

INSTITUT POUR LA JUSTICE
PROCEDURE PENALE ET SOUVERAINETE DEMOCRATIQUE

Quelle place pour la France dans l'Union européenne ?



Sénat

23 janvier 2012

Intervention de François-Henri BRIARD

**Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
Président de l'Institut VERGENNES *¹**

A propos des projets de directives « droits des victimes » et « accès à l'avocat »

¹ *L'Institut VERGENNES est un cercle de réflexion franco-américain fondé par François-Henri BRIARD en 1993 avec le concours d'Antonin SCALIA, membre de la Cour suprême des Etats-Unis.*

Pourquoi ce débat est-il important ? **1/** l'Europe se bâtit mais les citoyens des 27 Etats membres ressentent d'une façon générale la nécessité de renforcer la légitimité démocratique de la construction européenne ; **2/** en matière pénale plus particulièrement, les attentes sont fortes ; il ne suffit pas de parler de coopération judiciaire dans les circuits bureaucratiques de la Commission européenne et sur ses « *feuilles de route* » encore faut-il associer étroitement les peuples souverains à cette démarche ; car ces questions, droits de la défense, droits des victimes, parquet européen, mandat d'arrêt européen et autres questions pénales touchent à la vie des citoyens de ce continent dans ce qu'elle a de plus sensible : poursuivre, enquêter, punir, réparer, vivre en paix et en sécurité. **3/** Et puis il y a au cœur du débat des traditions nationales, légitimes, qui doivent être respectées ; et chacun sait que malgré les principes de subsidiarité et de proportionnalité, malgré toutes les précautions prises par l'Union européenne, les incursions de Bruxelles dans les domaines régaliens sont ressenties par les peuples comme une atteinte parfois forte à leur identité.

Dans ce débat, il m'appartient de « *planter* » le décor constitutionnel, notamment au regard des questions de souveraineté nationale : la France est-elle « *en train* » de perdre sa souveraineté en matière pénale.

Je souhaiterais vous dire ce matin que la France n'est pas « *en train* » de perdre sa souveraineté car celle-ci est déjà limitée, puis que la matière pénale n'a pas échappé à ce mouvement de libre assujettissement à des règles internationales, et enfin qu'il y a de bonnes raisons d'espérer que nous parviendrons, s'agissant des deux directives en débat aujourd'hui, à un compromis équilibré.

LA SOUVERAINETE FRANCAISE EST DEJA LIBREMENT AUTOLIMITEE

De quoi parlons-nous quand nous nous interrogeons sur une éventuelle perte de souveraineté de la France ? Nous parlons d'une souveraineté qui est en réalité déjà limitée. 1/ La souveraineté d'un Etat dans la doctrine classique (souveraineté au sens du droit international), c'est n'est pas seulement l'absence de soumission à aucune puissance intérieure ou extérieure ; c'est aussi le libre consentement aux règles du droit international. Souvenez-vous du principe de la Cour internationale de justice dans l'affaire du LOTUS, jugée le 7 septembre 1927, qui constitue encore à ce jour le socle de la jurisprudence en matière de souveraineté : « *Les règles de droit liant les Etats **procèdent de la volonté de ceux ci**, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas* ». De ce point de vue, les règles du droit de l'Union ne doivent pas être regardées comme aliénant la souveraineté mais au contraire comme son expression, puisque la force de ces règles qui la limitent a été librement acceptée, précisément en vertu d'une décision souveraine² 2/ Ensuite, la souveraineté de la France est certes inaliénable ; elle ne peut certes être transférée à aucune puissance étrangère ni aucune organisation internationale. Ceci est vrai pour les compétences que le Conseil constitutionnel qualifie de touchant « *aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »³. Mais pour les autres compétences de l'Etat souverain, les limitations sont possibles car le Préambule de la Constitution de 1946, qui proclame la soumission de la France aux règles du droit international public, permet à la France de consentir « *aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation*

² Décision du Conseil constitutionnel MAASTRICHT I du 31 décembre 1997.

