

RESUME. — Le Traité de Lisbonne a conféré à l'Union européenne une compétence pénale, qu'elle partage avec les États membres, sans pour autant lever certaines des ambiguïtés qui caractérisaient l'évolution qui a conduit à la consécration de cette compétence. Se posent donc toujours des questions quant aux contours de cette compétence, à la légitimité de l'intervention de l'Union et au respect des principes qui gouvernent le droit pénal.

Mots clé: Union européenne – droit pénal – harmonisation – unification – subsidiarité – nécessité – proportionnalité – légalité

ABSTRACT. — The Lisbon Treaty has given criminal jurisdiction to the European Union which it shares with the Member States without, for all that, removing some of the doubts characterizing the evolution that led to the establishment of this jurisdiction. Therefore questions remain unanswered about the outlines of this jurisdiction, the legitimacy of the Union's intervention and the respect for the principles governing criminal law.

Keywords: European Union – criminal law – harmonization – unification – subsidiarity – necessity – proportionality – lawfulness

Les eaux troubles du droit pénal de l'Union européenne

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
École de droit de la Sorbonne*

Le Traité de Lisbonne, par les très nombreuses nouveautés qu'il apporte sur le plan institutionnel, matériel, formel du droit de l'Union européenne, en bouleverse l'organisation et le fonctionnement¹, redessine, entre autres, en profondeur l'exercice des compétences, et, notamment, affirme une certaine compétence pénale de l'Union². Le temps où l'on pouvait dire entière la souveraineté pénale des États membres, où l'on pouvait analyser comme une illusion l'existence ne serait-ce que d'un système pénal européen embryonnaire³ est donc bien révolu. La reconnaissance d'une compétence pénale de l'Union n'est pourtant pas une rupture radicale, mais, au contraire, la concrétisation d'une longue évolution. Cela fait longtemps, en effet, que, de façon plus ou moins feutrée, la souveraineté pénale des États a été rognée, et cela dans ses deux facettes : le droit de punir, le droit de ne pas punir⁴.

C'est d'abord, de manière indirecte, par l'incidence de principes « découverts » par la Cour de Justice (principes d'immédiateté, de primauté, d'effet direct, d'interprétation conforme du droit communautaire), le *droit de punir* des États qui a été atteint. Ces principes (purement communautaires, c'est-à-dire de nature non pénale) ont investi les champs internes, même pénaux. Ils ont conduit, au nom des libertés⁵ et polices communautaires, au nom des principes, notamment, de proportionnalité ou de non-discrimination, à des neutralisations d'incriminations et de sanctions internes⁶. Cette érosion du droit de punir s'est même produite alors que

1 Il met fin à la structure en trois piliers et donne naissance à un « droit de l'Union européenne ». Ce droit repose d'une part sur le Traité sur l'Union européenne, d'autre part sur le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-traité instituant la Communauté européenne).

2 Chap. IV du Titre V de la Partie II du TFUE.

3 A. Bernardi, « Le rôle du Troisième Pilier dans l'eupéanisation du droit pénal », *RSC*, 2007, p. 714.

4 Il est devenu habituel de nommer les effets du droit communautaire (ou européen) neutralisation du droit interne pour l'un, expansion du droit européen pour l'autre. Ces termes (sans qu'il soit question ici de les récuser) concourent, à l'égard du droit pénal interne, au subreptice, tout particulièrement le second qui n'affiche pas clairement qu'il est un effet de pénalisation. *Cf. infra*.

5 Libre circulation, concurrence, égalité.

6 Voir, sur ce mécanisme, l'article fondamental de J. Biancarelli, « L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres », *RSC* 1984, p. 225 et p. 455. Voir

pourtant existait, à certaines conditions, une réserve de souveraineté⁷. Les États ont ainsi perdu toute latitude de punir, dès lors que punir entre en contradiction avec le droit communautaire, ou même avec le droit européen si l'obligation d'interprétation conforme conduit au constat d'une telle contrariété⁸.

C'est ensuite, de manière directe, *le droit de ne pas punir* des États qui a été atteint. Il l'a été par la mise en œuvre des principes d'assimilation (équivalence) et de non-discrimination impliquant une protection pénale des intérêts communautaires dès lors que, dans les mêmes domaines, les intérêts nationaux en bénéficient. Ce droit de ne pas punir a encore été atteint par l'obligation – prétorienne avant que de devenir normative – de prévoir des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »⁹ afin de donner effet utile au droit communautaire. Cette formule, dans sa globalité, emporte une exigence de dissuasion qui peut aller jusqu'à une obligation de punir, une obligation d'abord implicite¹⁰ mais devenue par la suite explicite¹¹ avec la décision du 13 septembre 2005¹². Ce droit de ne pas punir a encore été atteint par les actions d'harmonisation pénale dans des secteurs spécifiques, les décisions-cadres les plus récentes tendant progressivement à détailler les incriminations et à préciser les sanctions¹³. (Et si, dans cette dernière hypothèse, l'obligation était affaiblie par l'absence de toute action en manquement, le Traité de Lisbonne, en faisant disparaître cette faiblesse originelle et en étendant le champ d'intervention européen en matière pénale, renforce au contraire cette obligation et dès lors pourra restreindre plus encore le droit de ne pas punir des États).

aussi, dans cette même revue, les Chroniques de droit communautaire, puis de Droit de la Communauté et de l'Union européennes, sous la plume de J. Biancarelli (jusqu'en 1986), de J.-Cl. Bonichot (jusqu'en 1991), de Ch. Soulard (jusqu'en 1996), et de L. Idor (depuis 1997). Voir, également, L. Arroyo Zapatero, M. Muñoz de Morales Romero, « Le contrôle des choix de pénalisation : effets directs et indirects », in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Col. UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 19, SLC, 2010, p. 23 s.

7 Les clauses d'ordre public, qui constituent des hypothèses dérogatoires à l'intégration normative européenne, qui limitent la neutralisation en sauvegardant le cas échéant le droit pénal interne, sont devenues, par un renversement de perspective issu de la teneur du contrôle opéré par la Cour, un instrument d'intégration normative, encadrant la réserve de souveraineté et faisant, le cas échéant, échec aux incriminations internes. Voir, S. Manacorda, « Le contrôle des clauses d'ordre public : la "logique combinatoire" de l'encadrement du droit pénal », in *Cour de justice et justice pénale en Europe*, *op. cit.*, p. 57 s.

