



**COUR DE CASSATION**

**AVIS DE Mme CHAUVELOT,  
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

**QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

**Arrêt n° 1386 du 29 novembre 2022 – Chambre criminelle**

**Pourvoi n° 20-86.216 - QPC**

**Décision attaquée : chambre de l'instruction de la Cour d'appel  
d'Angers, du 4 novembre 2020**

**Procureur général près la cour d'appel d'Angers**

**C/**

**M. [E]**

---

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée dans les termes et conditions que l'on va rappeler, et qui justifient qu'on expose à titre liminaire un peu plus longuement qu'il est d'usage, le contexte procédural où elle s'insère.

Il s'agit de deux pourvois en cassation introduits respectivement par le procureur général près la cour d'appel d'Angers et par M. [W] [E], dirigés tous deux contre l'arrêt en date du 4 novembre 2020 par lequel la chambre de l'instruction de la dite cour a statué sur la demande de remise de M. [E] aux autorités judiciaires italiennes qui poursuivaient contre lui, sur la base d'un mandat d'arrêt européen (MAE), l'exécution d'une condamnation pénale. La cour d'appel a refusé cette remise et a, avant dire droit, ordonné un supplément d'information tendant à faire préciser à l'Italie si elle souhaitait que soit fait application de l'article 728-31 du code de procédure pénale pour que la partie de la peine d'emprisonnement qu'elle estimait devoir lui rester à exécuter, et correspondant seulement à certains des faits visés par le mandat, soit purgée en France.

On précise que ce MAE a été délivré par le procureur général de Gênes pour exécution d'une peine de douze ans et six mois d'emprisonnement prononcée par arrêt de la cour d'appel de Gênes du 9 octobre 2009 devenue exécutoire le 3 juillet 2012, ce quantum correspondant au cumul de quatre peines infligées pour autant d'infractions sous les qualifications de vol avec arme en réunion (un an d'emprisonnement), dévastation et pillage (dix ans), port d'armes (neuf mois) et explosion d'engins (neuf mois). Ces faits s'inscrivent dans un contexte de manifestations violentes survenues en marge du sommet du G8 tenu à Gênes en juillet 2001.

Pour refuser la remise sollicitée, la chambre de l'instruction a, en substance, constaté que les infractions poursuivies ne figuraient pas sur la liste de l'article 694-32 du code de procédure pénale, transposition littérale de l'article 2, paragraphe 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen<sup>1</sup>, de sorte qu'elle a procédé au contrôle de la double incrimination prévu par l'article 694-23 du même code et tel que permis par l'article 2 de la directive précitée pris dans son paragraphe 4. Ce faisant, elle a estimé que deux des agissements reprochés à M. [E] sous la qualification de dévastation et pillage ne constituaient pas des infractions susceptibles de lui être reprochées en droit français. Etant indissociables des autres, elle a jugé qu'il ne pouvait être consenti à la remise, ajoutant qu'il en résulterait une disproportion entre la peine prononcée et les poursuites dont devaient être retranchés les dits faits de dévastation et pillage.

Le 26 janvier 2021, vous avez transmis une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à laquelle elle a répondu par un arrêt du 14 juillet 2022<sup>2</sup>. Sa réponse confirme sur plusieurs points l'analyse de votre premier avocat général dans son avis sur les pourvois et qui proposait au principal la cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction, en particulier sur le moyen du procureur général, s'agissant à la fois de la manière dont elle s'était livrée au contrôle de la double incrimination et des conséquences qu'elle avait tirées de ce que certains des faits constituant la base de la condamnation n'étaient, selon elle, pas punissables en France.

Dans son arrêt du 14 juillet 2022, la Cour de l'Union a rappelé que la condition de double incrimination, permise seulement pour les infractions ne relevant pas de la liste de l'article 2, paragraphe 2 de la décision-cadre, était satisfaite dès lors que les faits qui fondent le mandat d'arrêt européen constituent également une infraction dans le droit de l'Etat d'exécution, peu important que les incriminations soient identiques. La non-exécution du MAE étant une exception à la règle qu'instaure ce mécanisme directement fondé sur le principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres, elle a dit que cette condition de double incrimination doit être d'interprétation stricte, ce qui exclut, d'abord, que soit exigée une correspondance parfaite entre les éléments constitutifs des infractions définies dans le droit de l'Etat d'émission et dans celui de l'Etat d'exécution et entre les intérêts que chacune de ces infractions vise à protéger, et ensuite que soit ajoutée à la décision-cadre une condition qu'elle ne prévoit pas suivant laquelle la personne ne devrait pas subir la peine prononcée pour la partie des faits qui ne constituent pas une infraction dans l'Etat d'exécution. Selon la Cour, de telles interprétations remettraient en effet en cause l'effectivité de la remise d'un grand nombre d'individus et favoriseraient leur impunité. Enfin, elle a précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution, lorsqu'elle apprécie la condition de double incrimination, d'évaluer la proportionnalité de la peine prononcée dans l'Etat membre d'émission.

