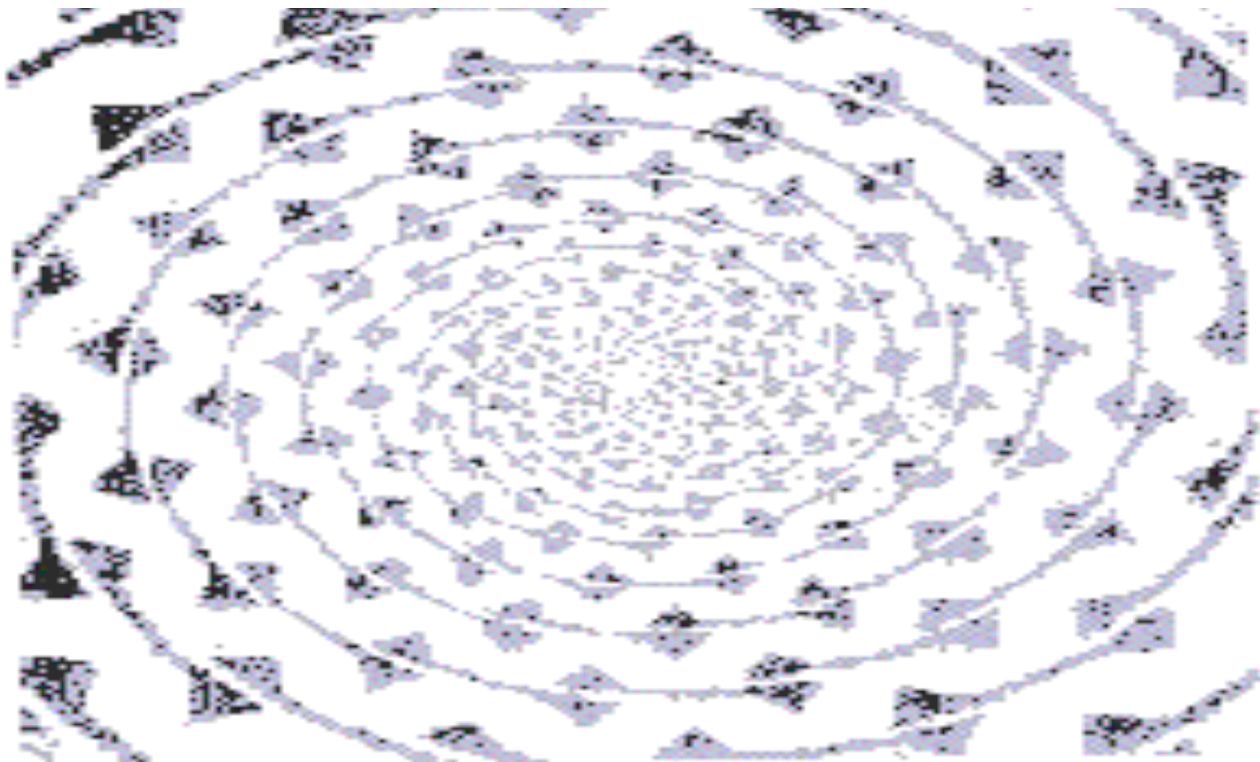




***La contribution du contrôle juridictionnel à la
confiance mutuelle***

Olivier De Schutter

CRIDHO Working Paper 2005/06



Université catholique de Louvain
Faculté de droit
Centre de philosophie du droit
Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme
www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle

par Olivier De Schutter*

Ce rapport aborde le rôle du contrôle juridictionnel dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et notamment la contribution que les juridictions nationales et la Cour de justice peuvent apporter à la confiance mutuelle sur laquelle se fonde la coopération entre Etats membres au sein de l'espace pénal européen. En réalité, derrière ce titre général se situent deux questions très différentes. La première question est celle de la préservation de l'Union de droit, c'est-à-dire d'une Union dans laquelle, pour paraphraser la Cour de justice, "ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité"¹. Ce qui est en jeu à travers cette première question, ce sont les modalités spécifiques des compétences de la Cour de justice dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, et les difficultés qui peuvent en résulter. Ces difficultés sont au nombre de trois. Le système actuel débouche sur une inégalité entre les justiciables face à la protection juridictionnelle dont ils bénéficient, en fonction de l'Etat membre sous la juridiction duquel ils se trouvent, en raison de l'organisation par l'article 35 UE d'une protection juridictionnelle à géométrie variable. Il crée un risque d'inefficacité du droit de l'Union européenne, compte tenu de l'absence, dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, du recours en manquement introduit à l'initiative de la Commission européenne, qui n'a pas encore vu son rôle de "gardienne des traités" étendu à la coopération policière et à la coopération judiciaire pénale. Enfin, le système actuel peut dans certains cas priver l'individu d'une protection juridictionnelle effective, en l'absence d'un recours en annulation direct au bénéfice du particulier combiné à l'autonomie procédurale qui est reconnue aux Etats membres dans l'organisation des recours devant leurs juridictions nationales. Une question très différente est celle du contrôle juridictionnel effectué par les juridictions nationales sur les mesures étatiques qui s'inscrivent dans le cadre de la coopération judiciaire pénale entre les Etats membres. L'accent est mis, dans la deuxième partie de l'étude, sur le rôle des juridictions nationales dans la préservation des droits fondamentaux de l'individu ainsi que sur les difficultés qu'elles peuvent éprouver à le faire dans le contexte actuel : l'on examine les voies de sortie possibles pour l'avenir.

I. Le rôle de la Cour de justice

L'article 35 du Traité sur l'Union européenne définit les modalités selon lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes exerce un contrôle sur les mesures adoptées dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne (Coopération policière et judiciaire en matière pénale). Cette disposition prévoit que la Cour de justice peut statuer sur l'interprétation et la validité des décisions-cadres et des décisions adoptées sous ce titre, ainsi que sur l'interprétation des conventions établies en vertu de l'article 34 § 2, d).

L'article 35 TUE définit ensuite trois mécanismes par lesquels la Cour peut s'acquitter de cette mission. Premièrement, la Cour peut être saisie d'une question préjudicielle des juridictions des Etats membres, selon des modalités qui peuvent varier d'Etat à Etat (articles 35 §§ 2 et 3). Deuxièmement, l'article 35 § 6 TUE prévoit la possibilité d'un recours en annulation contre une décision-cadre ou une décision introduit par un Etat membre ou la Commission pour des motifs

* Professeur à l'Université de Louvain et Global Law Professor, New York University; Coordinateur du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux. L'auteur s'exprime à titre personnel. Texte publié dans : G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen – Mutual trust in the European Criminal Area*, Inst. d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, ici pp. 79-121.

¹ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, 294/83, *Rec.*, p. 1339, point 24.

identiques à ceux indiqués, dans le cadre du Traité CE, par l'article 230 al. 2 CE (art. 35 § 6 TUE). Troisièmement, l'article 35 § 7 TUE prévoit que chaque Etat membre peut introduire un recours en manquement contre un autre Etat membre, lorsque le différend entre eux "n'a pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres". Le recours en manquement introduit par un Etat peut concerner l'interprétation ou l'application de tout acte adopté sur base de l'article 34 § 2 TUE (positions communes, décisions-cadres, décisions, conventions). En revanche, la Commission ne peut introduire un recours en manquement que s'agissant de l'interprétation ou de l'application des conventions : la Commission n'a donc pas la possibilité d'introduire un recours en manquement contre l'Etat membre qui, par exemple, aurait omis de transposer une décision-cadre dans son droit interne ou en aurait fait une transposition incorrecte, ou bien qui ne se serait pas conformé à une décision adoptée en vertu de l'article 34 § 2.

Enfin, l'article 35 § 5 prévoit une limitation générale à la compétence de la Cour de justice : celle-ci "n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure".

I.1. Les déficits²

Telle qu'il vient d'être sommairement décrit, le rôle de la Cour de justice dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne³ est problématique à plusieurs égards. Deux déficits retiennent plus spécialement l'attention. D'abord, la géométrie variable du renvoi préjudiciel tel qu'il est organisé sous ce titre ainsi que l'impossibilité pour la Commission européenne d'agir en manquement contre les Etats membres qui ne respectent pas les obligations que le Traité leur impose constitue un menace pour l'uniformité d'application du droit de l'Union développé dans ces matières (a). Ensuite, l'impossibilité pour le particulier d'agir en annulation contre les actes adoptés sous ce titre peut priver l'individu qui en est le destinataire de la protection juridictionnelle effective à laquelle il a droit, en vertu de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (b). Ce déficit de protection juridictionnelle est d'ailleurs encore creusé par les restrictions imposées à la possibilité pour la Cour de justice de contrôler les opérations conduites par les forces de maintien de l'ordre ou les mesures étatiques prises en

² Une partie des développements qui suivent dans cette section sont empruntés au rapport "Vers l'Union de droit. L'amélioration de la protection juridictionnelle dans l'Union comme élément du débat sur l'avenir de l'Union", rapport établi à la demande de la DG Justice et affaires intérieures de la Commission européenne dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe, février 2003. Ce rapport, qui a notamment nourri les discussions au sein du groupe de travail II de la Convention sur l'avenir de l'Europe (Intégration de la Charte/Adhésion à la CEDH) présidé par M. A. Vitorino, est disponible sur www.cpdf.ucl.ac.be/cridho

³ Certaines mesures en matière de justice et d'affaires intérieures s'inscrivent dans le cadre de coopérations internationales sont adoptées sous le titre V du Traité sur l'Union européenne, que celui-ci consacre à la politique étrangère et de sécurité commune : ici, la Cour de justice se voit véritablement privée de toute possibilité de remplir efficacement son rôle de gardienne du droit dans l'interprétation et l'application du traité, que lui reconnaît formellement l'article 220 CE dans le cadre de la Communauté européenne. Le Tribunal de première instance a reconnu explicitement ce déficit dans la protection juridictionnelle : voy. T.P.I., ord. du 7 juin 2004, *Segi et autres c. Conseil de l'Union européenne*, point 38 (le Tribunal constate en effet à propos de l'inscription de Segi sur la liste des «personnes, groupes ou entités impliquées dans des actes de terrorisme» en vertu des articles 1^{er} et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO n° L 344, p. 93), adoptée sur la base de l'article 15 UE, relevant du titre V du traité UE intitulé «Dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune» (PESC), et de l'article 34 UE, relevant du titre VI du traité UE intitulé «Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale», que ces personnes, groupes ou entités "ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Segi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme"). L'on n'approfondira pas cette question ici.

vue du maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (article 35 § 5 UE), bien que ce point ne sera pas approfondi ici. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe devait venir partiellement combler ces déficits, mais – y compris dans l'attente d'une révision des traités existants – c'est de la combinaison de la protection qu'offrent les juridictions nationales et de celle qu'offre la Cour de justice de l'Union européenne que pourra résulter véritablement l'Union de droit.

a) La géométrie variable du renvoi préjudiciel dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne

Dans le système mis en place par l'article 35 UE, il revient à chaque Etat membre de définir les modalités de la collaboration entre ses juridictions nationales et la Cour de justice, dans le cadre du mécanisme du renvoi préjudiciel. Ceci, ainsi que l'impossibilité pour la Commission d'agir en manquement contre l'Etat membre qui ne s'est pas conformé à une décision ou à une décision-cadre, peut représenter un danger pour l'uniformité d'application du droit communautaire et – ce qui en est la conséquence – l'égalité de traitement entre l'ensemble des destinataires du droit de l'Union.

Combinés l'un à l'autre, l'article 35 du Traité sur l'Union européenne et la Déclaration n° 10 relative à l'article K.7 du Traité sur l'Union européenne annexée à l'Acte final de la Conférence intergouvernementale d'Amsterdam, aboutissent en effet à créer un mécanisme de renvoi préjudiciel à géométrie variable, les Etats membres ayant à effectuer un choix entre pas moins de cinq possibilités s'agissant de définir les conditions auxquelles leurs juridictions pourront – ou non – interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle sur la validité et l'interprétation des actes adoptés sur base du Titre VI du Traité sur l'Union européenne.

La compétence de la Cour de se prononcer en réponse à une question préjudicielle d'une juridiction nationale est facultative, étant subordonnée à une déclaration d'acceptation de la part de l'Etat dont la question émane. Lorsqu'elle est faite, une telle déclaration peut en outre prévoir que ne pourront opérer le renvoi préjudiciel que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne⁴. Enfin, la Déclaration relative à l'article K.7 du Traité sur l'Union européenne, annexée à celui-ci, précise que les Etats membres de l'Union qui acceptent la compétence préjudicielle de la Cour de justice des C.E. dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne peuvent imposer à la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne une *obligation* de porter l'affaire devant la Cour de justice. Ainsi est-ce une compétence préjudicielle à géométrie variable que crée l'article 35 du Traité sur l'Union européenne, dès lors que c'est entre ces différentes possibilités que les Etats ont dû effectuer un choix. Ces possibilités sont représentées ici de A à E. A l'heure actuelle⁵, douze Etats membres – le Danemark, l'Irlande, le Royaume-Uni, ainsi que tous les Etats ayant adhéré à l'Union le 1er mai 2004 à l'exception de la République tchèque –, n'ayant pas fait la déclaration prévue à l'article 35 § 2 UE, ne prévoient

⁴ Voy. l'article 35, § 7, du Traité sur l'Union européenne (ex-article K.7, § 7).

