

"Les Invités"

organisée en collaboration avec
l'Institut PRESAJE et grâce aux parrains
de l'École de Paris :

Algoé²
Alstom
ANRT
CEA
Chaire "management de l'innovation"
de l'École polytechnique
Chaire "management multiculturel
et performances de l'entreprise"
(Renault-X-HEC)
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
CNES
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Crédit Agricole SA
Danone
Deloitte
École des mines de Paris
Erdyn
ESCP Europe
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
Fondation Crédit Coopératif
Fondation Roger Godino
France Télécom
FVA Management
Groupe ESSEC
HRA Pharma
IBM
IDRH
IdVectoR¹
La Poste
Lafarge
Ministère de la Culture
Ministère de l'Industrie,
direction générale de la compétitivité,
de l'industrie et des services
OCP SA
Paris-Ile de France Capitale Economique
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Saint-Gobain
Schneider Electric Industries
SNCF
Thales
Total
Ylios

¹ pour le séminaire
Ressources technologiques et innovation
² pour le séminaire Vie des affaires

(Liste au 1^{er} février 2012)

UNE SEULE EUROPE, DEUX LOIS PÉNALES : UNE HARMONISATION IMPOSSIBLE ?

par

Thomas CASSUTO

Magistrat

Ancien vice-président chargé de l'instruction
au tribunal de grande instance de Nanterre

Expert national détaché auprès de la Commission européenne (DG Justice)

Gualtiero MICHELINI

Magistrat

Expert national détaché auprès de la Commission européenne (DG Justice)

Simon J. HORSINGTON

Avocat britannique au barreau de Londres
Vice-président honoraire fondateur de l'Association
des juristes franco-britanniques

Séance du 5 décembre 2011

Compte rendu rédigé par Élisabeth Bourguinat

En bref

Selon que vous serez sujet de droit romain ou de *common law*, le juge vous traitera différemment. Mal compris ou mal vécu, le fait est là. Autant les lois civiles et commerciales des États de droit occidentaux reconnaissent la primauté des organismes et standards internationaux et communautaires, autant ces États s'accrochent aux prérogatives répressives de leurs droits nationaux. La globalisation des échanges peut-elle se satisfaire de telles distorsions ? Au niveau européen, la notion d'harmonisation du droit pénal n'est plus un tabou et plusieurs indices témoignent d'une convergence lente mais sans doute inéluctable, liée à la nécessité de combattre les crimes à dimension transfrontalière mais aussi de protéger les droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens européens.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restent de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ de Thomas CASSUTO

Droits anglo-saxons et droits continentaux

Le droit anglo-saxon a des racines communes avec le droit romain : la devise française de la reine d'Angleterre, « *Dieu et mon droit* », s'inspire d'une tradition romano-germanique importée par Guillaume le Conquérant au XI^e siècle. Mais il présente aussi de grandes différences avec les droits continentaux.

La common law

À la fin du roman *Le bûcher des vanités* (1987), de Tom Wolfe, le juge, constatant que dans l'affaire dont il s'occupe, la justice a été quelque peu l'otage des parties, observe que « *The law is not a creature of the few or of the many.* » Cette phrase révèle que le droit, dans la conception anglo-saxonne, est une notion extrêmement large et dynamique, qui ne peut se réduire à "la loi" telle qu'on la produit en France ou dans la plupart des pays d'Europe. Dans le droit britannique, certaines infractions ne sont pas définies par la loi, mais par les juges : l'assassinat (*murder*) ou l'homicide involontaire (*manslaughter*) sont recensées par la *common law* depuis le XIV^e siècle et sanctionnés selon un régime de peines qui n'est pas non plus défini par la loi au sens "textuel" où nous l'entendons en Europe continentale.

Continuité et ruptures

Autre différence, les institutions britanniques, tout comme les institutions américaines, se sont construites dans la continuité, alors que les institutions européennes se sont développées dans la confrontation et dans la rupture. Les idées des Lumières ont été introduites de façon brutale par les révolutionnaires français avant de se propager sur le continent. En France, c'est par exemple la Révolution qui, par défiance pour les tribunaux d'ancien régime, a fait interdiction aux juges de connaître des actes administratifs, ce qui explique l'existence de nos deux ordres juridictionnels, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Au nom de l'abolition des privilèges, elle a également prévu des appels tournants et supprimé les brevets. Au niveau européen, le droit pénal a évolué à la faveur des mouvements sociaux et des révolutions qui ont agité le continent tout au long du XIX^e siècle.

Le rôle de l'État

Au Royaume-Uni, le droit pénal est considéré comme une sorte d'immixtion exceptionnelle de l'État dans les rapports entre les individus en cas de violation des normes contractuelles ou extra-contractuelles. Le procès reste avant tout la chose des parties, et c'est la notion d'égalité des armes qui prévaut : le procureur est un avocat choisi par la Couronne pour défendre les intérêts de cette dernière, à armes égales avec la défense. En France, le procureur est placé sous l'autorité du ministre de la Justice.