³ Décision n°85-188 DC du 22 mai 1985.

et au maintien de la paix ». Le premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution dispose quant à lui que : *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » ; et le Conseil constitutionnel en déduit que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international. Tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres⁴. Et l'article 88-2 de la Constitution permet à la France de consentir « *aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union européenne et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives aux franchissements des frontières extérieures des États membres de la Communauté européenne* ». Où sont les limites de l'exercice ? : le Conseil constitutionnel a donné la réponse, qui s'applique bien sûr en matière pénale : lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution *remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, alors l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle⁵ : conditions essentielles d'exercice de la souveraineté et droits et libertés garantis pas la Constitution ? Où est la frontière ? Le curseur appartient au Conseil constitutionnel.

⁴ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

⁵ Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

3/ Enfin, si dans la conception de 1789 (c'est l'article 3 de la Déclaration) la nation est désormais le véritable titulaire de la souveraineté, c'est en réalité le peuple qui l'exerce par ses représentants ; la loi est ainsi (article 6 de la Déclaration) l'expression de la volonté générale, dans le respect de la Constitution. Mais cette souveraineté de la loi, on le sait, n'est plus absolue depuis longtemps ; la loi n'est plus « *infaillible* » ; elle est limitée non seulement par les règles constitutionnelles internes, mais aussi par de nombreux cadres internationaux, droit de l'Union européenne, Convention européenne des droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux, et traités internationaux...

Voici ce qu'est la souveraineté française, c'est une souveraineté forte et continue, qui s'enracine dans une histoire millénaire, une souveraineté aujourd'hui structurée par l'état de droit, mais c'est une souveraineté qui n'est plus absolue depuis longtemps et qui est d'ores et déjà librement limitée.

LE DROIT PENAL FRANÇAIS N'EST PLUS SOUVERAIN

DEPUIS LONGTEMPS

Elle est loin l'ère jurassique où l'on estimait en France que le droit de punir était franco-français et que le droit pénal, comme la procédure pénale, appartenait à la sphère immaculée de la souveraineté nationale. Bien sûr, la Cour de Luxembourg répète à l'envi que le droit de punir appartient aux Etats souverains et que la procédure pénale reste de la compétence des Etats membres⁶. Mais ce principe a comme limite le respect du droit de l'Union, et en particulier des directives. C'est la règle de l'effet utile⁷. Le droit pénal des Etats membres ne peut bannir ce qui est autorisé par le droit de l'Union, la jurisprudence nationale et européenne est abondante à cet égard ; et les sanctions répressives ne peuvent avoir pour effet de limiter l'exercice des grandes libertés garanties par les traités. A l'inverse, les droits nationaux doivent contribuer à incriminer les pratiques contraires au droit de l'Union. Et puis il y a eu la pression des instruments de protection des droits fondamentaux, Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux, qui ont permis à l'Union européenne d'accentuer son immixtion en matière pénale. Enfin, bien sûr, l'instrument majeur est devenu le programme de STOCKHOLM, approuvé par le Conseil européen en décembre 2010 : espace de liberté, de sécurité et de justice, immigration, asile, contrôle aux frontières, coopération judiciaire, policière et douanière, lutte contre la fraude, Livre vert sur

⁶ CJUE PLACANICA du 6 mars 2007.