C'est, semble-t-il, l'interprétation ainsi donnée par la Cour de justice des termes de la décision-cadre de 2002 et dont l'article 695-23 du code de procédure pénale est la transposition, qui fait l'objet de la question que la défense de M. [E] entend soumettre au Conseil constitutionnel et qu'elle rédige ainsi :

---

<sup>1</sup> Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009.

<sup>2</sup> CJUE, affaire C-168/21, procureur général près la cour d'appel d'Angers.

**“Les dispositions de l’article 695-23 du code de procédure pénale méconnaissent-elles le principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel la remise d’un individu à un Etat étranger pour les besoins de la coopération internationale en matière pénale ne peut avoir lieu que dans le respect de la règle de la double incrimination, ainsi que le droit à la sûreté et le principe de la garantie des droits prévus par les articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen dont découle cette exigence d’une double incrimination, en ce qu’elles prévoient, en application de l’arrêt rendu par la Cour de justice de l’Union européenne du 14 juillet 2022 (aff. C-168/21) et alors que le principe précité d’exigence de double incrimination est inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, que l’exécution d’un mandat d’arrêt européen ne peut être refusée même lorsque l’infraction visée par ce mandat nécessite pour être constituée que les faits portent atteinte à un intérêt juridique protégé qui n’est pas un élément constitutif de l’infraction figurant au sein de la législation française susceptible d’être appliquée aux dits faits, à l’instar d’un mandat d’arrêt émis pour l’exécution d’une condamnation à une peine de dix ans d’emprisonnement au titre du délit de dévastation et pillage prévu par la législation italienne pour des faits supposant une atteinte à la paix publique, élément constitutif qui n’est pas exigé pour l’infraction de vol avec destruction, dégradation ou détérioration seule applicable, au sein de la législation française, aux faits ayant donné lieu à cette condamnation ? »**

On peut résumer comme suit le raisonnement du mémoire spécial déposé le 8 septembre 2022 au soutien de cette question formulée de manière assez complexe.

En ce qui concerne sa recevabilité : tout en rappelant que le Conseil constitutionnel ne se reconnaît, en principe, pas compétent pour juger de la conformité du droit de l’Union européenne à la Constitution, il propose à votre chambre de transmettre néanmoins la question en considérant qu’elle se loge dans les limites et atténuations à cette règle que la haute juridiction s’est elle-même reconnues. La limite est celle de la marge d’appréciation laissée aux Etats membres dans la transposition d’un texte communautaire, espace de compétence du législateur national dans lequel le Conseil retrouve symétriquement la sienne. L’atténuation est celle de l’atteinte portée par le droit de l’Union, plus précisément, par l’interprétation donnée par la Cour de justice de l’Union de la directive, et donc des dispositions de l’article 696-23 qui s’impose désormais à vous, au principe de double incrimination, lequel revêtirait une valeur constitutionnelle. Cette valeur devrait lui être reconnue d’abord en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), qu’il appartiendra au Conseil constitutionnel de dégager à l’occasion de l’examen de la question. Elle découlerait également et nécessairement des articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen qui garantissent respectivement le droit à la sûreté et la garantie des droits. N’ayant pas d’équivalent en droit de l’Union, ce principe serait inhérent à l’identité constitutionnelle de la France de sorte que le Conseil retrouverait ici sa pleine compétence pour juger de la conformité du texte national de transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 tel que lu par la CJUE à cette norme nouvellement consacrée et conclure à la censure.

Quant au bien-fondé de la question, le mémoire affirme qu’elle est à la fois nouvelle, ce qui s’infère nécessairement de la consécration d’un nouveau PFRLR, et sérieuse, dès lors que l’exigence d’une double incrimination constitue une garantie pour les personnes qu’elles ne seront pas remises à un Etat membre pour des faits qui ne sont pas punissables en France. Une restriction à cette exigence est certes possible, comme l’atteste d’ailleurs la liste des catégories d’infractions de l’article 2, paragraphe 2 de la décision-cadre pour lesquels la condition ne s’applique pas. Mais cette restriction ne pourrait s’exprimer selon l’interprétation donnée par la Cour de justice au paragraphe 4 du même article car elle viderait le principe de son sens en permettant la répression de la personne remise pour une infraction érigée pour protéger un intérêt social propre à l’Etat requérant, en l’occurrence la protection de la paix publique, et étranger aux qualifications correspondantes de notre droit national.