8 L. Arroyo Zapatero, M. Muñoz de Morales Romero, *op. cit.*, p. 44 et s. et notamment p. 48.

9 CJCE 21 septembre 1989 (affaire dite du « maïs grec »), *Commission c/République hellénique*, aff. 68/88.

10 Les États restent libres du choix de la nature des sanctions. Mais, premièrement, le droit pénal n'est pas interdit (du moins tant qu'y recourir ne porte pas atteinte aux libertés et principes communautaires) ; deuxièmement, si seul le droit pénal peut donner effet utile au droit communautaire, il doit y être recouru.

11 Par l'introduction d'un mot dans la formule consacrée : « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives ».

12 CJCE 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission soutenue par le Parlement c/Conseil* ; voir également CJCE 23 octobre 2007, aff. C-440/05, *Commission soutenue par le Parlement c/Conseil*.

13 A. Bernardi, *op. cit.* p. 723 et s. S. Manacorda, « Bilan des dynamiques d'intégration pénale à l'aube du Traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 927.

Il va de soi, pourtant, que ces deux érosions ne sont pas comparables. L'érosion du droit de punir n'est, en effet, que la conséquence indirecte – en quelque sorte mathématique – de l'intégration normative européenne. Et, d'une part, en faisant primer le droit communautaire au détriment du droit pénal interne, la Cour de Justice a concouru à l'établissement d'une conception libérale¹⁴ mettant en exergue la protection verticale du citoyen¹⁵, l'intégration remplissant une fonction de bouclier¹⁶ (ce qui est congruent avec l'exigence du caractère d'*ultima ratio* du droit pénal). D'autre part, même si certains principes généraux du droit communautaire ont été forgés par des emprunts à la discipline pénale¹⁷, c'est principalement sur le fondement et l'application d'un droit qui relève sans discussion aucune de la compétence de la Cour – le cœur même de sa compétence – et de celle des autres instances européennes, que l'érosion du droit de punir des États s'est produite.

L'érosion du droit de ne pas punir modifie ces deux équations. Elle scelle, d'abord, une conception répressive de l'intégration, l'épée devenant européenne. Elle marque, ensuite, une modification des rôles : en affirmant (en sus et au-delà de l'harmonisation sectorielle que permettait le troisième pilier) qu'il est de la compétence de l'Europe d'imposer aux États le recours à des sanctions pénales, la Cour de Justice, puis le Traité de Lisbonne ont, non seulement rendu explicite l'obligation étatique de donner pénalement effet utile au droit européen, mais plus encore ils ont créé ou conforté un nouveau titulaire du bien-fondé du recours au droit pénal et donné à l'Union la maîtrise, au moins partielle, d'une matière nouvelle que le jeu des souverainetés nationales avait exclue de ses compétences (institutionnelles et intellectuelles¹⁸). Elle emporte donc qu'au droit de ne pas punir des États se substitue un *devoir punir* (c'est-à-dire l'obligation de mettre en œuvre les choix pénaux de l'Union, puisque, pour l'heure du moins, les instruments européens de nature pénale – directives – nécessitent une transposition en droit interne).

14 Sans doute a-t-il été remarqué que cette conception libérale s'entendait aussi comme libéralisme économique, et a-t-il dès lors été posé la question de savoir s'il est légitime qu'une liberté économique puisse primer, en toutes circonstances, sur tout bien juridique, sans que soient préalablement évalués attentivement les intérêts en jeu. V. L. Arroyo Zapatero, M. Muñoz de Morales Romero, *op. cit.*, p. 42-43.

15 Protection que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne permettra plus encore de garantir.

16 Voir toutefois pour le risque d'une neutralisation *in malam partem*, S. Manacorda, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », *RSC* 2006, p. 245, plus spécialement p. 263 et s.

17 J. Tricot, « Le contrôle de l'exécution normative : la légalité entre dits et non-dits », *in Cour de justice et justice pénale en Europe, op. cit.*, p. 85 et s. et plus spécialement p. 86.

18 Sur les insuffisances « intellectuelles », et l'affirmation que les États seraient mieux armés en la matière : cf. Conclusions de l'avocat général Ján Mazák présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire C-440/05 (§§108 et s.) : « Conformément au principe de subsidiarité, les États 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 ». Il est vrai que certains raisonnements, notamment d'autres avocats généraux, peuvent apparaître « choquants » pour des pénalistes (non-application par le juge de la loi pénale interne plus douce contraire au droit communautaire) : v. F. Viganò, « 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 et s. et plus spécialement p. 157-159.

La deuxième érosion est ainsi plus problématique que la première. Non au regard de la souveraineté pénale des États membres (à cet égard que les États soient frustrés de leur droit de punir ou qu'ils soient privés de leur droit de ne pas punir constitue de la même manière une restriction)¹⁹. Mais au regard du droit pénal. Le devoir punir, qu'a fait naître cette deuxième érosion, interroge, en effet, le faire et le savoir-faire de l'Union, de ses instances normatives et de son juge. Le faire, parce que ce devoir punir est le produit d'une évolution complexe dont n'étaient acquises ni la transparence (cette évolution s'étant partiellement réalisée de manière rampante, subreptice, par l'effet extensif, expansif des compétences européennes, de la jurisprudence de la Cour), ni la cohérence d'une construction en empilement de normes aux fondements divers (normes purement communautaires, normes pénales du troisième pilier, normes pénales du premier pilier), ni, surtout, peut-être, la claire légitimation de l'intervention de l'Union au regard d'objectifs où se mêlaient, de façon confuse, instrumentalisation et symbolique. Le savoir-faire, parce que ce devoir punir confère à l'Union la maîtrise de choix pénaux, ce qui interdirait toute banalisation du droit pénal, ou pour le dire plus précisément ce qui imposerait que soient respectés les principes qui le gouvernent et que soit reconnue l'autonomie du droit pénal. Or, cette exigence ne semble pas toujours avoir été au cœur des interventions de l'Union²⁰. En bref, la légitimité de l'action de l'Union, que ce soit dans son titre (le faire) ou que ce soit dans son exercice (le savoir-faire) pouvait à certains égards apparaître douteuse. Les eaux

