

La lutte contre le terrorisme : un champ privilégié de l'harmonisation européenne du droit pénal ?

Guillaume Beaussonie

Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole

IEJUC (EA 1919)

Résumé :

Si elle apparaît plus difficile en droit pénal qu'ailleurs, l'harmonisation européenne ne semble pas impossible face à un phénomène qui, depuis longtemps déjà, concerne les États membres de l'Union européenne : le terrorisme. Consécutivement champ privilégié d'un rapprochement des législations, la lutte contre le terrorisme démontre néanmoins que, même face à l'urgence et au consensus, on avance prudemment, donc lentement.

Article :

C'est surtout en musique que, combinée à la mélodie, l'harmonie nous enchante. Dans le grand concert qu'est devenue l'Union européenne, l'art laisse toutefois la place à la nécessité : avancer ensemble implique effectivement ce rapport de convenance, oserions-nous dire de confiance, qu'est l'harmonie. Et l'harmonisation qu'elle suppose – car, pour le moment, d'harmonie il n'y a point – apparaît d'autant plus opportune face à cet antagonisme à toute union qu'est le terrorisme.

Pour bien comprendre la place qu'occupe aujourd'hui la lutte contre le terrorisme en droit de l'Union européenne et, plus précisément, en quoi une politique harmonisée peut contribuer à cette lutte **(III)**, voyons, d'abord, ce que représente, en général, l'harmonisation en droit de l'Union européenne **(I)**, puis en droit pénal **(II)**.

I. L'harmonisation en droit de l'Union européenne

La chose est bien connue : l'harmonisation a pour objet de rapprocher les droits nationaux et, en cela, elle n'est donc pas encore la manifestation d'un droit unique de l'Union européenne ; tout au plus en constitue-t-elle une étape.

Toutefois, elle représente déjà davantage que la « coordination » ou la « coopération », voire davantage qu'un simple « rapprochement », car elle exprime l'idée d'une convergence des droits nationaux vers l'atteinte d'un équilibre entre l'unité du droit de l'Union et la diversité des droits nationaux. En cela, elle démontre une considération réelle envers les objectifs poursuivis par l'Union européenne, et non une simple volonté de coordonner les objectifs poursuivis par chaque État. Autrement dit, il existe alors de véritables exigences normatives européennes.

Pour le dire encore autrement, l'harmonisation représente une méthode parmi d'autres dans le processus d'intégration européen, méthode qui cohabite avec d'autres. Le professeur Jean-Claude Gautron a ainsi pu souligner qu'il existait trois méthodes dans le processus communautaire : l'unification (méthode haute), l'harmonisation (méthode intermédiaire) et la coordination (méthode basse).

Par ailleurs, on constate généralement que l'harmonisation comporte elle-même des degrés, qu'elle conduise à une substitution pure et simple de la législation communautaire à la législation nationale – on confine alors à l'unification –, ou à une simple superposition des législations nationales en considération de la législation communautaire.

Il est également possible de distinguer l'harmonisation verticale, qui s'applique à substituer ou à superposer la législation communautaire à la loi nationale et l'harmonisation horizontale, qui consiste à établir des mesures d'origine communautaire afin de compléter uniformément les législations nationales pour une mise en œuvre plus efficace des objectifs de l'Union.

II. L'harmonisation en droit pénal

La question de la place de l'harmonisation en droit pénal intéresse, tout autant, le spécialiste du droit pénal que celui du droit de l'Union européenne. En droit pénal, disons-le tout de suite, l'harmonisation semble avoir peu sa place en tant que méthode d'intégration.

On le comprend très aisément : dans ce droit plus que dans tout autre, les États répugnent à abandonner tout ou partie de leur souveraineté, ce qui rend difficile une approche proprement commune des questions répressives et ce qui conduit à préférer, parmi toutes, la méthode la

moins intrusive, la méthode basse : celle de la coordination. L'harmonisation peut, en effet, présenter un caractère agressif, d'autant moins supportable qu'il s'agit de droit pénal.

Au surplus, l'harmonisation ne semble pas en mesure de remplacer la coordination car, dans l'hypothèse de la lutte contre une criminalité transfrontalière, ce qui paraît être le terrain le plus opportun de l'harmonisation, celle-ci ne permet pas de faire l'économie de la mise en place d'outils de coopération entre les États.

