les conditions de détention (qui restent malheureusement systématiquement en dehors de toute étude commanditée par l'Union), continuerait à être traversé par des clivages très profonds d'un système à l'autre.

En définitive, entre ces deux extrêmes de la 'solution zéro' et l'unification 'tout azimuth', il nous semble que c'est des solutions intermédiaires d'harmonisation qu'il faut préconiser, en se tenant à des standards minima mais non dérogeables, que l'on définirait comme étant les conditions nécessaires (mais non suffisantes) pour la 'libre circulation' des décisions pénales en Europe<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Commission des Communautés Européennes, *Livre Vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, Bruxelles, le 11.12.2001, COM(2001) 715 final

<sup>16</sup> Voir M. Delmas-Marty e J.A.E. Vervaele (dir.), *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres. Vol. I – Vol II - Vol. III – Vol. IV*, Ed. Intersentia, Antwerpen – Groingen- Oxford, 2000-2001.

<sup>17</sup> Sur le lien coopération / harmonisation voir Delmas-Marty, *Légitimité de l'harmonisation*, p. 4. Presque tous les Rapports nationaux paraissent favorables à une harmonisation des sanctions (même si en termes très variés) à l'exception du Rapport Royaume-Uni, qui paraît très rigide sur le point, et du Rapport Finlande, 15.

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

Dans le cadre du troisième pilier, comme on l'a vu, la possibilité d'harmonisation est expressément reconnue par l'art. 31 e) TUE. Dans le cadre du premier pilier, depuis les directives sur les délits d'initiés de 1989 et sur le blanchiment de capitaux de 1991, personne ne doute plus qu'une harmonisation des éléments constitutifs des infractions soit possible.

Prévoir une *harmonisation des incriminations* contribuerait à répondre, dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, aux objections en termes de violation du principe de légalité. Des telles réserves avaient été soulevées, par exemple, lors des travaux préparatoires du MAE<sup>18</sup>, ce qui a amené l'art. 2 al. 2 de la Décision-cadre à intégrer le principe. Il reste à exprimer notre préférence pour un principe de double punissabilité *in concreto*, qui nous mettrait à l'abri d'une parfaite identité – et donc d'une unification- entre systèmes.

Reste toutefois ouverte la *question des sanctions*. Mais là encore une confirmation de la possibilité de parvenir à un rapprochement peut être tirée de tentatives récentes apparues dans la législation communautaire et dans celle de l'Union. Au delà de la formule qui s'es imposée depuis l'affaire du mais grec-yougoslave, demandant des *sanctions proportionnées, efficaces et dissuasives* (employées aussi dans des textes tout récents)<sup>19</sup>, quelques contraintes supplémentaires commencent à s'esquisser comme celle de prévoir des sanctions *pénales*<sup>20</sup>, des sanctions *permettant l'extradition*<sup>21</sup>, des *minima*<sup>22</sup> ou des *maxima*<sup>23</sup> de *peine* communes, ou au moins des *peines privatives de liberté dans les cas graves*<sup>24</sup>. Tout cela témoigne du



<sup>18</sup> CAIANIELLO - VASSALLI, Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato europeo di arresto, *Cass. pen.*, 2002, p. 462.

<sup>19</sup> Action Commune relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, 21 décembre 1998, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>20</sup> Voir, entre autres, Action Commune du 17 décembre 1996 96/750/JAI, relative au rapprochement des législations et des pratiques entre les Etats membres de l'Union européenne en vue de lutter contre la toxicomanie et de prévenir et de lutter contre le trafic illicite de drogue, JOCE, L 342, p. 6, art. A

<sup>21</sup> Voir, entre autres, Action Commune du 24 février 1997 97/154/JAI, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JOCE 4 mars 1997 L 63 p. 2, Art. B litt. D); Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, JOCE C 195 du 25 juin 1997 p. 2, art. 5; Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE C 316 du 27 novembre 1995 p. 49, art. 2; Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes - Déclarations faites par les États membres à l'occasion de l'adoption de l'acte portant établissement du protocole, JOCE, C 313 du 23 octobre 1996 p. 2, art. 5; Décision-Cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (2000/383/JAI), JOCE L 140 du 14 juin 2000, p. 1, art. 6

<sup>22</sup> Ex. *Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, JOCE L164 du 22 juin 2002, art. 6.

<sup>23</sup> *Décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains*; *Proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie*, JOCE 26 mars 2002.

<sup>24</sup> *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal*, 13 mars 2001, COM(2001)139 final, art. 4.



fait qu'un effort en terme d'harmonisation des sanctions peut et doit être mis en place, bien que le chemin soit long et compliqué.