Ce sont des différences très importantes, qui ont notamment un impact sur l'administration de la preuve. Dans un système où le procureur a l'exercice de l'action publique et la capacité d'engager des poursuites, c'est lui qui dirige l'enquête, réunit les éléments, saisit le tribunal, soutient l'action publique et ramène la peine à exécution. Il est le centre névralgique de la chaîne qui assure la cohérence de la réponse pénale. Dans le système anglo-saxon, le procureur n'est qu'une partie poursuivante et il dispose des mêmes moyens que la défense ; tous deux viennent débattre des preuves devant le juge.

Cette différence dans la place accordée à l'État s'illustre particulièrement dans le traitement des actes de terrorisme. Dans les systèmes continentaux, on privilégie une réponse judiciaire qui passe par l'action de l'État, la poursuite, le jugement et la sanction des actes de terrorisme définis selon un principe de droit commun. Aux États-Unis, le jugement d'actes de terrorisme graves a

été confié à des commissions militaires, ce qui témoigne de la défiance fondamentale de l'État à l'égard du système judiciaire, considéré comme inapte à traiter des procédures particulièrement complexes et à pousser les investigations jusqu'à leur terme pour parvenir à un jugement. Ces commissions militaires ont cependant été finalement abolies par la Cour suprême.

Le rôle du juge

Le juge a un rôle plus important, plus dynamique et plus intrusif dans les systèmes de droit continentaux que dans le système anglo-saxon, où il est surtout chargé d'arbitrer les débats et de résoudre les questions de droit. Sa neutralité et son impartialité peuvent toutefois s'avérer assez discutables lorsqu'il existe, de fait, une inégalité entre les parties.

L'émergence d'une justice pénale internationale

Ces deux systèmes de droit ont évolué de façon relativement séparée jusqu'au milieu du XX^e siècle : le Royaume-Uni vivait replié sur lui-même et sur son empire, et les États-Unis se consacraient à la conquête de leur deuxième frontière ; l'Europe était la proie de nombreux incendies. À l'issue de la première guerre mondiale, lorsque l'idée a été lancée de poursuivre pénalement Guillaume II pour avoir rompu les lois de la guerre en envahissant la Belgique sans déclaration préalable, cette tentative a échoué. Elle a cependant servi de base pour l'émergence, à la fin de la deuxième guerre mondiale, d'une justice pénale internationale avec l'accord de Londres.

Le tribunal de Nuremberg

Le tribunal de Nuremberg, chargé de juger les criminels nazis, a joué un rôle très important dans le rapprochement des différents systèmes judiciaires. Les juges américains, britanniques, français et russes qui ont siégé à ce tribunal ont dû au préalable s'entendre sur les règles de procédure. Ce sont les règles anglo-saxonnes qui ont prévalu, ce qui a permis de conférer une publicité absolue aux débats et de diffuser largement les principes et concepts propres à la procédure pénale anglo-saxonne. Un de ces principes, que l'on retrouve d'ailleurs à travers les jurisprudences européennes, est que la justice ne doit pas seulement être rendue mais donner le sentiment qu'elle l'est. Il s'agit de démontrer qu'au-delà de l'application formelle des règles de procédure, on a respecté le concept même de justice à travers des notions comme celles de procès équitable ou d'égalité des armes.

La Cour européenne des droits de l'homme

La justice pénale internationale s'est renforcée grâce à la signature, en 1950, de la Convention européenne des droits de l'homme, élaborée par le Conseil de l'Europe. Cette convention a permis à la Cour européenne des droits de l'homme, établie à Strasbourg, de développer des principes directeurs qui vont souvent bien au-delà des idées ayant inspiré la rédaction initiale. Par exemple, l'article 3 sur la prohibition de la torture et des traitements inhumains sert désormais de principe directeur pour les conditions de détention. L'article 6 sur le droit à un tribunal impartial et indépendant a donné lieu à une très abondante jurisprudence qui joue un rôle majeur dans le bras de fer actuel sur l'accès à un avocat pour toute personne suspecte ou accusée. La jurisprudence très dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à la fois les juges nationaux à s'emparer de la Convention européenne pour l'appliquer en droit interne, et les législateurs à moderniser les textes.

La Cour pénale internationale de La Haye

La Cour pénale internationale de La Haye, créée en 1998 pour juger les personnes accusées de génocide, de crime contre l'humanité et de crimes de guerre, commence à se mettre en place. Des mandats d'arrêts internationaux sont délivrés et sont susceptibles d'être ramenés à exécution, ce qui donnera une réalité substantielle à cet instrument. Cette cour, comme

précédemment le tribunal pour l'ex-Yougoslavie, contribuent, à travers des règlements de procédure particulièrement exigeants, à établir des "étalons judiciaires" qui pourront ensuite inspirer les législateurs internationaux.