A notre avis, un tel raisonnement ne peut être suivi. Car, au prix d’une extension contestable de votre jurisprudence relative à la possible critique de l’interprétation constante d’un texte législatif

par la voie du contrôle *a posteriori*, il nous semble que la question propose en réalité, par le dégagement artificiel d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) dont la valeur constitutionnelle n'aurait pas encore été affirmée ou bien (et non sans contradiction dans la démonstration) par le rattachement de la double incrimination aux articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que le Conseil constitutionnel élargisse son standard de contrôle dit de "l'identité constitutionnelle" dans des proportions remettant en cause l'équilibre subtil de la construction communautaire par le droit et du dialogue des juges qui lui est consubstantiel. Il vous est donc proposé de ne pas répondre à cette invitation et de dire la question irrecevable au bénéfice des observations suivantes. Elles rappellent d'abord le mécanisme juridique d'intégration du droit communautaire au droit interne et le maniement, par le Conseil constitutionnel, de la notion d'identité constitutionnelle de la France, outil de contrôle mais surtout de dialogue constructif avec la Cour de justice. Pour répondre à l'argument tiré de la marge d'appréciation laissée au législateur dans la transposition de la décision-cadre, on envisagera plus précisément la règle de la double incrimination telle qu'elle est mobilisée dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, nos développements valant à la fois pour démontrer l'irrecevabilité de la question et, très subsidiairement, son absence de bien-fondé.

1. La construction européenne constitue "*un nouvel ordre juridique de droit international*" qui déroge largement aux règles du droit international public relatives aux organisations internationale<sup>3</sup>. Ses spécificités trouvent cependant leur limite dans la souveraineté des Etats.

11. Le Conseil constitutionnel veille à ce que les transferts de compétence consentis au bénéfice des communautés devenues Union européenne ne soient pas tels qu'ils aboutiraient à porter atteinte aux "*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté*" (laquelle ne se délègue pas), sauf à ce que le constituant y ait préalablement consenti<sup>4</sup>. Ainsi a-t-il censuré des transferts touchant des matières régaliennes, comme la création des politiques monétaires communes instaurées par le Traité de Maastricht, le passage à la majorité qualifiée pour la politique commune des visas, l'utilisation de la législation ordinaire en matière de contrôle au frontières ou de coopération judiciaire civile et pénale ou bien encore la création du parquet européen<sup>5</sup>, imposant autant de révisions constitutionnelles. Tel a été le cas, précisément, pour introduire dans notre droit interne le mécanisme du mandat d'arrêt européen.

Le Conseil a, par ailleurs, consacré l'article 88-1 de la Constitution comme moteur principal de cette intégration juridique. En conférant une telle portée normative à ses dispositions, qui proclament que "*La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007*", il a en quelque sorte intégré la conformité à la Constitution dans la norme d'origine européenne de sorte que son contrôle de constitutionnalité s'incarne dans celui de la conventionnalité, lequel est délégué aux juridictions nationales dans leur champ de compétence respectif, parmi elle, à votre Cour, sous la surveillance attentive de la Cour de justice de l'Union et dans une responsabilité partagée avec elle à travers le maniement des questions préjudicielles. Le Conseil a encore déduit de cet article le principe de primauté du droit de l'Union, régulièrement réaffirmé par la CJUE, lui attribuant ainsi une portée

---

<sup>3</sup> CJCE, 5 février 1963, aff. 26-62, Van Gend en Loos ; l'arrêt consacre l'originalité de la communauté européenne dont les sujets sont les citoyens des Etats qui peuvent ainsi se prévaloir directement des normes qu'elle édicte.

<sup>4</sup> CC 19 juin 1970, n° 70-39 DC.

<sup>5</sup> Voir respectivement CC 9 avr. 1992, n° 92-308 DC, 31 déc. 1997, n° 97-394 DC et 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC.

constitutionnelle<sup>6</sup>. C'est pourquoi la haute juridiction s'interdit en principe de contrôler les dispositions législatives transposant un acte de l'Union et elle ne retrouve sa compétence que si la transposition effectuée va à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Comme il sera développé plus loin pour exclure qu'on puisse, comme le fait le mémoire, les invoquer dans le même temps, la notion de la marge d'appréciation ne constitue pas une limite de la même nature. Elle touche plutôt au champ matériel dans lequel subsiste le contrôle de constitutionnalité et qui concerne les seules dispositions des actes de transposition, en pratique les directives et les décisions-cadres<sup>7</sup>, qui ne découlent pas nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union<sup>8</sup>.

