

**L'identité par le droit :  
l'existence d'un droit pénal commun dans l'Union européenne,  
enjeux théoriques et pratiques**

*dir. Vincent Bourdeau et Coralie Mayeur-Carpentier – MSHE USR 3124– CRJFC EA 3225 –  
Logiques de l'agir EA 2274*

La construction européenne a connu plusieurs étapes, aboutissant à une forme d'intégration européenne toujours plus poussée. Le traité de Rome signé en 1957 prévoit la réalisation d'un espace sans frontière intérieure entre les États membres de la Communauté économique européenne. L'Acte Unique européen permet sa mise en place en établissant son calendrier en 1986.

Le traité de Maastricht (1<sup>er</sup> novembre 1993) consacre véritablement cette évolution par la création de l'Union européenne et par l'extension de compétences. Les États restent cependant souverains dans les domaines de la politique étrangère et de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures. La coopération qui concerne la matière pénale est pourtant l'objet de modifications dans chaque nouveau traité.

Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, représente l'évolution la plus importante de la matière pénale qui est désormais soumise, en principe, aux règles de droit commun du traité, en matière de vote notamment mais aussi de proposition de texte. Malgré ces avancées formellement inscrites dans le traité de Lisbonne, les articles 82 et 83 TFUE en particulier énoncent une compétence spécifique dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, l'harmonisation en matière pénale dans l'Union européenne reste limitée. Les États sont encore réticents à accepter une unification de telles règles dans l'Union.

Pourtant, depuis Durkheim au moins, l'on sait le lien étroit qu'entretient l'unité du droit pénal et l'adhésion individuelle à une entité collective, le rôle qu'il joue, en d'autres termes, en matière d'intégration politique de la communauté dans son ensemble. Dans son premier ouvrage publié, *De la division du travail social* (1893), Durkheim suggérait en effet que le droit pénal est le symbole de notre appartenance à un même collectif, désignant l'ensemble des obligations et sanctions dévolues à la protection du collectif comme collectif, ce à quoi tout un chacun, dans des conditions normales, se reconnaît tenu. Le droit pénal révèle et rappelle la présence en chacun d'une conscience sociale qui le détermine en partie, cette partie du moins qui explique comment un individu est relié à la société mécaniquement : « [l]e crime froisse des sentiments qui, pour un même type social, se retrouvent dans toutes les consciences saines » [Durkheim, *De la division du travail social*, I, chap. 2]. Il y a donc toute une série d'actions individuelles qui poursuivent des fins collectives : par exemple lorsque (comme c'est le cas de la très grande majorité des individus) nous ne tuons pas notre voisin, ce n'est pas le calcul ou l'« intérêt personnel » qui décident de cette (bonne) action, mais bien plutôt une soumission à la conscience collective. Dans le cas de sociétés plus différenciées, le droit que Durkheim nomme restitutf (dans un langage plus proche de la dogmatique juridique nous dirions « droit civil ») prend le pas sur le droit pénal, et c'est la multiplicité de relations sociales distinctes qui doit être encadrée par des règles. L'État, en l'occurrence, joue le rôle d'organe central qui communique à l'ensemble des parties les codes moraux régulant les activités dans lesquelles ces parties (individus) sont prises, activités qui ne sont donc pas les mêmes pour tous, à la différence de ce qui nous rattache au droit pénal. Nos sociétés sont donc bien des

sociétés modernes, qui fonctionnent à la solidarité organique comme le dit Durkheim et où le droit restitutif a pris une place de plus en plus grande. Nos sociétés « [s]ont constituées non par une répétition de segments similaires et homogènes, mais par un système d'organes différents dont chacun a un rôle spécial, et qui sont formés eux-mêmes de parties différenciées » [*Ibid.*]. Mais même dans des sociétés complexes que sont nos sociétés modernes, suggère Durkheim, le ciment commun ne s'affranchit pas d'une conscience collective partagée dont le droit pénal est comme le reflet juridique. Dans le cas de l'Union européenne, il semble que la régulation de la complexité des relations (en particulier commerciales) se soit affirmée prioritairement à la détermination d'un droit pénal commun relevant de cette strate de solidarité mécanique qui est au fondement du lien d'appartenance à un groupe pour les individus.

Ainsi, la notion de citoyenneté européenne affirmée dans le traité (article 20 TFUE) et dont l'effet direct était reconnu par la Cour de justice (CJCE, 17 sept 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99), participe de la réalisation du marché et n'est pas un support à la mise en place de règles pénales communes.