La Cour de justice des communautés européennes

Depuis le traité de Lisbonne, qui a intégré la notion d'espace de justice, de liberté et de sécurité au droit communautaire, la Cour de justice des communautés européennes (CURIA), chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités, est régulièrement amenée à évoquer des notions de droit pénal. Dernièrement, elle a par exemple rendu une décision sur le principe *Ne bis in idem* (nul ne peut être jugé et condamné deux fois pour la même infraction), contribuant ainsi à une harmonisation de cette notion, appliquée de façon différente selon les États.

L'immixtion récente de l'Union européenne dans le champ du droit pénal est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la vie économique, en permettant notamment une harmonisation des règles concernant la fraude à la TVA, le droit de polluer ou les atteintes à l'environnement. Ces mesures sont indispensables pour assurer l'égalité dans le domaine de la concurrence. Par exemple, un acteur économique qui peut polluer l'environnement en toute impunité dans son pays se trouve en rupture d'égalité par rapport à des concurrents contraints d'investir pour prévenir la pollution et les atteintes à l'environnement.

La coopération entre États

Au-delà de l'émergence d'un droit pénal international, l'influence réciproque entre les différents droits naît aussi des rapports de coopération qui se sont instaurés au fil du temps entre les juges des différents États. En tant que magistrat, j'ai souvent eu l'occasion d'expérimenter l'entraide judiciaire, ou d'en être un acteur en essayant de favoriser les démarches d'un collègue étranger.

De l'entraide à l'intérêt mutuel

L'objectif de la coopération est de faire en sorte qu'il n'y ait plus de frontières entre les systèmes judiciaires, de même qu'il n'y en a plus dans la circulation des personnes, des biens ou des capitaux. Ce rapprochement s'effectue en plusieurs étapes. Le principe de la *réciprocité* permettait de demander l'entraide en échange d'un appui apporté sur un autre dossier. Puis a émergé la notion de *reconnaissance mutuelle*, qui consiste à répondre à une demande étrangère comme s'il s'agissait d'une demande nationale. Aujourd'hui, il faudrait envisager de passer à la notion d'*intérêt mutuel* : même lorsque l'on poursuit une action publique au niveau national, cette action participe d'un intérêt plus large, de niveau européen.

Les outils de la coopération

Un certain nombre d'outils nouveaux ont vu le jour pour permettre cette coopération. Le mandat d'arrêt européen, en vigueur depuis 2004, permet d'obtenir l'arrestation et la remise d'une personne dans un délai très court, où qu'elle se trouve en Europe, et sans que son pays puisse exciper sa nationalité ou exercer un droit de regard sur la nature de l'affaire.

L'Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne (Eurojust), instituée en 2002, joue également un rôle très important pour favoriser l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition.

Le traité de Lisbonne prévoit des mesures d'harmonisation ou de rapprochement dans les domaines suivants : renforcement des droits procéduraux des citoyens, du droit des victimes, des règles de coopération. Il prévoit également la création d'un poste de procureur européen indépendant des États et des juridictions nationales, qui pourra engager des poursuites au sein des différents États membres et assurer ainsi une cohérence globale à la lutte contre la criminalité organisée, et plus généralement contre les crimes transnationaux.

Des résultats inégaux

Mon expérience de praticien m'a amené à constater que les efforts de coopération donnent des résultats inégaux selon les pays auxquels on s'adresse. Avec les Britanniques, on peut obtenir de très bons résultats si l'on connaît bien l'esprit dans lequel ils envisagent la coopération et si l'on fait l'effort d'en passer par leurs conditions. Dans le cas contraire, surtout lorsqu'ils n'ont pas d'intérêt particulier à la coopération, il n'y a pas grand-chose à en espérer. Sur le continent, il existe un esprit d'entraide qui conduit les juges à favoriser la coopération et à chercher des solutions même au-delà de ce qu'imposent les textes.

Une harmonisation possible et indispensable

En conclusion, l'harmonisation des lois et des procédures pénales européennes est loin d'être achevée, mais je crois qu'elle est possible. Elle est surtout indispensable, non seulement pour faciliter l'application de la loi mais pour établir l'égalité entre les citoyens européens en leur assurant les mêmes droits, pour protéger les acteurs économiques par rapport à des activités illicites qui pourraient affecter la libre concurrence, et aussi pour faire front aux activités criminelles internationales.

EXPOSÉ de Gualtiero MICHELINI

Comme Thomas Cassuto, je suis optimiste en ce qui concerne l'harmonisation du droit pénal européen.

Entre la France et l'Italie, par exemple, il existe de nombreux points communs. Nous partageons l'héritage du droit romain et de la codification de Napoléon, nous avons adopté une constitution écrite et la séparation des pouvoirs, nous avons organisé notre magistrature de la même façon : magistrats de carrière, recrutement par concours, pas de parquet national.