⁵ Sur l'état des déclarations étatiques faites sur la base de l'article 35 du Traité sur l'Union européenne lors de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam (1^{er} mai 1999), voy. l'Information relative à la date d'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam (1999/C 120/13), *J.O.C.E.*, C n°120, 1^{er} mai 1999. Voy. en outre la Déclaration n°26 adjointe à l'Acte final du traité relatif à l'adhésion à l'Union européenne de 2003 : Déclaration de la République tchèque sur l'article 35 du traité UE : "La République tchèque accepte la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes conformément aux dispositions prévues à l'article 35, paragraphe 2, et à l'article 35, paragraphe 3, point b), du traité sur l'Union européenne. La République tchèque se réserve le droit de prévoir, dans sa législation nationale, que, lorsqu'une question concernant la validité ou l'interprétation d'un acte visé à l'article 35, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice".

aucune possibilité pour leurs juridictions nationales d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle sur l'interprétation ou la validité des décisions et décisions-cadres adoptées dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne (A). Huit Etats membres, dont la République tchèque est la seule des nouveaux Etats membres, ont aligné les modalités d'exercice de la compétence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du Titre VI UE sur les modalités de la compétence préjudicielle exercée dans le cadre du droit communautaire, sous l'article 234 CE : toute juridiction nationale est autorisée à recourir au renvoi préjudiciel, les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours en droit interne y sont tenues⁶ (D). Quatre Etats prévoient la possibilité de renvoi préjudiciel pour toute juridiction nationale, sans obligation cependant d'y procéder, même s'agissant des juridictions de dernière instance (E). Un seul Etat membre (l'Espagne) prévoit que seules les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne peuvent poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ces juridictions étant tenues d'y procéder lorsque se pose devant elles une question d'interprétation ou de validité des décisions ou décisions-cadres adoptées dans le cadre du Titre VI UE (B). Les Etats membres se répartissent comme indiqué :

1. Absence de compétence préjudicielle (A) (*Chypre, Danemark, Estonie, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République slovaque, Royaume-Uni, Slovénie*)

2. Compétence préjudicielle

2.1. Uniquement juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours

2.1.1. Renvoi préjudiciel obligatoire (B) (*Espagne*)

2.1.2. Renvoi préjudiciel facultatif (C)

2.2. Toute juridiction de l'Etat membre

2.2.1. Renvoi préjudiciel obligatoire (dernière instance) (D)

(*Allemagne, Autriche, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, République tchèque*)

2.2.2. Renvoi préjudiciel facultatif (E) (*Finlande, Grèce, Portugal, Suède*)

On n'a pas jusqu'à présent suffisamment mesuré le danger que représente pour l'application uniforme du droit de l'Union européenne cette différenciation des modalités selon lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes exerce sa compétence sur renvoi préjudiciel dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. Il n'est pourtant pas possible de dissocier le contenu des droits garantis à l'individu des modalités procédurales selon lesquelles il peut en réclamer le respect. L'application uniforme du droit de l'Union européenne n'est pas assurée uniquement par l'unité du contenu matériel de ce droit. Elle l'est également par la reconnaissance aux destinataires du droit communautaire de possibilités identiques ou

⁶ L'Italie fait partie de ce groupe d'Etats : voy. C.J.C.E., *Miraglia*, 10 mars 2005, C-469/03, non encore publié au *Rec.* (demande de décision préjudicielle au titre de l'article 35 UE, introduite par le Tribunale di Bologna (Italie), par décision du 22 septembre 2003, dans la procédure pénale contre M. Miraglia).

équivalentes d'en réclamer la garantie, y compris devant les juridictions nationales des Etats membres⁷.

La situation actuelle comporte plusieurs risques. D'abord, dans les Etats membres dont les juridictions nationales ne peuvent interroger la Cour de justice par voie préjudicielle à défaut pour l'Etat d'avoir fait en ce sens une déclaration (Danemark, Irlande, Royaume-Uni, ainsi que tous les Etats ayant adhéré à l'Union le 1er mai 2004 à l'exception de la République tchèque), ces juridictions sont en fait tenues de présumer de manière irréfragable la validité des décisions et décisions-cadre sur lesquelles prennent appui les mesures étatiques d'exécution ou de transposition : toute autre solution, permettant à ces juridictions de constater elles-mêmes l'invalidité de ces instruments, mettrait en danger l'unité du droit de l'Union européenne⁸. Mais la solution à laquelle on parvient ainsi prive le particulier d'une protection juridictionnelle effective vis-à-vis du droit de l'Union européenne, y compris dans les situations où celui-ci apparaît manifestement contraire au droit primaire ou aux droits fondamentaux reconnus dans l'Union. Le même risque se fait jour, à un moindre degré, dans l'Etat membre dont seules les juridictions nationales de dernière instance peuvent recourir à la question préjudicielle – tel est le cas actuellement de l'Espagne – : les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne n'ont d'autre possibilité réelle que de présumer la validité de la décision ou de la décision-cadre donnant lieu à des mesures d'exécution étatiques, sans avoir même la possibilité d'accorder une protection juridictionnelle provisoire à la personne qui en subit les conséquences, en accordant le sursis à exécution de ces mesures⁹. Ceci est préoccupant, surtout lorsque ces mesures d'exécution constituent des mesures de contrainte, par exemple des mesures privatives de liberté. L'on contrastera d'ailleurs utilement la solution actuelle avec l'article III-369 du Traité établissant une Constitution pour

⁷ *Mutatis mutandis*, rappelons le point de vue exprimé par le Tribunal de première instance dans l'arrêt *Salamander et al. c. Parlement et Conseil* du 27 juin 2000 (aff. jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.*, p. II-2487) selon lequel "le principe d'égalité de tous les justiciables quant aux conditions d'accès au juge communautaire par le biais du recours en annulation requiert que ces conditions ne soient pas fonction des circonstances propres au système juridictionnel de chaque Etat membre" (point 74).

⁸ Il y a lieu en effet de raisonner par analogie avec la solution dégagée en droit communautaire par l'arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987 : voy. C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *Rec.*, p. 4199. En ce sens, voy. K. Lenaerts et L. Jadoul, "Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice?", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2002, p. 198, ici p. 202 (notant que cette "faillite dans la protection juridictionnelle (...) pourrait être résolue en admettant que la jurisprudence *Foto-Frost* ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre de ces Etats membres [ayant omis de faire la déclaration prévue à l'article 35 § 2 UE, et dont les juridictions nationales n'ont dès lors pas la possibilité d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle]. Toutefois, une telle solution mettrait encore plus en cause l'unité du droit de l'Union"). L'arrêt *Foto-Frost* intervient certes dans le cadre du pilier communautaire, et à propos du renvoi préjudiciel en appréciation de validité que les juridictions nationales sont tenues d'effectuer vers la Cour de justice des Communautés européennes sur la base de l'article 234 CE, sans pouvoir elles-mêmes constater l'invalidité d'un acte de droit dérivé communautaire. Mais cette dernière interdiction, et l'obligation corrélative d'effectuer le renvoi préjudiciel, découle de l'idée même d'un droit européen obligatoire à l'égard des Etats : il serait contradictoire avec cette idée que les juridictions nationales choisissent d'écarter l'application d'un acte de l'Union européenne parce qu'elles l'estimeraient adopté en violation des règles du Traité.

⁹ Ceci se déduit de la jurisprudence *Zuckerfabrik* de la Cour de justice : C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et al.*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, spéc. point 24 (où, craignant manifestement que l'uniformité d'application du droit communautaire ne soit menacée par le souci des juridictions nationales d'accorder une protection juridictionnelle provisoire au justiciable qui allègue une illégalité du droit communautaire, dans l'attente que cette question de validité soit tranchée, la Cour relève : "...le sursis à exécution doit conserver un caractère provisoire. La juridiction nationale statuant en référé ne peut donc accorder le sursis que jusqu'à ce que la Cour ait statué sur une question d'appréciation de validité. Il lui incombe alors, pour le cas où la Cour n'en serait pas déjà saisie, de renvoyer elle-même cette question en exposant les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus"). Il se déduit de cette jurisprudence que la juridiction nationale à laquelle est refusé le pouvoir d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel sur la validité d'un acte de droit dérivé européen ne pourra accorder le sursis à exécution de la mesure étatique d'exécution de cet acte, à défaut de pouvoir opérer simultanément le renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

l'Europe, qui prévoit que si une telle question d'interprétation de la Constitution ou de validité d'un acte adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue sur le renvoi préjudiciel opéré vers elle « dans les plus brefs délais ».

A ces risques que le mécanisme en place fait courir à la *protection juridictionnelle effective* du particulier, s'ajoute un risque non négligeable pour l'*uniformité d'application* du droit communautaire. Dans 16 Etats membres à l'heure actuelle, les juridictions nationales soit n'ont pas la possibilité (Chypre, Danemark, Estonie, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, République slovaque, Royaume-Uni), soit ne sont pas tenues (Finlande, Grèce, Portugal, Suède) d'effectuer le renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité des mesures adoptées dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne. Il en résulte un risque que le droit dérivé adopté sous ce Titre fasse l'objet d'interprétations divergentes d'Etat membre à Etat membre, sans une possibilité effective pour la Cour de justice d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire. Il en va ainsi d'autant plus que le Titre VI du Traité sur l'Union européenne ne comprend pas de mécanismes efficaces permettant de garantir le respect par chaque Etat membre des obligations qui lui sont imposées par les instruments de droit dérivé adoptés sous ce titre. La Commission ne peut remplir son rôle de gardienne du droit des traités par l'introduction d'un recours, assimilable au recours en manquement (prévu en droit communautaire par l'article 226 CE), qu'à propos de l'interprétation ou de l'application des conventions établies en vertu de l'article 34 § 2, d), UE¹⁰. Elle ne dispose pas du pouvoir d'agir en justice contre l'Etat qui n'applique pas une décision ou n'assure pas correctement la transposition d'une décision-cadre, et viole ainsi les obligations qui lui incombent en vertu du Titre VI UE. Certes, le recours en manquement interétatique est prévu par l'article 35 § 7 UE. Mais, d'une part, ce recours est subsidiaire au règlement politique du différend qui oppose des Etats quant à l'interprétation ou l'application d'un de actes adoptés dans le cadre du Titre VI UE, la Cour de justice ne pouvant être saisie que "dès lors que ce différend n'a pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres". D'autre part, l'on sait le peu d'empressement que mettent en général les Etats membres à se mettre en accusation devant la Cour de justice pour violation des obligations que leur impose leur appartenance à l'Union européenne. Les conditions ne sont donc pas réunies pour pallier le risque que, en désaccord sur l'interprétation à donner des obligations que leur impose telle décision ou telle décision-cadre ou sur l'étendue de ces obligations, les Etats membres ou leurs juridictions adoptent sur ces questions des attitudes divergentes, ce qui pourrait aboutir à rompre l'unité du droit de l'Union européenne et l'exigence de non-discrimination entre les justiciables.

b) L'absence d'un recours direct en annulation du particulier

L'absence, dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, d'un recours en annulation au bénéfice du particulier, peut constituer une menace pour la protection juridictionnelle effective à laquelle le particulier a droit, en vertu de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Sans doute, aux termes mêmes du traité, les décisions-cadres et les décisions sont normalement dépourvues d'effet direct (ce que les articles 34 § 2 b) et c) expriment expressément). La condition de l'"affectation directe", à laquelle est subordonnée la recevabilité du recours direct en annulation du particulier dans le cadre du droit communautaire actuel (article 230 al. 4 CE), ne sera donc en principe pas réalisée par l'adoption de l'un de ces instruments¹¹. Mais, d'une part, il peut se présenter des situations où il en ira autrement : dès l'instant où elles reconnaissent à des organes tels qu'Europol ou Eurojust des pouvoirs

¹⁰ Voy. l'article 35 § 7 UE, *in fine*.

¹¹ Sur la nature de ces instruments et notamment la question de leur effet direct, voy. Y. Monjal, "Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité, à propos de la première décision-cadre du Conseil", *R.T.D.E.*, 2001, p. 335.

opérationnels susceptibles d'être exercés à l'encontre de particuliers (par exemple en matière d'échange de données à caractère personnel¹² ou de mise sous surveillance), ceux-ci peuvent être "affectés" par ces mesures, y compris dans les cas où, en raison du caractère secret de telles mesures, ils ne peuvent démontrer que celles-ci leur ont effectivement été appliquées¹³. D'autre part, même si elles ne produisent pas en principe d'effet direct en elles-mêmes, les décisions ou décisions-cadres n'en donnent pas moins lieu à l'adoption de mesures étatiques de transposition ou d'exécution qui, elles, peuvent affecter directement le particulier. Or, face à ces mesures étatiques, la protection du particulier est notablement insuffisante, en raison à la fois des modalités variables d'après lesquelles le renvoi préjudiciel est organisé et des limites de l'étendue de la compétence de la Cour de justice lorsqu'elle est saisie d'un renvoi en appréciation de validité.

Ainsi qu'on vient de le souligner, les Etats membres peuvent choisir ou non de reconnaître à leurs juridictions nationales la compétence d'interroger par voie préjudicielle la Cour de justice sur l'interprétation et la validité des décisions et décisions-cadres dont l'exécution ou la transposition par les autorités étatiques affecte le particulier; or, la juridiction nationale qui ne reçoit pas la compétence d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes sur la validité de telle décision ou décision-cadre sera tenue de considérer celle-ci comme valide, puisqu'elle n'a pas le pouvoir de se prononcer, elle-même, sur cette validité¹⁴. Pourtant l'on sait que dans certains cas, aucune juridiction nationale devant laquelle l'individu introduira son recours ne pourra poser la question de la validité¹⁵; dans d'autres cas, l'individu devra attendre d'atteindre le niveau de la juridiction nationale dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne avant que la question de la validité puisse être posée¹⁶; en outre, dans certains Etats ayant reconnu la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées, le renvoi préjudiciel constitue une simple faculté pour les juridictions nationales, et non une obligation, même pour la juridiction nationale de dernière instance¹⁷.

Même dans la situation la plus favorable pour l'individu, où les juridictions nationales de tout niveau d'instance se sont vu reconnaître la compétence d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle, le renvoi étant obligatoire pour la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne¹⁸, les modalités de la coopération entre le juge national et la Cour de justice des Communautés européennes ne

¹² Voy. les articles 14 à 24 de la décision du Conseil JAI/2002/187 du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité, JO L 63.

¹³ Voy., à propos du recours effectif qui doit être reconnu à toute personne qui a des motifs de croire qu'elle a pu faire l'objet de mesures de surveillance secrète mais, en raison justement du caractère secret de cette surveillance, ne peut en apporter la démonstration, Cour eur. D.H., arrêt *Klass et al. c. Allemagne* du 6 septembre 1978, Série A n° 28, § 33. Dans l'affaire *Segi et autres*, la Cour européenne des droits de l'homme ne conclut à ce que les requérants ne présentent pas la qualité de "victimes", même potentielles, au sens de l'article 34 de la Convention, qu'après avoir constaté que la disposition les concernant qui figure dans une position commune adoptée par le Conseil des Ministres de l'Union européenne "n'ajoute pas de nouveaux pouvoirs pouvant être exercés à l'encontre des requérants" (Cour eur. D.H., déc. du 23 mai 2002, req. jtes n° 6422/02 et n° 9916/02, *Segi et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* et *Gestoras Pro-Amnistia et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)*, p. 10). Ainsi, au regard à tout le moins de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit de requête individuelle), une personne semble devoir être considérée comme suffisamment affectée par une mesure qui investit une autorité de pouvoirs susceptibles d'être exercés à son égard.

¹⁴ Voy. ci-dessus, n. 8.

¹⁵ C'est actuellement le cas des douze Etats membres de l'Union européenne qui ont omis de faire la déclaration prévue à l'article 35 § 7 TUE, déclaration facultative d'acceptation de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales dans le cadre du Titre VI UE.

¹⁶ C'est le cas actuellement de l'Espagne.

