

Lire Mireille Delmas-Marty - *L'émergence d'un droit pénal commun*

Mireille Delmas-Marty et l'harmonisation des systèmes pénaux

Alessandro Bernardi

Professeur émérite de l'Université de Ferrare

I - Avant-propos

Penser à la relation intellectuelle que j'ai entretenue pendant près de quatre décennies avec Mireille Delmas-Marty, c'est d'abord remonter dans ma mémoire à certaines des recherches les plus stimulantes auxquelles je n'ai jamais participé. La recherche, tout cela, marqué par l'esprit visionnaire d'un Maître que j'appellerai désormais simplement Mireille. Un savant capable d'anticiper les temps, de faire face aux défis posés dans le domaine pénal par les processus généraux d'européanisation et de globalisation, de tenter de résoudre ces défis avec une approche syncrétique dans laquelle les sciences pénales ont été rejointes par les connaissances les plus diverses, de la sociologie à la philosophie, de la géopolitique aux mathématiques.

J'ai l'intention ici de passer brièvement en revue les événements de deux recherches internationales sur le

vaste sujet de l'harmonisation pénale. Deux recherches différentes par leur sujet, leur durée et leurs participants¹, mais unies par un point de départ commun : la conviction de Mireille que l'ère du relativisme absolu du droit pénal, découlant de la dimension purement nationale de ce dernier, était désormais considérée comme révolue.

En effet, Mireille était bien consciente que de nouvelles instances supranationales et internationales influençaient de plus en plus les politiques pénales des États ; que la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux exigeait – surtout au niveau européen – un rapprochement des réponses punitives nationales capable d'éviter ou du moins de limiter le phénomène du *forum shopping* dans le domaine des activités illicites ; que l'universalisation progressive des droits

745

(1) Puisque, en dehors de Mireille, seuls Stefano Manacorda et moi-même avons participé aux deux recherches.

de l'homme conditionnait de plus en plus les choix de sanction des différents pays, et plus généralement leur droit pénal matériel et procédural. Mireille savait, en somme, que le monde changeait rapidement et que le droit pénal devait évoluer avec lui. Elle savait que, même si des particularismes subsistent, les peuples d'Europe – et, dans une moindre mesure, les peuples du monde entier – sont de plus en plus interconnectés. Mireille était convaincue que le droit pénal devait s'accommoder de ces interconnexions, qu'il devait s'habituer à parler une langue commune mais pas tout à fait identique à lui-même ; une langue capable de sauvegarder sa légitimité et sa dignité en reconnaissant l'existence de règles – les droits de l'homme – universelles, mais en tolérant (ou plutôt en préservant jalousement) en son sein les

accents, les expressions et même les langues propres à chaque pays.

La première de ces recherches – présentée sous la forme d'un projet à l'occasion de l'appel européen à propositions 2002 « GROTIUS II-Pénal » lancé par la Commission européenne dans le cadre du « Programme d'échanges, de formation et de coopération destiné aux praticiens de la justice dans le domaine du droit pénal »² – abordait le problème de *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*³ ; la seconde – soutenue par l'*Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris* – se proposait de réfléchir sur *Les chemins de l'harmonisation pénale*⁴, c'est-à-dire sur les formes que prend l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux, les modalités de fonctionnement des forces visant à les intégrer.

II - Recherche sur *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*

Certes, la première des deux études précitées révélait déjà la clairvoyance et même l'optimisme de son auteur, étant donné qu'au début de ce siècle, le domaine des sanctions était l'un des plus problématiques dans la perspective de l'harmonisation pénale européenne. En effet, comme le souligne Geneviève Giudicelli-Delage, d'une part « la détermination des sanctions pénales rest[ait] traditionnellement ressentie comme faisant partie du noyau dur de la souveraineté étatique »⁵, d'autre part, toute

possibilité d'initier un tel processus d'harmonisation était alors inhibée par l'absence d'une « connaissance précise des règles et de paramètres qui sont applicables [aux sanctions pénales] dans le droit des États membres »⁶.

Toutefois, pour être juste, on ne peut pas dire que le sujet de cette recherche était entièrement nouveau. Dès la fin du siècle dernier, la doctrine avait déjà souligné la nécessité d'un rapprochement européen des choix nationaux en matière de sanc-

(2) <https://www.europafacile.net/Scheda/Documento/4046>.

(3) Sous ce titre sont en fait rassemblés les articles publiés en 2003 à l'issue de la recherche.

(4) Sous ce titre sont en fait rassemblés les articles publiés en 2008 à l'issue de la recherche.