Plus largement, tous les pays européens adhèrent à la Convention européenne des droits de l'homme, qui affirme des principes fondamentaux comme l'interdiction de la peine capitale. Ils ont également signé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a la même valeur que les traités européens et peut être appliquée soit directement par les juges nationaux, soit via l'interprétation préjudicielle de la Cour de justice du Luxembourg. La Cour pénale internationale applique des procédures communes aux pays de droit civil et aux pays de *common law*. Le traité de Lisbonne, qui est entré en vigueur à la fin 2009, a modifié la procédure du droit pénal européen : désormais, les nouveaux règlements et directives en matière pénale sont approuvés à la majorité qualifiée, alors que la procédure était jusqu'alors de type intergouvernemental. Enfin, le mandat d'arrêt européen a remplacé l'extradition. On a substitué une procédure purement judiciaire à une procédure politico-judiciaire.

Même si le chemin vers une harmonisation est encore long, de grands progrès ont été accomplis. Lorsque j'ai commencé à travailler dans le domaine des affaires européennes à Bruxelles, il y a une douzaine d'années, il était impensable ne serait-ce que de prononcer le terme d'*harmonisation* en matière pénale. Aujourd'hui, ce terme figure dans le traité de Lisbonne : l'article 69 B parle de mesures d'harmonisation pour « *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. Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.* »

L'agence Eurojust, dont il a déjà été question, est une structure de type intergouvernemental composée de représentants des États membres, mais le traité de Lisbonne prévoit de lui attribuer de nouveaux pouvoirs en propre, notamment celui de déclencher des enquêtes et de les coordonner, ou encore de résoudre des conflits de compétences. Ces pouvoirs peuvent lui être accordés par un règlement voté selon la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire à la majorité qualifiée.

L'article 69 E du traité de Lisbonne prévoit aussi la création d'un parquet européen qui pourra exercer devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative aux infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. La mise en œuvre de ce parquet sera sans doute un défi. Elle nécessitera l'unanimité des membres ou une coopération renforcée entre au moins neuf d'entre eux pour l'approbation d'un règlement sur le statut du parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités et celles gouvernant l'admissibilité des preuves, ainsi que les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrêtera dans l'exercice de ses fonctions. Enfin, les codes de procédure pénale nationaux devront être modifiés pour permettre au parquet européen d'exercer l'action publique. Même si le chemin qui reste à parcourir est encore long, la création du parquet européen est désormais inscrite dans le traité et de nombreux experts sont d'ores et en déjà en train d'y travailler, notamment à la Cour de cassation française.

Des accords bilatéraux existaient déjà entre les États-Unis et les pays européens en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. Ils ont été complétés et mis en cohérence par un accord entre les États-Unis et l'Union européenne entré en vigueur en janvier 2010. Cet accord pose des règles communes, par exemple sur la peine capitale. Il exclut ainsi toute extradition vers les États-Unis pour des personnes ayant commis des crimes soumis à la peine de mort. L'accord prévoit également des règles communes en matière de cybercriminalité, même s'il se heurte à un obstacle pratique, à savoir que, dans la mesure où les fournisseurs d'accès sont majoritairement localisés aux États-Unis, les flux de requêtes sont beaucoup plus importants de l'Europe vers les États-Unis que dans l'autre sens. L'accord offre néanmoins un cadre commun pour négocier et coopérer sur des cas concrets.

Au-delà des débats sémantiques entre les partisans de la *reconnaissance mutuelle*, ceux du *rapprochement des législations* ou ceux de l'*harmonisation*, je crois que le traité de Lisbonne offre de grandes possibilités de convergence entre les droits européens, que ce soit sur l' "euro-crime", sur le parquet européen, ou encore sur les directives en matière de justice pénale. Toutes ces possibilités étaient strictement inenvisageables il y a seulement dix ans. Leur mise en œuvre est un défi pour nous, les praticiens, mais cette harmonisation relève vraiment de l'intérêt commun car elle constituera une contribution majeure à l'intégration européenne.

EXPOSÉ de Simon J. HORSINGTON

Dans *Les Femmes savantes* de Molière, lorsque Bélise demande à sa servante Martine si elle prétend toute sa vie offenser la grammaire, celle-ci lui répond : « *Qui parle d'offenser grand-mère ni grand-père ?* » Même les institutions les plus sérieuses souffrent parfois de malentendus semblables. Dans le domaine juridique, l'un de ces malentendus porte sur la notion de *common law*, sur laquelle je voudrais apporter quelques précisions. Je vais pour cela faire quelques rappels historiques sur les quatre juridictions du Royaume-Uni.

L'Angleterre

On oublie souvent qu'avant l'élaboration de la *common law*, l'Angleterre a longtemps été soumise à la loi romaine, entre 54 avant J.-C., date de la conquête par Jules César, et 410, date à laquelle les Romains quittent l'Angleterre. Par ailleurs, le christianisme a fait son apparition en Angleterre dès le IV^e siècle et au VII^e siècle, Saint Augustin (597) fonda l'archevêché de

Cantorbéry, puis celui de York et instaura la loi canonique, d'inspiration également romaine, qui perdure aujourd'hui à travers les tribunaux de l'église anglicane jusqu'à la Cour suprême.