Inversement, la coordination peut-elle faire l'économie d'une harmonisation au moins relative ? Outre que les outils de coopération les plus efficaces obéissent à des normes communes, donc harmonisées – le mandat d'arrêt européen par exemple –, l'harmonisation demeurant, en cela, le meilleur moyen de faciliter l'entraide répressive entre les États, elle apparaît de nature à éviter un déplacement massif de la criminalité vers les États qui seraient moins sévères en raison d'une absence d'harmonisation... Autrement dit, elle permet d'éviter une sorte de *forum shopping* criminel.

De même, l'institution de la coopération conduit naturellement à une forme d'harmonisation.

Il ne faut donc pas s'étonner, qu'en droit pénal, la priorité ait été donnée à la coordination, sans que n'ait été fermée la porte de l'harmonisation. Et cette relation entre ces deux méthodes d'intégration européenne a, en droit pénal, pris la forme de la création d'un espace et de la consécration d'un principe. Cet espace, c'est l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce principe, c'est le principe de reconnaissance mutuelle.

La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice constitue la finalité de la compétence reconnue à l'Union européenne en matière pénale. À cet égard, entre autres textes, l'article 67, § 3, du TFUE précise que « l'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité [...] par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales ».

Trois méthodes, donc, coordination et coopération, reconnaissance mutuelle au centre et, si nécessaire, rapprochement des législations pénales.

La reconnaissance mutuelle constitue, depuis le programme de Tampere de 1999, « la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union ». Or, ce principe, non seulement, ne nécessite pas d'harmonisation, mais il lui apparaît même antagoniste, en ce qu'il implique une différence entre ce que l'on reconnaît, faute de quoi il n'y aurait pas besoin d'adopter un tel principe. Si l'on préfère, ce qui est similaire n'a pas besoin d'être reconnu !

Plus encore, l'harmonisation est, semble-t-il, moins perçue comme une méthode qui diffère de la coopération, comme une méthode autonome, que comme une part de la coopération judiciaire – elle est présentée comme telle dans les articles 82 et 83 du TFUE.

Quelle place reste-t-il pour l'harmonisation ? Une place restreinte pour au moins deux raisons : d'abord, parce qu'elle est soumise à un principe de nécessité : elle ne peut être engagée que lorsqu'elle est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle ou lorsqu'elle est indispensable à une politique de l'Union. Elle n'est rien de plus qu'une technique de rapprochement des règles nationales dont le but est de développer un socle commun de règles aux États membres facilitant la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires sur laquelle pourra s'appuyer la coopération pénale ; ensuite, l'harmonisation est réduite à sa portion congrue, puisqu'il n'est question que d'établir des règles minimales qui « tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres », « les États membres » pouvant par exemple, en matière de procédure pénale, « maintenir ou instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes » (art. 82, § 2). Certains auteurs considèrent qu'en raison de la faiblesse de tels rapprochements, il ne serait alors même plus pertinent de parler d'harmonisation.

Quoi qu'il en soit exactement, le domaine de l'harmonisation s'avère, à la fois, procédural et substantiel.

Peuvent ainsi être harmonisées, en procédure pénale, les règles relatives à « a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ; b) les droits des personnes dans la procédure pénale ; c) les droits des victimes de la criminalité ; d) d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision en statuant alors à l'unanimité, après approbation du Parlement européen » (art. 82, § 2).

En droit pénal de fond, il s'agit « d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes (terrorisme, traite des êtres humains et exploitation sexuelle des femmes et des enfants, trafic illicite de drogues, trafic illicite d'armes, blanchiment d'argent, corruption, contrefaçon de moyens de paiement, criminalité informatique et criminalité organisée). En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent ces critères en statuant à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

Par ailleurs, lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné » (art. 83).

En revanche, aucune harmonisation n'est autorisée en matière de prévention de la criminalité (art. 84).

La peine est assez peu déterminée dans les textes qui ont été adoptés (au mieux une fourchette maximale). Mais la formule a connu un succès certain : beaucoup de décisions-cadres sont intervenues pour effectuer de tels rapprochements.

À noter, pour finir cette présentation très générale, qu'au-delà du droit de l'Union européenne, plus exactement dans le droit du Conseil de l'Europe, une forme d'harmonisation s'est opérée à la suite du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur les États membres. Même si ce mouvement est sans aucun doute moins prononcé pour la Cour de Justice de l'Union européenne en raison de son domaine d'intervention plus restreint, le contrôle de conventionnalité apparaît lui aussi, indirectement, comme un outil d'harmonisation des législations...