Quant à la *peine privative de liberté*, la seule analysée ici, il est envisageable à notre avis de mettre en place des instruments de droit de l'Union encadrant le prononcé et/ou l'exécution de la peine, en relation avec les incriminations faisant l'objet d'harmonisation<sup>25</sup>. Notre préférence va à des instruments de *soft law* issus du droit de l'Union européenne recommandant l'adoption de peines comprises entre un minimum et un maximum (*sentencing guidelines*)<sup>26</sup> ou des *zones for routine application in normal cases*<sup>27</sup>. Sur le plan de l'exécution, le système anglais du *tariff* (appliqué aux condamnés à perpétuité mais extensible à d'autres situations) paraît intéressant<sup>28</sup>.

Il ne faut pas négliger, cependant, que l'extrême complexité du système de reconnaissance mutuelle est destiné à déterminer des conflits entre juridictions, notamment au cas où plusieurs États revendiquent une compétence sur une même affaire, le dédoublement des procédures et le partage des jugements en fonction de la nationalité étant la règle, malgré les fortes disparités qu'elle entraîne. D'ici donc la nécessité de réfléchir sur des mécanismes de rationalisation des *règles sur l'application de la loi pénale* aux faits commis à l'étranger, commandant également la compétence extranationale des juridictions pénales. Un système communautaire d'attribution des compétences juridictionnelles pourrait en effet contribuer à résoudre un certain nombre de problèmes<sup>29</sup>. Une rationalisation s'impose, accordant par exemple la préférence au critère de la territorialité et organisant selon une échelle hiérarchique descendante les autres éléments de rattachement<sup>30</sup>. Cela au moins tant que des règles unifiées et leur application à la phase préliminaire de la procédure, par un Ministère public européen<sup>31</sup>, ne seront pas mises en place, ce qui pourrait conduire à terme à la mise en place d'un principe de territorialité communautaire.

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

## **B/ La prise en compte des décisions pénales étrangères**

---

<sup>25</sup> Favorable aussi Delmas-Marty, *Légitimité de l'harmonisation*, 9. Contraire en revanche rapport Belgique, 11.

<sup>26</sup> Encore Delmas-Marty, *Légitimité de l'harmonisation*, 14.

<sup>27</sup> Sur l'exemple du Rapport Finlande, 10.

<sup>28</sup> Rapport Royaume-Uni, 12 et 21.

<sup>29</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 12, 13, 19 et s..

<sup>30</sup> Voir notamment, dans le contexte du droit international pénal, l'étude de B. SWART, *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuites des crimes internationaux* in A. Cassese – M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002.

<sup>31</sup> Voir dernièrement Assemblée Nationale, Rapport de MM. René ANDRE et Jacques FLOCH sur la création d'un procureur européen - 28/11/2002 - n° 445 « Un procureur pour l'Europe ».

La prise en compte par l'ER d'une décision pénale étrangère issue d'EE représente une catégorie aux contenus divers, le clivage principal touchant aux finalités pour lesquelles une telle prise en compte se réalise. Tout d'abord, un jugement peut faire l'objet d'une prise en compte à *des fins négatives*, en ce sens qu'il peut empêcher ou limiter une décision judiciaire sur le fond dans l'ER (1). En termes opposés, la prise en compte peut avoir lieu à *des fins positives*, c'est à dire qu'elle peut fonder une décision répressive dans l'ER (2). Dans un cas comme dans l'autre, la question des *modalités de reconnaissance* de la décision étrangère apparaît (3).

1. Quant à la prise en compte à des fins négatives, il existe déjà certaines dispositions dans les ordres juridiques internes (parfois pour les décisions purement nationales<sup>32</sup>, parfois pour les décisions étrangères), ainsi que des règles internationales et européennes portant sur le *ne bis in idem*. La Convention d'application de Schengen aux articles 54 à 57 prévoit un tel mécanisme, mais aussi des possibilités de dérogation. Ainsi l'Allemagne, par exemple – a exprimé une réserve aux termes de l'article 55<sup>33</sup>. Désormais la Charte, énonçant à son article 50 le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction, élargit le champ d'application de la règle pour couvrir l'ensemble des États membres de l'Union. Cependant nous ne sommes pas en présence de règles bien établies et il s'agit de les rendre plus claires. Le Conseil a ainsi envisagé une révision des dérogations admises par la Convention de Schengen<sup>34</sup>. L'on considère aussi qu'un mécanisme communautaire qui édicte les règles communes d'application de la loi pénale dans l'espace devrait permettre de dépasser au moins partiellement les problèmes qui se posent aujourd'hui<sup>35</sup>.

Comme corollaire du *ne bis in idem*, tantôt des règles internationales<sup>36</sup>, tantôt des règles internes<sup>37</sup>, prévoyaient que toute période de privation de liberté déjà exécutée, pour les mêmes faits, dans le territoire de l'EE devra être déduite de la peine appliquée par l'ER (soustraction de la peine exécutée).

