

Colloque international
Le droit pénal de l'Union européenne à l'aube du traité de Lisbonne

27-28 janvier 2011
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Interactions jurisprudentielles.
La Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions pénales internes.**

Bernadette Aubert
Maître de conférences, Université de Poitiers
Equipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles

1. Les interactions entre la Cour de Justice de l'Union européenne et les juridictions pénales internes sont aujourd'hui une évidence. Le premier principe, celui de la primauté du droit européen, affirmé par la Cour de justice¹ a été appliqué, en France, par la chambre criminelle de la Cour de cassation dès 1970². Depuis cette période, non seulement les relations se sont quantitativement accrues mais elles ont, qualitativement, permis d'élaborer des règles dont certaines sont aujourd'hui insérées³ dans le traité.

On a parlé de « dialogue »⁴ entre les juridictions européennes et les juridictions nationales. C'est bien vrai lorsque, avec le mécanisme de la question préjudicielle, les juridictions internes posent une question et que la Cour de justice y répond. L'utilisation du terme « dialogue » nous paraît cependant un peu excessive. En effet, le dialogue induit un échange,

¹ Costa c/ENEL, CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64. Cette même année, la chambre criminelle de la Cour de cassation visera le droit communautaire sans lui faire produire d'effet. V. RIFF, Crim. 19 février 1964, B. 57 ; JDI 65, 85, F.-Ch. Jeantet ; GP 64, 2, 42.

² LES FILS D'HENRI RAMEL, Crim., 22 octobre 1970, B. 276 ; GP 70, 2, 334 ; D 71, 221, rap. Mazard, note Rideau ; SJ 71, II, 16671, P. L. ; CDE 71, 360, Tallon ; JT 71, 25, Rollin ; RSC 71, 697, Bouzat et 700, Robert ; Rap. Cour cas. 70/71, p. 70.

³ On pense notamment au caractère dissuasif, proportionné et effectif de la sanction pénale tel qu'il a été dégagé par la Cour de justice dans l'arrêt dit « Maïs grec », CJCE 21 septembre 1989, aff. 68/88.

⁴ Vocabulaire utilisé par Bruno Genevois qui avait déclaré n'y avoir de place « *ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges* ». C. E., Ass. 22 décembre 1978, n° 11604, Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit, Rec. Lebon p. 524.

une discussion. Or, dans notre hypothèse, il s'agit plutôt d'une consultation, voire d'une information demandée par le juge interne au juge européen. L'enjeu n'est d'ailleurs pas le même selon que l'on évoque les relations Cour de justice / juridictions constitutionnelles ou Cour de justice / autres juridictions nationales. A priori ces dernières, dont les juridictions pénales, sont plus « soumises » que les juridictions constitutionnelles.

Plutôt que de parler de dialogue des juges, je préfère emprunter, à Raphaële Parizot⁵, l'expression « circulation des jurisprudences ».

Circulation ou mouvement du bas vers le haut lorsque les juridictions nationales interrogent, soulèvent des questions parfois orientées ou encore considérées comme provocantes, du moins dérangeantes. On l'a vu en France quand la chambre criminelle a saisi la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle plutôt que de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité⁶. Circulation du haut vers le bas quand la juridiction interne doit consacrer la primauté du droit de l'Union, ce qui inclut bien sûr, la jurisprudence de la CJUE.

2. Ces interactions sont anciennes, y compris dans la matière répressive. Les effets induits par la jurisprudence de la Cour sont connus : consécration du principe de primauté⁷, nécessité de mettre en œuvre des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, obligation de sanctionner pénalement la violation de certaines normes européennes. L'analyse de leurs répercussions se fait en termes de neutralisation ou de sollicitation du droit pénal national. L'idée majeure a toujours été de permettre une adaptation la plus conforme possible du droit des Etats aux objectifs de la Communauté, quel que soit le domaine visé.