Revenons au terrorisme, qui fait donc partie, on l'a dit, des champs harmonisables.

III. L'harmonisation en matière de lutte contre le terrorisme

Le terrorisme, par sa gravité, par ses caractères politique et transfrontalier, mais aussi parce qu'il existe un terrorisme autochtone, propre à l'Europe, rendait l'opportunité d'une harmonisation européenne suffisamment évidente pour qu'il y ait été fait recours plus aisément dans ce domaine que dans d'autres.

Par ailleurs, le terrorisme est finalement un vieux problème pour l'Europe, ce qui facilite aussi l'acceptation par les États d'une harmonisation normative. Pour faire simple, même si les Communautés ont été fondées sur des considérations purement économiques, le terrorisme semble historiquement à l'origine d'une extension de leurs centres d'intérêts au-delà de domaines exclusivement économiques et financiers.

En effet, alors que le marché intérieur était en pleine construction au sein de l'enceinte des Communautés, ce sont les tensions internationales et le développement du terrorisme international dans les années 1970 qui ont fait naître la volonté, chez les États européens, d'améliorer la coopération policière et judiciaire. Les Communautés avaient déjà amorcé un rapprochement, mais il apparaît que ce fut, en vérité, en marge de leurs institutions, que les États s'organisèrent, de manière informelle dans un premier temps. Ainsi, fut formé, pas loin d'une fontaine notoire, le groupe TREVI – acronyme de Terrorisme-Radicalisme-Extrémisme-Violence Internationale –, à l'initiative des ministres de l'intérieur des États membres. Leurs objectifs étaient essentiellement opérationnels, aucun acte normatif n'ayant alors été adopté. Ce groupe n'en est pas moins resté, dans l'histoire de la construction européenne, comme l'une des origines de l'élaboration de l'espace judiciaire européen. La lutte contre le terrorisme aura donc été l'un des moteurs de la construction d'une Union plus qu'économique.

Depuis lors, après bien des avancées institutionnelles, on peut, non seulement, dresser le constat de la permanence d'un souci européen de lutte contre le terrorisme, mais aussi, en ne faisant alors que relayer les travaux d'autres auteurs¹, percevoir la valeur ajoutée de l'intervention européenne en matière de terrorisme d'au moins quatre façons : par le

¹ V. N. Catelan, S. Cimamonti et J.-B. Perrier, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, PUAM, 2014.

renforcement des capacités nationales, c'est-à-dire l'utilisation des meilleures pratiques et l'échange des connaissances et des expériences « afin d'améliorer les outils internes de prévention, de protection, de poursuite et de réaction en cas d'attentat, notamment en perfectionnant la collecte et l'analyse d'informations et de données du renseignement » ; par l'essor de la coopération européenne afin que puissent être échangées des informations « de façon sécurisée entre les États membres et les institutions, et être mis en place des mécanismes destinés à faciliter cette coopération, notamment entre les autorités policières et judiciaires, en légiférant lorsque cela est nécessaire et opportun » ; par la mise en place de « capacités collectives en faisant en sorte que l'UE soit en mesure de comprendre les menaces terroristes et d'apporter des réponses politiques collectives à celles-ci, et en tirant le meilleur parti de la capacité des organes de l'UE, notamment Europol, Eurojust, l'Agence Frontex, le Centre de suivi et d'information (MIC1) » etc. ; et par la mise en place de « partenariats internationaux en travaillant avec d'autres acteurs extérieurs à l'UE, en particulier les Nations unies, d'autres organisations internationales et des pays tiers de premier plan. L'objectif est bien évidemment d'asseoir le consensus international et de renforcer les capacités et la coopération en matière de lutte contre le terrorisme ».

Faute de temps pour reprendre tout ce qui participe de ces quatre aspects – nous renvoyons, à cette fin, aux auteurs précités –, contentons-nous d'identifier ce qui, dans ce schéma, ressortit à l'idée d'une « harmonisation ».

Par réaction aux attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de l'Union européenne a adopté la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, qui a été modifiée ultérieurement par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008. L'Union européenne a alors défini le terrorisme pour mieux le combattre. Voilà le cœur de ce que peut constituer une harmonisation en matière pénale.