¹⁷ C'est le cas actuellement de la Finlande, de la Grèce, du Portugal et de la Suède.

¹⁸ C'est le cas actuellement pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la République tchèque.

peuvent être considérées comme satisfaisantes du point de vue de la protection juridictionnelle à laquelle le particulier a droit en raison même de ce que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, d'une part, le recours direct en annulation, d'autre part, ne sont pas substituables l'un à l'autre, chacun de ces recours répondant au contraire à des objectifs propres. La question qui se pose ici est analogue à celle qui se pose, dans le cadre communautaire, à l'égard de l'interprétation donnée par la Cour de justice à l'article 230 al. 4 CE, qui subordonne la recevabilité du recours direct en annulation du particulier à la condition qu'il soit directement et individuellement concerné par l'acte attaqué. Pour le particulier qui estime qu'il risque d'être affecté par un acte communautaire autre qu'une décision lui étant adressée, la possibilité, dans le cadre d'une procédure conduite devant les juridictions nationales à la suite de l'adoption par les autorités nationales de mesures d'application, de solliciter un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de cet acte ne constitue pas nécessairement une alternative satisfaisante à l'introduction d'un recours direct en annulation devant le juge communautaire, car dans certains cas, cela signifiera que le destinataire devra se placer en infraction par rapport aux règles nationales mettant en oeuvre l'acte communautaire afin de pouvoir mettre en cause ces règles devant les juridictions nationales. Or, ainsi que l'a noté la Cour européenne des droits de l'homme, "nul ne saurait être tenu d'enfreindre la loi pour pouvoir obtenir une décision" d'un juge lorsqu'un droit d'accès au juge est reconnu¹⁹.

Compte tenu du caractère sanctionnel du droit pénal – c'est-à-dire compte tenu du fait que celui-ci se caractérise par la nature de la sanction qui accompagne sa violation –, il est particulièrement important qu'on contrôle juridictionnel puisse s'opérer avant que la sanction en cause puisse être prise à l'égard d'un individu : pour paraphraser la Cour européenne des droits de l'homme, il serait pas admissible que l'on ne puisse solliciter un contrôle juridictionnel qu'après avoir violé la règle, et que l'on ait ainsi encouru le risque que des poursuites soient entamées et une sanction pénale appliquée. Tant que le droit européen demeure silencieux à l'égard des garanties que doivent présenter les voies de recours ouvertes devant les juridictions nationales des Etats membres – c'est-à-dire tant qu'il ne précise pas quelles restrictions peuvent être imposées à l'autonomie procédurale des Etats membres, afin de garantir l'effectivité de la protection juridictionnelle de l'individu –, il n'est pas décisif que les décisions et décisions-cadres ne se voient pas reconnaître, dans l'état actuel du Traité sur l'Union européenne, des effets directs²⁰. On peut prendre l'exemple d'une décision-cadre instaurant certaines règles minimales relatives aux éléments constitutifs d'une infraction pénale et aux sanctions applicables, adoptée sur la base de l'article 31, e), du Traité sur l'Union européenne, mais dont la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux est sujette à caution²¹. L'individu qui souhaite poser des actes visés par cette décision-cadre ne peut agir en annulation de celle-ci, d'autant moins qu'elle ne l'affecte pas directement²². Cependant, une fois que sera adoptée la

¹⁹ Cour eur. D.H. (4ième sect.), arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* (requête n° 27824/95) du 24 septembre 2002 (définitif), § 64. La Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'au rejet de l'exception de non-épuisement préalable des voies de recours internes qu'avait soulevée la Finlande. Dans l'attendu cité, la Cour répond par la négative à la question de savoir s'il pouvait être reproché aux requérants, dont les droits de pêche étaient affectés par l'adoption de décrets contre lesquels aucun recours direct ne pouvait être introduit devant les juridictions finlandaises, de n'avoir pas violé les décrets en cause afin d'attendre d'être poursuivis afin de pouvoir en contester la validité.

²⁰ Ainsi qu'il est expressément dit à l'article 34 § 2, b), UE.

²¹ Ainsi par exemple, la transposition dans le droit national, de la définition du terrorisme posée par la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (JO L 164 du 22.6.2002, p. 3), peut ne pas être compatible avec le principe de légalité, comme l'estime également le Comité des droits de l'homme (Observations finales sur l'Estonie, 15.4.2003, CCPR/CO/77/EST; voir aussi l'Observation thématique n° 1 du Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (mars 2003), aux pages 7, 11 et 16).

²² Mme l'Avocat général Kokott a cependant défendu l'idée qu'il découlait du principe de la coopération loyale des Etats membres à l'accomplissement des objectifs de l'Union – principe inscrit à l'article 10 CE, et que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoyait d'inscrire à l'article I-5 § 2 – que les décisions-cadres, au même titre que les directives en droit communautaire, imposent une obligation d'interprétation conforme de la loi nationale. Voy. les conclusions rendues le 11 novembre 2004 dans l'affaire *Pupino* (aff. C-105/03), toujours pendante au

législation nationale assurant la transposition de la décision-cadre, les actes qu'elle vise seront réprimés pénalement, toute infraction pouvant donner lieu à des poursuites et à des sanctions. Il n'est pas concevable qu'il soit requis des individus concernés qu'ils posent le comportement infractionnel visé afin de pouvoir faire contrôler ces mesures étatiques de transposition.

I.2. Combler les déficits : la complémentarité des voies de recours nationales et de la compétence du juge européen et les restrictions à l'autonomie procédurale des Etats membres

Ce qui semble alors s'imposer, c'est qu'une restriction soit apportée à l'autonomie procédurale des Etats membres, dans la mesure nécessaire à la garantie d'une protection juridictionnelle effective devant les juridictions nationales de tout individu qu'affecte le droit de l'Union²³. Il faut en effet, pour que le particulier se voie reconnaître un recours juridictionnel effectif ainsi que cela est requis dans le droit de l'Union européenne²⁴, que le système des voies de recours organisées dans le droit interne présente deux qualités.

Une protection juridictionnelle effective à l'égard de toute mesure nationale mettant en oeuvre le droit de l'Union, y compris à l'égard des mesures législatives de transposition. Il faut tout d'abord que la mesure étatique assurant la transposition de la décision-cadre puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, y compris s'il s'agit d'une mesure législative. Ce point apparaissant parfois controversé, il y a lieu d'en clarifier les motifs. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas qu'un recours soit ouvert contre les actes législatifs²⁵. Cependant, plusieurs arguments plaident en faveur de la reconnaissance d'une lecture étendue du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective des droits que le particulier tire du droit de l'Union, autorisant notamment cette extension à la situation où l'atteinte à ces droits résulte des actes du législateur national – extension qui, du reste, découle de la jurisprudence même de la Cour de justice²⁶. L'article 47 de la Charte des droits

moment où cette étude est clôturée (point 24 des conclusions) : “Bien que l'article 10 CE n'ait pas d'équivalent littéral dans le traité sur l'Union, les États membres sont néanmoins tenus d'un devoir de loyauté à l'égard de l'Union. Il existe – tout au moins dans le présent contexte – une analogie entre l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE et l'article 249, troisième alinéa, CE [disposant, respectivement quant aux décisions-cadres adoptées dans le cadre du Titre VI UE et quant aux directives adoptées sous le Traité CE, que ces instruments lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant le choix des formes et moyens par lesquels assurer ce résultat] et par conséquent la décision-cadre elle-même emporte aussi pour les États membres des obligations, y compris celle d'une interprétation conforme”.

²³ Ceci semble constituer une exigence en vertu de l'article I-29 § 1er, al. 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux termes duquel “Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». L'étendue des restrictions à l'autonomie procédurale des Etats membres afin de garantir le respect du principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle dépend d'une appréciation, au cas par cas, des implications de ce principe. Les paragraphes qui suivent cherchent à clarifier quelles sont ces implications dans le domaine pénal.

²⁴ Le droit à un recours juridictionnel effectif constitue un principe général de droit, déduit des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la Cour de justice assure le respect dans l'ordre juridique de l'Union : voy., notamment, arrêts du 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec.* p. 1651, point 18, et du 27 novembre 2001, *Commission c. Autriche*, C-424/99, *Rec.* p. I-9285, point 45; du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil de l'Union européenne*, C-50/00, *Rec.*, p. I-6677, point 39.

²⁵ Voy. les arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* (no. 2) du 26 novembre 1991, Série A n° 217, § 61; *Kud_a c. Pologne* [GC], Req. n° 30210/96, § 151, CEDH 2000-XI; *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, Req. n° 66746/01, § 109; ou *Haut Conseil spirituel de la Communauté musulmane v. Bulgarie* (1^{ère} sect.) du 16 décembre 2004, Req. n° 39023/97, § 107.

²⁶ Voy. C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec.*, p. 1651 (est en cause l'exception prévue dans le Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976 en ce qui concerne les actes justifiés par les nécessités de la sûreté de l'Etat ou la sécurité ou l'ordre publics : la Cour juge que “le contrôle juridictionnel imposé par [l'article 6 de la directive 76/2007/CEE] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention [européenne des droits de l'homme, et] il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire. En vertu de l'article 6 de la directive, interprété à la lumière du

fondamentaux de l'Union européenne (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) se veut délibérément plus large que la protection qu'offrent les articles 13 et – lorsque sont en cause des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil ou des accusations pénales – 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier en étendant à toute situation d'atteinte alléguée aux droits et libertés garantis par le droit de l'Union le droit d'accès au juge.²⁷ Sans doute, cette extension que réalise l'article 47 de la Charte du droit à un recours juridictionnel effectif ne va pas explicitement jusqu'à prescrire la possibilité d'un recours contre les actes du législateur susceptibles d'affecter un droit ou une liberté attribués par le droit de l'Union.²⁸ Il y a lieu cependant de souligner que, au regard du droit de l'Union – y compris, par conséquent, des exigences qui peuvent découler du principe du droit à un recours juridictionnel effectif, tel que le Traité établissant une Constitution pour l'Union prévoyait de l'inscrire à l'article I-29 § 1er, al. 2, en ce qui concerne l'obligation pour les Etats membres de contribuer au respect de ce principe –, la nature de la règle nationale (constitutionnelle, législative, ou réglementaire) importe peu : toute norme nationale, quel que soit son niveau hiérarchique, doit s'effacer face à l'exigence de primauté du droit de l'Union. Il ne serait pas souhaitable d'interpréter l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux comme signifiant que les Etats membres doivent organiser la possibilité d'un recours juridictionnel contre les actes réglementaires adoptés par les autorités étatiques, alors qu'ils en seraient dispensés lorsque la violation alléguée du droit de l'Union a sa source dans un acte législatif national, car une telle solution ferait dépendre l'étendue de la protection juridictionnelle des particularités du droit national. Une lecture du droit à la protection juridictionnelle qui étende cette protection y compris contre les actes du législateur est seule de nature à en garantir l'effectivité. L'on relèvera enfin que, en développant l'exigence selon laquelle le particulier à qui un dommage a été causé par la faute des autorités nationales en violation du droit communautaire, doit pouvoir en réclamer réparation, la Cour de justice des Communautés européennes a assimilé la faute commise par le législateur national à la faute commise pour tout autre organe de l'Etat, notamment l'Exécutif²⁹.

Une protection juridictionnelle effective, y compris de nature préventive, avant l'adoption de mesures d'exécution à l'égard du particulier. Il faut également que les destinataires potentiels de cette législation puissent solliciter qu'elle fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel, visant notamment à en identifier la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux, *avant* que cette législation leur soit appliquée, à titre si l'on veut déclaratoire ou préventif. De tels types de recours existent, sous la forme par exemple du *Feststellungsklage* que connaît le droit

principe général indiqué, toute personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207. Il appartient aux Etats membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en oeuvre les droits prévus par la directive. Une disposition qui, comme l'article 53 para. 2 du Sex Discrimination Order, confère à la présentation d'un certificat tel que celui litigieux en l'espèce un effet de preuve irréfutable que les conditions d'une dérogation au principe d'égalité de traitement sont remplies permet à l'autorité compétente de priver le particulier de la possibilité de faire valoir, par voie juridictionnelle, les droits reconnus par la directive. Une telle disposition est donc contraire au principe d'un contrôle juridictionnel effectif consacré par l'article 6 de la directive (....)" (points 18 à 20). Le principe du droit à une protection juridictionnelle effective reçoit donc une applicabilité générale, sans qu'y fasse obstacle le fait que la source de la violation alléguée se situe dans la loi nationale plutôt que dans un acte réglementaire adopté par l'autorité exécutive. Beaucoup d'autres exemples pourraient être donnés.

²⁷ Voy. par ex. D. Shelton, "Remedies and the Charter of Fundamental Rights of the European Union", in S. Peers and A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publ., Oxford, 2004, p. 349.

²⁸ Voy. House of Lords, European Union Committee, 6th report of Session 2003-4, *The Future Role of the European Court of Justice – Report with Evidence*, HL Paper 47, 15 mars 2004, notamment para. 133 et la position du prof. Besselink telle qu'exprimée au para. 137.

²⁹ Voy. C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Francovich et al. c. République italienne*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357 (point 39).

allemand³⁰, ou du *declaratory relief* dans le système anglais, qui constituent des formes d'action permettant à un particulier de contester, à titre préventif, la validité d'un acte général des autorités publiques, en dépit de ce que cet acte n'a pas encore été appliqué à son égard. Les conditions du recours en annulation du particulier devant la Cour d'arbitrage, juridiction constitutionnelle en Belgique, paraissent également de nature à satisfaire à satisfaire les conditions énoncées³¹.

A l'occasion de tels recours portés devant les juridictions nationales, celles-ci pourront interroger la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur la validité de la décision-cadre que la mesure étatique vise à transposer, pour autant que l'Etat membre concerné ait fait la déclaration prévue à l'article 35 § 2 du Traité sur l'Union européenne. La Cour de justice admet la recevabilité de questions préjudicielles posées dans un texte contexte procédural. Dans l'affaire *Bosman*, le juge national auteur de la question préjudicielle adressée à la Cour s'était estimé compétent à connaître de la demande de M. Bosman, tendant à ce que les règles relatives à la nationalité lui soient déclarées inapplicables, sur la base de l'article 18 al. 2 du Code judiciaire belge. Aux termes de cet article, l'action en justice "peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé". Constatant que le juge de renvoi a "estimé que l'application des clauses de nationalité pouvait effectivement entraver la carrière de M. Bosman, en réduisant ses chances d'être employé ou d'être aligné en compétition par un club d'un autre Etat membre", la Cour de justice juge recevable la question préjudicielle, estimant qu'il ne lui revient pas "de remettre en cause cette appréciation [de la juridiction nationale]. S'il est vrai que les actions au principal revêtent un caractère déclaratoire et que, visant à prévenir la violation d'un droit menacé, elles doivent nécessairement se fonder sur des prévisions par nature incertaines, elles n'en sont pas moins autorisées par le droit national, tel qu'interprété par la juridiction de renvoi. Dans ces conditions, les questions posées par cette juridiction répondent à un besoin objectif pour la solution des litiges dont elle est régulièrement saisie"³². Dans l'affaire *The Queen contre Secretary of State for Health, ex parte*

³⁰ En ce sens, voy. F. Schockweiler, "L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire", J.T.D.E., 1996, p. 1, ici p. 7; Moitinha de Almeida, "Le recours en annulation des particuliers", in *Festschrift für U. Everling*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 849 et ss., ici p. 868, n. 15. Sur ce point, voy. également O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 830-831 et p. 834.