Deux questions ne sont pas abordées ici, à défaut d'information pertinente dans les rapports. D'une part, l'application du *ne bis in idem* entre sanctions administratives et sanctions pénales prévue pour les mêmes agissements par deux ordres juridiques différents<sup>38</sup>. D'autre part, les effets dans l'ER de la prescription, de la grâce, de l'amnistie et du pardon prononcé par l'EE<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> Rapport Grèce, 9.

<sup>33</sup> Rapport Allemagne, 15.

<sup>34</sup> *Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales*, JOCE, 2001, C12, p. 2 et s. point 1.1.

<sup>35</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 10.

<sup>36</sup> Convention de Schengen art. 56.

<sup>37</sup> ex. Rapport Allemagne, 15 ; Rapport Grèce, 9 ; Rapport Pays-Bas, 8 .

<sup>38</sup> Bernardi, *Opportunité de l'harmonisation*, p. 8 mais bien avant M DELMAS-MARTY – C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ?*, Economica, 1992.

<sup>39</sup> Voir notamment art. 4, al 1 Décision-cadre précitée. *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 14.

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

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

Quant à la *connaissance* des décisions judiciaires étrangères portant une sanction, notamment privative de liberté, des difficultés importantes sont signalées à propos de la mise en place d'un casier judiciaire européen<sup>40</sup>. Une alternative envisagée par certains systèmes consiste à inscrire dans le casier judiciaire de chaque État membre les décisions rendues dans d'autres pays européens<sup>41</sup>. Une troisième hypothèse pourrait consister à permettre l'accès des autorités judiciaires nationales aux casiers judiciaires étrangers. En tout état de cause il s'agira de prévoir un système de garanties protégeant les droits du justiciable.

Quant à la *détermination concrète de la peine* dans l'ER, plusieurs éléments de réponse apparaissent dans les Rapports nationaux. En règle générale, le juge peut tenir compte du passé judiciaire du prévenu au moment de la détermination de la peine à appliquer<sup>42</sup> mais dans un seul cas il semble que cela puisse être à la base du prononcé de la récidive<sup>43</sup>. Le Conseil a envisagé des instruments permettant la prise en compte par le juge des décisions pénales définitives émises dans d'autres États membres pour le passé judiciaire, la récidive (ainsi que la nature des peines et les modalités d'exécution)<sup>44</sup>.

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

---

<sup>40</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 7.

<sup>41</sup> Voir notamment Rapport Allemagne, 13. Voir aussi Rapport Finlande, 12 pour les décisions des autres pays nordiques.

<sup>42</sup> Voir Rapport Allemagne, 13 ; Rapport Grèce, p. 10 ; Rapport Pays-Bas, 12 ; Rapport Belgique, p9 (faisant aussi état de l'exception prévue par la Convention unique sur les stupéfiants adoptée à New York le 30 mars 1961), Rapport Finlande, 12 ; Rapport France, 16 ; Négatif en revanche le constat du Rapport Royaume-Uni, 22.

<sup>43</sup> Rapport Italie, 6.

<sup>44</sup> *Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales*, JOCE, 2001, C12, p. 2 et s. point 1.2.



(*Anrechnungsprinzip*)<sup>45</sup> Ici la question des garanties du justiciable apparaît clairement, nombreux étant les ordres juridiques qui prévoyaient, au cas de pluralité d'infractions, une sanction inférieure à la somme algébrique des sanctions applicables. Cependant dans certains pays la règle du non-cumul (ou du cumul limité) ne concerne que les condamnations prononcées par les juridictions internes<sup>46</sup>.

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

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

Plusieurs instruments internationaux s'occupent de la question de *l'exécution d'une peine suspendue ab initio par l'EE*<sup>47</sup> et du *transfèrement des détenus*<sup>48</sup>. Les deux mécanismes sont largement inspirés de l'exigence de resocialisation du condamné. Une condition essentielle est donc représentée, compte tenu du but de la mesure, par le consentement du condamné.

*Les mécanismes d'individualisation* d'une peine prononcée par un État mais exécutée par un autre état sont en principe assujettis aux règles et aux pratiques de l'EE<sup>49</sup>, avec néanmoins deux nuances. D'une part, l'ER doit tenir compte des réductions de peine déjà accordées par l'EE<sup>50</sup>. Il s'agit d'un droit acquis : ainsi, la réduction de la peine octroyée par l'État de condamnation doit être prise en compte, en France, par le juge d'application des peines à la suite d'un transfèrement du condamné sur le territoire national<sup>51</sup>.

D'autre part- en perspective - une certaine co-ordination avec l'EE est à envisager : elle peut consister dans une obligation d'information de la part de l'ER et, en complément ou en alternative, dans un pouvoir de

---

<sup>45</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 9. Voir Bernardi, *Opportunité de l'harmonisation*, p. 8

<sup>46</sup> Rapport France, 16.