(5) G. Giudicelli-Delage, Introduction générale, in M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 8. V. égal. W. de Bondt, *The Missing Link between Necessity and Approximation of Criminal Sanctions in the EU*, *European Criminal Law Review* 2014, p. 147 s. Sur le fait que le rapprochement des sanctions dans l'UE doit être poursuivi avec une extrême prudence, car il doit être considéré comme la dernière étape du processus d'harmonisation pénale, v., par ex., P. Asp, *Harmonisation of Penalties and Sentencing within the EU*, *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 2013, p. 53 s.

(6) G. Giudicelli-Delage, Introduction générale, p. 9 (citant la Présidence belge du Conseil de Tampere à l'automne 2001).

tion⁷ ; une nécessité qui s'est ensuite renforcée, comme en témoigne toute une succession de réflexions de plus en plus approfondies et affinées, mûries ces dernières années⁸ et certainement appelées à se poursuivre à l'avenir. En outre, toujours dans une perspective (bien qu'embryonnaire) d'harmonisation des sanctions, la Cour de justice avait développé, depuis le milieu des années 1980, le principe de loyauté communautaire⁹ de manière à obliger les États membres à mettre en œuvre la législation communautaire également par l'introduction de mesures punitives réellement efficaces, c'est-à-dire fonctionnelles à la poursuite de leurs objectifs préventifs¹⁰. Cette première contrainte très générale s'était déjà un peu durcie en 1989, lorsque la Cour de justice avait précisé qu'à la lumière du principe précité, les infractions au droit communautaire devaient être sanctionnées par des peines effectives, proportionnées et dissuasives¹¹ : de sorte que, selon ce que la Cour de justice a elle-même précisé¹², les États membres de la Communauté européenne (de l'époque) étaient nécessairement tenus de frapper les infractions les plus graves et socialement alarmantes par des sanctions formellement pénales, seules jugées suffisamment dissuasives par la Cour. Enfin,

preuve de la nécessité, déjà perçue à l'époque, que les lois pénales européennes naissantes dictent aux États de l'UE des obligations concernant également le type et l'étendue des sanctions applicables aux « infractions communautaires », le projet de *traité établissant une Constitution pour l'Europe*¹³ préparé par la *Convention sur l'avenir de l'Europe* établie en décembre 2001 avec la déclaration de Laeken était en cours de finalisation au moment même où la recherche en question était élaborée ; un projet dans lequel il était envisagé que des directives (c'est-à-dire des « lois-cadres européennes ») puissent « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave ayant une dimension transnationale »¹⁴.

Il est cependant vrai que – pour les raisons mentionnées ci-dessus¹⁵ et par l'absence d'entrée en vigueur du traité constitutionnel susmentionné¹⁶ – le processus européen d'harmonisation des sanctions pénales – bien que perçu comme très opportun par les spécialistes les plus attentifs et par la Commission européenne elle-même¹⁷ – avait du mal à démarrer, étant donné que les règles d'incrimination lancées par

(7) V. égal. pour d'autres références bibliographiques, A. Bernardi, *La pena pecuniaria in Italia e Francia, e l'esigenza di una sua armonizzazione a livello europeo*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 228-259 ; Id., *L'amende dans une perspective européenne*, in *Quelques aspects des sciences criminelles - Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, Paris, 1990, p. 5-29.

(8) Cf. not. et pour tous, *Harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne*, H. Satzger (dir.), Nomos, 2020 ; ainsi que, plus récemment, K. Zoumpoulakis, *Approximation des sanctions pénales dans l'Union européenne : une chasse au gaspi ?*, *New Journal Of European Criminal Law*, 2022, 13(3), p. 333 s.

(9) Consacré (alors) par l'article 5 du TCE, selon lequel « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté... ». V., égal. l'art. 86 Tr. CECA et Art. 192 Tr. Euratom.

(10) V., par ex., CJCE, 10 avr. 1984, n° 14/83, *von Colson* et n° 76/83 *Harz*, Rev. UE 2015. 336, obs. C. Mayeur-Carpen-tier.

(11) V., CJCE 21 sept. 1989, aff. C-68/88, *Commission c/ Grèce*, RSC 1990. 155, obs. J.-C. Bonichot.

(12) V., not., CJCE 13 juill. 1990, aff. C-2/88, *Zwartveld*, Rec. 1990, p. 3365, AJDA 1991. 267, chron. T. Debard et C. Alibert.

(13) V. la Convention européenne, doc. CONV 850/03 présenté à Bruxelles le 18 juill. 2003.

(14) Art. III-172.1.

(15) V., *supra*, les points 5 et 6 [contrôle ! ! !].

(16) Comme on le sait, ce projet constitutionnel, qui a été préparé par une Convention sur l'avenir de l'Europe établie en décembre 2001 avec la déclaration de Laeken, a échoué en raison de l'absence de ratification par certains pays de l'UE.