En 439, la *chronique des Anglo-Saxons*, consignée par le manuscrit Parker de l'université de Cambridge, fait état de l'arrivée de Hengist et Horsa, deux frères venus du Jutland (une région du Danemark) pour porter secours au roi Vortigern de Kent. Ces deux frères, chers à ma famille car notre nom, Horsington, vient de celui de Horsa, étaient en réalité des fils cadets de fermiers du continent qui voulaient des terres – précurseurs des migrants de l'Union européenne. Les Anglo-Saxons sont restés sur place jusqu'à ce que les Vikings les repoussent dans le Sud-Ouest de l'Angleterre. Comme on le voit, l'Angleterre, successivement occupée par des Celtes, des Romains, des Anglo-Saxons et des Vikings, est d'une certaine façon un pays très européen !

Le 14 octobre 1066, les Anglo-Saxons ont été défaits par Guillaume le Bâtard, duc de Normandie, lors de la bataille de Hastings. C'est la fin de l'Heptarchie, ces sept royaumes qui se distinguaient par l'élection démocratique de leurs rois. Il en subsiste encore aujourd'hui quelques vestiges, comme l'acclamation du monarque lors de la cérémonie du couronnement, acclamation qui est un souvenir de l'ancienne élection. On assiste peut-être aussi à un retour de cette tradition démocratique à travers un projet de loi récent selon lequel le chef d'État pourrait être non plus le fils premier né du monarque, mais son premier né *filles ou garçon* : au bout de mille ans, cela marque une avancée considérable vers la modernité !

Nous avons en revanche conservé une coutume imposée en 1066 par cet illettré qu'était Guillaume le Bâtard. Lorsqu'un projet de loi a été approuvé par les différentes chambres, il doit encore recevoir l'accord du roi ou de la reine avant de pouvoir être appliqué. Cet accord est donné oralement par les *lords commissioners*, pourvus de lettres patentes les autorisant à agir au nom du monarque. On lit à haute voix chaque nouveau texte, puis le *lord commissioner* déclare en français : « *La reine le veult.* » Toutes nos lois sont donc, encore aujourd'hui, adoptées en langue française ! Si la reine refusait son consentement, le *lord commissioner* dirait : « *La reine s'avisera.* » La dernière fois que cela s'est produit remonte au début du XVIII^e siècle, à l'époque de la reine Anne.

En 1085, Guillaume le Bâtard ordonne le recensement de l'ensemble des hommes et des richesses du royaume. On constate qu'en une vingtaine d'années seulement, il ne reste plus que 10 grands seigneurs anglo-saxons sur les 132 auxquels appartenaient l'Angleterre et le Pays de Galles avant la conquête (soit 97 % en superficie). Les Normands ont fait main basse sur la totalité du pays et ont imposé leur système gouvernemental, juridique, militaire, féodal et chrétien.

Henri II d'Anjou nomme des juges itinérants qui élaborent peu à peu le système des jurys et une jurisprudence uniforme sur l'ensemble de l'Angleterre : c'est l'origine du système de la *common law* moderne. À partir du XIII^e/XIV^e siècle, on constate que celle-ci est devenue trop rigide et n'apporte pas toujours de solution juste à certains litiges. Elle est alors complétée par le système de l'*equity*. Confié au chancelier, qui est un ecclésiastique jusqu'à la Réforme du XVI^e siècle, ce système s'inspire du principe du droit canonique d'être juste et de bonne foi. La fusion entre les cours appliquant la *common law* et les cours appliquant l'*equity* sera consacrée par le Judicature Act en 1875.

Le Pays de Galles

Sur de nombreux points, la juridiction du Pays de Galles a évolué de façon parallèle à celle de l'Angleterre. Une particularité toutefois : au X^e siècle, le roi gallois Hywel Dda (en français Howel le Bon) a établi un code comme les codes romano-germaniques du continent.

Avec l'invasion du Pays de Galles par les Normands, c'est le système anglo-normand qui s'est imposé et Henri VIII a mis définitivement fin au système de droit gallois en 1542.

En 1998, la loi sur le gouvernement du Pays de Galles a créé un parlement gallois, et à partir de 2012, celui-ci va avoir le droit d'adopter des lois primaires importantes. Il est même envisagé qu'il élabore son propre système y compris une procédure pénale spécifique.

L'Irlande du Nord

La population originelle de l'Irlande était celte, comme celle de l'Angleterre et du Pays de Galles. En revanche, l'Irlande n'a pas subi l'invasion romaine, sauf lors de l'arrivée de l'église catholique avec Saint Patrick (428). En 1155, le pape Hadrien IV publie la bulle *Laudabiliter* qui autorise Henri II à s'approprier l'Irlande. C'est, d'une certaine façon, le début du conflit entre l'Angleterre et l'Irlande.

L'accord du Vendredi Saint (*The Good Friday Agreement*) signé le 10 avril 1998, a permis à l'assemblée législative d'Irlande du Nord d'initier une coopération entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, notamment en matière de lutte contre le terrorisme. Cet accord a eu les mêmes effets, à l'échelle de cette région, que le traité de Lisbonne à l'échelle européenne.