3. L'avènement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a amplifié les développements jurisprudentiels, sans même attendre le traité de Lisbonne. Citons trois exemples :

Le premier concerne la règle *ne bis in idem*. L'incorporation de l'acquis Schengen dans le Traité sur l'UE par le traité d'Amsterdam a conduit à déterminer la base juridique de chacune des dispositions de la Convention d'application de l'accord de Schengen : soit sur le premier, soit le troisième pilier. C'est ainsi que les dispositions relatives à la règle *ne bis in idem* ont pu

⁵ *Les interactions en procédure pénale : la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences in Cour de justice et justice pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage & S. Manacorda (Dir.), J. Tricot (Coordination), UMR de droit comparé, Société de législation comparée, vol. 19, 2010, p. 177.

⁶ Cass., QPC 16 avr. 2010, n° 10-40002.

⁷ Ce principe est dorénavant inscrit dans le corpus juridique de l'Union (Déclaration n° 17, annexée au traité de Lisbonne).

être interprétées par la Cour de justice sur le fondement de l'article 34 TUE, version Amsterdam. Dès 2003, elle était saisie de recours sur cette question. Aujourd'hui, on compte, depuis les affaires *Procédures pénales /Hüsein Gözütok et Klaus Brügge*⁸, pas moins de dix décisions.

Le deuxième exemple concerne l'interprétation des décisions-cadres et l'utilisation de l'article 35 du TUE. Certes, en ce qui concerne le mandat d'arrêt européen, ce sont des juridictions constitutionnelles qui ont utilisé la technique de la question préjudicielle. Mais, dans l'affaire *Maria Pupino*⁹, ce fut une juridiction pénale interne. L'obligation d'interprétation conforme remonte à 2005.

Enfin, troisième exemple : la procédure préjudicielle d'urgence (PPU) si utile aux juridictions pénales dans les dossiers où des personnes sont incarcérées. Elle a été adoptée en 2008, autrement dit plus d'un an avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. On notera d'ailleurs qu'elle-même est le prolongement d'une procédure déjà plus rapide, dite procédure préjudicielle accélérée¹⁰, imaginée en 2000 et qui avait permis à l'affaire *Maria Pupino* d'être réglée relativement vite.

4. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, qu'est-ce qui a changé, va ou pourrait changer ?

Pour ce qui nous intéresse, il faut avant toute chose souligner que certains effets devront attendre encore 4 ans. Il s'agit des nouvelles compétences attribuées à la Commission et à la Cour relativement aux questions de coopération policière et judiciaire (ex-titre VI, Amsterdam). Ainsi, jusqu'au 1er décembre 2014¹¹, la Commission ne pourra pas exercer de

⁸ 11 février 2003, aff. jointes, C-187-01 et C-385-01. L'affaire la plus récente est Mantello, 16 novembre 2010, CJCE aff. 261/09. Sur la question *Ne bis in idem*, voir notamment Tommaso Rafaraci, *The principle of non bis in idem in the jurisprudence of the european court of justice*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Stefan Braum et A. Weyembergh, Ed. de l'université libre de Bruxelles, 2009, p. 93.

⁹ Procédure pénale c/Maria Pupino, CJCE 16 juin 2005, aff. 105/03. Sur cette affaire, voir R. Parizot, op. cit. ; A. Weyembergh, P. De Hert, P. Paepe, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence d'interprétation conforme : l'arrêt Pupino du 16 juin 2005 de la CJCE*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 45.

¹⁰ « A la demande de la juridiction nationale, le président peut exceptionnellement, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de soumettre un renvoi préjudiciel à une procédure accélérée dérogeant aux dispositions du présent règlement, lorsque les circonstances invoquées établissent l'urgence extraordinaire de statuer sur la question posée à titre préjudiciel. », article 104 bis, règlement de preuve et de procédure (consolidé), JOUE C 177/1, 2 juillet 2010. Cette procédure a encore été appliquée dans une affaire Simon Kozłowski, ordonnance du 22 février 2008, C-66/08, la procédure préjudicielle d'urgence n'étant entrée en vigueur que le 1^{er} mars de la même année.