⁷ Arrêts du 11 novembre 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, point 27; du 2 février 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, point 19, et du 16 juin 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, point 19 et pour une application récente sur la réglementation italienne en matière d'emprisonnement pour refus d'obéir à un ordre de quitter le territoire d'un Etat membre v/ Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 : CJUE du 28 avril 2011 EL DRIDI, emprisonnement contraire aux objectifs d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

les garanties procédurales, Livre vert sur la présomption d'innocence, programme de « *Justice pénale* » du Conseil européen, mesures anti-blanchiment, reconnaissance mutuelle des décisions de justice, etc... On ne compte plus les initiatives européennes en matière pénale. De ce point de vue, les deux projets de directives examinés aujourd'hui s'inscrivent dans une tendance lourde, et semble-t-il irréversible, qui concerne à la fois le droit matériel et les garanties procédurales... C'est ce que le professeur Denys SIMON appelle la communautarisation des sanctions et la communautarisation des procédures. Il existe bel et bien un système répressif de l'Union européenne qui limite la souveraineté des Etats membres, et que parachèvera le Parquet européen; ces directives en font partie.

DIRECTIVES, SOUVERAINETE ET EQUILIBRE

1/ Première interrogation : que pourrions-nous envisager si le Parlement transpose ces deux directives (garde à vue et droits des victimes) dans des conditions qui nous semblent porter une atteinte excessive à la souveraineté nationale ? Pas grand-chose probablement car les directives appartiennent au droit dérivé, sur lequel le contrôle constitutionnel est quasi-inexistant. D'une part, en effet, transposer une directive européenne est une obligation constitutionnelle résultant de l'article 88-1 de la Constitution précité et du principe de primauté du droit de l'Union : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres* » (article I-6 du Traité). Même des difficultés constitutionnelles ne peuvent en principe justifier un défaut de transposition des directives européennes⁸. D'autre part, le Conseil constitutionnel estime⁹ depuis 2004 que sous réserve de l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France, il ne lui appartient pas d'exercer un contrôle sur l'application nationale qui est faite des directives européennes, si celles-ci sont précises et inconditionnelles ; ce travail, c'est la Cour de Luxembourg qui doit le réaliser, à titre préjudiciel, notamment pour faire assurer le respect des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne (ce qu'a fait la Cour de cassation dans l'affaire MELKI).

⁸ Arrêt SIMMENTHAL du 9 mars 1978, aff. 106-77, Rec. P. 64 et Commission c/ Italie du 11 avril 1978.

⁹ Décision 2010-79 QPC du 17 décembre 2010 ; voir aussi Décision 2010-605 DC du 12 mai 2010.

2/ Cela étant dit, si ces directives sont adoptées, elles devront nécessairement être transposées. Quelle sera alors la marge de manœuvre de la France, à supposer que des difficultés subsistent ? : le Garde des Sceaux a récemment donné deux exemples de ces difficultés : est-il conforme à la tradition française que l'avocat soit chargé d'inspecter les locaux de la garde à vue ou que les services du Ministère de la justice contrôlent la qualité des conseils juridiques donnés aux prévenus ? On sait que les directives européennes fixent des objectifs aux Etats membres en les laissant libres de choisir les moyens d'atteindre des buts. Pour les deux directives qui constituent le thème de cette rencontre d'aujourd'hui, la méthode sera classique, conforme aux principes posés par la jurisprudence et par la circulaire du Premier ministre du 27 septembre 2004. Il y aura certainement matière à trouver une marge de manœuvre significative, en termes de subsidiarité, sinon de souveraineté.

D'une part, en effet, ces deux directives, du moins leur projet, sont rédigées dans la logique des « *normes minimales* » du programme de STOCKHOLM, c'est-à-dire non pas une fusion ou une harmonisation mais « *un certain degré de rapprochement* » du droit matériel, infractions et procédures. Là aussi, tout sera question de degré et de curseur, et c'est dans cet espace que pourra s'exprimer la souveraineté des Etats membres. D'autre part, si des garanties minimales sont exigées, au-delà desquelles les Etats-membres pourront aller, rien n'est strictement imposé en matière de politique pénale. Les gouvernements nationaux restent bien sûr libres dans ce domaine, dans les limites bien sûr des droits fondamentaux protégés en Europe. Enfin, ces directives sont présumées tenir compte des « *traditions et systèmes juridiques* » des Etats membres.