³¹ Un exemple peut illustrer l'hypothèse. La Belgique a assuré la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (JO L 164 du 22.6.2002, p. 3) par l'adoption de la Loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes (*M.B.*, 29 décembre 2003 ; pour un commentaire, voy. M-A Beernaert, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne », *J.T.*, 2004, pp. 585-590). Dans ses Observations finales de juillet 2004 relatives à la Belgique, confirmant le point de vue adopté antérieurement (voy. ci-dessus, n. 21), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies se déclare préoccupé par le fait que la Loi sur les infractions terroristes du 19 décembre 2003 offre une définition qui, se référant au degré de gravité des infractions et à la finalité de l'action de l'auteur, n'est pas de nature à satisfaire entièrement au principe de la légalité des délits et des peines requis par l'article 15 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Quatre-vingt et unième session, Examen des rapports présentés par les Etats Parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales, Belgique, CCPR/CQ/81/BEL (point 24). Le texte de ces observations de même que le rapport établi par la Belgique (CCPR/C/BEL/2003/4), les questions posées par le Comité au gouvernement belge (CCPR/C/80/L/BEL), les réponses du gouvernement et les débats lors de la session de juillet 2004 (CCPR/C/SR.2210 et 2214 et SR 2198) sont disponibles sur <http://www.unhchr.ch>). Un recours en annulation de la loi du 19 décembre 2003 est d'ailleurs actuellement pendant devant la Cour d'arbitrage de Belgique. L'organisation de ce type de recours, ouvert à toute personne y ayant intérêt sans qu'une condition d'individualisation soit requise, permet à toute personne dont les comportements seraient potentiellement visés par la loi du 19 décembre 2003 de solliciter de la part du juge constitutionnel qu'il vérifie la compatibilité de celle-ci avec les droits fondamentaux, y compris les droits de l'homme énoncés dans les traités en vigueur à l'égard de la Belgique. L'on soulignera cependant la difficulté pour le législateur d'agir autrement qu'en transposant à la lettre le texte de la décision-cadre du 13 juin 2002 dans le droit interne, afin de s'y conformer : toute tentative d'introduire davantage de précision, par exemple, dans la définition de l'infraction terroriste, aurait pu être jugée en violation des obligations de la Belgique à l'égard des autres Etats membres de l'Union européenne.

³² C.J.C.E., 15 décembre 1995, *U.R.B.S.F.A. et al. c. Jean-Marc Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, point 65.

British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.,³³ Les questions préjudicielles soumises à la Cour avaient été soulevées dans le cadre de la demande introduite le 3 septembre 2001 par British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd en vue d'être autorisées à exercer un recours en contrôle de légalité («judicial review») de «l'intention et/ou l'obligation» du gouvernement du Royaume-Uni de transposer la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac.³⁴ Comme le gouvernement français et la Commission estimaient le renvoi préjudiciel irrecevable dès lors que, selon eux, permettre à un particulier de contester la validité d'une directive à l'occasion d'un litige devant une juridiction nationale avant l'expiration du délai prévu pour sa transposition et en l'absence de mesures transposant celle-ci en droit national pourrait constituer un moyen de contourner les dispositions de l'article 230 CE, en violation du système des voies de recours établi par le traité de Rome, la Cour répond que

dans le système complet de voies de recours et de procédures établi par le traité CE en vue d'assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées [à l'article 230 al. 4 CE], attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 241 CE, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles (arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, [Rec., p. I-6677], point 40).

Il y a lieu de préciser que la possibilité pour les particuliers de faire valoir devant les juridictions nationales l'invalidité d'un acte communautaire de portée générale n'est pas subordonnée à la condition que ledit acte ait effectivement déjà fait l'objet de mesures d'application adoptées en vertu du droit national. Il suffit à cet égard que la juridiction nationale soit saisie d'un litige réel dans lequel se pose, à titre incident, la question de la validité d'un tel acte.³⁵

En matière pénale plus encore que dans les matières plus classiquement confiées au juge communautaire, compte tenu du caractère dissuasif de la sanction qui accompagne l'infraction pénale et de la place qu'occupe ici le principe de la légalité, il faudrait progressivement imposer aux juridictions nationales l'obligation de recevoir les actions même purement déclaratoires, visant à prévention des atteintes mêmes virtuelles aux droits de l'individu, dès lors que le demandeur en justice peut alléguer, de façon plausible, qu'il appartient à une catégorie de destinataires risquant de subir une violation de leurs droits, et que ce risque même fait obstacle à ce qu'il pose certains comportements en soi licites. De la *possibilité* pour le juge national, lorsqu'il statue préventivement (*ad futurum*), de pouvoir compter sur la coopération de la Cour de justice, il faut passer progressivement à une *exigence*, imposée à lui par le droit de l'Union, d'étendre sa compétence à de tels litiges. Bien sûr, la Cour de justice n'a pas encore franchi ce pas. Mais elle pourrait sur ce terrain ne pas éprouver les mêmes réticences que celles qu'elle éprouve à étendre ses propres compétences, telles qu'elles lui sont attribuées par les traités³⁶ : en

³³ C.J.C.E., 10 décembre 2002, *The Queen contre Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01, Rec., p. I-11453.

³⁴ JO L 194, p. 26.

³⁵ Arrêt *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, précité, points 39-40.

³⁶ Dans l'affaire *Jégo-Quéré*, la Cour de justice affirme de manière explicite que «un recours en annulation devant le juge communautaire ne saurait, en tout état de cause, être ouvert [en écartant les conditions qu'y met l'article 230 al. 4 CE] même s'il s'avérait que les règles procédurales nationales n'autorisent le particulier à mettre en cause la validité

imposant aux Etats membres d'assurer une protection juridictionnelle effective du particulier vis-à-vis du droit de l'Union, y compris avec les conséquences qui ont été indiquées, non seulement elle demeure dans le cadre des fonctions que les traités lui attribuent – elle assume cette fonction, qui consiste, selon les termes de l'article 220 CE que l'article 46 UE étend au titre VI du Traité sur l'Union européenne, à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

L'argument qui permet de fonder ce point de vue est assez simple. Il incombe aux États membres de prévoir "un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective".³⁷ Or d'autre part, l'on ne saurait exiger d'une personne qu'elle commette une infraction – avec le risque de sanction qui en découle – afin de pouvoir déclencher un contrôle juridictionnel. Il faut en déduire que les Etats membres devraient organiser des voies de recours nationales permettant aux juridictions nationales de mieux collaborer à préserver l'Union de droit, en compensant – le cas échéant par l'extension de leurs compétences – les limites du recours direct du particulier devant le juge communautaire³⁸. Dans l'affaire *Jégo-Quéré*, immédiatement après considéré ne pas pouvoir écarter les conditions mises par l'article 230 al. 4 CE à l'introduction d'un recours en annulation par un particulier, même sous prétexte d'interpréter ces conditions à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective, la Cour de justice prend soin de relever que le fait que le règlement en cause³⁹ s'applique directement, sans l'intervention des autorités nationales, "n'implique pas par lui-même qu'un opérateur directement concerné par celui-ci ne puisse mettre en cause la validité dudit règlement qu'après l'avoir enfreint". Et la Cour poursuit, donnant un indice à propos de la nature des exigences qu'elle pourrait imposer à l'avenir aux Etats membres s'agissant de l'aménagement des voies de recours devant les autorités juridictionnelles nationales :

En effet, il ne saurait être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un particulier directement concerné par un acte normatif général de droit interne, ne pouvant pas être directement attaqué en justice, de solliciter auprès des autorités nationales une mesure se rattachant audit acte, susceptible d'être mise en cause devant la juridiction nationale, de manière à permettre à ce particulier de contester indirectement l'acte en question. De même, il ne saurait non plus être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un opérateur directement concerné par [un règlement non susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge communautaire] de solliciter auprès des autorités nationales un acte se rapportant à ce règlement, susceptible

de l'acte communautaire contesté qu'après avoir enfreint celui-ci" (C.J.C.E., arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, non encore publié au Rec., point 34).

³⁷ C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C-50/00, Rec., p. I-6677, point 41; C.J.C.E., arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, non encore publié au Rec., point 31.

³⁸ Autre chose est naturellement de savoir si les juridictions nationales doivent elles-mêmes étendre leurs compétences, afin de contribuer à l'effectivité de la protection juridictionnelle dans l'ordre juridique de l'Union, là où le législateur national est demeuré passif. Bien que la Cour de justice ait parfois affirmé une obligation des juridictions nationales d'écarter les règles nationales de procédure faisant obstacle à l'effectivité de la protection juridictionnelle du particulier (voy. notamm. C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, Rec., p. I-2433), pareille obligation ne saurait être affirmée sans limites. La Cour dit dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* : "... conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité [devenu article 10 CE], les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier" (point 42 (notre accent)). Cette affirmation est reprise dans l'arrêt rendu sur pourvoi dans l'affaire *Jégo-Quéré* : C.J.C.E., arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, non encore publié au Rec., point 32.

³⁹ Imposant aux navires de pêche certaines restrictions en vue de réduire immédiatement les prises de merlu juvénile.

d'être mis en cause devant la juridiction nationale, de façon à permettre à un tel opérateur de contester indirectement le règlement en question⁴⁰.

Certes, entre l'hypothèse d'un règlement communautaire affectant directement un particulier qui, en raison de ce qu'il n'est pas individualisé par ce règlement, ne peut agir en annulation contre lui devant le Tribunal de première instance, et l'hypothèse d'une décision-cadre adoptée sur la base de l'article 31 du Traité sur l'Union européenne, qui par définition ne produit pas d'effets directs à l'égard du particulier, l'analogie peut ne paraître que lointaine. Il n'en demeure pas moins que les conclusions auxquelles a abouti l'échange entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance dans les épisodes *Unión de Pequeños Agricultores* et *Jégo-Quéré* permettent de dégager à la fois un principe et une direction dans laquelle réfléchir sa mise en oeuvre. Le principe est celui de la complémentarité, dans une Union de droit, des voies de recours organisées devant le juge communautaire et des voies de recours organisées devant les juridictions nationales, qui doivent contribuer ensemble à assurer la protection juridictionnelle effective du particulier : l'exigence de coopération loyale (inscrite à l'article 10 CE, mais qui a valeur de principe général dans le droit de l'Union dans son ensemble) peut signifier que, dans ce cadre, il appartient aux Etats membres d'organiser les voies de recours nationales de manière à assurer cette garantie. La mise en oeuvre de ce principe peut passer par la généralisation de la possibilité de solliciter des juridictions nationales qu'elles se prononcent sur la validité des mesures nationales de transposition des actes législatifs européens – et que, ce faisant, elles interrogent la Cour de justice par voie préjudicielle sur la validité de ces actes eux-mêmes –, selon des voies de recours qui n'obligent pas le particulier à enfreindre la règle nationale dont il souhaite mettre en doute la légalité. C'est là, sans doute, un enseignement général. Mais il présente une importance particulière dans le cadre du droit pénal européen, où – plus encore qu'en matière commerciale ou économique – il semble difficile de subordonner le déclenchement d'un contrôle juridictionnel de sa légalité à la violation de la règle par le particulier qui en est le destinataire.

*

* *

On pressent déjà dans ce qui précède que ce n'est pas de l'extension des compétences des juridictions de l'Union que résultera, au moins dans l'immédiat, l'amélioration de la protection juridictionnelle du particulier vis-à-vis des actes adoptés en vertu du titre VI du Traité sur l'Union européenne. Les déficits qui ont été relevés, qu'ils concernent les modalités de l'organisation du renvoi préjudiciel à l'article 35 UE ou l'absence d'un recours direct du particulier en annulation des actes adoptés sous ce titre, exigent des juridictions nationales qu'elles élargissent leurs compétences, et le cas échéant, que les Etats membres adoptent des mesures qui assurent cette extension, dans la mesure où elle est nécessaire aux fins d'assurer l'effectivité de la protection due au particulier. En prévoyant que les Etats membres « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », l'article I-29 § 1er, al. 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne fait en réalité que confirmer ce qui doit être considéré comme découlant, dès à présent, de l'obligation de coopération loyale des Etats membres à l'accomplissement des missions de l'Union, ainsi que de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et du principe général du droit à un recours juridictionnel effectif que cette disposition codifie. Or, décisif en ce qui concerne la protection de l'individu vis-à-vis des actes adoptés par l'Union, le rôle des juridictions nationales des Etats membres l'est encore dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires rendues en matière pénale, sur

⁴⁰ C.J.C.E., arrêt du 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, non encore publié au *Rec.*, point 35.

laquelle se fonde la coopération judiciaire pénale. C'est à mettre en lumière ce rôle que s'attache la seconde partie de l'étude.

II. Le rôle des juridictions nationales

Acteurs décisifs de la coopération judiciaire pénale fondée sur la reconnaissance mutuelle, les juges nationaux sont pris dans le balancement entre deux conceptions des rapports entre confiance mutuelle et reconnaissance mutuelle (II.1.). Ils doivent garantir le respect des droits fondamentaux y compris si le prix en est le refus d'exécuter la décision rendue dans un autre Etat. Mais les hésitations de la jurisprudence européenne rendent cette tâche malaisée : aux hésitations de la Cour de justice des Communautés européennes qui doit définir comment doit s'opérer l'identification des droits fondamentaux dont l'invocation permet de justifier une exception à l'obligation imposée par le droit de l'Union, s'ajoutent celles de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'avance qu'à pas mesurés vers l'intégration dans sa jurisprudence de la notion de confiance mutuelle instaurée entre des Etats ayant noué certains liens de coopération (II.2). Il faut donc examiner par quelles voies une sortie du dilemme est possible, sans qu'il en résulte une diminution du niveau de protection des droits fondamentaux de l'individu (II.3.).