19 Même si les incidences ne sont pas comparables. Pour et dans les États, la première érosion peut emporter une nouvelle répartition des pouvoirs, ce que ne fait pas la seconde. Ne pas punir, pour être en conformité avec le droit européen, peut certes être l'initiative du législateur interne procédant à une révision de son droit. Mais ne pas punir peut être l'effet d'une neutralisation opérée par le juge interne – tout juge – à qui il appartient de faire respecter, en écartant au besoin la règle nationale incompatible, la primauté du droit communautaire. Le titulaire légitime traditionnel du droit de punir peut ainsi se trouver frustré de ce pouvoir par le juge. À l'inverse, punir, pour être en conformité avec le droit communautaire ou européen, n'appartient qu'au législateur interne, du moins tant que les instruments européens de nature pénale sont des instruments nécessitant une transposition (ou sauf si des textes internes peuvent, en respectant le principe de légalité, servir de support au droit communautaire ou européen). Au regard de la répartition interne des pouvoirs, la deuxième érosion est ainsi neutre. Le principe de la légalité des délits et des peines l'exige. S'il est possible d'admettre, au regard de ce principe, que le juge prive d'effet, au bénéfice du justiciable, une loi illégitime car contraire au droit supranational, il n'est guère admissible que le juge substitue la carence du législateur, une telle substitution remettant en cause le principe lui-même ; sauf à trouver dans le droit interne une autre loi applicable (autre loi spéciale ; loi générale) ou à admettre que la censure constitutionnelle d'une loi nouvelle fasse revivre la loi ancienne, conforme au droit européen, abrogée par cette loi censurée. V. F. Viganò, *op. cit.*, p. 149-169.

20 Voir les analyses critiques de certains instruments européens dans le Manifeste sur la politique criminelle européenne, rédigé par des chercheurs universitaires de dix pays (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Roumanie, Suède), *A Manifesto on European Criminal Policy – European Criminal Policy Initiative*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com. Voir aussi, N. Padfield et R. Williams, « Le cas anglais : l'absence d'interactions ? », in *Cour de justice et justice pénale en Europe*, *op. cit.*, p. 245 et s. et notamment p. 267 : « Il est clair que l'attitude des juridictions européennes est à la « banalisation » du droit criminel ou, comme V. Mitsilegas l'explique, à la subordination des concepts de droit criminel aux principes traditionnels du droit communautaire, de sorte que le droit criminel tend à ne devenir rien de plus qu'un autre domaine que l'on pourra utiliser dans le cadre de la poursuite des objectifs de la Communauté ».

manquaient de limpidité. Dès lors, et dans la mesure où le Traité de Lisbonne inscrit le droit pénal de l'Union dans la continuité de cette évolution, il n'est guère étonnant que les eaux restent encore troubles²¹, d'autant plus troubles que la continuité est aussi extension (textuelle ou potentielle) des champs d'intervention, ce qui avive les interrogations sur le titre et sur l'exercice.

De la continuité affichée, la rédaction même de l'article 83 TFUE est la démonstration. Le paragraphe premier prolonge les actions d'harmonisation pénale qui avaient auparavant été menées dans le cadre du troisième pilier²². Le paragraphe second confirme la perspective ouverte par la Cour²³, dans le cadre du premier pilier, qui avait permis de donner effet utile au droit communautaire par le recours au droit pénal²⁴. Les deux mêmes orientations sont ainsi conservées : celle d'une pénalisation première ou autonome de certains comportements d'une part, celle d'une pénalisation seconde ou accessoire au service de normes de nature extra pénale d'autre part. L'extension, quant à elle, est d'abord l'effet des modifications institutionnelles²⁵ et du recours à la procédure législative ordinaire (tempérée par l'existence de « freins de secours »²⁶). Elle est ensuite substantielle. Si les

21 Et cela même si la compétence pénale de l'Union s'affiche clairement, et si l'une des raisons de la complexité, la structure en piliers, a disparu.

22 Art. 83.1 : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

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 des moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

23 Une fois encore, donc, se produit la réception par traité d'une « avancée » rampante du droit européen à l'initiative de la Cour.

24 Art. 83.2 : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76 ».

25 C'est au régime qui était antérieurement celui du droit communautaire, et non au régime qui était celui du troisième pilier, que sont désormais soumises les normes pénales de l'Union ; c'est-à-dire un régime qui permet une forte intégration du droit européen, qui fait cesser les limitations apportées au rôle de la Cour et autorise, en toute circonstance, l'action en manquement.

26 Art. 83.3 : « Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visé au paragraphe 1 ou 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire.

Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de directive concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation

domaines d'harmonisation de la pénalisation autonome sont limitativement énumérés par le traité, ce dernier prévoit la possibilité qu'en soient définis ultérieurement d'autres²⁷. Plus encore, à l'égard de la pénalisation accessoire, disparaissent les limites quant aux sanctions qu'avaient posées la Cour²⁸, et surtout quant au champ de cette pénalisation (qui avait suscité débats²⁹), dès lors qu'il recouvre dorénavant toute politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures – extra pénales – d'harmonisation³⁰. Le champ ouvert aux normes pénales européennes est ainsi potentiellement très vaste, d'autant plus vaste que sont vagues certaines formules, « besoin particulier »³¹, « politique de l'Union »³², ce qui pourrait autoriser des interprétations extensives permettant une expansion du droit pénal européen dont il n'est pas à exclure qu'elle puisse être, de nouveau, rampante.

Le champ ainsi ouvert à la compétence pénale de l'Union lui permet donc d'imposer aux États d'incriminer des comportements, soit parce que « leur charge d'alarme sociale ne s'épuise pas à l'intérieur d'un seul État »³³ (pénalisation autonome), soit parce que doivent être protégés des intérêts de l'Union (pénalisation accessoire), c'est-à-dire, quelle que soit la nature de la pénalisation, parce que les atteintes incriminées ne touchent pas à des intérêts purement nationaux. Cette extranéité justifierait, à elle seule, la compétence pénale de l'Union (son titre), puisque cette dernière serait la mieux à même de

de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et à l'article 329, paragraphe 1, du présent traité est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent ».

27 À l'unanimité, certes.