¹¹ Protocole n° 36 sur les dispositions transitoires, titre VII, Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, article 10 : « 1. À titre de mesure transitoire, et en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les attributions des institutions sont les suivantes à la date d'entrée en vigueur dudit traité: les

recours en manquement et la Cour de justice appréciera les textes, version troisième pilier, seulement si les Etats en ont manifesté la volonté (système de la déclaration). Seule une modification des actes permettrait pendant ce laps de temps (quatre ans) d'appliquer les nouvelles dispositions (mais uniquement à l'acte modifié et aux Etats concernés par cet acte).

5. Nous voici donc à une période charnière, sorte de mi-temps entre l'arrêt *Maria Pupino* (rendu 4 ans avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) et l'issue du délai des mesures transitoires (dans 4 ans), délai à compter duquel nous assisterons à l'application pleine et entière des nouvelles compétences de la Cour de justice de l'Union européenne.

Cet entre-deux conduit à formuler des hypothèses pour un avenir encore assez lointain (II). Mais avant, nous nous arrêterons quelques instants - il faut bien commencer par là - sur la nouvelle formulation des compétences attribuées à la Cour par le traité, étant entendu que nous ferons fi des mesures transitoires déjà signalées.

I. Les nouveaux textes

6.. Le traité de Lisbonne remodèle, en les élargissant, les compétences de la Cour de justice. Il s'agit d'une avancée essentielle car le « déficit »¹² juridictionnel était bien réel même si, comme que nous l'avons noté, de grands arrêts avaient été rendus.

Les rédacteurs du traité ont souvent tenu compte de ces avancées jurisprudentielles ainsi que des critiques doctrinales formulées précédemment pour organiser les recours ouverts devant la Cour de justice. Evoquons ceux qui intéressent particulièrement le juge pénal : renvoi préjudiciel, recours en manquement, recours en annulation.

attributions de la Commission en vertu de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne seront pas applicables et les attributions de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, restent inchangées, y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne. (...). 3. En tout état de cause, la mesure transitoire visée au paragraphe 1 cesse de produire ses effets cinq ans après la date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. (...). ».

¹² A. Weyembergh et V. Ricci, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 227, sp. 228.

A. Le renvoi préjudiciel (articles 267 du TFUE et 23 du protocole sur le statut de la CJUE)

7. Il intéresse désormais tous les domaines relevant du droit de l'Union européenne. On peut ainsi parler d'un « renvoi préjudiciel de droit commun » qui intéresse :

- *Tous les Etats membres.* Le système de la déclaration préalable est en effet abrogé. Tous les Etats sont soumis à la compétence de la Cour, y compris dans le champ pénal, indépendamment de leur volonté.

- *Toutes les juridictions internes de dernier ressort.* Le renvoi préjudiciel est toujours obligatoire pour la Cour de cassation ou toute autre juridiction suprême, facultatif pour les autres.

- *Toutes les normes, sous réserve de distinguer selon que le renvoi est en interprétation ou en validité.* D'une part, les traités (y compris les protocoles et déclarations annexées) peuvent faire l'objet d'un recours en interprétation. D'autre part, les actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union sont susceptibles d'un renvoi préjudiciel en interprétation et en validité.

8. Comme cela a déjà été signalé¹³, le traité de Lisbonne entérine la procédure préjudicielle d'urgence, autrement dit l'accélération du renvoi préjudiciel lorsque la personne est détenue (article 267 TFUE, dernier alinéa). On note à cet égard une distorsion entre l'article 267 du TFUE et l'article 104 ter du règlement de preuve et de procédure, plus large en ce qu'il prévoit une application à l'ensemble du titre V du TFUE, autrement dit non seulement à la coopération en matière pénale mais également à la coopération en matière civile (par exemple, le cas d'enlèvements d'enfants).

B. Le recours en manquement (articles 258, 259 et 260 du TFUE)

9. Cet autre recours n'était pas prévu en matière pénale par le traité d'Amsterdam. Dès lors, l'Etat qui transposait mal, incorrectement ou pas du tout une décision-cadre, une décision, une convention... ne pouvait jamais être inquiété. Désormais, la Commission peut jouer son rôle de « gardienne des traités » comme elle l'a toujours fait dans le domaine dit communautaire.