<sup>47</sup> Dans le cadre du Conseil de l'Europe, *la Convention européenne sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées avec la conditionnelles*, signée à Strasbourg le 30 novembre 1964. Le conseil a envisagé une amélioration de cet instrument et notamment l'affaiblissement des motifs de refus de la part de l'ER: *Programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales*, JOCE, 2001, C12, p. 2 et s. point 4.E

<sup>48</sup> Dans le cadre du Conseil de l'Europe *Convention sur le transfèrement des personnes condamnées*, signée à Strasbourg le 21 mars 1983.

<sup>49</sup> Rapport Pays-Bas, 12 nt. 48 pour le pardon.

<sup>50</sup> Rapport France, 16.

<sup>51</sup> Rapport France, 15.

veto ou d'intervention du premier sur le deuxième, un tel principe qui vaut, D'ailleurs avec certaines adaptations, aussi dans les rapports avec les juridictions pénales internationales<sup>52</sup>.

3. Sous-jacente à ces problématiques est la question de la modalité de reconnaissance (directe/indirecte) de la décision judiciaire de l'EE dans l'ER. Quelques règles européennes<sup>53</sup> et de rares règles internes<sup>54</sup> interviennent sur cette question. Tampere marque une préférence pour l'exécution directe des condamnations étrangères<sup>55</sup> mais on ne peut pas cacher les difficultés que cela engendre, car au moins une vérification formelle de la part de l'ER s'impose (nature de l'autorité d'émission, double incrimination, etc.). A l'avenir, les décisions judiciaires étrangères définitives émises par un État membres et portant une sanction privative de liberté pourraient en règle générale être automatiquement reconnues dans les autres États membres, si certaines conditions de garantie sont remplies. En particulier, sur le fond, la règle de la double punissabilité ainsi que la compatibilité des sanctions doivent être respectées. Sur le plan de la procédure, le condamné doit pouvoir faire valoir les droits de la défense et une vérification de la part d'un juge de l'existence des conditions de forme est requise.

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

---

<sup>52</sup> S. MANACORDA, Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour la ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête de contreponds, n E. FRONZA – S. MANACORDA (DIR.) *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc*. Etudes des Law Clinics en droit pénal international de Paris et Naples, Bruylant-Giuffrè (sous presse).

<sup>53</sup> Dans le cadre du Conseil de l'Europe, *Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs*, signée le 28 mai 1970 à La Haye.

<sup>54</sup> Rapport Suisse, p. 9 ; Rapport Pays-Bas, 12.

<sup>55</sup> *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la Reconnaissance mutuelles des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000 COM (2000) 495 déf., p. 8.



**HARMONISATION DES SANCTIONS ET VALEURS COMMUNES :  
LA RECHERCHE D'INDICATEURS DE GRAVITÉ ET D'EFFICACITÉ**

Mireille DELMAS-MARTY

*Professeur au Collège de France*

L'harmonisation européenne des sanctions pose deux questions fondamentales, au sens propre du terme. Conduit-elle à renforcer les garanties de l'Etat de droit ou à préparer la voie d'une harmonisation mondiale de type sécuritaire ? Exprime-t-elle une soumission au risque de mondialisation hégémonique, ou une résistance, comme une dernière chance pour un droit commun pluraliste ?

La réponse à la première question relèverait d'une analyse qui prenne en compte deux éléments : d'une part aucun pays de l'Union européenne ne se trouve en position hégémonique et le débat reste ouvert entre les différentes conceptions de la sanction pénale<sup>1</sup> ; mais d'autre part, les réactions aux attentats du 11 septembre 2001 ont révélé la difficulté à exprimer une position européenne à la fois pluraliste *et* commune et la tentation d'adopter soit des démarches séparées soit une conception commune à dominante sécuritaire. Pour être complète, notre analyse devrait par conséquent intégrer les interactions entre systèmes nationaux et internationaux, à vocation régionale et mondiale, explorer les notions de marge nationale et utiliser les moyens de la logique floue qui permet de ménager des différences tout en permettant de limiter progressivement les incompatibilités<sup>2</sup>. Mais notre mission n'a pas été définie aussi largement et elle se trouve limitée dans le temps à une durée très brève, c'est pourquoi notre rapport se contentera de supposer, sans prétendre la démontrer, la pertinence d'une approche européenne, pour centrer la question sur la relation Europe/Etats.

En revanche la seconde question est au cœur de notre recherche. Elle a d'ailleurs été explicitement posée par Wanda Capeller sur un plan général (voir *supra*) : « les modèles supra-étatiques et étatiques de contrôle, fondés sur la notion de droit, n'ont-ils pas tendance à

---

<sup>1</sup> Sur l'élaboration d'une Europe juridique pluraliste et complexe, voir A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1990.