Pour l'essentiel, à l'instar du législateur français (art. 421-1 et s. c. pén.), le législateur européen n'a pas créé une incrimination unique ; il a incriminé plusieurs comportements. Plus précisément, deux méthodes d'incrimination ont alors été empruntées : en premier lieu, la surqualification terroriste, sur la base d'infractions de droit commun dont la considération va changer en raison des moyens employés et du but poursuivi par le comportement ; en second lieu, la qualification proprement terroriste, pour des comportements qui n'ont pas d'équivalent

en droit commun (appartenance à un groupe terroriste ou direction d'un tel groupe ; comportements préparatoires au terrorisme).

L'efficacité recherchée est empreinte de pragmatisme : les États devant atteindre le résultat, tout en restant maître des moyens, il est opportun de partir d'une base nationale pour en faire des infractions terroristes et de ne combler, par l'entremise d'incriminations originales, que les éventuels vides.

Ce qui n'empêche, comme le relève pertinemment un auteur, que la prudence de certaines formules – ex. : « infractions liées aux activités terroristes » – « révèle les tensions entre les principes et les objectifs, et l'absence de consensus, lorsqu'il est question d'étendre le traitement spécifique aux comportements strictement préparatoires du terrorisme »². Et cet auteur d'ajouter que, malgré cela, « l'audace de l'Union européenne doit être soulignée car, à la différence du droit international et du droit du Conseil de l'Europe, le droit de l'Union européenne a d'emblée prôné de véritables qualifications terroristes, ne se contentant pas que le terrorisme soit appréhendé par les qualifications de droit commun. C'est qu'entre les années 1970 et les années 2000, la lutte contre le terrorisme a été érigée en véritable obligation à la charge des États, l'introduction d'incriminations spécifiquement terroristes et d'un régime juridique dérogatoire en représentant les corollaires ».

En considération des évènements, l'Union a notamment proposé une directive qui se substituerait à la décision cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme³. Outre qu'il procéderait à une sorte de mise à niveau internationale, l'instrument inciterait à l'incrimination de toute une série d'infractions liées au terrorisme dont « certains actes préparatoires, tels que l'entraînement et le fait de se rendre à l'étranger à des fins terroristes ainsi que le fait de se rendre complice d'actes terroristes, d'inciter à les commettre et de tenter de les commettre ». Le large consensus autour de la nécessité de lutter plus activement encore contre le terrorisme laisse augurer que cette directive ira au-delà du stade de la proposition.

On le constate : bien qu'inachevée, l'harmonisation en matière de terrorisme est sans doute la plus aboutie en matière de droit pénal de fond dans l'Union européenne. Par ailleurs, bien

² J. Alix, *JCl. Pénal Code*, Art. 421-1 à 422-7, Fasc. 20 : *Terrorisme*, 2015, n° 8.

³ COM-2015-625.

qu'inspirée en partie du droit de certains États membres, elle a fait œuvre novatrice, en puisant dans d'autres domaines – essentiellement celui de la lutte contre la criminalité organisée – des inspirations pour combattre le terrorisme (ex. : notion de groupe terroriste).

C'est peut-être ça aussi, l'harmonisation : une sorte de tamis, qui reçoit toutes les idées des États, pour ne finir que par imposer ou, au moins conseiller, les meilleures de ces idées.

L'harmonisation en matière de terrorisme a, par ailleurs, sans doute encouragé à celle d'autres domaines, entretenant un lien étroit avec ce dernier : incrimination des attaques contre les systèmes d'information (décision-cadre 2005/222 JAI du 24 février 2005) et du blanchiment de capitaux (directive 2005/60 du 26 octobre 2006 puis directive 2008/20 du 11 mars 2008) ou encore traçabilité imposée des virements de fonds (règlement 1781/2006 du 15 novembre 2006). Mais elle a aussi rendu plus important un rapprochement dans le domaine procédural (droit des victimes, confiscation des avoirs, droit à l'information etc.).

Car il ne faut pas oublier que le terrorisme constitue, avant tout, le domaine d'une procédure plus intrusive rendant, parallèlement, plus nécessaire le rappel des garanties fondamentales des personnes mises en cause.

L'harmonisation en matière de terrorisme a, enfin, constitué l'un des facteurs d'une coopération accrue, tant policière que judiciaire, ce qui permet de rappeler que, tant que les règles ne seront pas uniformes, et afin qu'un jour elles soient peut-être uniformes, l'harmonisation et la coopération sont indissociables.

L'harmonie, en la matière, est presque là. À quand, en complément, la « mélodisation » de la lutte (et du reste) ?