(17) En effet, peu après, elle a publié le *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, COM/2004/0334 final.

l'Union européenne se situaient dans les sources juridiques du troisième pilier¹⁸, et que les contraintes de sanction dictées par ces règles étaient plutôt génériques¹⁹. Dans un tel contexte général, la recherche sur *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* conçue par Mireille – visant à surmonter les obstacles à un plus grand rapproche-

ment des systèmes de sanction européens – a sans aucun doute constitué un premier pas destiné à intercepter de manière directe ou indirecte pratiquement toutes les questions dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale qui étaient prioritaires dans l'appel « GROTIUS II-Pénal » de 2002 susmentionné²⁰.

III - La méthode utilisée dans la recherche

Il a déjà été observé que l'un des deux principaux obstacles à un processus d'harmonisation des sanctions dans le contexte européen était l'absence d'une vue d'ensemble de la configuration et du fonctionnement réel des systèmes de sanction des pays de l'UE. Il est donc logique que la première partie de la recherche ait eu pour but de combler ce manque de connaissances. Malgré les contraintes de temps et de ressources qui ont empêché une enquête sur tous les systèmes pénaux européens et une étude approfondie de la relation entre le droit des sanctions et le droit pénal en général²¹, pas moins de quatorze *rapports nationaux*²² ont été rédigés dans le cadre de la recherche.

En ce qui concerne ces relations, il convient de rappeler l'attention portée aux pays qui n'étaient alors que des

candidats à l'adhésion à l'UE²³ et aux pays qui n'étaient que des membres du Conseil de l'Europe²⁴, afin d'inclure les pays européens du Nord comme du Sud, de l'Ouest comme de l'Est. Trouver la Russie parmi ces pays aujourd'hui ne peut surprendre que si l'on a oublié le climat détendu et l'enthousiasme pro-européen de ces années-là, qui avaient conduit ce grand pays à adhérer avec conviction au Conseil de l'Europe²⁵ et à laisser échapper à plusieurs reprises son intention d'adhérer à l'OTAN²⁶; qui avait conduit la Russie et l'UE à considérer qu'il était possible et souhaitable de renforcer leurs relations non seulement dans le domaine de l'énergie, mais aussi dans ceux de la justice, des affaires intérieures et de la sécurité extérieure²⁷; qui avait même conduit certains hommes politiques à prôner une entrée rapide de la Russie

(18) Des sources basées sur la méthode intergouvernementale, et qui devaient donc être approuvées à l'unanimité par les États membres.

(19) V. par ex. l'art. 6 de la 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*; l'art. 2 de la décision-cadre du 26 juin 2001 *concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime*.

(20) Il convient de mentionner les thèmes suivants : a) la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ; b) le rapprochement des législations pénales et la lutte contre certains types de criminalité transfrontalière ; c) la coopération entre les États membres dans la lutte contre la criminalité ; d) la connaissance mutuelle des systèmes judiciaires des différents pays.

(21) Pour cette dernière remarque, v. G. Giudicelli-Delage, *Introduction générale*, op. cit., p. 11.

(22) Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Pologne, Russie, Slovaquie, Suisse, Suède, Pays-Bas, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).

(23) Comme le montre le choix d'inclure parmi les rapports nationaux ceux de la Pologne et de la Slovaquie, pays qui ont rejoint l'UE le 1^{er} mai 2004, soit un an après la conclusion de la recherche.

(24) Suisse et Russie.

(25) Comme on le sait, la Russie a rejoint le Conseil de l'Europe le 28 févr. 1996 et l'a quitté le 16 mars 2022.

(26) Une demande formulée par Boris Eltsine le 20 décembre 1991 (cf. L. Fabiani, *La Russia vuole entrare nella Nato*, dans <https://bit.ly/3FQrgMr>) et réitérée plus ou moins implicitement par Poutine lui-même au début de ce siècle (cf. par ex., dans les médias, M. Nexon, *Le jour où Poutine voulait intégrer l'Otan*, dans <https://bit.ly/3Pp7rzx>).

(27) V. Union européenne - Russie : quelles relations ?, in <https://bit.ly/3j3nR4b>.

dans l'UE²⁸. C'était vraiment d'autres temps, si différents du présent qu'ils semblent très lointains...

Toujours à propos des *rapports nationaux*, la capacité de Mireille à créer les conditions d'une parfaite harmonie entre les unités nationales chargées de leur élaboration mérite d'être soulignée. Alliance obtenue, notamment, par l'élaboration de grilles et de schémas communs destinés à favoriser une forte homogénéité de ces rapports, et à permettre ainsi l'établissement, dans chacun d'eux, de tableaux comparatifs concernant les types de sanctions prévus par le législateur, la marge d'appréciation laissée au juge lors de leur application, et l'aménagement de leur exécution. Là encore, afin de faciliter autant que possible la comparaison des systèmes nationaux, le projet a également envisagé un certain nombre de cas concrets concernant la criminalité environnementale, la cybercriminalité et le terrorisme, c'est-à-dire des cas relatifs à des domaines de criminalité pour lesquels il semblerait nécessaire de lier les États européens à différents niveaux d'harmonisation des réponses en matière de sanctions. Les différentes unités de recherche ont donc été appelées à imaginer comment de tels cas seraient traités dans leurs systèmes pénaux nationaux respectifs, de sorte qu'une fois de plus le travail comparatif soit effectué à la fois au niveau législatif et au niveau pratique-applicatif. Cette complémentarité des perspectives était en effet nécessaire, compte tenu du fait que « dans certains États, les peines

réellement exécutées s'avèrent très différentes des peines applicables, alors que dans d'autres cette différence est moins forte »²⁹.