¹³ Voir Introduction générale, paragraphe n° 3.

10. A priori, ce recours a des effets sur le législateur mais pas, directement, sur le juge répressif. Deux décisions rendues par la Cour de justice en 2005 témoignent cependant d'incidences en procédure pénale.

Dans chacune d'elles, était en cause l'insuffisante transposition des règlements relatifs à la pêche. A l'égard de la France¹⁴, la Cour juge que « *dès lors qu'il est établi que des infractions pourtant constatables par les autorités nationales n'ont pas été relevées et que des procès-verbaux n'ont pas été établis à la charge des contrevenants, force est de constater que lesdites autorités ont manqué à l'obligation de poursuite que leur impose la réglementation communautaire (...)* » (Point 70). « *Au surplus, (...) toutes les infractions constatées ne sont pas poursuivies (...) et les infractions qui font l'objet de poursuites ne font pas toutes l'objet de sanctions dissuasives.* » (Point 72). A l'égard de la Finlande¹⁵, et pour des raisons assez similaires, la Cour relève que « *le gouvernement de cet État membre était tenu d'intenter systématiquement une action pénale ou administrative (...)* » (point 31).

La Cour a donc considéré que le manquement d'Etat s'analysait également en termes d'opportunité des poursuites, mal appréciée par l'autorité publique en question. Son contrôle, très approfondi en 2005, ne pourrait-il pas s'accroître dès lors qu'elle peut désormais être saisie de tout manquement en matière pénale ?

C. Le recours en annulation (articles 263, 264 et 277 du TFUE)

11. Il est élargi de deux manières. Sont d'abord visés l'ensemble des actes législatifs adoptés par les institutions européennes (hormis la Cour des comptes et la Cour de justice) ou par un organe ou organisme de l'Union dès lors qu'ils produisent des effets juridiques à l'égard des tiers. Peuvent ensuite l'exercer les Etats, la Commission, le Parlement et le Conseil, mais également le particulier dès lors que l'acte le concerne directement, peu importe que des mesures d'exécution aient ou non déjà été prises¹⁶.

¹⁴ Commission c/ France, 12 juillet 2005, aff. C-304-02, A. Rigaux, *Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul de sanctions pécuniaires*, Rev. Europe 2005, n° 10, p. 9. La France avait été condamnée à une amende de 20 000 000 euros et à une astreinte semestrielle de 57 761 250 euros (à une époque où des marins pêcheurs bretons réclamaient environ 2 000 000 euros afin de compenser le manque à gagner dû à l'augmentation des prix du baril de pétrole). En novembre 2006, la Commission a considéré que la procédure d'infraction à l'encontre de la France était clôturée.

¹⁵ Commission c/ Finlande, 17 mars 2005, aff. C-437-02, Rev. Europe 2005, n° 177, p. 25, obs. A. Bouveresse.

¹⁶ A. Weyembergh & V. Ricci, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., p. 258.

12. Sur le plan pénal, que cela signifie-t-il ? Le juge national devra être attentif aux décisions éventuellement prises par la Cour de justice dans la mesure où elle décidera, le cas échéant, « *ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs* »¹⁷.

Il devra également être attentif aux décisions rendues sur recours exercé par le particulier contre une mesure restrictive liée aux questions de politique étrangère et de sécurité commune. En effet, par exception au domaine considéré, la Cour de justice devient compétente pour en connaître. Notons d'ailleurs que cette nouvelle compétence constitue en quelque sorte la consécration d'une jurisprudence rendue en 2007¹⁸ alors que le traité d'Amsterdam n'autorisait pas les recours des particuliers contre les positions communes. Interprétant largement les textes utiles, la Cour a considéré que cette interdiction ne pouvait pas trouver application dès lors que la position commune en question produisait des effets juridiques vis-à-vis des tiers.

13. Voici les textes qui, finalement, révèlent davantage une évolution qu'une révolution. A partir de là, il est possible de formuler quelques hypothèses qui pourraient –ou non- se réaliser dans quelques années.