28 CJCE 23 octobre 2007, *op. cit.* La Cour avait, en effet, estimé que, s'il était possible à la Communauté d'imposer aux États le recours à des incriminations pénales par directive, la nature et le niveau des sanctions pénales ne pouvaient être fixés que par des décisions-cadres (instruments du troisième pilier).

29 Débats sur la portée exacte de la décision du 13 septembre 2005 : la possibilité d'imposer par directive le recours au droit pénal était-elle limitée à l'environnement (cas d'espèce de la décision) ou était-elle ouverte à tout « objectif à caractère transversal et fondamental de la Communauté » (termes utilisés par la décision) ? Voir L. Arroyo Zapatero, M. Muñoz de Morales Romero, *op. cit.*, note 108.

30 Pour une analyse détaillée du champ de cette pénalisation, v. E. Rubi Cavagna, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501, notamment p. 504-508.

31 Sur la nécessité d'une « interprétation restrictive » de cette formule pour éviter une expansion démesurée du droit pénal européen, « un tel besoin ne pouvant être établi simplement par la formation d'une intention politique, et ne pouvant être séparé du caractère et des incidences de l'infraction », voir la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 et l'article de F. Jessberger et K. Kretschmer, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009. Les implications du Traité de Lisbonne sur le droit pénal européen », *RSC* 1/2010. *Adde*, H. Haenel, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne, Sénat, Session ordinaire de 2009-2010, n° 119.

32 La simple référence à la « mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union » permet de s'interroger sur les politiques visées : faut-il seulement entendre « politiques relevant de compétences partagées », ou faut-il y inclure « les domaines de compétence exclusive de l'Union » ? Sur ces interrogations, E. Rubi Cavagna, *op. cit.*, p. 507-508.

33 A. Bernardi, « L'harmonisation des sanctions en Europe », *in* M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber (dir.), *Les Chemins de l'harmonisation pénale*, UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 15, SLC, 2008, p. 290 et s.

protéger (ou faire protéger) les intérêts transnationaux ou supranationaux. La légitimité de son action s'enracinerait donc, soit dans sa plus grande efficacité déduite de l'inefficacité de réponses purement internes à certaines formes de criminalité, soit dans le droit à sa propre sauvegarde, qu'elle s'entende de la sauvegarde de ses intérêts propres (par exemple, intérêts économiques et financiers) ou de celle d'intérêts devenus communs en raison de ses politiques (dans la conviction du législateur européen – comme elle pourrait être celle d'un législateur interne – qu'il est utile d'assortir sa législation de sanctions pénales pour lui donner efficacité).

En conclusion, pour autant, que seraient exclus de la compétence pénale de l'Union des intérêts purement internes, ou des infractions dont « la charge d'alarme sociale s'épuise dans les frontières d'un seul pays » serait hasardeux. Car il est une continuité plus implicite. La compétence pénale de l'Union, telle qu'affirmée par l'article 83 TFUE, s'inscrit plus largement dans la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice³⁴, dont la pierre angulaire est la confiance mutuelle entre États membres, une confiance qui serait d'autant plus forte que seraient plus proches leurs législations pénales. Car, même si l'article 82 TFUE ne vise, pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, que le rapprochement de dispositions de procédure pénale³⁵ (prolongeant ainsi la politique antérieure de l'Union et la logique de procéduralisation qui l'avait guidée en la matière³⁶), l'objectif de la confiance mutuelle ne pourra être atteint sans harmonisation pénale substantielle³⁷. Mais une harmonisation dont, en raison même de la voie

34 Art. 67 TFUE : « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice » et « œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité [...] par des mesures de coopération policière et judiciaire, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales ». L'article 82 TFUE précise que « la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au § 2 et à l'article 83 ».

35 Admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ; droits des personnes dans la procédure pénale ; droits des victimes de la criminalité ; d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura préalablement identifiés.

36 Pour exemple, la Communication de la Commission au Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale (COM (2000) 495, 26 juillet 2000). La Commission n'y visait que « la normalisation des procédures des États », écartant la nécessité d'une harmonisation du droit pénal substantiel. « La reconnaissance de décisions finales prises dans des domaines harmonisés ou rapprochés du droit pénal substantiel ne devrait poser aucun problème. *Même au-delà de ce domaine, il n'y a, a priori, aucune raison de ne pas appliquer la reconnaissance mutuelle.* Les Conclusions de Tampere n'excluent pas que des normes minimales puissent être nécessaires mais *uniquement* pour certains aspects de droit procédural et non de droit matériel » (Points n° 3-1 et n° 8).

37 Voir G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *L'Intégration pénale indirecte – Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Col. UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 10, SLC, 2005. L'hypothèse qui sous-tend cet ouvrage est que la mise à l'écart tendancielle de l'intervention sur le droit pénal de fond, même si elle correspondait à une stratégie de l'Union (le choix de la voie procédurale s'explique par les écueils de l'intégration pénale directe qui, tant dans sa composante, réalisée, d'orientation des choix législatifs des États membres que dans sa composante, seulement projetée, de mise en place d'un noyau de normes pénales communautaires, s'est révélé un objectif difficile à atteindre), s'accompagnerait, inévitablement, à plus ou moins long terme – sauf à ce que le dispositif procédural soit inefficace – d'une incidence – ne serait-ce que par ricochet – des actions procédurales sur le droit pénal de fond. La formule « intégration

choisie, ne sont toujours sûrs ni la nature (imposée et/ou spontanée), ni le temps (pré-harmonisation, post-harmonisation), ni les acteurs (législateur européen, législateurs internes, juge européen, juges internes)³⁸. C'est dire qu'une fois encore des évolutions rampantes ne sont pas à exclure, et que les contours de la compétence pénale de l'Union non seulement restent flous mais également risquent d'être plus qu'élastiques, alors même pourtant que le titre de l'Union à intervenir en la matière pourrait être interrogé (si du moins ne paraissait pas suffisant un fondement purement institutionnel, l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice étant, selon l'article 4 TFUE, un domaine de compétence partagé de l'Union avec les États membres).