<sup>2</sup> Voir M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil 1994 ; *Towards a truly common Law: Europe as a laboratory for legal pluralism*, Cambridge University Press, 2002.

renforcer leurs dimensions répressives, révélant par là les tensions entre surveillance et libertés ? ».

En effet l'Union européenne semble illustrer ces tensions. D'une part le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE souligne que les peuples d'Europe partagent des « valeurs communes » et que l'Union repose sur « le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit ». D'autre part la tendance répressive, qui semble conduire plus vite à une police européenne qu'à une justice européenne, risque de confirmer que « la sur-idéologisation des droits de l'homme s'accompagne d'une sur-idéologisation de la sécurité ». Et les événements du 11 septembre 2001 ont sans doute rendu ce phénomène encore plus apparent au nom de la lutte, voire de la guerre, « contre le terrorisme », malgré la polysémie d'un terme qui, en l'absence de définition précise, ne répond guère à l'exigence de légalité requise par les principes de l'Etat de droit et par le droit international.

C'est pourquoi l'énoncé explicite des valeurs qui sous-tendent l'harmonisation des sanctions pénales apparaît primordial si l'on entend prendre au sérieux les objectifs énoncés par les traités et la Charte et les mandats donnés par les États membres à l'Union et aux Communautés européennes. Même si les difficultés tenant à la diversité pouvaient être surmontées en termes de faisabilité, et si l'opportunité d'une harmonisation était démontrée au regard du principe de subsidiarité, encore faudrait-il s'interroger, au delà de la légitimité formelle définie par les sources du droit communautaire étudiées par E. Gindre (*supra*), sur la légitimité axiologique. La question est d'autant plus préoccupante qu'elle reste le plus souvent implicite, alors même que les valeurs sont « le Nord magnétique des pratiques juridiques », à tel point qu'un droit sans valeurs est comme un droit « déboussolé »<sup>3</sup>.

Notre proposition ne prétend pas innover, mais seulement expliciter les valeurs qui sous-tendent les choix déjà exprimés afin d'encadrer les processus d'intégration normative : à la fois du point de vue de l'émetteur de la norme d'harmonisation (le législateur européen) et du point de vue du récepteur (les législateurs nationaux, mais aussi les autorités de poursuite et de jugement). C'est pourquoi nous sommes partis des trois conditions qui sont devenues le standard commun des sanctions punitives (administratives et pénales) au sein de l'UE : proportionnalité, effectivité et caractère dissuasif. La proportionnalité, affirmée de longue date

---

<sup>3</sup> Etienne Le Roy, Conclusion, in *Le jeu des lois, Une anthropologie « dynamique » du droit*, LGDJ 2001.

par les systèmes nationaux et appliquée par la CJCE comme principe fondamental du droit communautaire<sup>4</sup>, a été inscrite dans la Charte UE (art. 49), ainsi que dans le projet dit *Corpus Juris*,<sup>5</sup> (art. 15 sur la mesure de la peine). Et le standard des trois conditions, formulé pour la première fois le 21 septembre 1989 par la CJCE dans l'affaire du maïs grec (à partir de l'art. 3B, aujourd'hui 5§3, du TCE) a été repris, avec des variantes, dans le cadre du premier pilier par l'article 209A (aujourd'hui 280) du TCE, ainsi que dans le droit dérivé du premier pilier (règlement PIF 1995, directive 1999/30 sur la protection de l'environnement et du troisième pilier (convention PIF 1995, convention sur la corruption de 1999 ou action commune sur la participation à une organisation criminelle de 1998). Cette « formule stéréotypée fait désormais partie du lexique du législateur de l'Union européenne »<sup>6</sup>, mais sa signification demande à être précisée, surtout à partir du moment où le standard est explicitement appliqué aux sanctions pénales *stricto sensu*.

En effet, dans le standard des sanctions « proportionnées, effectives et dissuasives », on trouve comme un reflet des différentes théories de la peine<sup>7</sup>. D'une part, la proportionnalité renverrait à l'idée de gravité morale donc à la fonction de justice rétributive. D'autre part l'effectivité et l'effet dissuasif, à la fois général (sur les délinquants potentiels) et spécial (prévenir la récidive de l'auteur), auquel il faut ajouter la socialisation ou resocialisation du condamné (cf. art.15 §2, *Corpus Juris*), sont les conditions nécessaires pour garantir un changement des comportements. Ces conditions, cumulatives et non alternatives (car il existe des sanctions effectivement appliquées mais inefficaces) commandent la fonction utilitaire des sanctions.

Rendre explicites, dans le prolongement des idées philosophiques de justice et d'utilité, les principes juridiques de proportionnalité et d'efficacité suppose la recherche d'indicateurs communs. Cette notion est désormais employée en économie (les « indicateurs du développement », puis ceux plus complexes du « développement durable »), elle fait son

4 Voir J. Biancarelli et D. Maidani, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, RSC 1984. 225 et 445 .

5 Voir *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, précité.

6 S. Manacorda, *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, PUF, ARPE, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2002, p. 293 et s.