On ajoutera qu'en précisant dans l'article 88-2 que *"la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne"*, le constituant a, à l'égard du MAE, entendu affirmer spécifiquement la présomption de conformité à la Constitution de la législation communautaire en levant *a priori* les inconstitutionnalités nées des actes pris par les institutions de l'Union, restreignant ainsi le champ d'application de son contrôle aux seules dispositions législatives *"qui procèdent de l'exercice, par le législateur, de la marge d'appréciation que prévoit l'article 34 du Traité sur l'Union européenne dans sa rédaction alors applicable"*<sup>9</sup>.

12. Dans ce contexte, la jurisprudence relative à l'identité constitutionnelle développée par le Conseil à l'instar d'autres cours européennes<sup>10</sup> est et demeure, par nature, une jurisprudence d'exception, d'abord dans le recours qui y est fait, limité à la seule l'hypothèse où un principe propre à la France et touchant à sa substance même serait atteint par une norme communautaire de sorte que celle-ci devrait être écartée, que ce principe touche à la protection de ses intérêts supérieurs ou des droits fondamentaux qu'elle accorde à ses citoyens. Mais ce caractère exceptionnel se retrouve aussi nécessairement dans la mise en oeuvre de ce contrôle. Il doit s'opérer en deux temps et vous jouez un rôle majeur dans le premier : le droit de l'UE étant présumé ne pas être incompatible avec la Constitution, il n'y pas lieu de les confronter, les apparents conflits trouvant d'abord leur résolution dans l'interprétation conforme. Seule une contradiction irréductible peut déclencher le contrôle.

Affirmée de longue date et cantonnée à l'origine aux dispositions expresses de la Constitution<sup>11</sup>, cette "réserve de compétence" a reposé sur une notion demeurée relativement

---

<sup>6</sup> Qualifiée d'"audacieuse" par le président Genevoix dans son article "Le droit constitutionnel et le droit européen dérivé", RFDA 2004, page 653, cette "valorisation" de l'article 88-1 résulte explicitement de la décision 2004-505 DC [Traité établissant une Constitution pour l'Europe] précitée note 5, cons. 11.

<sup>7</sup> Instrument juridique propre à cette matière qui relevait du 3<sup>ème</sup> pilier avant qu'elle ne soit communautarisée par le Traité d'Amsterdam, la décision-cadre a la même force juridique que la directive, qui lie de la même manière *"les Etats membres quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens"* selon l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'UE ; ceci permet au Conseil constitutionnel de les assimiler pour l'exercice de son contrôle.

<sup>8</sup> Voir CC 7 mai 2021, n° 2021-905, Section française de l'observatoire international des prisons [procédure d'exécution sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction française]

<sup>9</sup> CC Décisions n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013, cons. 6 et n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, cons. 5. M. Jeremy F. (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne), voir infra.

<sup>10</sup> Initié par la Cour constitutionnelle italienne (CCI, 27 déc. 1974, Frontini Pozzani, n° 183) qui lui a permis de consacrer le principe de légalité des délits et des peines lequel attrait dans son champ les délais de prescription (CCI, 23 nov. 2016, Taricco II, n° 24), ce mode de contrôle s'est étendu, notamment à l'Espagne (13 déc. 2004, n° 1/2004), à la Tchéquie, (26 nov. 2008, n° Pl. ÚS 19/08), la Hongrie (30 nov. 2016, n° 22/2016, XII) et à l'Allemagne, qui a tiré de sa Loi Fondamentale le principe de la dignité humaine impliquant le droit de ne pas s'auto-incriminer (BVerfG, 30 juin 2009, n° 2 BvE 2/08, 15 décembre 2015, n° 2 BvR 2735/14, 6 sept. 2016, n° 890/16).

<sup>11</sup> CC 27 juil. 2006, Droit d'auteur, n° 2006-540 DC.