Mais c'est surtout dans les moments et les aspects de la recherche rapportés dans la deuxième partie que l'on peut saisir pleinement l'originalité et la force de persuasion de la méthode de travail proposée par Mireille. Par exemple, il est possible de saisir tout cela dans son choix de créer une terminologie commune immédiatement compréhensible par tous au-delà des différentes formations scientifiques ; une terminologie conçue avant tout pour mettre en évidence les différents processus par lesquels les systèmes pénaux nationaux interagissent, se rapprochent et s'hybrident ; une terminologie destinée ainsi à rendre la recherche plus précise et rigoureuse. Les formes croissantes d'intégration interétatique réalisées par les mécanismes de coopération, de coopération renforcée, de reconnaissance mutuelle, d'harmonisation et d'unification sont ainsi mises en évidence.

L'originalité de la méthode de travail imaginée par Mireille apparaît alors très clairement dans sa décision de distinguer : a) *la faisabilité du processus d'harmonisation des sanctions*, plus ou moins grande selon que les systèmes des États impliqués dans ce processus présentent de nombreux profils de convergence, ou révèlent des *divergences compatibles*, voire des *formes de divergence incompatibles*³⁰ ; b) *l'opportunité de ce processus*, à évaluer à

(28) V. Berlusconi : « Maintenant Moscou entre dans l'Union européenne », <https://bit.ly/3j1Axsm>, 28 mai 2002. Pour une reconstruction plus générale des relations entre la Russie, l'OTAN et l'UE, v., par ex., J. Smith La relation OTAN/Russie : moment de vérité ou déjà vu ?, *Politique étrangère* 2008, p. 759 et s ; Senato della Repubblica, Servizio Studi - Servizio Affari internazionali, *Le relazioni della Russia con Europa e Stati Uniti. Recent developments and future scenarios*, édité par E. Greco, R. Alcaro, V. Fabbri, n° 76, sept. 2007, disponible sur <https://bit.ly/3YomCwn>.

(29) É. Lambert-Abdelgawad, *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*, *Arch. pol. crim.* 2002, n° 24, p. 177.

(30) Cf., amplius, É. Lambert-Abdelgawad, *L'Harmonisation des sanctions pénales en Europe*, préc., p. 433 s.

la lumière des principes de subsidiarité et de proportionnalité³¹ ; c) la *légitimité du processus* en question, qui dépend avant tout du type de sources juridiques communautaires utilisé à cette fin³². En ce qui concerne plus particulièrement la question de l'*opportunité de l'harmonisation*, que j'ai eu à traiter à mon tour, j'ai eu l'occasion de constater une fois de plus l'originalité et la profondeur de la réflexion de Mireille au cours des discussions que j'ai eues avec elle sur la nécessité de distinguer entre les raisons à caractère strictement juridique, les raisons d'ordre symbolique et les raisons pratiques : des raisons, on le comprend bien, différentes les unes des autres, mais unies par le fait qu'elles rendent ce processus d'harmonisation *opportun*.

Quoi qu'il en soit, c'est surtout dans les pages conclusives du volume sur les résultats de la recherche que Mireille révèle l'ampleur des scénarios qu'elle a dévoilés, en mettant à nu les questions cruciales qui sous-tendent le phénomène étudié : « L'harmonisation européenne des sanctions [...] conduira-t-elle à renforcer les garanties de l'État 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 ? ». Le fait que la recherche

devait être achevée dans un délai d'un an n'a permis que des réponses partielles à ces questions ; toutefois, cela n'a pas empêché Mireille de trouver un moyen de créer une base pour diriger et rationaliser le mouvement européen d'harmonisation des sanctions pénales, en mettant en évidence les indicateurs communs et fondamentaux de la gravité de l'infraction qui pourraient guider l'étendue de la sanction³³, ainsi que les indicateurs communs et fondamentaux de son efficacité³⁴.