7 Voir *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, dir. F. Ringelheim, Bruxelles, 1984, notamment M. van de Kerchove, *Symbolique et instrumentalité, stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste*, p.123 s.

apparition depuis peu en science politique (les « indicateurs de la démocratie ») et permet une approche de la complexité des facteurs qui entrent en interaction. Comme Alain Supiot l'a souligné à propos de la constitution européenne « il est nécessaire de soumettre à critique les fondements, qui sont eux radicalement nouveaux, de cet ordre normatif émergent »<sup>8</sup>. D'où sa proposition d'introduire dans le traité des dispositifs qui assurent « la transparence du processus d'élaboration des critères et indicateurs de politique publique ». Transposée dans le champ juridique, et plus particulièrement dans le champ des sanctions pénales, la recherche d'indicateurs (de gravité et d'efficacité) pourrait rendre plus explicite la signification du mouvement d'harmonisation et l'orienter tout en lui donnant plus de lisibilité : à la fois indicateurs et révélateur quant à la signification de l'harmonisation elle-même.

C'est dans cette perspective, à la fois pratique et critique, que l'on proposera un double ensemble d'indicateurs : de gravité (principe de proportionnalité) et d'efficacité (principe d'utilité), dont il faudra ensuite déterminer le mode d'emploi.

#### ***A / Les indicateurs de gravité (principe de proportionnalité)***

Selon les conceptions énoncées ci-dessus, il pourrait y avoir convergence entre les Etats européens pour considérer que la gravité de l'infraction, qui commande la sévérité de la sanction, relève tout à la fois de l'intérêt lésé par l'infraction, des caractères du dommage et de la nature de la faute (*mens rea*).

Cela dit, pour que la condition de proportionnalité ait une signification commune, il faut aussi un accord sur le contenu des trois indicateurs et les critères déterminant la gradation correspondante.

Le tableau ci-dessous peut fournir un point de départ au débat qui devrait précéder l'adoption de normes nouvelles afin d'éviter un discours général (évoquant par exemple la « gravité du terrorisme ») et d'évaluer si les convergences sont suffisantes pour fonder une recommandation commune. Il pourrait être mis en relation avec l'échelle de gravité des sanctions proposée par la Commission.

---

<sup>8</sup> A. Supiot, Cinq questions pour la constitution d'une société européenne, D. 2003.



Indicateurs	Echelle de gravité
<i>Intérêt lésé</i>	Valeur haute protection (absolue ou quasi absolue) Valeur protection relative Règles de discipline de la vie en société
<i>Dommage</i>	Dommage réalisé quantitativement fort Dommage réalisé quantitativement faible Menace (mise en danger)
<i>Faute</i>	Faute intentionnelle Faute d'imprudence (simple ou délibérée) Faute matérielle

- *Pour l'intérêt lésé*, l'échelle de gravité devrait d'abord tenir compte de l'échelle des valeurs consacrées par la CESDH et par la Charte UE, étant rappelé que la plupart des incriminations pénales se rattachent à la nécessité de protéger ces valeurs. Pour expliciter le tableau, on indiquera que la notion de « valeur à haute protection » renvoie aux valeurs protégées par des textes supra-législatifs (constitutionnels ou internationaux) : dignité de la personne, vie, intégrité du territoire national et communautaire. Quant aux « valeurs à protection relative » de la deuxième catégorie, il s'agit de valeurs également protégées au plan supra-législatif, mais assorties d'exceptions et de restrictions : libertés individuelles, propriété, vie privée et familiale etc. , auxquelles s'ajoute désormais (cf. art. 37 Charte UE) la référence à l'environnement. Enfin il convient d'ajouter les « règles de discipline de la vie en société » qui comprennent des règles propres à certaines catégories de personnes (par exemple, les formalités requises pour la tenue des registres ou autres documents du commerce), ou à certains types d'activités (conduite routière par exemple).

- *Pour la faute*, il semble admis qu'il existe une gradation, par ordre de gravité croissante de la simple faute dite matérielle à la faute d'imprudence ou de négligence, simple ou délibérée, puis à la faute intentionnelle .

- *Pour le dommage*, on pourrait sans doute admettre que la simple menace (délict-obstacle) est moins grave que l'infraction avec dommage réalisé (critère qualitatif) et que la réalisation

du dommage peut être quantitativement plus ou moins grave (critère quantitatif). D'où les trois degrés de gravité proposés.