floue jusqu'à la décision du 15 juillet 2021, citée au mémoire<sup>12</sup>. En même temps qu'il y a formulé sa démarche de manière inédite, le Conseil a en effet et pour la première fois, donné un contenu à l'identité constitutionnelle, en consacrant à ce titre le principe du monopole public de la force légale. Cette décision est instructive à plusieurs égards. D'abord, elle ne fait qu'exprimer ici ce qui était auparavant sous-jacent, à savoir que le Conseil n'est compétent "que dans la mesure où [les dispositions de transposition] mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente en droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France" (§13). Dans la continuité de sa jurisprudence antérieure, le Conseil a donc recherché si le principe en cause trouvait une protection en droit de l'Union et, contrairement à ce qu'il avait toujours conclu jusqu'ici<sup>13</sup>, il a conclu à la négative en dégageant donc ce principe. Pour autant, et c'est le deuxième enseignement de l'arrêt, il a estimé que les dispositions en cause ne lui portaient pas atteinte<sup>14</sup>. Ainsi, dans le même sens que les autres cours constitutionnelles d'Europe et que le Conseil d'Etat, qui s'est également, et dans la mesure de sa compétence, approprié ce standard de contrôle de l'identité constitutionnelle<sup>15</sup>, la haute juridiction s'est refusée à en faire une application positive. Il nous semble que ce point est fondamental en ce qu'il réaffirme, en creux, le caractère exceptionnel du recours à cette "clause de sauvegarde", cette fois au stade de sa mise en oeuvre<sup>16</sup>. Une telle économie d'usage s'impose d'autant plus que, il faut y insister, ce contrôle n'est pas reconnu par la CJUE car il contredit le principe de primauté tel qu'elle l'entend et comme elle l'a récemment rappelé dans un calendrier particulièrement opportun et des termes emprunts de fermeté<sup>17</sup>. Sans en déduire une opposition frontale, il faut au contraire lire dans ces décisions la vivacité du dialogue des juges dans lequel le contrôle de l'identité constitutionnelle des Etats est un outil d'accommodation raisonnable"<sup>18</sup>.

**13.** C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier la pertinence de l'affirmation faite par le mémoire de la valeur constitutionnelle de l'exigence de double incrimination, principe qui serait dépourvu

---

<sup>12</sup> CC 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC, Société Air France.

<sup>13</sup> Il avait jugé que la liberté d'expression et de communication est un principe général de droit communautaire (CC 29 juillet 2004, n°2004-498 DC), comme le respect de la vie privée (CC 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC), ou encore les principes d'égalité devant la loi et de liberté d'entreprendre qui découlent de la Charte des droits fondamentaux, interdisant d'invoquer un quelconque principe inhérent à l'identité constitutionnelle (CC 26 juillet 2018, n° 2018-768).

<sup>14</sup> En l'espèce, il a considéré que les articles L.213-4 et du 1° de l'article L.625-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui traduisent l'engagement des signataires de la convention d'application des accords de Schengen de réacheminer les personnes dont l'entrée sur le territoire d'un Etat signataire est refusée et obligent le transporteur à les reprendre immédiatement en charge ne portaient pas atteinte au principe du monopole légal de la force publique, ces articles n'ayant pas pour effet de déléguer à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique au sens de l'article 12 de la DDHC.

<sup>15</sup> CE ass. 8 fév. 2007, Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine, n° 287110 et CE ass. 21 avril 2021, Quadrature du Net et a., n°393099 : dans cet arrêt, le Conseil d'Etat en a fait une application inédite et dit que si elles ne trouvaient pas dans le droit de l'Union des garanties équivalentes à celles que leur offre le droit interne, les exigences constitutionnelles relatives à la préservation de la sécurité nationale, à la prévention des atteintes à l'ordre public et à la lutte contre la criminalité n'étaient pas remises en cause par l'encadrement de la conservation des données imposées par le droit européen.

<sup>16</sup> Le commentaire aux cahiers de la décision n° 2004-505 DC précitée indique bien, d'ailleurs, que la "porte constitutionnelle" a été ouverte aux "neuf-dixièmes" à la réception immédiate du droit communautaire dans l'ordre juridique interne.

<sup>17</sup> CJUE, 22 févr. 2022, Cour d'appel de Craiova, C-430/21 : la Cour a exclu qu'une règle nationale ait pour effet de priver les juridictions nationales de la possibilité d'examiner la conformité au droit de l'Union d'une disposition qui aurait été jugée conforme à la Constitution de cet Etat par sa juridiction constitutionnelle.

<sup>18</sup> Julien Dubarry, "Prendre la Constitution au sérieux. Regard franco-allemand sur l'enchevêtrement des discours juridique et politique au prisme de la proportionnalité", Recueil Dalloz 2020 p.1525 ; l'auteur voit dans l'exercice mesuré et résiduel du contrôle des cours constitutionnelles, une variable d'ajustement inévitable ; voir également Baptiste Bonnet, "les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable", dossier du Conseil constitutionnel Titre VII, n° 2, avril 2019.