II. Hypothèses pour l'avenir

14. Tout changement, particulièrement lorsqu'il est aussi important que celui qui vient d'être opéré, génère des incidences multiples et variées qu'il n'est pas toujours aisé de prévoir. Remodelées, élargies, les attributions confiées à la Cour de justice par le traité de Lisbonne sont susceptibles de moduler le positionnement et la ligne de conduite définis tant par la juridiction européenne que par les juridictions internes. Dès lors, l'une et les autres pourraient reconsidérer l'utilisation qu'elles font de leurs compétences respectives. Il est tout aussi envisageable que les juridictions nationales décident de jouer un autre rôle.

A. Sur les compétences respectives de la Cour de justice et des juridictions nationales.

Il se pourrait qu'émerge une nouvelle « donne » que l'on peut imaginer en jouant sur les

¹⁷ Article 264 TFUE, dernier alinéa. Elle utiliserait alors le procédé qui était, dans la version Amsterdam, applicable aux seuls règlements (article 231 TCE).

¹⁸ CJCE, Aff. C-355/04P, Segi et a., 27 février 2007. Sur cette question, v. notamment E. Meisse, Europe 2007, n° 4, comm 110.

différents sens du mot compétence : compétence au sens juridique, tant pour les juridictions internes que pour la Cour de justice, le terme à retenir ici est EXTENSION ; mais aussi compétence au sens de « savoir-faire », expression que j'emprunte à Geneviève Giudicelli-Delage ¹⁹, et j'oserai le terme INVERSION.

15. L'extension des compétences (au sens juridique). Elle bénéficie avant tout au juge pénal dont les possibilités de saisine de la Cour sont plus nombreuses : interprétation bien sûr mais également validité de l'ensemble des actes législatifs. Nous sommes dans le mouvement ascendant par lequel chaque juge a la faculté (ou le devoir) de demander des confirmations ou éclaircissements à cette unique juridiction européenne.

L'extension de la compétence vise également la Cour de justice de l'Union européenne dont le champ d'intervention recouvre désormais l'ensemble (ou quasiment ²⁰) de la matière pénale. Qu'il s'agisse de la définition des infractions (terrorisme, corruption par exemple), de l'ensemble de la coopération policière et judiciaire ou encore de toute question relative aux sanctions ou aux règles de procédure, les domaines possiblement revisités par la Cour de Luxembourg deviennent extrêmement nombreux. Nul doute que la jurisprudence *Maria Pupino*, et d'autres, serviront de terreau à ce mouvement descendant.

16. Cette double extension, souhaitée, pourrait, si elle est mise à profit, générer un contentieux beaucoup plus important quantitativement et qualitativement. Pour ce dernier aspect, une des questions est de savoir si, face à la lenteur des institutions européennes et la mauvaise volonté des Etats, la CJUE transposera au titre V du TFUE toutes les solutions par elle élaborées au titre de l'ancien pilier communautaire. Souvenons-nous des affaires dans lesquelles était en jeu la reconnaissance des qualifications professionnelles. Les institutions européennes, contrairement à l'obligation qui leur était faite par le Traité ²¹, n'avaient pas pris les textes de droit dérivé utiles. La Cour, constatant leur négligence, avait alors considéré que les articles du traité étaient d'application directe. Les individus pouvaient donc se prévaloir

¹⁹ G. Giudicelli-Delage, *Les eaux troubles du droit pénal de l'Union européenne*, Archives de philosophie du droit, Le droit pénal, Dossier La bioéthique en débat, Tome 53, Dalloz, 2010, p. 130 s.

²⁰ Il existe quelques exceptions non négligeables comme la politique étrangère et de sécurité commune (titre V TUE) domaine qui, à l'exception des mesures portant grief à des tiers, exclut la saisine de la Cour, op. cit. paragraphe n° 12.

²¹ L'article 54.2 du Traité de Rome prévoyait que « (...) pour accomplir une étape de la réalisation de la liberté d'établissement dans une activité déterminée, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Comité économique et social et de l'Assemblée, statue par voie de directives, à l'unanimité (...) ».

de ces dispositions pour exercer leur profession (notamment celle d'avocat ²²) dans chacun des Etats de l'Union.