D'emblée plusieurs difficultés apparaissent avec les infractions retenues pour l'étude : d'une part la protection de l'environnement est difficile à classer car elle apparaît dans les traités et la Charte UE mais pas dans la CEDH( sinon indirectement à travers la jurisprudence) et recouvre des comportements très divers ; d'autre part les valeurs mises en cause par le terrorisme sont extrêmement hétérogènes (atteintes aux personnes, aux biens, à la sûreté de l'Etat) ; de même avec les attaques visant les systèmes d'information (liberté d'expression, mais aussi vie privée, secret industriel ou autre, voire sûreté de l'Etat et secret défense). Enfin la notion même de « valeurs communes » pose problème : suffit-il d'une communauté de droit pour constituer une communauté de valeurs ? La question amène en tout cas à une différenciation beaucoup plus fine des instruments juridiques européens en tenant compte des comportements qui seraient sanctionnés à l'intérieur même de chaque secteur.

Ainsi présentés, les indicateurs de gravité sont un instrument de visibilité et d'aide à la décision, mais ils ne se substituent pas à celle-ci. Si l'on admet la nécessité de combiner les trois indicateurs entre eux et de considérer qu'aucun des indicateurs, comme aucun des critères qui les explicitent, ne devrait être déterminant à lui seul, les arguments de la décision ne resteraient pas implicites et leur pondération ferait l'objet d'un débat, dès lors que chaque indicateur permet de placer l'infraction considérée sur une échelle de gravité que l'on peut graduer de 1 pour les cas moins graves à 3 pour les plus graves. Cette combinaison devrait permettre une évaluation globale de la gravité (allant de 3 pour les moins graves à 9 pour les cas les plus graves). Le choix politique qui sous-tend le mouvement d'harmonisation pourrait ainsi apparaître au grand jour, qu'il exprime le choix d'une politique de prééminence du droit (renforcement du cadre législatif et de la garantie judiciaire), ou celui d'une politique sécuritaire de renfort ou de surpénalisation voire de dédoublement du réseau pénal dans la perspective d'une criminalité ciblée<sup>9</sup>.

Quant au principe d'efficacité (effectivité, dissuasion, socialisation), ils relèvent en revanche davantage des données pratiques qui commandent les indicateurs d'utilité et peuvent aussi à ce titre jouer le rôle de frein au mouvement d'harmonisation.

---

<sup>9</sup> Voir *Les grands systèmes précités*, p. 294 s.

### ***B / les indicateurs d'efficacité (principe d'utilité)***

Les indicateurs d'efficacité renvoient à l'idée non seulement que la sanction est *effectivement* appliquée, mais que cette application réussit à changer les comportements ; autrement dit que la sanction a un effet a un *effet dissuasif*, soit négatif (peur de la sanction), soit positif (effet de resocialisation).

- *L'effectivité* renvoie d'abord à la connaissance par les autorités nationales des infractions commises et sanctionnées dans un autre pays (pleine application du principe de reconnaissance mutuelle) ; elle impliquerait en outre que tout projet européen d'harmonisation des sanctions pénales soit accompagné d'une sorte d'étude d'impact impliquant l'obligation pour chaque autorité nationale d'évaluer les moyens nécessaires pour la constatation, la poursuite, le jugement et la mise à exécution des sanctions, étant observé que l'évaluation devra être à la fois quantitative et qualitative (contentieux prévisible et capacité matérielle et intellectuelle de l'appareil pénal, policier, judiciaire et pénitentiaire, à le traiter).

- *L'effet dissuasif*, dans le double sens, négatif et positif rappelé ci-dessus, incite à prendre en compte à la fois le degré de probabilité des poursuites pénales et la pertinence de la sanction par rapport au profit tiré de l'infraction ( le fait que par exemple l'amende ou la confiscation sont suffisantes pour éviter que le profit reste attractif pour le délinquant) et par rapport à la resocialisation (formation et information de la société civile sur la nécessité de respecter la loi, cf. Rapport sociologique) . La mise en œuvre de ces indicateurs supposerait sans doute un bilan pénal annuel pour évaluer les effets de l'application des sanctions en termes de dissuasion, générale (statistiques de la criminalité dans le secteur considéré) et spéciale (récidive). Mais un bilan social plus large serait sans doute aussi nécessaire pour évaluer la socialisation, ou à l'inverse l'effet de désocialisation, attachée à l'application des sanctions pénales. Dans certains secteurs, comme l'environnement, des bilans plus spécifiques pourraient être envisagés, comme le bilan écologique envisagé dans le rapport Bayle (voir ci-dessus).

Il ne faut pas sous-estimer les difficultés. Difficultés pratiques d'abord : qu'il s'agisse de l'étude d'impact, du bilan pénal ou, a fortiori, du bilan social, tout le travail reste à faire afin de mettre en place au plus tôt des observatoires utilisant les instruments adéquats pour une telle évaluation, plus qualitative que quantitative et plus sociologique que juridique. Difficultés théoriques ensuite, tant les diversités nationales semblent fortes en matière de

comportements psychologiques et sociaux. D'où la nécessité d'une réflexion sur le mode d'emploi.