de garantie équivalente dans le droit de l'Union et qui, non seulement rétablirait la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la norme européenne, mais lui permettrait de l'écartier. On peut observer que la décision précitée par laquelle le Conseil constitutionnel a consacré comme inhérent à l'identité constitutionnelle de la France le monopole légal de la force publique renseigne peu sur le raisonnement qui l'a conduit à statuer ainsi, la doctrine autorisée y voyant plutôt en relever des principes tels que celui de la laïcité ou bien de l'accès aux emplois publics sur la base des vertus et des talents<sup>19</sup>. Ceci étant dit, affirmer que l'exigence de double incrimination procéderait à la fois de l'héritage républicain reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946, en ce qu'il aurait été consacré de manière continue depuis la loi de 1927 comme une règle générale de la coopération judiciaire pénale et en même temps des articles 7 et 16 de la Déclaration de 1789, nous paraît de toute façon receler une contradiction intrinsèque. Car de deux choses l'une : ou bien il s'agit d'un PFRLR dans le sens de la jurisprudence du Conseil, et à cet égard, la seule reprise formelle des conditions qu'il pose pour leur dégagement ne suffit pas à lui conférer une telle valeur<sup>20</sup>. Ou bien l'exigence découle de la Déclaration des droits et le mémoire ne procède pas non à une démonstration convaincante, qu'il s'agisse des contours de cette règle qu'il affirme supérieure ou de ses fondements. Or, cette démonstration est d'autant plus nécessaire que la logique de l'intégration de la norme communautaire en général et celle du MAE en particulier invitent plutôt à conclure en sens inverse.

On rappelle que le mandat d'arrêt européen, pierre angulaire de la coopération judiciaire pénale, a été créé pour remplacer la procédure d'extradition entre les Etats membres de l'Union afin de faciliter les poursuites transfrontalières des auteurs d'infractions et de permettre l'exécution effective des sentences pénales prononcées à leur encontre. Pour cela, il a, d'une part, substitué les relations entre autorités judiciaires nationales à celles d'Etat à Etat et, d'autre part, allégé substantiellement les formalités, notamment procédurales, qui s'appliquent en matière d'extradition classique. Et sur ce point, précisément, le MAE adapte fortement l'exigence de double incrimination. Il convient de dire à ce stade que cette règle qui relève du droit international public a pour finalité de protéger la souveraineté et l'ordre public de l'Etat requis en garantissant la réciprocité de sa coopération judiciaire avec l'Etat requérant<sup>21</sup>.

Là encore, le mémoire doit être contredit. D'abord, on ne saurait comme il le fait au prix du recours aux articles 7 et 16 de la Constitution et sans plus de fondement doctrinal ou jurisprudentiel, lui conférer un contenu a priori étranger à sa nature. Ensuite, et si l'on revient plus justement à sa vocation originelle en DIP de protection de l'ordre public rattachée à la souveraineté nationale, il faut encore situer la règle dans le cadre plus spécifique de l'entraide pénale entre Etats membres de l'Union. C'est bien logiquement que la décision-cadre de 2002 réserve à la double incrimination un sort particulier auquel on rappelle à nouveau que les Etats ont consenti. Elle instaure un régime différent en fonction de la gravité des infractions commises dont les plus graves, figurant sur la liste de son article 2, paragraphe 2 et qui sont punies dans l'Etat membre d'émission d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement, obligent à la remise du condamné. Qualifié pour cela de "*dogme de la réciprocité*"<sup>22</sup>, cette disposition exclut totalement le contrôle de double incrimination et la CJUE a jugé de longue date que "*la gravité de l'atteinte à l'ordre et à la sécurité publics*" reflétée par ces infractions le

---

<sup>20</sup> A la suite de sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 et selon une méthode explicitée dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, le Conseil a dégagé plusieurs PFRLR qui sont aujourd'hui au nombre de huit : la liberté d'association et celle de l'enseignement, l'indépendance de la juridiction administrative, celle des professeurs d'université, la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation des actes de la puissance publique, celle de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière privée, la recherche du relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées et le maintien de la législation des départements d'Alsace et de Moselle tant qu'elle n'est pas remplacée.

<sup>21</sup> D. Rebut, Droit pénal international : Dalloz, coll. Précis, 2014, 2e éd., n° 266 ; elle se distingue ainsi nettement du contrôle de l'existence de l'incrimination des faits dans l'Etat d'émission, et qui n'est autre que celui de la légalité criminelle.

<sup>22</sup> Voir au Jurisclasseur procédure pénale, art. 696-4 à 696-51, fascule 20, Entraide judiciaire internationale - mandat d'arrêt européen, Marie-Anne Chapelle et Jean-Yves Maréchal, mise à jour mai 2022.