Ce qui s'est passé pour la reconnaissance des qualifications professionnelles se produira-t-il pour la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires rendues en matière pénale ?

17. L'inversion des compétences (au sens de savoir-faire). Jusqu'au traité de Lisbonne, s'agissant d'appliquer un nouveau droit (communautaire ou de l'Union), le savoir-faire était, par hypothèse, du côté de la Cour de Luxembourg. En revanche, s'agissant désormais de plus en plus du droit pénal, le savoir-faire appartient, et ce depuis longtemps, aux juridictions nationales. Il apparaît alors que l'appréhension par la Cour de justice de la matière pénale nécessite, d'un point de vue qualitatif, des compétences qui ne lui sont pas traditionnellement acquises ²³. L'avocat général Jan Mazak ²⁴ le laissait entendre dans ses conclusions présentées dans l'affaire relative à la pollution causée par les navires : « *A mon avis, et conformément au principe de subsidiarité, les Etats membres sont, en règle générale, mieux placés que la Communauté pour « traduire » la notion de « sanctions pénales, effectives, proportionnées et dissuasives » dans leurs systèmes juridiques et contextes sociaux respectifs* ».

C'est la Cour qui joue ici, en quelque sorte, le rôle du novice. Au contraire, les juridictions nationales ont une longue expérience dans le maniement des principes classiques de légalité, nécessité, responsabilité... Ce sont elles qui connaissent les exigences mais aussi les limites du droit pénal.

B. Sur le rôle des juridictions nationales. On sait qu'elles ont, jusqu'ici, joué un rôle ambivalent : tantôt servant de « caisse de résonance » de la jurisprudence luxembourgeoise, selon l'expression adoptée par Raphaële Parizot ²⁵ ; tantôt faisant au contraire de « la résistance », expression empruntée à Geneviève Giudicelli-Delage ²⁶.

Reprenons les deux aspects.

²² Jean Thieffry c/Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, CJCE 28 avril 1977, aff. 71/76 ; Jean Reyners c/État belge, CJCE 21 juin 1974, Aff. 2-74.

²³ La position prise par l'Avocat général dans l'affaire Berlusconi et a. (Conclusions du 14 octobre 2004, C-387/02, 391/02 et 403/02) a prêté le flanc à la critique en ce qu'elle privilégiait la primauté du droit européen sur le principe de la rétroactivité in mitius de la loi pénale ; v. F. Vigano, *Les interactions en droit pénal de fond : la perturbation des hiérarchies internes*, in Cour de justice et justice pénale en Europe, op. cit., p. 137, sp. 157 s. V. également G. Giudicelli-Delage, op. cit., sp. 133.

²⁴ Conclusions du 28 juin 2007 dans l'affaire Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. 440/05.

²⁵ Op. cit.

²⁶ Op. cit.

18. Caisse de résonance. Etre caisse de résonance, c'est réagir positivement à la jurisprudence de Luxembourg. Dans les années 1970, une doctrine « souverainiste » argumentait en faveur d'une certaine résistance du droit pénal au droit communautaire. Mais ce ne fut pas l'attitude de la chambre criminelle de la Cour de cassation française²⁷, en avance sur les autres chambres de la même juridiction et beaucoup mieux disposée à l'égard du droit communautaire qu'elle ne l'était, à l'époque, à l'égard de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela s'est produit dans de nombreux autres domaines. On espère que ce sera le cas en matière de coopération judiciaire. Les juges, en première ligne, devraient être plus sensibles que les Etats aux exigences d'une solidarité dans la répression face à l'internationalisation de la criminalité.

Etre caisse de résonance, c'est également, dans une attitude proactive, accepter de saisir en maintes occasions la Cour de justice. C'est le cas des juridictions italiennes à l'inverse des juridictions françaises. Beaucoup d'occasions ont été manquées chez nous, malgré des décisions remarquées comme celle de la cour d'appel de Montpellier²⁸ sur une question relative au mandat d'arrêt européen.