L'harmonisation « d'infractions à caractère purement interne »³⁹ que postulerait l'établissement d'un tel espace ne trouverait, en effet, sa légitimité ni dans l'inefficacité des droits matériels internes ni dans la sauvegarde des intérêts de l'Union. Sauf à considérer qu'au-delà de raisons pratiques intéressant les États (faciliter leur œuvre de justice en leur ouvrant les frontières comme elles le sont aux délinquants, et empêcher la constitution de paradis criminels), existeraient des raisons symboliques qui concerneraient en propre l'Union : « permettre l'affirmation d'un sentiment d'appartenance à l'Europe en tant qu'ensemble politique, juridique et culturel, et la poursuite d'un idéal d'équité punitive visant à éliminer à la racine les différences qui tendent à démentir l'égalité substantielle entre les citoyens de l'Union »⁴⁰.

De cet appel à la fonction symbolique du droit pénal⁴¹ – construire une identité collective commune par le recours au droit pénal – les dangers ont pourtant déjà été signalés⁴². Parce que la criminalisation est toujours un puissant facteur de construction d'une identité commune, la tentation de

pénale indirecte » désigne donc le rapprochement, voire la supranationalisation, d'incriminations pénales et de sanctions ainsi que de certains éléments relevant de la partie générale (le tout compris comme une conséquence de l'élan procédural).

38 La sous-estimation de la dimension substantielle et des questions de rapprochement qu'elle pose peut, en effet, inciter à une lecture qui serait celle d'un *passage en force*. La coopération désirée ne pouvant se faire sans une certaine harmonisation, et l'harmonisation préalable étant une voie difficilement praticable, imposer la coopération permettrait de faire naître, progressivement et à long terme, l'harmonisation. À la pré-harmonisation substantielle se substituerait une post-harmonisation, qui pourrait, en partie, être le fait des interprétations jurisprudentielles, la procéduralisation constituant un effet d'entraînement, ou encore un élément de ruissellement. V. *L'Intégration pénale indirecte – Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, *op. cit.*, plus spécialement « Remarques conclusives », p. 375-381.

39 A. Bernardi, « L'harmonisation des sanctions pénales », *op. cit.*, p. 290.

40 *Ib.*, p. 291. Voir le Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales d'avril 2004 : « Le rapprochement des sanctions contribuerait à donner aux citoyens un sentiment commun de justice, une des conditions de la mise en œuvre d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. En outre, il signifierait clairement que certains comportements sont inacceptables et sanctionnés de manière équivalente ».

41 Voir Livre vert, *op. cit.* : « Tout d'abord, en établissant des incriminations et des sanctions communes à l'égard de certaines formes de criminalité, l'Union lancerait un message symbolique ».

42 Voir notamment C. Sotis, « Mauvaises pensées et autres » à propos des perspectives de création d'un droit pénal communautaire, in *L'Intégration pénale indirecte – Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, *op. cit.*, plus spécialement, p. 244, 245, 254.

« socialiser l'Europe par le droit pénal »⁴³ pourrait être forte⁴⁴, emportant, comme on le constate dans les États lorsque la fonction symbolique devient prééminente, un recul des exigences de légalité et de rationalité de la norme pénale (précision, cohérence, sélectivité du champ pénal, vérification des résultats), emportant également une « sur-criminalisation secondaire »⁴⁵, puisque l'œuvre de criminalisation européenne aurait pour objet, dans sa finalité de construction d'une identité commune, des intérêts déjà protégés par les États, et pour effet, dans son objectif de « lancer un message », un durcissement de la riposte institutionnelle, et dès lors une possible hypertrophie pénale.

Or ces dangers, quoi qu'il y paraisse au premier abord, peuvent être communs à toute pénalisation autonome, qu'elle concerne des « infractions à caractère purement interne », qu'elle concerne des « infractions à caractère transnational ». Le choix des domaines d'intervention de l'Union tels qu'ils sont énumérés par le paragraphe premier de l'article 83 TFUE⁴⁶ le montre bien. Les cibles de la pénalisation y sont des comportements qui suscitent une haute alarme sociale et pour lesquels les exigences en termes de légalité et de rationalité de la répression se font donc moins pressantes.

C'est dire qu'interrogations sur le titre et sur l'exercice sont intimement liées. Non seulement la légitimité de l'intervention de l'Union pourrait, à certains égards, être questionnée dans son existence et/ou son étendue, mais encore le respect des principes qui gouvernent le droit pénal et en légitime l'exercice pourrait être sujet à caution, et là, de manière générale quel que soit le type de pénalisation, autonome ou accessoire. Législations symboliques et législations techniques présentent, en effet, le même manque, suscitant l'interrogation récurrente, en partie fuyante et pourtant fondamentale, des valeurs, de la fonction que l'Union entend assigner à la sanction pénale, de la place et du rôle du droit pénal dans le projet européen. Que la riposte pénale ait été une réponse à une haute alarme sociale, ou qu'elle ait visé à donner efficacité à une législation technique, s'est construit, de façon sectorielle et fragmentaire, au coup par coup, un droit sans politique criminelle, faisant courir le risque d'un droit pénal ne répondant pas aux critères cumulés du juste et de l'utile (risque aggravé par celui d'une intégration à sens unique, la construction européenne fonctionnant comme un instrument de criminalisation sans retour en arrière⁴⁷), remettant ainsi en cause la légitimité de l'exercice.

A des degrés divers, en effet, ont pu être relevées des « tendances alarmantes qui ne sauraient être négligées » : celle d'adopter des normes pénales sans que soit poursuivi un clair objectif de protection d'intérêts fondamentaux⁴⁸, celle de mettre à l'écart le principe d'*ultima ratio*, celle de ne pas

43 *Ibid.*

44 De la tentation de transposer le modèle étatique au niveau européen l'on peut trouver des traces dans les affirmations récurrentes d'un « territoire européen », de « valeurs communes fondatrices », d'« identité européenne » ou de « citoyenneté européenne ».

45 C. Sotis, *ibid.*

46 Cf. *supra*, note 22.

47 C. Sotis, *ibid.*, p. 250.

48 C'est-à-dire sans que soit respectée l'exigence d'un objet légitime. Exigence qui supposerait que l'Union ne puisse intervenir en matière pénale que pour protéger des intérêts fonda-

respecter le principe de légalité substantielle⁴⁹, celle encore de réagir à tout problème social par une répression accrue et de faire de cette répression une valeur en soi. Certes, toutes ces tendances sont déjà perceptibles dans les États ; mais elles sont sérieusement amplifiées par leur développement européen. Et si ces tendances n'étaient pas contrecarrées à temps, cela pourrait conduire à la mise en place d'un droit pénal européen qui serait en contradiction avec les principes fondamentaux qui sont ceux des pays de tradition libérale. Telles sont les conclusions du Manifeste sur la politique criminelle européenne⁵⁰.