L'Écosse

L'Écosse n'a pas été envahie par les Romains ni par les Normands. Au XIV^e siècle, le roi d'Écosse a néanmoins décidé d'adopter le système de la *common law*, mais ses successeurs ont souhaité se tourner vers la loi romaine, en sorte que le système écossais est une combinaison de *civil law* pour ce qui est du droit du commerce et de *common law* pour ce qui est du pénal.

Un parlement écossais a également été recréé en 1998, et en 2011, le parti nationaliste, devenu pour la première fois majoritaire, a annoncé la tenue d'un référendum sur l'indépendance de l'Écosse d'ici septembre 2014. Je le mentionne comme un témoignage de la flexibilité du Royaume-Uni. Je doute que la France accepterait aussi facilement de lancer des référendums sur l'indépendance des Basques, des Bretons ou des Catalans.

L'expérience du Commonwealth

Ce rappel historique montre que le droit britannique n'est pas purement anglo-saxon mais intègre au contraire des apports d'origines très différentes, y compris venus du droit romain ou du droit canonique. Cette diversité interne lui confère une flexibilité qui le rend susceptible d'une grande ouverture à des perspectives d'harmonisation européenne.

Les pays du Commonwealth ont d'ailleurs, en la matière, une bien plus grande expérience que la plupart des autres pays européens. Les États-Unis possèdent un système mixte, du fait de l'existence du code de la Louisiane à côté de la *common law*. Il en va de même au Canada, où la *common law* coexiste avec le code du Québec, ou encore au Pakistan où s'applique également la loi de la charia.

La leçon de Guerre et Paix

Jusqu'à l'accord du Vendredi Saint, les terroristes de l'IRA (Armée républicaine irlandaise) allaient généralement se mettre à l'abri de la justice au Pays basque et ceux de l'ETA (Euskadi Ta Askatasuna) en Irlande. Aujourd'hui, grâce au système des mandats d'arrêt européens, c'est devenu plus difficile pour eux. Cela témoigne de l'harmonisation réussie d'une procédure dans le système pénal de l'Union européenne.

La Convention européenne des droits de l'homme, le traité de Lisbonne et les autres textes européens vont progressivement construire une convergence qui aboutira un jour à une harmonisation. C'est vraiment nécessaire, si l'on se rappelle ce passage de *Guerre et Paix* où un vieux moscovite discute avec le héros, Pierre Bézoukhov : « *Sachant que les gens de mauvaise foi s'organisent pour faire du mal, il faut que les personnes de bonne foi se lient entre elles pour*

contrer leurs agissements. » Aujourd’hui, nous devons, nous aussi, travailler ensemble pour nous opposer à ceux qui voudraient nuire aux populations de nos différents pays et par là même au « citoyen européen » du traité de Lisbonne.

DÉBAT

Les deux Guillaume

Un intervenant : *En France, le Duc de Normandie qui gagna la bataille de Hastings est appelé Guillaume le Conquérant, tandis que Simon J. Horsington le nomme Guillaume le Bâtard. Y a-t-il un compromis ou une harmonisation possible entre un bâtard et un conquérant ?*

Simon J. Horsington : Cette appellation est authentifiée par les textes de l’époque, et les juristes savent qu’il faut accorder foi aux faits établis...

Le secret de l’instruction

Int. : *Vous semblez tous trois confiants sur les possibilités d’harmonisation du droit pénal. Le secret de l’instruction, qui est une particularité française, semble cependant peu compatible avec les pratiques que l’on observe dans d’autres pays.*

Thomas Cassuto : Si un juge demande une perquisition dans un local réputé contenir des pièces compromettantes et que cette demande est publique, il est évident que la perquisition perdra beaucoup de son intérêt. C’est pourquoi la clause de confidentialité fait partie des conventions d’entraide, par exemple avec les États-Unis. Encore faut-il que cette clause soit convenablement appliquée. Dans les services du procureur, de la police, ou des tribunaux, de nombreuses personnes ont la possibilité d’avoir accès à des décisions ordonnant l’exécution d’une demande étrangère.

D’un autre côté, ce qui était un principe absolu en droit français rencontre aussi ses limites. Certaines phases de la procédure sont aujourd’hui publiques, y compris à l’instruction, comme certaines décisions sur la détention. Sous la pression des contraintes étrangères ou européennes, les mentalités évoluent : la publicité des débats apporte à chacun la garantie d’être soumis à une procédure impartiale. Il faut que nous parvenions à concilier le respect de la présomption d’innocence, l’efficacité des investigations et la publicité des débats.

Gualtiero Micheli : Le secret de l’instruction existe dans la plupart des juridictions. Il faut seulement s’entendre sur le moment de la *discovery*, c’est-à-dire de la levée du secret. Dans le cas de crimes ayant une dimension transfrontalière, il existe une procédure encore trop peu connue, la *Joint Investigation Team*, qui permet à deux procureurs relevant de juridictions différentes de procéder à des investigations en commun, ce qui les conduit à combiner les différentes procédures et notamment à se mettre d’accord sur la levée du secret et sur l’utilisation des preuves recueillies dans les différentes juridictions.