19. D'une telle sollicitation et de l'application fidèle, par les juridictions nationales, des décisions de plus en plus fréquentes de la Cour de justice dans le domaine pénal, on peut attendre une plus grande harmonisation, indirecte, des droits pénaux nationaux. Pour autant, n'oublions pas que certains Etats, comme le Royaume-Uni ou le Danemark, bénéficient d'un statut *d'opt out*²⁹. L'égalité entre les citoyens européens n'est donc pas tout à fait assurée.

20. Résistance. Faire de la résistance, ce serait refuser, dans le mouvement descendant, d'appliquer la jurisprudence de la CJUE. Ce n'est pas souhaitable. Mais on peut imaginer une résistance constructive dans le mouvement ascendant, soit que le juge national refuse de saisir la Cour de justice et traite lui-même le problème, soit qu'il résiste par le choix des questions posées à la Cour. Il se pourrait que les juridictions pénales nationales adoptent cette attitude pour assurer une meilleure protection des droits fondamentaux, spécialement à l'aune de la

²⁷ V. les premières notes de cette contribution.

²⁸ Arrêt du 24 juin 2008 posant une question préjudicielle à la Cour de justice qui y répond le 12 août 2008, aff. C-296/08, PPU. Sur cette affaire, v. *Du bien fondé du recours en interprétation préjudicielle*, RSC 2009, p. 454 ; A. Weyembergh et V. Ricci, *Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : le mandat d'arrêt européen*, in Cour de justice et justice pénale en Europe, op. cit., p. 203, sp. 218 s.

²⁹ A. Weyembergh & V. Ricci, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., p. 259.

Charte des droits fondamentaux dont on sait qu'elle a même valeur que les deux traités de l'Union (article 6, paragraphe 1 TUE).

Dans la première hypothèse, les juridictions négligeraient d'interroger la CJUE en écartant d'elles-mêmes certaines dispositions du droit de l'Union européenne, jugées contraires aux droits fondamentaux. Dans la deuxième hypothèse, le juge poserait des questions qui touchent au cœur d'un savoir-faire pénal et obligerait la Cour soit à se positionner par rapport aux grands principes de la matière, soit à définir progressivement une politique criminelle acceptable³⁰.

L'enjeu est important. Ainsi que le soulignent les auteurs du Manifeste pour une politique criminelle européenne³¹, la rédaction de nombreux textes européens reste préoccupante : « *tendance à recourir au droit pénal pour protéger des intérêts non clairement définis ; tendance à négliger le principe de l'ultima ratio ; tendance à imposer l'incrimination de comportements définis de façon vague au niveau national ; tendance à voir dans une répression accrue le meilleur moyen de répondre aux problèmes sociaux.* »³². Il en résulte un manque de lisibilité et de clarté, dommageable pour les individus. Et ce défaut, majeur en droit pénal, laisse une marge de manœuvre importante à l'interprétation jurisprudentielle.

S'il y a des juges nationaux à court d'idées, on peut toujours leur conseiller la lecture de ce Manifeste. Le droit dérivé y est passé au crible, l'inventaire des manques est dressé. Ce sont autant de questions à poser.

³⁰ Le renvoi préjudiciel devient alors « *une pièce maîtresse de l'entière architecture judiciaire européenne* », v. A. Nieto Martin, *Architectures judiciaires du droit pénal européen*, in *Cour de justice et justice pénale en Europe*, op. cit., p. 271, sp. 282.

³¹ Manifeste rédigé par des professeurs de droit pénal issus de dix pays européens : P. Asp (S), N. Bitzilekis (GR), S. Bogdan (RO), T. Elholm (DK), L. Foffani (I), D. Frände (FIN), H. Fuchs (A), M. Kaiafa-Gbandi (GR), J. Leblois-Happe (F), A. Nieto Martin (E), C. Prittwitz (D), H. Satzger (D), E. Symeonidou-Kastanidou (GR), I. Zerbes (A) in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, <http://www.zis-online.com>, décembre 2009, n° 4, p. 717.

³² *Ibid.*, n° 7, p. 725.