Ces tendances sont indéniablement le résultat d'une banalisation du droit pénal, d'une subordination des concepts de ce dernier aux principes du droit européen, ou pour le dire autrement de l'insuffisante prise de conscience de la nécessité absolue de combiner conception européenne et conception pénale (sans que la seconde ne soit ramenée au rang de simple instrument au service de la première). De cette combinaison nécessaire, le principe de subsidiarité est, à deux égards au moins, un parfait exemple. D'abord, parce qu'il revêt une double acception, européenne et pénale. Ensuite, parce que sa mise en œuvre le fait nécessairement entrer en contact avec l'un des principes cardinaux du droit pénal, le principe de la légalité des délits et des peines.

Dans son acception européenne, la subsidiarité (verticale) a une vocation politique, celle de garantir l'équilibre institutionnel⁵¹ fondé sur la correcte répartition des compétences entre l'ordre juridique européen et les États membres, et c'est en particulier par le respect des bases juridiques consacrées par les traités que peut être garanti cet équilibre⁵². Mais il ne suffirait pas que l'intervention de l'Union soit fondée sur une base juridique correcte pour que soient automatiquement légitimes les normes pénales qui seraient édictées. Se contenter d'un tel fondement conduirait à réduire l'utilisation du droit pénal à une simple question d'efficacité⁵³. La base juridique est, en effet, d'essence purement institutionnelle⁵⁴, et ne saurait permettre le juste endiguement du

mentaux, à la condition que ces intérêts découlent de sa législation primaire, que les Constitutions nationales et les principes de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne soient respectés et que les comportements visés causent un dommage significatif à la société ou aux individus.

49 Par des obligations de pénalisation qui conduisent les États à l'édition de normes excessivement indéterminées.

50 *Cf. supra*, note 20.

51 La notion d' « équilibre institutionnel » a été développée par la jurisprudence communautaire. V. A. Barletta, « Le contrôle de la répartition des compétences en matière pénale : la recherche de l'équilibre institutionnel », in *Cour de justice et justice pénale en Europe*, *op. cit.*, p. 111 et s., notamment p. 123.

52 « Le principe de subsidiarité vise à assurer que la décision soit prise le plus près possible des citoyens, en vérifiant que l'action à entreprendre au niveau européen est justifiée par rapport aux possibilités qu'offre l'échelon national, régional, local. Concrètement ce principe signifie que l'Union n'agit – sauf dans les domaines de compétence exclusive – que lorsque son action est plus efficace qu'une action entreprise au niveau national, régional, ou local. Il est étroitement lié aux principes de proportionnalité et de nécessité, qui supposent que l'action de l'Union n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité », A. Barletta, *op. cit.*, p. 113-114.

53 V. N. Padfield et R. Williams, *op. cit.*, p. 267.

54 Et, qui plus est, le vague de certaines formules (« besoin particulier », « politique de l'Union ») n'offre pas la certitude d'un encadrement strict des compétences européennes : *cf. supra*.

droit pénal, que seul permet le jeu de la subsidiarité prise dans son acception pénale⁵⁵. La subsidiarité pénale⁵⁶ ne peut, en effet, se comprendre sans être relié au principe de nécessité, lequel impose qu'il ne soit recouru au droit pénal que si tout autre instrument de nature non pénale est insuffisant, ce principe en impliquant un second, le principe de proportionnalité, lequel exige, s'il est nécessaire de recourir au droit pénal, que les mesures prises n'excèdent pas ce qui est utile pour remplir l'objectif visé. Le respect du principe de nécessité légitime donc le recours au droit pénal, celui du principe de proportionnalité la mesure du choix pénal⁵⁷.

Or, la garantie de tels principes ne saurait être acquise par une démarche simplement intuitive, car, même si une telle démarche peut, à certaines occasions, conduire à des mesures acceptables⁵⁸, elle ne préserve pas des dérives⁵⁹. S'en préserver supposerait donc que l'intuitif et l'implicite cèdent la place à la formulation explicite des valeurs qui sous-tendent l'intervention de l'Union, démarche primordiale « si l'on entend prendre au sérieux les objectifs énoncés par les Traités, la Charte et les mandats donnés par les États à l'Union »⁶⁰. Établir des critères du recours au droit pénal et de la mesure des sanctions

55 Dont l'on pourrait trouver trace dans le traité avec l'exigence du caractère « indispensable » du rapprochement des législations pénales internes (art. 83.2 TFUE), ce caractère pouvant permettre une lecture combinée en termes de subsidiarités européenne et pénale.

56 « La subsidiarité pénale représente le moment d'émersion au sein de la « Constitution » européenne du principe traditionnel du droit pénal libéral selon lequel l'intervention du législateur est une *extrema seu ultima ratio* », A. Barletta, *op. cit.*, p. 114.

57 Outre une terminologie commune, subsidiarité européenne et subsidiarité pénale sont liés ainsi aux deux mêmes principes (nécessité, proportionnalité, mais dont l'acception diffère). Combiner conceptions européenne et pénale serait la garantie d'une bonne répartition entre niveaux normatifs (régulation des compétences entre Union et États) et entre instruments juridiques (leur nature, choix entre normes pénales et normes non pénales, leur contenu, mesure de la sanction pénale).

58 Ainsi que l'a fait remarquer Alessandro Bernardi (« Le rôle du Troisième Pilier », *op. cit.*), les normes pénales européennes autonomes ont, pour l'heure, concerné des domaines dans lesquels, en raison de leur gravité, le recours au droit pénal paraissait nécessaire, et pour lesquels, peut-on ajouter, les États membres avaient déjà eux-mêmes recouru au droit pénal. Voir également les appréciations positives sur certains points du Manifeste sur la politique criminelle européenne, précité.