Indépendance du parquet et nomination des juges

Int. : *Quelles possibilités de convergence voyez-vous en ce qui concerne l’indépendance du parquet ?*

T. C. : La Cour européenne des droits de l’homme a indiqué très clairement dans les deux arrêts *Medvedyev* que « le procureur de la République n’est pas une “autorité judiciaire” indépendante (...). Il lui manque en particulier l’indépendance à l’égard du pouvoir exécutif. » Pour différentes raisons, la France fait comme si cette indépendance n’était pas nécessaire et comme si le procureur constituait, malgré tout, une autorité judiciaire. Mais dans la mesure où celui-ci exerce un contrôle sur les gardes à vue, qui sont des mesures attentatoires à la liberté individuelle, il est évident qu’une véritable indépendance est indispensable. Certains États, y compris de tradition romaine, comme l’Italie, ont adopté un système dans lequel le procureur est

indépendant. La France y viendra inéluctablement, même si cela risque de prendre du temps.

Int. : *Quel est, selon vous, le meilleur système de nomination des juges ?*

T. C. : Aux États-Unis, comme en Suisse, certains des juges et des procureurs sont élus, et d'autres sont des professionnels. Cette mixité elle-même pose problème, car la légitimité des uns et des autres n'est pas la même. On peut imaginer des procédures d'accompagnement des juges élus, mais aucune solution n'est pleinement satisfaisante.

Ce qui est important, c'est la réalité de l'indépendance des juges. Or, cette indépendance ne se décrète pas. Elle découle du statut des juges mais aussi de la façon d'administrer les carrières.

La flexibilité anglo-saxonne en question

Int. : *Il y a quelques années, dans le domaine de la comptabilité, les consultants internationaux ont décidé de proposer des normes communes afin de mettre un terme à la diversité infernale des règles comptables qui s'appliquaient d'un pays à l'autre. En réalité, ce sont, pour l'essentiel, les règles américaines qui se sont imposées à tous. J'émet donc des doutes sur la flexibilité des Anglo-Saxons et je souscrirais volontiers à l'analyse de Thomas Cassuto : quand on se range à l'avis des Britanniques, tout va bien ; dans le cas contraire, il n'y a pas grand-chose à en attendre.*

S. J. H. : C'est une règle très générale. Si vous prenez une décision en accord avec votre épouse, sa mise en œuvre ira très vite ; si elle n'est pas d'accord, ce sera plus long ! En matière judiciaire, j'ai personnellement expérimenté la même difficulté avec des Grecs. Lorsque l'on est d'accord avec eux, cela va plus vite que lorsqu'ils ne sont pas d'accord, comme tout le monde peut le constater en ce moment.

T. C. : Le traité de Lisbonne comporte toutefois une règle extraordinaire, la clause de l'*opt-in/opt-out*, qui donne le droit à trois pays, la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark, de participer à la négociation d'un texte et donc d'influencer son élaboration, tout en se réservant la possibilité, *in fine*, de ne pas l'adopter !

S. J. H. : Le Royaume-Uni est un pays doté de vieilles traditions, lesquelles nous enseignent qu'il est plus prudent de savoir ce que l'on signe avant de le signer... surtout s'il s'agit d'une décision majoritaire sur la loi pénale.

L'avenir du juge d'instruction

Int. : *Dans le cas d'une harmonisation des droits en matière pénale, ne peut-on craindre que la procédure inquisitoire ne soit la grande perdante par rapport à la procédure accusatoire ? Dans ce cas, quel serait l'avenir du juge d'instruction à la française ?*

T. C. : L'un des grands principes de l'action législative de l'Union européenne est celui de la subsidiarité. L'Union européenne respecte les droits nationaux et son action n'a de pertinence que lorsqu'elle vient corriger une situation défavorable par rapport aux autres pays. En matière pénale, elle se consacre à la mise en œuvre de la feuille de route de Stockholm sur les droits fondamentaux. Elle a ainsi adopté, fin 2010, une directive sur le droit à la traduction et à l'interprétation pour les personnes inculpées. Plus récemment, elle a voté une directive sur le droit à l'information, directive qui va nécessiter des adaptations dans certains systèmes juridiques, notamment en matière de secret de l'instruction. Enfin, la Commission européenne étudie en ce moment un projet de directive sur l'accès à l'avocat.

Ces projets ont suscité des réactions épidermiques, non seulement en France, mais en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne ou en République tchèque, car, même sans aller jusqu'à imposer un système plutôt qu'un autre, ils sont de nature à remettre en cause certains équilibres nationaux. Si l'on ne prend en compte que le seul aspect du droit que l'on souhaite harmoniser, par exemple les règles de la garde à vue ou la façon de conduire une enquête, on risque de

perturber le système dans son entier. Il est évident, par exemple, que révéler des éléments de preuve n'a pas la même portée dans une procédure accusatoire que dans une procédure inquisitoire.