Ces indicateurs – s'ils étaient adoptés de manière générale dans une zone géographique caractérisée par des principes, des droits et des valeurs largement partagés³⁵ – permettraient un rapprochement approfondi des choix punitifs effectués par les pays européens en ce qui concerne les infractions individuelles, et pourraient peut-être aussi déclencher un rapprochement significatif des règles punitives « générales » du code pénal. Si, en revanche, ces pays souhaitent sauvegarder, au moins en partie, les traditions nationales en matière de sanctions pénales, les indicateurs précités permettraient tout de même l'élaboration et l'adoption au niveau européen de classes homogènes d'infractions construites sur la base de leur gravité³⁶ et des caractéristiques de leurs auteurs³⁷. Il n'est donc pas difficile de discerner dans les indicateurs mis en évidence par Mireille les prodromes de

(31) Des principes qui, aujourd'hui, ont pris une configuration spécifique et restrictive dans l'art. 83.2 du TFUE, où il est exigé que, dans les domaines où l'UE possède une compétence pénale accessoire, le rapprochement des dispositions pénales nationales poursuivi par l'utilisation des directives pénales de l'UE soit « indispensable ». V., égal. pour d'autres références bibliographiques, A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea : problemi e prospettive*, in *Dir. Pen. Cont.* - Riv. Trim. 2012, n° 1, p. 50 s.

(32) Légitimité qui dépend évidemment des critères légaux que le législateur européen utilise pour harmoniser les sanctions pénales. Cf. E. Gindre, la légitimité au regard des sources du droit, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, op. cit.

(33) Facteurs constitués par l'importance de l'intérêt lésé, l'ampleur du dommage causé et l'intensité de la culpabilité. En outre, Mireille définit les critères à partir desquels ces facteurs doivent être évalués.

(34) Facteurs constitués par l'efficacité de la sanction et son aptitude à atteindre ses objectifs de prévention générale et spéciale.

(35) Comme semble le démontrer, au niveau du Conseil de l'Europe, l'adhésion de tous les États membres à la CEDH, ainsi que l'adoption de la CDFUE par l'Union européenne : v. M. Delmas-Marty, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, op. cit. p. 586.

(36) À condition, bien sûr, que les États de l'UE s'entendent sur la hiérarchie des intérêts lésés.

(37) Les caractéristiques personnelles qui peuvent évidemment influencer sur le choix des types de sanctions à privilégier en vue de l'exercice efficace des fonctions de prévention générale et spéciale.

l'idée récente de renoncer à l'harmonisation des choix de sanction des pays européens par rapport aux infractions individuelles, et de se limiter à la mise en place d'un « mécanisme de comparabilité relative » des sanctions pénales prévues dans les différents pays. Un tel mécanisme, centré sur le classement des infractions dans un nombre prédéterminé de catégories hiérarchisées

et uniformisées au niveau européen, permettrait de remédier au « désordre » constaté d'un pays à l'autre en ce qui concerne l'échelle de gravité des infractions, tout en garantissant le maintien de la cohérence interne des différents systèmes nationaux de sanctions³⁸. Par rapport à l'une ou l'autre de ces solutions, il serait donc juste de dire que « Mireille ouvrit la route ».

IV - Recherche sur Les chemins de l'harmonisation pénale

La conclusion de la recherche sur l'harmonisation des sanctions pénales a coïncidé avec l'un des moments les plus dynamiques de la construction européenne. En effet, c'est en décembre 2002 que le Conseil de l'UE a approuvé l'adhésion de dix nouveaux États membres à l'Union européenne³⁹ ; c'est en avril 2003 qu'ils ont signé le traité d'adhésion ; c'est le 1^{er} mai 2004 qu'ils ont officiellement rejoint l'Union. Et encore, c'est le mois suivant que le Conseil de l'UE a approuvé le traité adoptant une Constitution pour l'Europe, qui était censé renforcer la structure institutionnelle de l'Union européenne en intégrant les systèmes juridiques de tous les États membres dans un système constitutionnel commun.

On s'explique donc bien comment le sujet de l'intégration juridique de ces systèmes était devenu plus que jamais d'actualité au moment même où la recherche sur l'harmonisation des peines en Europe avait terminé son investigation d'un aspect important, mais encore très circonscrit, de ce sujet. Quoi qu'il en soit, il est certain que Mireille n'a pas considéré que son intérêt et son engagement pour les

questions liées au rapprochement des systèmes pénaux étaient terminés : à tel point que le même mois (juin 2004) où le Conseil de l'UE a approuvé le Traité constitutionnel européen susmentionné, le premier des séminaires organisés dans le cadre de la deuxième recherche conçue par Mireille sur l'harmonisation pénale s'est tenu au Collège de France.