59 Il ne faut pas écarter le risque que le recours au droit pénal soit considéré comme un moyen ordinaire, et non extraordinaire, de sanction (comme on le constate parfois dans les législations nationales). Il ne faut pas non plus écarter le risque de conceptions trop englobantes (de la criminalité terroriste, organisée, cybernétique, etc.) captant ainsi des activités périphériques pour lesquelles la question du bien-fondé du choix pénal pourrait se poser (voir le constat fait dans le Manifeste sur la politique criminelle européenne, précité, concernant les décisions-cadres relatives au terrorisme et à la criminalité organisée). Il ne faut pas encore écarter que puisse se poser la question du choix entre divers réseaux – pénal, administratif, civil – à l'égard, notamment, de matières dites techniques.

60 M. Delmas-Marty, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », in M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, E. Lambert Abdelgawad (dir.), *L'Harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Col. UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 5, SLC, 2003, p. 583 et s. et spécialement p. 584 pour la citation, qui se poursuit ainsi : « Même si l'opportunité d'une harmonisation était démontrée au regard du principe de subsidiarité [européenne], encore faudrait-il s'interroger sur la légitimité axiologique. La question est d'autant plus préoccupante qu'elle reste le plus souvent implicite, alors même que les valeurs sont "le Nord magnétique des pratiques juridiques", à tel point qu'un droit sans valeurs est comme un droit "déboussolé" ».

pénales⁶¹ est donc une impérieuse exigence, d'autant plus impérieuse que le principe de loyauté (ou de fidélité) impose aux États l'obligation de respecter les choix – pénaux – de l'Union. Si cette exigence n'était pas satisfaite, pourrait être couru le risque que s'établisse dans l'Union un droit pénal en contradiction avec les principes et droits qu'elle proclame, ou pour le moins suspect de ne pas les respecter (sauf, à ce que, passant outre à leur obligation, les législateurs ou juges internes entrent en résistance – ce qui serait peut-être protecteur des citoyens, mais pourrait remettre en cause l'intégration européenne)⁶².

Mais tout impérieuse que soit cette exigence, il ne faut pas sous-estimer le bouleversement possible qu'elle pourrait entraîner. Que l'Union, au nom de la subsidiarité européenne, estime ne pas devoir prendre de normes pénales n'entame en rien la liberté des États quant à leur droit de punir, qu'ils pourront exercer sous réserve de ne pas porter atteinte à des libertés ou normes extra pénales européennes. Mais que l'Union estime, au nom de la subsidiarité pénale, que le recours au droit pénal n'est pas nécessaire, ou qu'il n'est nécessaire que pour certains comportements, ou qu'elle édicte des sanctions « minimales » renverse la perspective. Quand bien même l'instrument européen se présenterait explicitement comme un minimum que les États seraient libres de dépasser, comment légitimer une pénalisation, ou une pénalisation accrue dans les États ?⁶³ Ou bien les mesures européennes correspondent à ce qui est juste et utile, et dès lors elles constituent un horizon indépassable (sauf à démontrer des spécificités nationales qui permettraient d'aller au-delà) ; ou bien elles sont en deçà, et dès lors l'Union ne se met pas en mesure de remplir les objectifs qui lui sont fixés. La marge d'appréciation pénale des États serait donc largement réduite (plus que les traités ne le laissent entendre) par un devoir qui serait, à certaines occasions, de punir (et de punir ainsi que le texte européen le prévoit), à d'autres, de ne pas punir. Et c'est un même « dialogue trouble »⁶⁴ entre Union et États que pourrait faire naître l'application aux normes européennes du principe de légalité pénale.

Dans la division du travail normatif entre Union et États qu'implique, en effet, la formation du droit pénal, la mise en œuvre de la subsidiarité européenne – qui impose de déterminer le niveau décisionnel adéquat à la recherche d'une rationalité démocratique – entre nécessairement en contact avec la conception pénale du principe de légalité, de son volet formel (réserve de la loi comprise comme l'exigence que la loi pénale soit du ressort du législateur entendu au sens strict du terme) en tout premier lieu, sans que soit pour autant exclu son volet substantiel (accessibilité et prévisibilité de la norme pénale). Mais la division des fonctions et du travail normatif réinterroge ces deux volets, et pose la question de savoir si la double exigence (compétence parlementaire, prévisibilité de la norme) doit être également remplie aux deux niveaux décisionnels, ou bien peut ne l'être principalement qu'à un seul (ce qui

61 Pour une proposition de critères, *ibid.*

62 Sans doute faut-il remarquer que cette exigence n'est pas toujours respectée par les États. Mais les conséquences en sont sans commune mesure avec celles qu'emporterait l'économie faite d'une telle exigence par l'Union.

63 Rapp. E. Rubi Cavagna, *op. cit.*, p. 510.

64 Expression empruntée à J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire Notarial Defrénois, 1979, p. 189.

emporterait de devoir l'identifier). Or, la réponse dépend largement de la marge d'appréciation⁶⁵ laissée aux États, à l'occasion de la transposition des directives pénales, dans le contenu de la norme pénale. Plus large serait cette marge et plus il appartiendrait aux États de satisfaire aux exigences du principe de légalité. Plus faible serait cette marge et plus grands seraient les devoirs de l'Union à cet égard. Mais dès lors que l'Union s'avance sur le chemin de créer et définir des incriminations, d'orienter par des prévisions (minimales) la nature et le niveau des sanctions pénales, il n'est guère possible d'admettre que le respect de ces deux exigences, formelle et substantielle, du principe de légalité pénale ne pèse que sur les législateurs internes.

Cela impliquerait donc un rôle éminent du Parlement européen⁶⁶, mais, peut-être aussi, que l'indifférence manifestée par la Cour de justice à la légalité formelle soit mise en question⁶⁷. L'exigence substantielle de prévisibilité, quant à elle, est plus redoutable, car elle interroge, de manière plus profonde, la construction même d'un projet pénal européen (entre, notamment, objectifs, techniques et/ou symboliques, ou méthodes, unification et/ou harmonisation). Imposer que la norme pénale européenne réponde au principe de prévisibilité serait imposer sa précision. Imposer sa précision impliquerait qu'aucune marge ne serait laissée aux États dans la transposition des directives, ou une marge si infime que ce n'est pas vers une harmonisation qu'il serait tendu, mais bien vers une unification (nonobstant le terme « rapprochement » utilisé par le traité). Il est vrai que seule l'unification pourrait sembler pouvoir pleinement réaliser les objectifs techniques ou symboliques de l'Union : en interdisant toute nationalisation de la norme (et toutes les différences entre les législations internes qui pourraient en découler si l'exigence de prévisibilité ne pesait que sur les États) qui nuirait à l'efficacité des politiques de l'Union ; en assurant l'égalité devant la loi pénale (par l'éradication à la racine des différences punitives nationales, ce que ne permettrait pas une obligation purement interne de prévisibilité) de tous les citoyens de l'Union ; en limitant le risque couru, à défaut de normes pénales uniformes, que la coopération judiciaire conduise à soumettre tous les citoyens de l'Union à tous les droits nationaux, et ce faisant au droit le plus répressif⁶⁸.