justifiait pleinement<sup>23</sup>. Ce n'est que pour les infractions plus vénielles, définies par la décision-cadre comme les autres infractions punies par l'État d'émission "*d'une peine ou d'une mesure privative de liberté d'un maximum d'au moins 12 mois ou lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins 4 mois*", que "*la remise peut être subordonnée à la condition que le fait pour lequel est demandée la remise constitue une infraction en application du droit de l'État membre d'exécution*" en vertu de l'article 2, paragraphe 4. Dès lors, sans même aller plus loin dans l'examen de votre jurisprudence et de celle de la Cour de justice quant à l'appréciation de la condition de la double incrimination dans le cadre du MAE, on voit bien que le simple exposé de son économie générale interdit d'y voir une quelconque règle sous-jacente et inhérente à son identité constitutionnelle qui se trouverait violée par l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union des dispositions de l'article 695-23. On notera d'ailleurs que la dernière modification législative intervenue par la loi du 22 décembre 2021, accroît encore le champ de la renonciation à l'exigence de la double incrimination : alors que, hors les cas des catégories d'infractions énumérées à l'article 694-32 qui transpose la liste de l'article 2, paragraphe 2 de la décision-cadre, l'article 695-23 précité faisait de l'absence de double incrimination un cas de refus obligatoire de remise, ce n'est désormais qu'une possibilité<sup>24</sup>. Ceci nous amène à envisager l'argument tiré par le mémoire de la marge d'appréciation.

**2.** En même temps qu'il allègue d'une atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le mémoire prétend que le Conseil pourrait de toute façon exercer son contrôle dès lors que les dispositions de l'article 695-23 dont s'agit ne découlent pas nécessairement de la directive qu'elle transpose et se trouvent ainsi dans l'espace de la marge d'appréciation où la haute juridiction retrouve sa compétence. L'invocation concomitante de ces deux arguments nous semble encore receler une contradiction intrinsèque qui les affaiblit. Mais surtout, le recours à la notion nous semble aussi contestable que celui de l'identité constitutionnelle.

**21.** A propos du mandat d'arrêt européen, la marge d'appréciation a été explicitée dans des termes éclairants par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 juin 2013 citée plus haut, se fondant pour cela sur les termes de l'article 34 du traité sur l'Union européenne<sup>25</sup>

. Saisi d'une QPC relative aux dispositions de l'article 695-46, lesquelles excluaient tout recours contre la décision de la chambre de l'instruction statuant sur une demande d'extension du mandat d'arrêt européen à d'autres infractions que celles ayant déterminé son émission, le Conseil a d'abord renvoyé à la CJUE une question préjudicielle en considérant qu'il appartenait à celle-ci, et elle seule en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>26</sup>, de dire si cette absence de recours découlait nécessairement de l'obligation faite à l'autorité judiciaire de l'État membre requis par les dispositions des articles 27 et 28 de la décision-cadre de statuer dans les trente jours de la réception de la demande de remise. La Cour a répondu dans un arrêt éclairant, en liant expressément la marge d'appréciation des États et le respect de leurs principes constitutionnels. Elle a précisé que : "*Pour autant qu'il n'est pas fait échec à l'application de la décision-cadre, celle-ci n'empêche pas un État*

---

<sup>23</sup> CJCE, 3 mai 2007, aff. C-303/05, *Advocaten voor de Vereld* ; dans cet arrêt, la Cour a jugé l'article 2 paragraphe 2 conforme au principe de légalité tel qu'il résulte de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>24</sup> Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

<sup>25</sup> L'article 34 du TUE définissait, dans son paragraphe 2. b), la valeur normative des décisions-cadres, qui, de la même manière que les directives qui leur ont succédé dans cette matière, "*lient les États membres quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*".

<sup>26</sup> Cet article énonce parmi les compétences de la Cour de justice, celle de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et des actes de l'Union, sa saisine à cette fin étant une faculté pour la juridiction nationale et une obligation pour celle qui statue sans recours.



*membre, ainsi que le relève le second alinéa de son considérant 12, d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives, notamment, au respect du droit à un procès équitable*". Et elle en a déduit l'existence d'une marge d'appréciation pour fixer un recours suspensif contre la décision, tout en l'encadrant dans des limites expresses tenant au respect des délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre<sup>27</sup>. Compte-tenu des règles ainsi rappelées du dialogue juridictionnel, dessinées tout autant par les traités et les articles 88-1 et 88-2 de la Constitution que par la pratique des cours européenne et nationale impliquées, saisir le Conseil constitutionnel au titre de la marge d'appréciation pour contredire l'interprétation donnée par la Cour de justice, laquelle s'est déjà exprimée dans le cadre préjudiciel, nous paraît dépourvu de sens, voire receler une remise en cause de ces règles à laquelle il nous semble qu'il ne faut pas souscrire. Il y a lieu de rappeler à ce moment les termes dans lesquels la Cour de Justice a réaffirmé dans l'arrêt très récent du 22 février 2022 cité plus haut qu'elle détient une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive du droit de l'Union, une cour constitutionnelle nationale ne pouvant lui substituer la sienne pour juger qu'elle aurait rendu un arrêt dépassant sa sphère de compétence et refuser d'appliquer sa décision<sup>28</sup>.