À titre personnel, je suis très attaché au statut du juge d'instruction. Je doute que des dossiers comme ceux du Concorde, du tunnel du Mont-Blanc ou de l'Erika auraient pu être jugés jusqu'à leur terme aux États-Unis ou en Grande-Bretagne, où le juge d'instruction n'existe pas. On peut faire l'hypothèse que la procédure aurait conduit à un accord entre les parties et qu'il n'y aurait pas eu de décision pénale, ce qui pose le problème de la manifestation de la vérité. Les compromis, conclus entre les parties avant même d'avoir pu établir les faits, lèsent la société, dans la mesure où ils la mettent dans l'impossibilité de tirer les leçons de ce qui s'est passé et donc de prévenir de nouveaux comportements déviants.

Je crois qu'il ne faut pas désespérer de la capacité du modèle français à influencer l'harmonisation européenne. Lorsqu'un magistrat français siège au tribunal pour l'ex-Yougoslavie, par exemple, il se comporte en juge français et se montre très actif à l'audience, ce qui est ressenti très positivement, non seulement par les parties mais même par des procureurs ayant une culture de *common law*.

Faut-il une harmonisation ?

Int. : *Des démarches d'harmonisation sont également conduites actuellement dans le domaine de la médecine, pour les procédures tant diagnostiques que thérapeutiques. Mais dans certains cas, on peut craindre que l'harmonisation s'assimile à une banalisation ou à un appauvrissement. L'harmonisation est-elle toujours nécessaire ?*

T. C. : Il n'y a certainement pas de système juridique idéal, mais il est de la responsabilité de chaque État de faire progresser son propre système, éventuellement en s'inspirant des systèmes voisins. Le Danemark, qui avait fait le choix de ne pas participer à l'adoption des nouveaux instruments européens en matière de droit pénal, est en train de revenir sur ce choix. Avec le recul, il constate qu'en refusant l'harmonisation, il risque d'affaiblir son propre système aussi bien en matière de lutte contre la criminalité que de garantie des libertés individuelles. Dans la mesure où les citoyens traversent librement les frontières, ils ont besoin de pouvoir bénéficier, où qu'ils aillent, d'une sécurité juridique reposant sur des standards minimum. C'est le sens profond de cet effort d'harmonisation.

S. J. H. : Vous connaissez la formule anglaise : « *A camel is a horse designed by committee* » (un chameau est un cheval conçu par un comité). D'où l'intérêt de la clause de l'*opt-out*... D'un autre côté, il est salutaire de pouvoir remédier à certaines aberrations. Je pense par exemple à cette loi britannique selon laquelle le silence d'un inculpé pouvait être utilisé pour démontrer qu'il avait menti, du seul fait qu'il n'avait pas répondu à une question. Cette loi a été reconnue contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Tant mieux si l'harmonisation permet d'éviter ce genre d'abus.

G. M. : L'harmonisation ne doit pas être considérée comme un but mais comme un moyen. Le véritable but, c'est l'intégration européenne, la poursuite des infractions et la protection des droits fondamentaux des citoyens.

Présentation des orateurs :

Thomas Cassuto : magistrat, docteur en droit, a été plusieurs années juge d'instruction notamment aux pôles économiques et financiers de Paris puis de Nanterre ; a publié *Les défis du vivant* (Éditions Présage, 2004) et *La santé publique en procès* (PUF, 2010) ; expert national détaché auprès de la Commission européenne, participe à l'élaboration et à la négociation de nombreux instruments communautaires en droit pénal.

Gualtiero Michelini : magistrat depuis 1991, il a travaillé en tant que juge en matière de droit pénal à Turin et en matière de droit du travail à Rome, ainsi qu'en qualité d'expert national

auprès la Commission européenne ; il est auteur de publications en matière de droit pénal international et de droit du travail européen.

Simon J. Horsington : Barrister de Gray's Inn, Londres (1978) ; après une licence ès lettres (français et histoire médiévale), il a poursuivi ses études dans le marketing international ; auteur d'une thèse, *Export Marketing to the CPR (Chine) – a Practical Approach* (1973) ; après une expérience industrielle (pharmaceutique et engineering), il est devenu juriste, spécialiste de droit international et du droit de l'Union européenne, dans les secteurs commercial, maritime, aéronautique, bancaire, financier, crimes en cols blancs et droits de l'homme ; avocat en cabinet (anglais, français), juriste d'affaires (HSBC/Midland, Citibank, Fidelity, Allianz/PIMCO) et conseiller juridique dans l'organisation de tutelle IMRO (Investment Management Regulatory Organisation), il est aussi fondateur de l'Association des juristes franco-britanniques dont il est vice-président d'honneur, fondateur ; il est Chevalier dans l'Ordre du Mérite maritime.
simon@horsington.fsnet.co.uk

Diffusion février 2012