Pour autant, le parallèle ne doit pas tromper. Si l'efficacité des politiques pourrait⁶⁹ naître d'une unification sectorielle, l'égalité « sectorielle » des citoyens de l'Union n'aurait guère de sens, et l'éradication de toutes les différences, c'est-à-dire l'unification de tout le droit pénal matériel (spécial mais aussi général⁷⁰), guère de réalisme. Et sans doute ne faut-il pas le regretter –

65 « Qui est, en quelque sorte, le pendant juridique du principe politique de subsidiarité », M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, Le Seuil, 2006, p. 79.

66 Sur le système de co-décision, ainsi que sur le rôle des Parlements nationaux, v. A. Barletta, *op. cit.*, p. 118, 130, 131.

67 V. J. Tricot, *op. cit.*, p. 105-109 ; *adde* J. Tricot, *Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la légalité pénale*, Thèse Paris 1, déc. 2009 ; F. Palazzo, « Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal », *RSC* 2008, p. 1-21, spécialement p. 3 ; G. Giudicelli-Delage, « Conclusion », *in Cour de justice et justice pénale en Europe*, *op. cit.*, p. 311-312.

68 V. « Remarques conclusives », *in L'Intégration pénale indirecte*, *op. cit.*, p. 382.

69 V. toutefois, pour les réserves à y apporter, note suivante.

70 « S'il s'agit d'aboutir à des réponses pénales qui soient effectives et similaires entre les différents États, ou plus encore s'il s'agit d'aboutir à ce que les infractions soient traitées de la même façon par les États et que les auteurs n'échappent pas à la répression,

c'est d'ailleurs une fois encore prendre la mesure de ce qu'emporterait la « tentation symbolique » – quand bien même l'unification générale se pare-rait de l'aura de la complétude et de la cohérence⁷¹ que ne peuvent offrir ni une unification sectorielle ni une harmonisation. Et puisque complétude et cohérence n'apparaissent ni atteignables ni souhaitables, une certaine imper-fection⁷² est donc inévitable et devrait même être cultivée dans l'objectif que l'intervention de l'Union ne crée ni n'aggrave l'incohérence des systèmes pénaux internes tout en assurant la plus grande efficacité possible du système européen (ce qui, à l'égard de la prévisibilité supposerait une exigence euro-péenne à géométrie variable⁷³). Mais la voie est indéniablement escarpée.

Combiner conceptions européenne et pénale, ne pas perdre la quintessence des principes qui gouvernent le droit pénal est une exigence. La remplir est chose plus complexe, et les chemins pour y parvenir sont encore à explorer. Le projet européen éprouve les catégories, notions, raisonnements qui sont ceux des droits pénaux internes, tout comme ces derniers éprouvent le premier. Mais quelques balises pourraient, pour le moins, jalonner ces chemins. Pour que jouent ces interactions de logiques européenne et pénale, il faudrait que législateurs et juges (européens et nationaux) soient convaincus de la nécessité d'une œuvre commune (prenant appui sur les traditions et savoir-faire natio-naux)⁷⁴. Il faudrait encore n'avancer dans la construction d'un droit pénal de l'Union qu'avec précautions : retenue dans l'œuvre pénale d'un législateur européen à « la main tremblante », à « la mauvaise conscience » ; prudence raisonnée des méthodes et objectifs européens portée par la conviction qu'une certaine dose d'imperfection, d'incomplétude est nécessaire à la tolérance de toute intégration et gage dès lors d'une cohésion plus sûre⁷⁵. Les eaux pourraient-elles s'en éclaircir ? En tout cas, si l'Union – son législateur et son juge – s'engageait fermement dans le respect du principe de la subsidiarité pénale (c'est-à-dire si le devoir punir imposé aux États ne pouvait apparaître que juste et utile, et si, par ailleurs, paraissait tout aussi juste le devoir de ne pas punir qui leur serait imposé), la complexité de la construction d'un droit pénal européen demeurerait certes, mais serait levée une lourde hypothèque sur la

L'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales ne sera pas suffisante. Se pose donc la question de savoir si le droit de l'Union pourra se passer de concepts pénaux communs », E. Rubi Cavagna, *op. cit.*, p. 516. « Car même une identité rigoureuse des normes d'incrimination ne saurait garantir la punissabilité du fait, étant donné le poids qui doit être reconnu aux règles de la partie générale », S. Manacorda, « Le rapprochement des incriminations », in *L'Intégration pénale indirecte, op. cit.*, p. 71. *Adde*, « Remarques conclusives », in *L'Intégration pénale indirecte, op. cit.*, p. 378.

71 Sur ces notions et leur articulation, v. M. Delmas-Marty, « Les processus d'interaction », in *Les Chemins de l'harmonisation pénale, op. cit.*, p. 43.

72 M. Delmas-Marty, « Conclusion : évaluation critique des pratiques au regard des modèles », in *Les Chemins de l'harmonisation pénale, op. cit.*, p. 444.

73 V. « Conclusion », in *Cour de justice et justice pénale en Europe, op. cit.*, p. 316-318.

74 Sur les interactions entre jurisprudences de la Cour de justice et jurisprudences constitutionnelles et pénales internes, v. *Cour de justice et justice pénale en Europe, op. cit.*, 2^e partie, et plus spécialement, A. Nieto Martin, « Architectures judiciaires du droit pénal européen », p. 271, et G. Giudicelli-Delage, « Conclusion », p. 305.

75 M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou enjeu de construction », *RSC* 2006, p. 25 et s. *Adde* M. Delmas-Marty, « Conclusion », in *Les chemins de l'harmonisation pénale, op. cit.*, p. 444.

légitimité de l'action de l'Europe, et, peut-être alors, pourrait être tenté le pari d'un éclaircissement.

genevieve.giudicelli@wanadoo.fr