Durkheim a pourtant pu montrer que le droit répressif est fondé sur le fait qu'une société réagit vivement à ce qui serait perçu comme un écart aux valeurs communes, celles qui occupent la conscience collective. Telle est la définition du crime et le sens de la peine ou de la sanction dans toute société, y compris dans les sociétés les plus complexes où le droit pénal occupe une portion trop restreinte en regard du droit en général. On pourrait en déduire que même restreinte, cette part ne saurait disparaître totalement au risque de fragiliser un groupement d'individus qui cherche à s'instituer comme communauté : « On voit ainsi quelle espèce de solidarité le droit pénal symbolise, *note Durkheim*. Tout le monde sait, en effet, qu'il y a une cohésion sociale dont la cause est dans une certaine conformité de toutes les consciences particulières à un type commun qui n'est autre que le type psychique de la société. [...] De là résulte une solidarité *sui generis* qui, née des ressemblances, rattache directement l'individu à la société » [*Ibid.*]. Dire d'une société qu'elle fonctionne à la solidarité mécanique, c'est simplement relever qu'en elle le droit répressif occupe tout (ou tendanciellement tout) l'espace de la réglementation sociale. Mais le fait même qu'un droit pénal existe dans une société est la marque d'un fonctionnement, nécessaire, même si à proportion variée et diminuée, à la solidarité mécanique : « [e]n déterminant quelle fraction de l'appareil juridique représente le droit pénal, nous mesurerons donc du même coup l'importance relative de cette solidarité » [*Ibid.*].

La Cour de justice de l'Union européenne énonce d'ailleurs que les « caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1<sup>er</sup>, deuxième alinéa, TUE, dans un « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre » (Avis 2/13, points 167 et 168).

Nous aimerions interroger à la fois cette description durkheimienne – c'est-à-dire la question des pratiques d'unification sociale par le droit – notamment du point de vue particulier du droit pénal dans le contexte de l'Union Européenne. Notre **première hypothèse** étant que l'harmonisation d'un certain nombre de règles en matière pénale pourrait être le reflet d'une nouvelle évolution importante pour l'Union européenne, du point de vue de son intégration sociale et politique. Les États y sont réticents car l'affirmation d'un droit commun en matière d'infraction, de peine, ou de procédure est perçue comme une immixtion dans des domaines qui relèvent de leur souveraineté et qui ne doivent pas faire l'objet d'un transfert de compétences à l'Union. Pourtant chaque fois que l'harmonisation est inaboutie, cela porte préjudice à l'effectivité de certaines procédures communes. La Cour de justice devra par exemple se prononcer sur l'extension de l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière de justice pénale, au sujet de l'exécution de la peine en particulier (voir notamment l'affaire pendant C-404/15). Entre États, seule la confiance mutuelle peut en effet traduire cette volonté commune. Elle sera le support de l'effectivité des actions menées.

Nous souhaiterions alors tester une **seconde hypothèse** qui se dégage lorsqu'on relève le fait que la réticence des États membres pourrait être interprétée comme étant contraire aux objectifs même du traité de Lisbonne. En effet, l'existence de règles pénales communes pourrait être défendue du point de vue de l'effectivité des libertés de circulation dans l'Union, la transposition des directives portant sur l'indemnisation des victimes de la criminalité en donne un exemple (voir notamment, au sujet des difficultés pour y procéder, l'arrêt de la Cour de justice, *Commission c./ Italie*, aff. C-601/14). L'affirmation de ce droit pénal commun est alors un élément de l'identité de l'Union elle-même, non plus sur un plan théorique, philosophique ou sociologique, mais en raison même des objectifs d'intégration qui sont déjà les siens et notamment celui du marché intérieur. C'est d'ailleurs pourquoi, aimerions-nous suggérer, les institutions de l'Union et la Cour de justice en particulier l'imposent progressivement aux États membres. La lecture finaliste du traité a conduit notamment la Cour de justice à imposer une interprétation très protectrice du regroupement familial. Dans l'affaire *Zambrano* (aff. C-34/09) la Cour a garanti le droit de séjour dans l'Union des parents de l'enfant mineur citoyen de l'Union : cette affirmation renforce le regroupement familial et l'exercice des libertés associées au statut de citoyen de l'Union européenne.

Elle devrait suivre la même orientation en matière pénale. Les affaires relatives à la lutte contre la criminalité dans l'Union devraient alors contribuer à renforcer l'exercice des libertés dans l'Union européenne en protégeant les droits fondamentaux, sans affirmer seulement un objectif sécuritaire.

*Ce projet donnera lieu à l'organisation d'un atelier de travail les 7 et 8 décembre 2017 et à une journée d'études au printemps 2018.*

*Contacts :*

*[coralie.carpentier@univ-fcomte.fr](mailto:coralie.carpentier@univ-fcomte.fr) / [vincent.bourdeau@univ-fcomte.fr](mailto:vincent.bourdeau@univ-fcomte.fr)*