II.1. Le principe : reconnaissance mutuelle et présomption de compatibilité

a) La confiance mutuelle comme condition de possibilité de la reconnaissance mutuelle

Dans l'architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la notion de confiance mutuelle remplit deux fonctions rhétoriques qu'il est utile de distinguer. La confiance mutuelle apparaît parfois – d'abord – comme *condition de possibilité* de la fondation de l'espace de liberté, sécurité et justice sur le principe de la reconnaissance mutuelle. De ce point de vue, la confiance mutuelle ne se présume pas : elle doit être créée. Le souci d'affermir la confiance mutuelle (afin que le principe de la reconnaissance mutuelle puisse se fonder sur elle) peut justifier dès lors le rapprochement des législations, voire l'harmonisation, en tant que mesures d'accompagnement de la reconnaissance mutuelle. La confiance mutuelle en ce sens constitue un objectif à réaliser pour le législateur de l'Union, qui doit veiller à créer les conditions propices au fonctionnement harmonieux d'un système fondé sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice.

Les travaux visant à harmoniser les garanties procédurales reconnues aux suspects dans le cadre des procédures pénales dans l'Union illustrent bien cette première fonction de la confiance mutuelle. En février 2003, la Commission a présenté son *Livre vert sur les Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne*⁴¹. L'article 31, a), UE, prévoit que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise notamment à "faciliter et accélérer la coopération entre les ministères et les autorités judiciaires ou équivalentes compétents des Etats membres pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions". Sous le titre I.7., "Renforcement de la confiance mutuelle", on lit :

La reconnaissance mutuelle s'appuie sur la confiance mutuelle dans les systèmes juridiques des différents Etats membres. Afin de garantir cette confiance mutuelle, il est souhaitable que, dans tous les Etats membres, un ensemble uniforme de garanties procédurales soit accordé aux suspects et personnes mises en cause. Cette initiative a donc pour finalité de mettre en évidence le degré d'harmonisation qui renforcera la

⁴¹ COM(2003)75 final, du 19.2.2003.

confiance mutuelle dans la pratique. Les États membres de l'UE sont tous signataires du traité majeur qui définit ces normes, à savoir la convention européenne des droits de l'homme, de même que tous les futurs États membres et les pays candidats, de sorte que le mécanisme de la confiance mutuelle est déjà en place. Il s'agit à présent d'élaborer des outils concrets permettant d'accroître la visibilité et l'efficacité de la mise en oeuvre de ces normes au niveau de l'UE. Le présent livre vert vise à faire en sorte que les droits soient «non pas théoriques ou illusoires» dans l'UE, mais au contraire «concrets et effectifs». Les différences dans la manière dont il est tenu compte des droits de l'homme dans les règles de procédure nationales ne signifient pas nécessairement que la CEDH n'est pas respectée. Toutefois, des pratiques divergentes risquent de constituer une entrave à la confiance mutuelle sur laquelle la reconnaissance mutuelle est fondée. C'est pour cette raison que l'Union européenne agit au titre de l'article 31, point c), du traité sur l'Union européenne. Cette action ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intervention contraignant les États membres à amender leur code de procédure pénale, mais plutôt d'une "meilleure pratique européenne" visant à faciliter et à rendre plus efficace et visible la mise en oeuvre concrète de ces droits. Il va sans dire qu'elle ne doit en aucun cas aboutir à réduire le niveau de protection actuellement accordé par les États membres.

Dans l'Exposé des motifs accompagnant sa proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne⁴², la Commission répond dans les termes suivants à la question de savoir si sa proposition respecte bien le principe de subsidiarité (para. 19):

la Commission estime que, dans ce domaine, seule une action au niveau de l'UE peut réussir à imposer des normes *communes*. Actuellement, les États membres s'acquittent de leurs obligations relatives à un procès équitable, principalement celles qui découlent de la CEDH, à un niveau national, de sorte qu'il en résulte des écarts entre les niveaux de garanties appliqués dans les différents États membres. Cela donne également lieu à des conjectures quant aux normes qui sont appliquées dans les autres États membres et parfois à des accusations, dans la presse ou les autres médias d'un État membre, sur les lacunes du système de justice pénale d'un autre État membre. L'adoption de normes minimales communes apporterait une solution à ce problème. Par définition, les normes ne peuvent être *communes* que si elles sont fixées de concert par les États membres, de sorte qu'il n'est pas possible de parvenir à des normes communes et, simultanément, de ne compter que sur une action prise au niveau national.

Dans ces textes, l'affirmation de la nécessité de créer la confiance mutuelle (de la « renforcer »⁴³) justifie l'intervention du législateur de l'Union non seulement afin de garantir que des seuils minima de protection des droits de l'individu seront respectés dans l'ensemble de l'Union, mais encore afin de s'assurer qu'il n'existera pas entre les États membres de l'Union des différences trop significatives dans la manière dont sont transposées les exigences découlant des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Que le dispositif proposé

⁴² COM(2004)328 final, du 28.4.2004.

⁴³ Voy. le Préambule de la proposition de décision-cadre, 5^{ème} et 7^{ème} considérants : «Tous les États membres sont parties à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). L'expérience a toutefois montré qu'en dépit de la nécessité d'une telle confiance, le crédit accordé aux systèmes de justice pénale des autres États membres n'est pas toujours suffisant, bien que tous les États membres soient signataires de la CEDH. Les droits proposés seront appliqués de manière à renforcer la confiance mutuelle et, ainsi, à améliorer la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle. (...) Le principe de reconnaissance mutuelle se fonde sur un degré élevé de confiance entre les États membres. Afin d'accroître cette confiance, la présente décision-cadre prévoit certaines garanties permettant de protéger les droits fondamentaux. Ces garanties tiennent compte de la manière dont les États membres respectent les dispositions de la CEDH selon leurs propres traditions ».

ne soit pas parfaitement fidèle à l'intention affichée⁴⁴ ne doit pas nous interdire d'apercevoir les deux principes sur lesquels la proposition est fondée : la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle l'ensemble des Etats membres sont parties, constitue certes un seuil minimum commun de protection, mais ses exigences sont trop faibles pour qu'elle suffise à créer ce ciment entre Etats membres de l'Union permettant de justifier la reconnaissance mutuelle ; et la confiance mutuelle risque d'être rompue, non seulement en cas de violation par un Etat membre de ce standard minimum dont le respect s'impose à tous, mais encore lorsqu'apparaissent entre les Etats des différences trop significatives. La nécessité de renforcer la confiance mutuelle justifie donc un rapprochement des législations pénales des Etats membres, conduit sur la base de l'article 31 UE.⁴⁵ Anne Weyembergh l'a bien montré :⁴⁶ la reconnaissance mutuelle ne constitue plus un substitut au rapprochement des législations, elle constitue plutôt un objectif à réaliser, et le rapprochement des législations en constitue le complément nécessaire⁴⁷.

b) La confiance mutuelle comme présupposée par la reconnaissance mutuelle

Cette première conception de la confiance mutuelle présente naturellement un danger. Il est que le rapprochement des législations apparaisse comme une condition de la reconnaissance mutuelle, laquelle devrait lui être subordonnée. Afin de pallier ce risque, la Cour de justice met en avant une autre fonction de la confiance mutuelle, qu'on qualifiera plutôt d'*axiomatique*. Dans cette perspective, la confiance mutuelle est décrétée : elle équivaut à une présomption, plus ou moins absolue, selon laquelle tout Etat membre de l'Union respectant les mêmes valeurs et étant lié par les mêmes obligations internationales notamment dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la coopération avec cet Etat – en particulier dans le domaine

⁴⁴ Dans la proposition de la Commission, les Etats membres auxquels la décision-cadre s'adresserait peuvent prévoir des dispositions plus favorables aux suspects; l'article 17 (clause de non-régression) prévoit d'ailleurs que "Aucune disposition de la présente décision-cadre ne saurait être interprétée comme limitant les droits et les garanties procédurales qui peuvent être accordés en vertu du droit de tout Etat membre et procurent un niveau de protection supérieur, ni comme dérogeant à ces droits et à ces garanties procédurales ». Ceci ne constitue naturellement pas une garantie contre l'existence d'écarts, potentiellement significatifs, entre les protections offertes par différents Etats membres.

⁴⁵ Dans les conclusions précitées qu'elle a rendues dans l'affaire *Pupino* précitée, l'Avocat général Kokott a justifié l'utilisation de cette base juridique aux fins d'adopter la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales dans ces termes : "...des normes communes de protection des victimes en matière de déposition dans le cadre de procédures pénales peuvent favoriser la coopération entre les autorités judiciaires puisqu'ils constituent la garantie que ces dépositions pourront être utilisées dans tous les Etats membres" (point 51). Voy. aussi la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM(2005)195 final, du 19.5.2005), notamment le point 3.1. relatif au renforcement de la confiance mutuelle par des mesures législatives, et où l'on lit notamment que "Les premières applications du principe de [la reconnaissance mutuelle], notamment avec le mandat d'arrêt européen, ont fait ressortir une série de difficultés qui pourraient en partie être réglées par l'adoption, au niveau de l'Union, de mesures législatives d'harmonisation [visant notamment à assurer] que les décisions de justice qui font l'objet de de [la reconnaissance mutuelle] répondent à des standards élevés en terme de garanties des droits des personnes".

⁴⁶ A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éd. de l'Institut d'études européennes de l'ULB, 2004, p. 339 : "...le rapprochement constitue la condition même de la coopération judiciaire pénale et, en particulier, de la reconnaissance mutuelle. Et ce en dépit de la tendance actuelle consistant à remettre cette fonction classique en cause vu l'évolution récente des mécanismes de coopération, qui cherchent à contourner les divergences entre les droits internes des Etats membres. Cette évolution attribue en effet un rôle croissant à la confiance mutuelle. Or la réalisation et la légitimité de cette confiance dépendent largement du rapprochement".

⁴⁷ Pour un exemple récent de cette dialectique, l'on peut renvoyer à la Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, JO L 68 du 15.3.2005, p. 49, dont le Préambule (10ième considérant) dit qu'elle est "associée à une proposition danoise de décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne des décisions relatives à la confiscation des produits du crime et au partage des avoirs, qui est présentée simultanément".

de la justice pénale – est justifiée, et ne devrait pouvoir être refusée que dans ces circonstances très exceptionnelles.

Dans l'affaire ayant donné à l'arrêt *Gözütok et Brügge* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 11 février 2003⁴⁸, deux juridictions nationales, respectivement allemande et belge, demandaient à la Cour si le principe *ne bis in idem* consacré à l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990 (Convention Schengen)⁴⁹, s'appliquait également à des procédures d'extinction de l'action publique par voie transactionnelle. L'article 54 C.A.A.S. dispose qu'une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante "ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation". En l'espèce, un ressortissant turc résidant aux Pays-Bas et ayant des activités en Allemagne, M. Gözütok, et un ressortissant allemand, M. Brügge, avaient accepté respectivement une transaction proposée par le ministère public néerlandais, et une autre proposée par le ministère public allemand. Ils étaient cependant poursuivis pour les mêmes faits devant une juridiction allemande (M. Gözütok) et une juridiction belge (M. Brügge), d'où résultaient les questions préjudicielles. Considérant que la procédure d'extinction de l'action publique par la voie d'une transaction proposée par le ministère public fait intervenir "une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale dans l'ordre juridique national concerné" (point 28), et aboutit à sanctionner le comportement illicite reproché au prévenu à qui sont imposées certaines obligations telles par exemple que le paiement d'une amende (point 29), la Cour répond par l'affirmative à la question d'interprétation de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen qui lui était soumise.

Dans l'arrêt *Gözütok et Brügge*, la Cour déduit donc une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions emportant extinction de l'action publique du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction. L'absence d'harmonisation des législations pénales des Etats membres dans le domaine des procédures d'extinction de l'action publique n'y fait pas obstacle. La confiance mutuelle que pareille harmonisation viendrait renforcer n'est pas une *condition* de la reconnaissance mutuelle : la Cour constate que le jeu de l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (C.A.A.S.) n'est pas subordonné à l'harmonisation ou le rapprochement des législations pénales des Etats membres (point 32). La Cour en déduit (au point 33 de l'arrêt) que

Dans ces conditions, le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la C.A.A.S., qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente.

La Cour déduit cette interprétation large des termes de l'article 54 de la C.A.A.S. du cadre général dans lequel cette disposition s'inscrit : celui d'un renforcement de l'intégration européenne par la création et le développement au sein de l'Union d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (points 35 à 37). La Cour note qu'il serait paradoxal de subordonner l'obligation de reconnaissance mutuelle des décisions d'extinction de l'action publique aux seules décisions prenant la forme de jugements – ou de décisions adoptées par les juridictions – :

⁴⁸ C.J.C.E., 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, aff. jtes C-197/01 et C-385/01, non encore publié.

⁴⁹ OJ L 239, 22.9.2000, p. 19.

une telle interprétation restrictive signifierait en effet que les auteurs d'infractions plus graves, pour lesquelles l'intervention d'une juridiction est requise en tout état de cause, bénéficieraient d'une liberté de circulation plus complète que celle reconnue aux auteurs d'infractions mineurs, par rapport auxquelles le ministère public peut seul décider de transiger.

c) La reconnaissance mutuelle et l'exception des droits fondamentaux

Assistons-nous, pour autant, à la superposition de deux conceptions antinomiques de la fonction que la notion de « confiance mutuelle » est appelée à remplir dans un espace de liberté, de sécurité et de justice dont la reconnaissance mutuelle est présentée depuis le Conseil européen de Tampere des 15-16 octobre 1999 comme la « pierre angulaire »⁵⁰ ? Si l'expression de superposition est adéquate, l'on ne tromperait en tout cas en y apercevant la marque d'une incapacité de choisir – soit d'accorder sa confiance, soit de la refuser. Plutôt, la coexistence de la confiance mutuelle comme condition préalable de la reconnaissance mutuelle (et qu'il faut donc renforcer) et de la confiance mutuelle comme présupposition nécessaire (et qui serait donc décrétee) traduit le fait que, si les autorités de chaque Etat membre doivent présumer le respect par les autres Etats membres des conditions – notamment, le respect des droits fondamentaux – qui sont nécessaires à la coopération, cette présomption en même temps ne saurait être absolue. Ni tout à fait condition à réaliser et à « renforcer », ni simplement présupposé qu'il faudrait admettre sans plus ample examen, la confiance mutuelle apparaît en définitive comme un principe normatif, ou un principe d'interprétation des obligations des Etats membres dans la mise en œuvre des instruments de l'espace de liberté, sécurité et justice, jouant un rôle équivalent à celui du principe de la coopération loyale : il n'impose pas d'obligations nouvelles, mais il est censé fournir une indication quant à l'esprit qui doit animer la coopération entre les autorités nationales.