Cette fois, la recherche n'a pas été financée par l'Union européenne et n'a donc pas dû respecter les délais stipulés dans les appels d'offres correspondants, de sorte que le temps disponible pour la développer était effectivement considérable (trois ans). En outre, les exigences inhérentes à la nouvelle recherche étaient également plus grandes. En effet, elle se détache désormais d'une perspective purement européenne et se caractérise par une approche fortement théorique, se fixant toute une série d'objectifs spéculatifs ambitieux : analyser les éléments qui se combinent pour donner vie aux différentes formes d'intégration des systèmes pénaux nationaux ; identifier les modèles fondamentaux d'harmonisation pénale ; élaborer une sorte de « théorie générale » de cette phénoménologie.

(38) V. H. Satzger, L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne - Une nouvelle approche, in *Eucrim* 2019, p. 115 s. ; *Id.*, Harmonisation des sanctions par le droit communautaire. Base juridique, pratique actuelle problématique et proposition pour un meilleur modèle à l'avenir, dans <https://journals.uniurb.it/index.php/studi-A/article/view/2248/2021> ; *Harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne*, op. cit.

(39) Chypre, Malte, Hongrie, Pologne, Slovaquie, Lettonie, Estonie, Lituanie, République tchèque et Slovaquie.

Le titre de la recherche – *Les chemins de l'harmonisation pénale* – condensait l'essence du travail prévu en une formule concise, indiquant d'emblée que l'intégration des systèmes pénaux ne représente pas quelque chose d'unitaire. Au contraire, elle représente un ensemble de processus relevant de ce que Mireille appelle « l'harmonisation au sens large » : un ensemble de processus englobant la *coordination* (coopération) des systèmes pénaux, *leur rapprochement* (ou harmonisation *stricto sensu*) et *leur hybridation* (ou unification). Les membres de l'équipe de recherche ont donc été appelés à analyser tous ces processus : une quinzaine de chercheurs qui travaillaient déjà depuis un certain temps

sur le sujet de l'harmonisation pénale. Un thème, celui-ci, extrêmement complexe et sujet à des évaluations différentes selon les conceptions politiques, sociales et philosophiques des différents praticiens du droit et selon les effets de l'harmonisation pénale examinés à l'occasion. En effet, de ce dernier point de vue, aux effets positifs consistant avant tout en une augmentation de l'efficacité des systèmes pénaux nationaux, résultant précisément de leur intégration, s'opposent des effets négatifs, dont le plus évident est l'augmentation ostensible du niveau de complexité de ces systèmes, qui tend à compromettre la prévisibilité des réponses répressives résultant des violations individuelles.

V - La méthode utilisée dans la recherche

Les différences déjà mentionnées entre cette recherche et la précédente, concernant une enquête limitée aux sanctions, n'ont pas empêché les deux projets de recherche de montrer des similitudes remarquables sur le plan méthodologique. Dans la deuxième étude, Mireille a très opportunément mis en place une grille d'analyse commune aux différents rapports, afin de leur assurer une homogénéité suffisante. Cette grille – que l'on retrouve dans l'introduction du volume illustrant les résultats de la recherche – se concentrait sur ce que Mireille considérait comme les trois aspects fondamentaux du mouvement d'harmonisation : les auteurs de ce mouvement (qu'elle distingue en publics, privés et civils) ; les facteurs (politiques, sociaux, économiques, technologiques, accidentels) qui le conditionnent, selon les cas en le déclenchant, l'accélérant, le ralentissant, le bloquant, le modifiant ; les processus d'interaction qui déterminent les formes qu'il prend (coopération, harmonisation *stricto sensu*, unification).

Mireille a estimé qu'en examinant les indicateurs de cette grille, il était possible d'identifier les différents modèles d'harmonisation ; modèles utiles à la fois pour décrire le phénomène de l'harmonisation et pour examiner les éléments d'une théorie de l'harmonisation, ainsi que pour permettre « une évaluation critique des pratiques d'harmonisation en termes de validité empirique (l'effectivité et la question de l'efficacité), formelle (la prévisibilité et la question de la sécurité juridique) et axiologique (la légitimité et la question des valeurs) » ⁴⁰.

Une autre analogie prévisible entre la recherche précédente et celle qui est en cours d'examen consiste dans le fait que les moments d'investigation de nature plus strictement théorique ont été précédés par ceux de nature principalement de reconnaissance-reconstruction. Avec cette différence, toutefois, que dans cette seconde recherche, les moments de reconnaissance-reconstruction n'ont pas donné lieu à la rédaction de « rap-

(40) Cf. M. Delmas-Marty, Introduction. Objectifs et méthodes, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, op. cit., p. 31.