### ***C/ Le mode d'emploi des indicateurs***

Le mode d'emploi doit être indiqué dans deux perspectives. D'une part il faut préciser *comment* utiliser des indicateurs dont le mode de combinaison varie selon le poids respectif de chaque principe. D'autre part il faut savoir *à qui*, parmi les acteurs nationaux (législateurs, autorités de poursuite et d'application des peines et juges), s'adressent ces principes.

- *La question « comment »* renvoie à deux conceptions possibles selon que les principes sont conçus comme cumulatifs (avec un poids identique) ou successifs (avec prépondérance à l'un des deux considéré comme premier).

S'agissant de sanctions « pénales », il semble que le principe de proportionnalité devrait être prépondérant car la voie pénale devrait rester l'*ultima ratio*. Autrement dit il conviendrait de réaffirmer la subsidiarité de la sanction pénale par rapport à d'autres types de sanctions moins stigmatisantes, comme les sanctions administratives, civiles ou encore les accords de médiation ; donc de considérer que les indicateurs de proportionnalité devraient s'appliquer d'abord pour harmoniser, selon le niveau de gravité de chaque infraction, le niveau de sévérité de la sanction pénale. Alors seulement devrait être mis en œuvre, à titre complémentaire, les autres indicateurs d'effectivité /efficacité.

Si les indicateurs d'efficacité prédominaient, l'harmonisation se traduirait, en termes de politique criminelle, par un mouvement de type sécuritaire, caractérisé par le glissement du modèle libéral vers un modèle autoritaire<sup>10</sup>. Mais s'ils s'ajoutaient aux indicateurs préalables de proportionnalité, ils pourraient en effet contribuer à rationaliser l'harmonisation.

- *La question « à qui »* renvoie semble-t-il d'abord aux autorités législatives nationales que le dispositif proposé serait destiné à éclairer sur la signification du standard européen. Il faut souligner que les principes directeurs proposés n'imposeraient pas l'uniformité des systèmes nationaux mais proposeraient une approche commune de la gravité qui serait examinée dans tous les pays membres par rapport aux trois indicateurs (faute, intérêts transgressés et dommage) ; ainsi qu'une méthodologie commune de l'effectivité (étude d'impact) et une tentative de rapprochement des conceptions relatives à l'efficacité.



Quant aux autorités de poursuites et d'application des peines et aux juridictions de jugement, l'analyse comparative a montré en effet que la marge d'appréciation est très variable d'un pays à l'autre. Il serait sans doute souhaitable aussi que des principes de poursuite et de détermination de la peine (*sentencing guide lines*) soient définis à l'échelle européenne, dans le prolongement des travaux du Conseil de l'Europe sur le *sentencing*<sup>11</sup> et des débats déjà menés au sein de l'Union Européenne<sup>12</sup>.

Enfin il est clair à nos yeux que le procureur européen, s'il était créé, serait en première ligne pour mettre en œuvre ces principes (sous contrôle de la CJCE) et assurer ainsi une harmonisation non seulement théorique mais aussi à portée pratique.

Ainsi les principes directeurs, et les indicateurs correspondants, véritables instruments d'aide à la décision, servent à rendre les choix plus explicites et peuvent ainsi contribuer tantôt à résister à une harmonisation qui ne respecterait pas ces principes, tantôt à l'accompagner et à la rationaliser.

**En conclusion**, une fois de plus, le procureur européen apparaît comme la clé du processus de l'intégration pénale, qu'il s'agisse d'unification ou seulement d'harmonisation des sanctions. Indispensable, comme on l'a indiqué (supra, I), à la mise en œuvre d'un éventuel droit pénal unifié (pour la protection d'intérêts européens par nature, tels que les intérêts financiers, la monnaie commune ou la marque communautaire), il pourrait être aussi l'acteur principal d'une harmonisation qui tout à la fois respecte les différences entre Etats mais impliquerait le rapprochement des systèmes de sanctions autour d'indicateurs de gravité et d'efficacité. Seule autorité judiciaire européenne à prérogatives pénales, il serait le mieux placé pour faire respecter ces valeurs communes dont la reconnaissance conditionne le sentiment d'appartenance à la même communauté et fonde (ou fondera) l'identité européenne.

---

<sup>10</sup> Voir *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, *Grands systèmes de politique criminelle* PUF, 1992.

<sup>11</sup> Voir notamment *La cohérence dans le prononcé des peines*, Recommandation n°R (92) 17 et *Règles sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté*, Recommandation n°R (92) 16.

<sup>12</sup> Voir l'exécution des décisions sentencielles, notamment G. Vernimmen, *A propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général*, in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénale dans l'UE*, dir. G. de Kerchove et A. Weyembergh, éd. Université de Bruxelles, 2002, p. 147 s.