Le dilemme du juge national dans la reconnaissance mutuelle n'en est pas moins réel. Ce dilemme est d'autant plus sensible s'agissant de l'exécution de décisions pré-sentencielles où il s'agit pour le juge d'*anticiper* sur le risque que l'autorité juridictionnelle de l'Etat d'émission – qui a émis un mandat d'arrêt européen, ou qui a pris une décision de gel de biens ou d'éléments de preuve dans le cadre d'une procédure pénale – ne respecte pas les droits fondamentaux après que ses décisions aient été exécutées⁵¹. Faut-il, respectant l'obligation de reconnaissance mutuelle, accorder sa confiance à l'autorité juridictionnelle de l'Etat membre d'émission ? A quelles vérifications faut-il procéder avant de lui accorder cette confiance ? Quelle présomption de compatibilité avec les droits fondamentaux de la procédure suivie au sein de l'Etat d'émission doit-on admettre dès lors que cet Etat respecte les valeurs sur lesquels l'Union est fondée ? Le respect dû aux droits fondamentaux définit la limite à l'obligation de reconnaissance mutuelle. Ceci, qui découle déjà de l'article 6 § 1^{er} UE, est confirmé par les différents instruments qui se fondent sur le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en matière judiciaire pénale⁵². Mais il y a là pour le juge national non seulement une faculté – celle de

⁵⁰ Voy. aussi le programme de mesures visant à mettre en œuvre le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale (adopté par le Conseil le 30 novembre 2000), OJ C 12, du 15.1.2001, p. 14.

⁵¹ Voy. en ce sens G. Stessens, "The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes de l'ULB, pp. 93-103, ici p. 94 : "The recognition and enforcement of [pre-trial orders] requires an even greater degree of mutual confidence between judicial authorities than the mutual recognition and enforcement of final judgments as these pre-trial orders are by definition *ex parte* measures, issued in a proceedings in which the affected party did not have the opportunity to raise its arguments".

⁵² Voy. dans le Préambule de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1, le 12^{ième} considérant, ainsi que l'article 1^{er}, § 3 ("La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne"); l'article 1^{er}, seconde phrase, de la Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO L 196 du 2.8.2003,

refuser la reconnaissance mutuelle lorsque celle-ci conduirait à violer les droits fondamentaux –, mais aussi une obligation de droit international, qui tient au respect dû aux engagements internationaux de l'Etat en matière de droits de l'homme⁵³. Ainsi qu'on l'a rappelé par ailleurs, chaque Etat membre de l'Union européenne peut engager sa responsabilité individuelle dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme s'il noue des liens de coopération avec d'autres Etats membres qui le rend complice des atteintes aux droits fondamentaux qui seraient commises dans ces autres Etats⁵⁴. Bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'ait pas encore achevé de clarifier les conditions d'engagement de cette responsabilité, il est clair en tout cas qu'un Etat membre de l'Union européenne ne pourrait, sous prétexte de la confiance mutuelle que s'accordent les Etats membres de l'Union entre eux, échapper à celle-ci.

II.2. Les difficultés d'application du principe

Or, si les principes sont simples – reconnaissance mutuelle, à l'exception du respect dû aux droits fondamentaux tels que les reconnaît l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne⁵⁵ –, leur application pose au juge national des difficultés aussi bien théoriques que pratiques. L'étendue exacte de l'autorisation faite aux Etats membres de refuser de coopérer demeure sujette à discussions. Ainsi, tout en reconnaissant qu'il est légitime pour les Etats membres d'ajouter aux motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen le motif pour cause de *ne bis in idem* vis-à-vis de la Cour pénale internationale que la décision-cadre du 13 juin 2002 ne prévoit pas explicitement, comme d'introduire expressément l'exception de non-exécution pour risque d'atteinte aux droits fondamentaux, la Commission relève que « Pour légitimes

p. 45 (cette décision-cadre “ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux consacrés par l'article 6 du traité”) ainsi que, en ce qui concerne le principe *ne bis in idem* dont le respect peut constituer un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution, l'article 7 § 1er, c); les 5^{ème} et 6^{ème} considérants de la Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires (JO L 76 du 22.3.2005, p. 16), ainsi que les articles 3 et 20 § 3 ; le 13^{ème} considérant ainsi que l'article 1, § 2, de la décision-cadre du Conseil sur l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (COPEN 135, doc. 14622/04, 17 décembre 2004; non encore publiée au JO).

⁵³ Le raisonnement sous-jacent à l'arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique le 8 décembre 2004 ne saurait sur ce point être accepté (voy. Cass. b., 8 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 133, et les obs. de J. Castiaux et A. Weyembergh, “A propos de l'arrêt du 8 décembre 2004 de la Cour de cassation”). Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble faire découler le retrait de la Convention européenne d'extradition des Etats membres de l'Union européenne de la transposition par ces Etats de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres, sans vérifier si les formes que prescrit la Convention européenne d'extradition pour ce qui, plus précisément, constitue une forme de “déconnexion” des Etats parties ayant choisi de régler leurs rapports mutuels en se fondant sur une législation uniforme ou sur la base de lois internes parallèles prévoyant l'exécution des mandats d'arrêt décernés par les autres parties concernées, ont bien été respectées. Or ces formes sont réglées par l'article 28 § 3 de la Convention européenne d'extradition, disposition sur laquelle l'on revient ci-après. L'on ne saurait déduire, ni de l'adoption de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur la base de l'article 31 du Traité sur l'Union européenne, ni de la transposition de cette décision-cadre dans les Etats concernés, une manière de retrait implicite de la Convention européenne d'extradition de 1957 des Etats membres de l'Union européenne dans leurs rapports mutuels. Egalement sur cette question, voy. les commentaires que N. Angelet et A. Weerts consacrent à un autre arrêt de la Cour de cassation de Belgique rendu dans un contexte semblable, et qui pose également la question des rapports de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres avec les traités antérieurs conclus entre des Etats membres de l'Union européenne (en l'occurrence, le Traité d'extradition Benelux du 27 juin 1962, approuvé en Belgique par la loi d'assentiment du 1er juin 1964, Mon. b., 24 octobre 1967) : Cass. b. (ch. vac.), 24 août 2004, obs. N. Angelet et A. Weerts, “Les rapports entre instruments internationaux successifs portant sur une même matière”, *J.T.*, 2005, p. 322.

⁵⁴ Pour une tentative de systématisation de cette jurisprudence, voy. O. De Schutter, “L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la Convention européenne des droits de l'homme”, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, précité, pp. 223-248.

⁵⁵ Aux termes de cette disposition : “L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire”.

qu'ils soient (...), ces motifs ne doivent être invoqués qu'exceptionnellement au sein de l'Union »⁵⁶. En principe, l'atteinte à une garantie prévue dans la Constitution nationale de chaque Etat ne saurait justifier un refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen⁵⁷, sauf si cette garantie correspond à un droit fondamental reconnu au sein de l'Union, c'est-à-dire figure inscrit à la Convention européenne des droits de l'homme ou peut être considéré comme relevant des traditions communes aux Etats membres. Mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que tel droit fondamental soit reconnu par l'ensemble des Etats membres pour qu'il puisse être jugé digne de figurer parmi les principes généraux du droit communautaire. Au cours des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, en dépit de ce qu'il avait été proposé de substituer à l'expression « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », qui figure actuellement à l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne, la formulation, plus restrictive, de « traditions constitutionnelles communes à tous les Etats membres », cette proposition fut écartée, et l'article I-9 § 3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a maintenu la formulation actuelle, avec la souplesse – mais aussi la difficulté d'interprétation – qui en découle.

Egalement significatif est l'arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH* du 14 octobre 2004⁵⁸. La Cour de justice était confrontée dans cette affaire à une situation où les autorités allemandes prétendaient justifier une restriction apportée à la libre prestation de services par le respect dû à leur conception des exigences de la dignité humaine. Tout en ayant pris soin de rappeler que « la notion d'« ordre public » dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation à la liberté fondamentale de prestation des services doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (point 30), la Cour ajoute, conformément à sa jurisprudence classique, que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité » (point 31). En principe, le respect dû à la dignité humaine constitue un motif admissible de restreindre les libertés fondamentales que reconnaît le traité de Rome, non pas naturellement car cette valeur figure dans la Loi fondamentale allemande, mais parce que le principe du respect dû à la dignité humaine est un principe commun aux Etats membres : « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome » (point 34). Cependant une uniformité complète d'approche de l'ensemble des Etats membres n'est pas davantage requise :

Il n'est pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause. (...) la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État (points 37 et 38).

⁵⁶ Rapport de la Commission fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM(2004) du XXX, p. 5.

⁵⁷ La transposition que l'Irlande a faite de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres est, sur ce point, très contestable, ainsi que la Commission l'a relevé dans l'annexe au rapport établi conformément à l'article 34 de cet instrument (pp. 5-6).

⁵⁸ C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02, non encore publié au Rec.

Dans le même sens, l'on relèvera que le 6^{ème} considérant de la Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires affirme que cet instrument « n'empêche pas un État membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect de la légalité, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias ». Certes, comme dans l'affaire Omega, ce ne sont pas les règles constitutionnelles comme telles qui, étant en vigueur au sein de l'Etat d'exécution, justifieraient que cet Etat refuse de reconnaître et d'exécuter la décision infligeant une sanction pécuniaire : ces règles constitutionnelles ne peuvent être invoquées comme faisant obstacle à la reconnaissance et à l'exécution de pareille décision que dans la mesure où elles opèrent la traduction de droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire, les garanties citées pouvant être rattachées d'ailleurs, aussi bien à la Convention européenne des droits de l'homme qu'aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres⁵⁹. Pourtant la formulation retenue dans la Préambule crée une ambiguïté, puisqu'elle donne à entendre qu'un Etat pourrait tirer argument de ses propres règles internes pour refuser de coopérer à l'exécution d'une décision de justice rendue dans un autre Etat membre, alors que pareille obligation d'exécution figure au centre même de la notion de reconnaissance mutuelle, y compris là où le propre système juridique de l'Etat d'exécution aurait abouti à une solution différente (par exemple à un acquittement). Il est tentant de mettre en parallèle la conception des droits fondamentaux que retient l'arrêt *Omega* ou celle qui paraît sous-jacente au considérant cité du Préambule de la Décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires – une conception où les droits fondamentaux, dès lors qu'ils sont reconnus parmi les principes généraux du droit communautaire, peuvent néanmoins être définis de manière variable dans les droits des différents Etats membres, et demeurer opposables aux autres Etats membres dans le cadre de la coopération judiciaire pénale – avec le *dictum* déjà célèbre figurant au point 33 de l'arrêt *Gözütok et Brügge*, où la Cour de justice associe la notion de confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale au fait “que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente”.

La difficulté est donc théorique : les limites dans lesquelles les autorités judiciaires nationales des Etats membres peuvent invoquer les droits fondamentaux afin de refuser la reconnaissance mutuelle ne sont pas définies de manière parfaitement claire. Mais la difficulté est également pratique : du point de vue psychologique aussi bien que politique, il peut être très difficile pour le juge d'un Etat membre d'exprimer sa méfiance vis-à-vis des garanties offertes dans un autre Etat membre. La mise sur pied de mécanismes objectifs et impartiaux d'évaluation de la justice dans les différents Etats membres, allant au-delà de la vérification de la transposition correcte et dans les délais prescrits des actes adoptés par l'Union, devrait non seulement permettre de renforcer la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires des différents Etats membres, mais également faciliter l'appréciation par les autorités judiciaires de l'Etat d'exécution des conditions dans lesquelles la justice est rendue dans l'Etat d'émission, ce qui le cas échéant, pourra justifier un refus de coopération lorsque ces conditions auront fait l'objet d'une évaluation négative. Il s'agit par l'évaluation, d'un côté, d'éviter que les autorités judiciaires de tel Etat membre soient tentées de déduire, de l'existence de différences entre leurs propres traditions juridiques et celles d'un autre Etat membre, l'existence de déficits au sein de ce dernier Etat constituant un obstacle à la reconnaissance mutuelle ; mais il s'agit aussi, d'un autre côté, d'objectiver l'appréciation de certains déficits réels qui, conformément à l'article 6 § 2 du

⁵⁹ L'article 20 § 3 de la Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires précise d'ailleurs que « Chaque État membre peut, lorsque le certificat visé à l'article 4 donne à penser que des droits fondamentaux ou des principes juridiques fondamentaux définis par l'article 6 du traité ont pu être violés, s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision ».

Traité sur l'Union européenne et aux traductions qu'en font les instruments adoptés sous le titre VI dudit Traité qui se fondent sur le principe de la reconnaissance mutuelle, sont effectivement de nature à justifier le refus d'accorder celle-ci⁶⁰.

II.3. Sortir du dilemme : deux voies complémentaires

Bien qu'elles soient réelles, ces difficultés pourraient cependant n'être que transitoires. Deux voies de sortie se présentent, qui sont complémentaires plutôt que concurrentes. Le renforcement de la confiance mutuelle par l'adoption d'instruments visant au rapprochement des législations pénales, notamment dans le domaine de la procédure pénale (par exemple en vue d'accorder des garanties procédurales aux accusés⁶¹, de renforcer le principe de la présomption d'innocence ou les conditions régissant l'admissibilité des preuves dans le cadre du procès pénal⁶²), d'une part, par les mesures d'encouragement à la constitution d'une culture judiciaire commune aux juridictions pénales des Etats membres et la mise sur pied de mécanismes d'évaluation de la justice pénale, d'autre part, devraient progressivement clarifier les exigences liées aux droits fondamentaux dont le non-respect peut justifier le refus de la reconnaissance mutuelle et faciliter la prise en compte de ces exigences par les autorités judiciaires de chaque Etat membre. C'est la première voie actuellement suivie, et que la Commission européenne a annoncé avoir l'intention d'encore approfondir à l'avenir.