ports nationaux », mais se sont matérialisés par des études sectorielles qui occupent toute la première partie du volume, intitulée *Champs d'expérimentation de l'harmonisation pénale*. Ces études visent à analyser comment le processus d'harmonisation se manifeste dans certains domaines spécifiques du droit ; des domaines dans lesquels ce processus, d'une part, tend à se dérouler à un niveau à la fois mondial et européen, et, d'autre part, peut être principalement déclenché par l'universalisme des droits de l'homme ou par la mondialisation économique. En particulier, le « pôle des droits de l'homme » est à l'origine de l'harmonisation trouvée dans le domaine des crimes contre l'humanité et de la traite des êtres humains, tandis que le « pôle de la mondialisation » est à l'origine de l'harmonisation mise en œuvre dans le domaine de la corruption et dans celui des atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Toutefois, il convient de noter que *Les chemins de l'harmonisation pénale* n'aiment pas être encadrés dans des schémas trop rigides. Et, en effet, la recherche n'a pas négligé certains domaines – ceux de la cybercriminalité et du terrorisme – dans lesquels le processus d'harmonisation pénale est conditionné de manière significative par les deux « pôles » susmentionnés. En outre, dans le cadre de la recherche, il a été jugé opportun d'examiner également certains thèmes à caractère transversal : les dynamiques d'intégration normative relatives à l'organisation criminelle ont ainsi été étudiées ; le processus d'harmonisation des sanctions en Europe a été analysé, avec une approche au moins partiellement nouvelle ; le phénomène de l'américanisation ou européanisation des normes en matière de *corporate crime* a été examiné avec attention.

Les études brièvement évoquées ci-dessus constituaient le prérequis cognitif

à partir duquel identifier et cibler les éléments sur la base desquels développer une véritable théorie de l'harmonisation pénale. Ces éléments ont été identifiés par Mireille dans les *acteurs* de l'harmonisation, les *facteurs* qui la provoquent et les *processus d'interaction* qui déterminent les formes qu'elle prend. Ainsi, à partir des enquêtes approfondies menées par Mark Pieth (en ce qui concerne les *acteurs*), Ulrich Sieber (en ce qui concerne les *facteurs*) et Mireille Delmas-Marty elle-même (en ce qui concerne les *processus d'interaction*), cette dernière en vient à identifier cinq modèles d'harmonisation : *souverainiste, universaliste, libéral, pluraliste légaliste et pluraliste humaniste*. Je voudrais simplement souligner ici que les deux derniers modèles – hyper complexes dans la mesure où ils sont caractérisés par des processus d'interaction mixtes à la fois verticaux et horizontaux – sont ceux, comme la recherche l'a révélé, qui sont les plus utilisés, et en tout cas ceux que Mireille considère comme les « gagnants » dans notre monde postmoderne, lui aussi hyper complexe.

Il convient également de souligner la prise de conscience par Mireille du fait que les processus actuels d'harmonisation des systèmes pénaux tendent à la déstabilisation et parfois à la désintégration partielle de ces systèmes. Les processus en question – pour laisser la parole à Mireille – « ne conduisent pas vers de nouveaux systèmes internationaux qui seraient pleinement intégrés, mais vers des “ensembles”, ou des “espaces”, partiellement intégrés, trop incertains et instables pour constituer de véritables systèmes »⁴¹. L'harmonisation, par essence, donne lieu à des ensembles très complexes, incomplets et incohérents, destinés en tant que tels à « affaiblir le formalisme, donc la prévisibilité des normes et la sécurité juridique »⁴².

(41) M. Delmas-Marty, Les modèles d'harmonisation, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, op. cit., p. 434.

(42) *Ibid.*, p. 435.

Ayant donc établi que « lorsqu'un ensemble dépasse un certain seuil de complexité [...], il ne peut être à la fois complet [...] et cohérent [...] »⁽⁴³⁾, il semble y avoir toutes les raisons de se déclarer résolument opposé à tout processus d'harmonisation pénale. Si ce n'est que – nous rappelle Mireille – dans le contexte historique actuel caractérisé par les phénomènes d'universalisation et de globalisation susmentionnés, la complexité exprimée par les modèles mixtes d'harmonisation semble posséder une vertu fondamentale : elle permet en effet « de préserver une certaine autonomie des systèmes nationaux et d'éviter à la fois l'intégration pénale uniformisante – qui supprime toute diversité et implique un risque d'hégémonie – et l'absence

d'intégration – qui laisse sans réponse pertinente les problèmes criminels globalisés »⁽⁴⁴⁾.

En conclusion, les modèles d'harmonisation pénale à caractère mixte, s'ils sont utilisés à bon escient, peuvent conduire à un « pluralisme ordonné » et peut-être même à un nouvel « ordre juridique » inspiré par des valeurs communes. Et voici donc qu'apparaissent en arrière-plan certaines des images les plus connues de la production scientifique du Maître : « l'Un et le Multiple » [et leurs formes de coexistence]⁽⁴⁵⁾, le « Pluralisme comme valeur »⁽⁴⁶⁾, les « Nuages ordonnés »⁽⁴⁷⁾, la « Communauté de droit, communauté de valeurs »⁽⁴⁸⁾.