Enfin, il nous paraît que la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la marge d'appréciation ne correspond pas à la problématique que prétend soulever la question, laquelle, au surplus, sur-interprète selon nous la réponse de la Cour de l'Union à votre question préjudicielle tout en préjugant de la manière dont vous l'appliquerez pour juger au fond.

**22.** Deux QPC ont été transmises récemment au Conseil constitutionnel à propos du mandat d'arrêt européen, l'une par le Conseil d'Etat<sup>29</sup> ou l'autre par vous<sup>30</sup>. Dans la première, la haute juridiction a censuré l'article 728-15 du code de procédure pénale en tant qu'il ne prévoyait pas de recours au bénéfice de la personne condamnée quand le ministère public décidait de la transmission d'office du certificat de sa condamnation en vue de son exécution sur le territoire d'un autre Etat membre ou, au contraire, quand le parquet la refusait alors que la personne l'avait demandée. Dans la seconde, elle a dit n'y avoir lieu à statuer, les dispositions de l'article 695-11 qui définissent le mandat d'arrêt européen et désignent l'autorité judiciaire pour le mettre en oeuvre étant la reprise littérale des termes de la décision-cadre dont elles découlent donc nécessairement et le régime de la condition de renvoi dans l'Etat membre d'exécution résultant en réalité des articles 728-15 à 728-30 dont les dispositions n'étaient pas visées par la question. Dans les deux cas, la marge d'appréciation était invoquée pour soutenir que le législateur européen avait laissé au législateur national une marge discrétionnaire d'intervention qu'il n'avait pas occupée, incompétence négative dont il résultait la violation de droits et libertés fondamentaux constitutionnellement protégés<sup>31</sup>.

Tel n'est pas le cas de l'espèce : encore une fois, ce qui est critiqué, ce n'est pas l'intervention ou la carence du législateur dans l'espace laissé libre par la décision-cadre pour la transposer, en l'occurrence le champ d'application du principe de la double incrimination et la définition des effets qui en découlent quant à la remise d'une personne par la France en tant qu'Etat requis,

---

<sup>27</sup> CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, notamment §53 et 56 et suivants, 65 et 75.

<sup>28</sup> Cf note 17 ; dans cet arrêt, la Cour a confirmé le rôle du juge de droit commun en tant que premier juge du droit de l'UE mais elle semble avoir aussi validé d'une certaine manière les équilibres du dialogue juridictionnel qu'on vient de décrire.

<sup>29</sup> CC, 7 mai 2021, n° 2021-905, section française de l'observatoire international des prisons [procédure d'exécution sur le territoire d'un autre Etat membre de l'UE d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction française].

<sup>30</sup> CC, 22 avril 2022, n° 2022-989 QPC, M. Alexander V. [Recours contre la condition de renvoi vers l'Etat membre d'exécution d'un MAE].

<sup>31</sup> C'est le même grief d'incompétence négative qui était articulé avec la marge d'appréciation laissée au législateur dans les décisions CC 26 juillet 2018, n° 2018-768 DC, Loi relative à la protection du secret des affaires (§14) et 2 octobre 2020, n° 2020-857 QPC, Société bâtiments mayennais [Référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique] (§16).

mais le guide d'interprétation que la CJUE donne du principe. Et en répondant comme elle l'a fait à votre question préjudicielle, la Cour de l'Union semble en réalité avoir confirmé les critères que vous mettiez déjà largement en oeuvre pour apprécier la condition de double incrimination, laquelle n'exige ni une identité des qualifications, ni une stricte correspondance des éléments constitutifs des infractions, ni donc et notamment, une définition commune de l'intérêt social qu'elles visent à protéger. La remise s'impose pourvu que les faits reprochés à la personne dont la remise est sollicitée par un autre Etat membre constituent une infraction punissable en France et ce, même s'il peut en résulter une différence dans la réponse donnée à l'Etat d'émission selon que sa demande est formulée aux fins de poursuites ou aux fins d'exécution de peine<sup>32</sup>. Pour terminer, on ajoutera qu'on ne saurait, comme le fait le mémoire, préjuger de la manière exacte dont vous ferez application de la réponse de la Cour de justice à l'espèce : il y a là un autre espace à investir et qui participe naturellement de votre office.

En conclusion, il vous est proposé de dire irrecevable la question au visa de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'elle se heurte à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel dans son contrôle résiduel des textes de transposition de normes européennes. Nos développements relatifs à l'application de la règle de la double incrimination proposés à cet égard valent, à titre tout à fait subsidiaire, au soutien de l'absence de sérieux de la question.

---

<sup>32</sup> On renvoie à ce sujet à l'avis développé au principal par votre premier avocat général.