L'autre voie consiste à substituer progressivement, à la vérification systématique, par les autorités judiciaires de chaque Etat membre de l'Union, du respect des droits fondamentaux au sein de l'Etat membre d'émission, une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres et de l'Union lorsque des mécanismes de coopération judiciaire pénale débouchent sur des atteintes aux droits fondamentaux. L'horizon est bien celui-là. Il opérerait le passage du paradigme de la coopération interétatique à celui de la coopération entre différentes entités au sein d'un même Etat, qui sur le plan international, devra répondre du comportement de l'ensemble de ces entités sans pouvoir se réfugier derrière l'autonomie qui pourrait leur être reconnue. Certes, ainsi qu'on l'a indiqué, les clauses relatives aux droits fondamentaux dans les

⁶⁰ La question de l'évaluation fait l'objet d'un chapitre distinct de cet ouvrage ; il n'est donc pas nécessaire de l'approfondir ici. L'on rappellera cependant que, dans sa Communication au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM(2005) 195 final du 19.5.2005), la Commission européenne souligne que la mise sur pied de mécanismes d'évaluation de la justice pénale – qui fait partie des objectifs qu'elle s'assigne dans cette communication, conformément au mandat donné par le Conseil européen dans le programme de La Haye des 4 et 5 novembre 2004 – vise notamment à “procéder à une évaluation plus générale des conditions dans lesquelles sont élaborées les décisions de justice afin de s'assurer qu'elles répondent à des standards de qualité élevés permettant de renforcer la confiance mutuelle entre systèmes judiciaires, sans laquelle la [reconnaissance mutuelle] ne pourra fonctionner, suppose une action plus globale et à plus long terme. Le programme de La Haye affirme le principe selon lequel « la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées », et demande la mise en place « d'un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire ». S'agissant de fortifier la confiance mutuelle par la certitude que les systèmes judiciaires qui produisent des décisions pouvant être exécutées sur tout le territoire de l'Union respectent des standards de qualité élevés, cette évaluation doit permettre d'appréhender les systèmes judiciaires nationaux dans leur globalité” (para. 21). L'on a détaillé ailleurs les qualités que pareil mécanisme d'évaluation devrait présenter afin de remplir adéquatement les fonctions qui lui sont assignées : voy. Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union en 2004, mai 2005, pp. 32-34 (disponible sur http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm).

⁶¹ Voy. la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final du 29 avril 2004.

⁶² Voy. l'annonce du dépôt d'une proposition de décision-cadre sur la présomption d'innocence et les normes minimales en matière de recueil de la preuve figurant dans la Communication au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM(2005) 195 final du 19.5.2005).

instruments fondés sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales n'établissent pas simplement une faculté pour les autorités judiciaires de l'Etat membre d'exécution : comme l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne lui-même, ces clauses traduisent en réalité une obligation de droit international pour les Etats membres de l'Union, qui doivent tenir compte des engagements internationaux qu'ils ont acceptés dans le domaine des droits de l'homme au moment de transférer des pouvoirs vers l'Union européenne⁶³. Il ne serait naturellement pas acceptable, du point de vue du droit international public, que les progrès de l'intégration au sein de l'Union aboutissent à diminuer le niveau du respect par les Etats membres de l'Union européenne de leurs engagements internationaux. Or, dans le cadre actuel de la Convention européenne des droits de l'homme, chaque Etat doit en principe vérifier que les décisions de justice qu'il reconnaît aux fins de contribuer à leur exécution respectent les droits fondamentaux⁶⁴. Incontestable du point de vue juridique, cette solution est en outre souhaitable du point de vue du respect des droits fondamentaux, puisqu'elle constitue un puissant incitant à l'ensemble des Etats membres à mieux respecter les droits fondamentaux – sous peine, si des violations en sont commises, de non-reconnaissance de leurs décisions dans les autres Etats membres –. Pourtant cette situation, pour évidente et souhaitable qu'elle nous paraisse aujourd'hui, n'est pas nécessairement destinée à perdurer. Et il peut s'indiquer de déjà réfléchir les modalités d'une autre approche, fondée sur l'automaticité de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale, sans contrôle du respect des droits fondamentaux, mais avec, en contrepartie, la reconnaissance d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres et de l'Union lorsque la coopération judiciaire en matière pénale débouche sur des atteintes aux droits fondamentaux.

La jurisprudence de la Cour européenne donne les premiers signes d'une évolution dans cette direction. Dans l'affaire *Lindberg c. Suède*,⁶⁵ le requérant, résident en Suède, dénonçait le fait que les juridictions suédoises aient accepté d'exécuter un arrêt des juridictions norvégiennes ayant prononcé à son égard une condamnation pour diffamation sans avoir réexaminé le fond de cette dernière décision, notamment du point de vue de sa compatibilité avec les exigences de la liberté d'expression⁶⁶. Il alléguait avoir subi une violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à un recours effectif lorsque les droits et libertés reconnus dans la Convention sont violés, compte tenu du contrôle relativement marginal exercé par les juridictions suédoises sur la décision prise par le juge norvégien dont les parties

⁶³ Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999 (req. n° 24833/94), § 32 ("La Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être « reconnus ». Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres"). Pour une discussion de cet arrêt et des références à la jurisprudence d'ensemble de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, voy. O. De Schutter et O. L'Hoest, "La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de droit européen*, N° 1-2, 2000, pp. 141-214; ainsi que T. King, "Ensuring human rights review of intergovernmental acts in Europe", 25 *E.L.Rev.* 79-88 (2000).

⁶⁴ Pour des références, O. De Schutter, "L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, précité, pp. 223-248.

⁶⁵ Cour eur. D.H. (1ère sect.), déc. *Lindberg c. Suède* (req. n° 48198/99) du 15 janvier 2004.

⁶⁶ L'allégation du requérant selon laquelle sa condamnation constituait une atteinte à la liberté d'expression que garantit l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas dépourvue de toute plausibilité. Dans un arrêt du 20 mai 1999, la Cour européenne des droits de l'homme statuant en Grande Chambre avait conclu, par quatorze voix à trois, à la violation de l'article 10 CEDH dans le chef de l'organe de presse et de l'ancien éditeur du journal local dans lequel M. Lindberg avait publié le récit de son témoignage sur la manière dont la chasse au phoque était pratiquée à la suite d'un séjour de plusieurs semaines sur un navire, le *Harmoni*, en tant qu'inspecteur mandaté par le Ministère norvégien de la pêche : voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* du 10 mai 1999 (req. no. 21980/93), CEDH 1999-III. La requête que M. Lindberg lui-même avait introduite auprès de la Commission européenne des droits de l'homme à la suite de sa propre condamnation pour diffamation avait été déclarée irrecevable pour dépassement du délai de six mois imposé par l'article 26 § 1 de la Convention (actuellement devenu article 35 § 1) : voy. Commiss. eur. D.H., *Lindberg c. Norvège* (req. n° 26604/94), déc. du 26 février 1997.

civiles dans la cadre du procès en diffamation avaient demandé la reconnaissance en vue de son exécution. Bien que particulièrement prudente, la réponse de la Cour aboutit à approuver l'approche suivie par les juridictions suédoises qui, sans réeffectuer un examen complet de la compatibilité de la solution adoptée avec les exigences de la liberté d'expression, ont en réalité présumé que la solution adoptée par les juridictions norvégiennes respectait ces exigences⁶⁷. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, les Etats parties à la Convention européenne droits de l'homme doivent refuser d'exécuter une décision de justice rendue par la juridiction d'un Etat non partie à la Convention lorsque cette décision constitue un "déné de justice flagrant"⁶⁸. Ensuite, sans affirmer qu'un même critère s'impose nécessairement lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une décision judiciaire rendue par un Etat partie à la Convention⁶⁹ et lorsque la violation alléguée résulte du résultat de cette décision plutôt que d'un déné de justice⁷⁰, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le contrôle exercé par les juridictions suédoises sur la base de la conception de l'ordre public international de la Suède est suffisant :

In the particular circumstances it suffices to note that the Swedish courts found that the requested enforcement (in respect of the award of compensation and costs made in the Norwegian judgment) was neither prevented by Swedish public order or any other obstacles under Swedish law. The Court (...) does not find that there were any compelling reasons against enforcement. That being so, the Court is clearly satisfied that the Swedish courts reviewed the substance of the applicant's complaint against the requested enforcement of the Norwegian judgment, to a sufficient degree to provide him an effective remedy for the purposes of Article 13 of the Convention.

⁶⁷ La Convention de Lugano de 1988 sur la compétence et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale n'étant pas en vigueur entre la Norvège et la Suède au moment des faits, les modalités de l'exécution demandée se trouvaient définies par la Loi 1977:595 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice rendues par les pays nordiques en matière de droit privé. Selon l'article 8 § 1 no. 6 de cette législation, ne peut bénéficier de la reconnaissance ou de l'exécution en Suède la décision de justice manifestement incompatible avec l'ordre public suédois. Dans l'affaire *Lindberg*, la Cour suprême suédoise, dans son arrêt du 16 décembre 1998, estime : "As regards the question whether there are obstacles to enforcement of the City Court's judgment in view of public order considerations it should be underlined that, generally speaking, only in exceptional cases can there be question of refusing enforcement of a judgment on such grounds ... This applies especially when there is question of enforcement of a judgment delivered in another Nordic country".

⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, Série A n°240, § 110. Il est significatif que, dans sa décision *Lindberg* du 15 janvier 2004, la Cour européenne des droits de l'homme assimile à cette jurisprudence l'arrêt *Pellegrini c. Italie* (req. n° 30882/96) rendu par une chambre constituée au sein de la 2^{ème} section de la Cour le 20 juillet 2001, dans lequel, à propos de l'*exequatur* accordée par les juridictions italiennes à une décision de reconnaître l'annulation d'un mariage (faisant obstacle à un règlement du divorce plus protecteur des droits de l'épouse requérante) rendue par les juridictions vaticanes en violation des règles relatives au procès équitable, la Cour avait défini son rôle comme étant de vérifier "si les juridictions italiennes, avant de donner l'*exequatur* à ladite déclaration de nullité [du mariage], ont dûment vérifié que la procédure y relative remplissent les garanties de l'article 6". Dans sa décision *Lindberg* du 15 janvier 2004, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme le critère du "déné de justice flagrant" adopté dans *Drozd et Janousek*, et cite à l'appui *Pellegrini*, "even though no express mention was made of the said criterion in that judgment". Ceci – qui constitue en réalité un revirement de jurisprudence consciemment assumé par la Cour – témoigne clairement d'un souci de développer sa jurisprudence de manière à ne pas créer d'obstacles trop importants à la coopération interétatique.

⁶⁹ Dans l'arrêt qu'elle avait adopté le 16 décembre 1998 dans l'affaire *Lindberg*, la Cour suprême suédoise avait estimé que "In the relations among the Convention States themselves it should normally suffice for the authority in the country of execution to pursue a rather summary assessment in verifying whether the judgment is in conformity with the Convention. However, should there, for example on a claim by a party, emerge circumstances that would make it questionable whether the judgment fulfils the requirements in the Convention, a closer scrutiny must be carried out".

⁷⁰ Dans sa décision *Lindberg*, la Cour "does not deem it necessary for the purposes of its examination of the present case to determine the general issue concerning what standard should apply where the enforcing State as well as the State whose court gave the contested decision is a Contracting Party to the Convention and where the subject-matter is one of substance (i.e., here, the freedom of expression) rather than procedure".

M. Lindberg affirmait en outre qu'en refusant d'exercer leur contrôle au regard du droit à la liberté d'expression, les juridictions suédoises s'étaient rendues complices de l'atteinte à cette liberté qu'auraient commise les juridictions norvégiennes, et demandait par conséquent à la Cour de constater également une violation de l'article 10 de la Convention. En dépit de ce qu'elle est sommaire, la réponse de la Cour sur cette seconde allégation du requérant illustre qu'elle n'hésite pas à vérifier la compatibilité de la solution finalement intervenue avec les exigences de la Convention : l'allégation de violation de l'article 10 de la Convention est jugée irrecevable car manifestement mal fondée, mais non parce que, *ratione personae*, la requête devrait être dirigée sur ce point contre la Norvège dont les juridictions ont prononcé la condamnation pour diffamation, plutôt que contre la Suède dont les juridictions ont accordé l'*exequatur*.

La décision *Lindberg* est certes peu explicite à propos de la question de la confiance mutuelle que des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme peuvent s'accorder entre eux. Mais elle semble ne pas exclure l'instauration entre ces Etats d'une forme de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, sans vérification autre que marginale de la compatibilité de la décision à exécuter avec les exigences de la Convention. Une évolution de la jurisprudence européenne dans cette direction pourrait être encouragée par la pratique conventionnelle émergente au sein du Conseil de l'Europe visant à prendre en considération les spécificités des formes de coopération instituées entre les Etats membres au sein de l'Union européenne. Suivant le précédent que constitue l'article 28 § 3 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957⁷¹, trois conventions majeures ouvertes à la signature le 16 mai 2005 lors du Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe comprennent une clause dite de "déconnexion", soustrayant les relations des Etats membres de l'Union européenne entre eux ainsi que les relations entre les Etats membres et la Communauté européenne aux règles arrêtées dans ces instruments. Ainsi par exemple, l'article 40 § 3 de la Convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la traite des êtres humains⁷² prévoit que :

Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties.

⁷¹ Convention européenne d'extradition, faite à Paris le 13 décembre 1957, STE n°24 (entrée en vigueur le 18 avril 1960). L'article 28 de cette convention est consacré aux relations entre la convention et les traités bilatéraux. L'article 28 § 3 dispose : "Lorsque, entre deux ou plusieurs Parties contractantes, l'extradition se pratique sur la base d'une législation uniforme, les Parties auront la faculté de régler leurs rapports mutuels en matière d'extradition en se fondant exclusivement sur ce système notwithstanding les dispositions de la présente Convention. Le même principe sera applicable entre deux ou plusieurs Parties contractantes dont chacune a en vigueur une loi prévoyant l'exécution sur son territoire des mandats d'arrêt décernés sur le territoire de l'autre ou des autres. Les Parties contractantes qui excluent ou viendraient à exclure de leurs rapports mutuels l'application de la présente Convention, conformément aux dispositions du présent paragraphe, devront adresser une notification à cet effet au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Celui-ci communiquera aux autres Parties contractantes toute notification reçue en vertu du présent paragraphe". Le rapport explicatif de la convention précise que ce paragraphe 3 "doit permettre aux Parties ayant un système d'extradition fondé sur 'l'uniformité des lois' à savoir les pays scandinaves, ou encore aux Parties ayant un système fondé sur leur 'application réciproque', à savoir l'Irlande et le Royaume Uni, de régler leurs rapports mutuels en se fondant exclusivement sur ce système. Cette disposition a dû être adoptée puisque ces pays ne règlent pas leurs rapports en matière d'extradition sur la base d'accords internationaux, mais les ont réglés ou les règlent en adoptant, après s'être concertés, des dispositions internes uniformes ou réciproques".

⁷² S.T.C.E. n° 197. Mais voy. également, pour des clauses semblables, l'article 26 § 3 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (S.T.C.E. n° 196) et l'article 52 § 4 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (S.T.C.E. n° 198).