VI - Pertinence persistante des recherches de Mireille Delmas-Marty sur l'harmonisation pénale

Les deux recherches sur l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux résumées ici ont été conçues par Mireille sur la base de deux hypothèses : la globalisation économique progressive et l'universalisation des valeurs⁽⁴⁹⁾. À ces hypothèses de nature planétaire s'ajoute alors, pour ce qui concerne la recherche sur l'harmonisation des peines uniquement, une troisième hypothèse consistant en l'intégration sociopolitique et culturelle croissante induite, dans les zones géographiques respectives, par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

Il semble donc légitime de se demander si et dans quelle mesure les conclusions tirées de ces recherches restent

pertinentes aujourd'hui. Aujourd'hui que la pandémie de covid-19, la guerre économique entre les superpuissances et la guerre en Ukraine ont remis en cause, chacune à sa manière, la priorité de la mondialisation sur la sécurité. Aujourd'hui, alors que la résurgence d'oppositions idéologiques favorisées par les divisions géopolitiques mine la reconnaissance de valeurs universelles, conduisant plutôt à la croyance que les valeurs dépendent de la culture qui les crée, et que chaque culture a nécessairement son propre système de valeurs comme expression de sa vision spécifique du monde⁽⁵⁰⁾. Aujourd'hui, alors que la croissance des forces souverainistes dans les pays européens tend à saper

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*, p. 436.

(45) Cf. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit - I. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

(46) *Ibid.*, p. 222 s.

(47) M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit - II. Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

(48) M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit - IV. Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011.

(49) Cf. M. Delmas-Marty, *Introduction. Objectifs et méthodes*, op. cit., p. 19 ; *Id.*, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, op. cit., p. 583 s.

(50) Sur ce sujet, v., tout récemment et pour tous, H. Joas, *Die Entstehung der Werte*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp Verlag, 1997, trad. it. *Come nascono i valori*, Macerata, Quodlibet, 2021.

le développement des deux grandes organisations supranationales du Vieux Continent et à remettre en cause la primauté de la Cour de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'homme. Maintenant que tout cela se produit, est-il encore possible de croire, avec la Mireille de 2008, que l'universalisation des valeurs et la mondialisation économique sont, tout comme l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux causée principalement par ces deux facteurs, des processus « inévitables » et « irréversibles » ? ⁵¹ (p. 433).

Une réponse détaillée à cette question ne trouve pas sa place ici. Il est également bien connu que, dans ses écrits contemporains de la seconde recherche, Mireille elle-même a eu l'occasion de dénoncer à plusieurs reprises la crise politique de l'Union européenne ouverte en juin 2005 par le « non » de la France et des Pays-Bas au Traité constitutionnel européen ; et il est également bien connu que, au fil des ans, l'amertume a grandi en elle pour la désillusion continue causée par l'action humaine. Cependant, elle n'a jamais perdu l'espoir, la foi dans les possibilités de l'homme. Pour rester sur le sujet de l'harmonisation pénale et de ses causes, il est certain que Mireille considérerait la mondialisation comme un destin auquel il serait difficile d'échapper ⁵² jusqu'au bout, et considérerait les droits de l'homme

comme des entités qui, si elles ne sont pas déjà universalisées, sont au moins universalisables, également avec l'aide du droit ⁵³. Je partage ces convictions de Mireille, et reste donc convaincu de la pertinence continue des résultats de ses recherches sur l'harmonisation pénale.

En ce qui me concerne, donc, ces recherches – ainsi que les autres dirigées par Mireille auxquelles j'ai eu la chance de participer – m'ont laissé en dot des choses qui vont au-delà de leurs résultats et des deux livres qui les contiennent. Ils m'ont laissé l'exemple d'une méthode de travail capable de valoriser l'engagement de tous les participants aux recherches menées ponctuellement ; une méthode capable de favoriser la créativité des individus et en même temps de la diriger vers l'objectif commun, de fusionner les différentes personnalités sans les étouffer, d'enrichir le produit final de la recherche grâce à l'apport de points de vue différents et complémentaires.

Enfin, toutes ces recherches m'ont laissé avec un ensemble de sentiments confus qui me semblent désormais destinés à durer éternellement : un ensemble composé de dévotion, d'amitié et d'affection. Parce que le travail, si vous avez la chance de le partager avec des personnes spéciales, peut être non seulement le travail, mais aussi beaucoup d'autres choses.

(51) V. M. Delmas-Marty, *Les modèles d'harmonisation*, op. cit., p. 433.

(52) Au point qu'encore en 2020 Mireille soutenait que « la mondialisation s'accélère » : Cf. M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Paris, Collège de France, 16 mars 2020.

(53) M. Delmas-Marty, *Ibid*, « les valeurs éthiques ne sont pas d'emblée universelles, mais peuvent devenir "universalisables" à mesure que le droit international entre en vigueur au croisement des cultures et des savoirs ».