Lors de l'adoption de la Convention par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, le 3 mai 2005, la Communauté européenne et les Etats membres de l'Union européenne avaient fait la déclaration suivante, qui fait partie du “contexte” de la Convention au sens de l'article 31 § 2 (b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités et devra ainsi en guider l'interprétation⁷³ :

En demandant l'inclusion de la « clause de déconnexion », la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des Conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des Etats membres à la Communauté.

Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union Européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses Etats membres, dans la mesure où ces dernières sont également Parties à la présente Convention.

La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la Convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les Etats membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la Convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la Convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et les autres Parties à la Convention, d'autre part ; la Communauté et les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la Convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la Convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la Convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne.

Le principe de pareille clause de déconnexion est ainsi que les objectifs de l'instrument au sein duquel elle s'inscrit seront entièrement préservés, mais qu'en ce qui concerne les Etats membres de l'Union européenne et la Communauté/l'Union européenne, les obligations que cet instrument impose à ses Parties pourront être réalisées par les Etats membres ou par l'Union en fonction de l'évolution de leurs compétences respectives, telle qu'elle résultera notamment de l'adoption de législations par l'Union. En principe, du point de vue des bénéficiaires de l'instrument concerné, par exemple les victimes du terrorisme ou de la traite des êtres humains, ceci devrait être indifférent : la clause de déconnexion affecte non pas l'étendue des obligations qui sont assumées, mais uniquement les modalités de mise en oeuvre de ces obligations ; elle vise non pas à introduire une exception par rapport aux obligations que détermine l'instrument dans lequel elle s'inscrit, mais à répondre aux nécessités de l'intégration au sein de l'Union européenne tout en prenant en compte le caractère évolutif de la répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté/l'Union.

Si l'on cherche à transposer à la question de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale l'idée qui inspire l'adoption de telles clauses de déconnexion, l'on se confronte à la difficulté qu'ici, l'imposition individuellement à chaque Etat de l'obligation en cause (de ne pas accorder la reconnaissance et exécuter la décision de justice rendue dans un autre Etat qui porte atteinte aux droits de l'homme) constitue bien, pour le titulaire des droits en cause, une garantie supplémentaire, qui ne serait pas respectée au même niveau si l'on devait considérer que, cette obligation, les Etats membres de l'Union européenne l'assumeront conjointement avec l'Union, en fonction de l'évolution des mécanismes de la coopération

⁷³ Voy. les para. 375 et 376 du Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

judiciaire pénale au sein de l'Union⁷⁴. La séparation des Etats en tant que telle, en d'autres mots, constitue pour l'individu concerné une garantie. C'est le cas notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme : de même que M. Lindberg devrait être protégé vis-à-vis de l'exécution, en Suède, d'une décision de justice rendue par les juridictions norvégiennes qui portent atteinte à sa liberté d'expression, tout individu ne devrait-il pas pouvoir recevoir l'assurance que d'autres Etats membres de l'Union européenne ne coopéreront pas à l'exécution de la décision de justice qui a été rendue en violation de ses droits fondamentaux ?

C'est pourquoi, si ce phénomène de "déconnexion" des Etats membres et de l'Union dans le cadre des engagements internationaux devait s'accroître, il faudrait subordonner son extension afin de faciliter la reconnaissance mutuelle au respect de deux conditions.

Premièrement, en contrepartie de la faculté laissée à chaque Etat membre de reconnaître la décision de justice rendue par les juridictions d'un autre Etat membre sans en vérifier au cas par cas la compatibilité avec les droits fondamentaux, il faudrait que les Etats membres de l'Union acceptent une responsabilité conjointe et solidaire lorsque leur coopération (ou ses échecs) débouche sur des atteintes aux droits fondamentaux⁷⁵. La jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme donne à penser que, si les violations de la Convention imputées à un Etat sont en réalité le résultat du défaut de coopération d'un autre Etat, le premier Etat, contre lequel la requête est dirigée, pourra limiter l'étendue de sa responsabilité aux seuls comportements posés par ses organes. Cette limitation est pourtant d'autant plus inacceptable que, classiquement, l'individu dont les droits sont affectés par les défauts de cette coopération interétatique ne se trouvant pas sous la juridiction du second Etat, il ne pourra chercher à engager la responsabilité de celui-ci. Ainsi, dans l'affaire *Calabro c. Italie et Allemagne*, le requérant avait été piégé lors d'une vente simulée de stupéfiants en Italie, résultant d'une collaboration entre la police italienne et la police allemande. Or dans le cadre du procès pénal qui s'ensuivit devant les juridictions italiennes, l'agent infiltré par la police allemande, qui avait réalisé le "pseudo-achat" ayant permis l'arrestation de M. Calabro, ne put être entendu comme témoin, en dépit de ce que l'article 6 § 3, d) de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à l'accusé le droit d'"interroger ou faire interroger des témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge" : les autorités allemandes en effet, bien qu'invitées par des ordonnances rendues par les juridictions italiennes à notifier la convocation à l'agent infiltré aux termes des articles 8 et suivants de la Convention européenne en matière d'assistance judiciaire, affirmaient que cet agent était "introuvable". La Cour estime que les autorités italiennes ne peuvent se voir imputer la responsabilité de cette situation :

⁷⁴ Une autre difficulté est que, compte tenu de l'instauration par la Convention européenne des droits de l'homme d'un système de garantie collective des droits de l'homme sur le continent, que traduit la possibilité d'un recours interétatique (article 33 de la Convention) présumant l'intérêt qu'a chaque Etat partie au respect de la Convention par l'ensemble des autres Parties et lui donnant la possibilité d'exiger ce respect, il est difficile de dissocier l'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans les rapports mutuels des Etats membres de l'Union de son application à l'égard des autres Parties à la Convention qui ne sont pas des Etats membres de l'Union européenne. Le système de l'article 31 § 4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui régit l'application de traités successifs portant sur la même matière lorsque les Parties au traité antérieur ne sont pas toutes Parties au traité postérieur – et aboutit à autoriser une manière de "déconnexion" puisque dans les relations entre les Parties aux deux traités, le traité antérieur ne s'appliquera que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec le traité postérieur –, sera donc difficilement applicable : chacun des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme a un intérêt à ce que tous les autres Etats respectent les engagements que contient la Convention, laquelle ne peut être assimilée à un réseau d'engagements bilatéraux.

⁷⁵ Voy. à cet égard Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, § 33 (où la Cour affirme que "Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* (...) des conséquences de ce traité").

La Cour estime qu'il n'appartenait pas aux autorités de l'Italie de mener des recherches pour une personne résidant sur le territoire d'un Etat étranger. En ordonnant l'assignation de Jürgen et une commission rogatoire internationale, le tribunal et la cour d'appel ont utilisé les moyens que le droit interne leur offrait pour assurer la présence du témoin litigieux. D'autre part, le tribunal et la cour d'appel ne pouvaient que faire confiance aux informations provenant de sources qualifiées ayant leur siège en Allemagne, notamment le juge d'instance de Wiesbaden, le bureau fédéral pour la répression de la criminalité et la BKA [*Bundeskriminalamt* – Bureau des affaires criminelles allemand]. Dans ces circonstances, l'on ne saurait imputer aux autorités italiennes un manque de diligence entraînant leur responsabilité devant les organes de la Convention.

Cette position n'est pas inédite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶. Elle trouve un certain écho dans des situations où, par exemple, le dépassement allégué du délai raisonnable de jugement prescrit à l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme résulte de l'action combinée de plusieurs Etats⁷⁷ – comme, d'ailleurs, de l'action combinée des juridictions nationales d'un Etat partie à la Convention et de la Cour de justice des Communautés européennes sollicitée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel⁷⁸.

Ce qu'indiquent les exemples qui viennent d'être cités, c'est que le fait d'apprécier individuellement la responsabilité de chaque Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme lorsque la violation alléguée est imputable à leur action combinée, notamment dans le cadre des mécanismes de coopération interétatique institués entre eux, peut en fait aboutir à limiter l'étendue des droits reconnus à l'individu. Au contraire, l'affirmation d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats qui s'inscrivent dans un tel mécanisme de coopération peut renforcer ces droits, et faciliter l'imputation à ces Etats – sinon à un seul Etat déterminé, du moins à leur action combinée – des conséquences qui en résultent pour l'individu. Passer du paradigme de la coopération interétatique (impliquant la responsabilité individuelle de chaque Etat) à celui de la coopération entre différentes entités au sein d'un même Etat (impliquant une responsabilité conjointe et solidaire de ces entités), ce n'est donc pas restreindre l'étendue des droits de l'individu ou la possibilité pour lui d'en réclamer garantie : c'est plutôt aligner le régime des responsabilités sur la nature des comportements qui sont à la source de la violation alléguée et sur l'identité de leurs auteurs, qui bien que se trouvant être des autorités appartenant à plusieurs Etats, en réalité doivent être traités comme s'ils relevaient d'une seule Partie à la Convention.

⁷⁶ Dans une décision d'irrecevabilité du 9 mars 1999, la Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que, dans une affaire où le requérant avait été condamné en première instance notamment sur la base de déclarations d'un ressortissant turc, trafiquant de drogue ayant accepté de collaborer avec les autorités judiciaires, mais qui ne put être trouvé pour témoigner dans le cadre des procédures d'appel ayant suivi la première condamnation du requérant – les commissions rogatoires internationales adressées aux autorités turques étant demeurées sans suite –, "il n'appartenait pas aux autorités de l'Italie de mener des recherches pour une personne résidant sur le territoire d'un Etat étranger. En ordonnant l'assignation de M. S. et une commission rogatoire internationale, la cour d'appel a utilisé les moyens que le droit interne lui offrait pour assurer la présence du témoin litigieux. D'autre part, la cour d'appel ne pouvait que faire confiance aux informations provenant d'une source qualifiée ayant son siège en Turquie, notamment la section d'Interpol d'Ankara. Dans ces circonstances, l'on ne saurait imputer aux autorités italiennes un manque de diligence entraînant leur responsabilité devant les organes de la Convention" (Cour eur. D.H. (2ième sect.), déc. *Kostu c. Italie* (req. n° 33399/96) du 9 mars 1999).

⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Karalyos et Huber c. Hongrie et Grèce* (req. n° 75116/01) du 6 avril 2004.

⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Pafitis et autres c. Grèce* du 26 février 1998, § 95 (le renvoi préjudiciel opéré vers la Cour de justice des Communautés européennes ayant conduit à la suspension de l'examen des actions litigieuses pour une période de deux ans, sept mois et neuf jours, la Cour estime cependant ne pouvoir prendre cette période en considération "dans l'appréciation de la durée de chaque procédure particulière : même si ce délai peut à première vue paraître relativement long, en tenir compte porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité CEE [devenu article 234 CE] et au but poursuivi en substance par cet article").

On voit bien la traduction que le changement de paradigme proposé pourrait recevoir, par exemple en ce qui concerne l'appréciation des responsabilités, au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, liées à l'émission et à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Cette disposition est pleinement applicable à la mise en oeuvre de ladécision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres,⁷⁹ en ce qui concerne notamment les conditions de l'arrestation elle-même et la durée de la détention préventive. En particulier, la personne arrêtée doit être informée aussitôt que possible et dans une langue qu'elle comprend des raisons de son arrestation : il faudra à cet égard tenir compte, dans l'interprétation de l'article 11 de la décision-cadre (droits de la personne recherchée), des exigences de l'article 5 § 2 de Convention européenne des droits de l'homme. Les informations figurant sur le formulaire transmis à l'Etat d'exécution doivent être suffisamment complètes, aussi bien en ce qui concerne la description des circonstances dans lesquelles la ou les infractions reprochées ont été commises et quant au degré de participation de la personne concernée, que quant à la qualification légale de l'infraction. Les autorités de l'Etat d'émission et de l'Etat d'exécution doivent être considérées comme conjointement responsables du respect des conditions que fixe l'article 5 § 2 de la Convention à l'arrestation. Il ne serait pas acceptable que soit l'Etat d'exécution, soit l'Etat d'émission, invoquent les manquements imputés à l'autre Etat pour échapper à l'allégation de violation de cette disposition ; il ne serait pas souhaitable non plus que la possibilité d'identifier et de sanctionner la violation alléguée soit subordonnée à la détermination exacte des responsabilités respectives de chacun des Etats concernés. De même, le changement de paradigme proposé aurait un impact important sur le respect dû à l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition ne prévoit une exigence de durée raisonnable de la détention que dans l'hypothèse de la détention préventive d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction⁸⁰. Elle n'est donc pas applicable à la détention qui, visant à la remise d'une personne envers laquelle un mandat d'arrêt européen a été délivré, relève de l'hypothèse de privation de liberté visée à l'article 5 § 1^{er} f) applicable en cas d'extradition⁸¹. Mais, si l'on devait considérer que les comportements des autorités des Etats membres de l'Union européenne doivent être traités comme étant ceux des autorités d'un seul Etat dès lors que ces comportements s'inscrivent dans le cadre d'une coopération judiciaire pénale reposant sur une reconnaissance mutuelle automatique, ne devrait-on pas faire relever la détention dans l'Etat d'exécution aux fins de la remise de la personne recherchée de l'article 5 § 3 de la Convention?

⁷⁹ 2002/584/JAI, JO L 190 du 18.7.2002.

⁸⁰ L'article 5 § 3 de la Convention ne renvoie qu'à l'hypothèse de détention visée à l'article 5 § 1^{er}, c) : voy. Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 jui 1971, Série A n°12, § 71. Pour une confirmation récente de l'attitude de la Cour : arrêt *Raf c. Espagne* du 17 juin 2003, req. n°53652/00, §§ 62-66.

⁸¹ L'arrestation d'un individu en vue de sa remise aux autorités de l'Etat membre d'émission du mandat d'arrêt européen s'analysant en une restriction apportée au droit fondamental à la liberté de l'individu, l'autorisation de privation de liberté de l'article 5 § 1^{er}, f), demeure cependant d'interprétation stricte : dès lors, lorsque la détention est fondée sur l'objectif d'assurer la remise d'une personne envers un mandat d'arrêt européen a été émis, "la détention d'une personne qu'on se propose [de remettre] ne peut se justifier sous l'angle de l'article 5 § 1 que *pour autant qu'elle est liée à la procédure* [de remise]" (voy., *mutatis mutandis*, Commiss. eur. D.H., req. n°6871/75, *Caprino c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mars 1978, *Ann. Conv.*, 21, p. 285, ici pp. 295-296 (également D..R., 12, p. 14)); et si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de la fin – la remise de la personne en exécution du mandat d'arrêt européen – qui la justifie. Dans des situations exceptionnelles, notamment à défaut pour les autorités de l'Etat d'émission de fournir les informations demandées de manière diligente, des délais plus ou moins longs s'écouleront entre l'arrestation de la personne et la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen, qui précède la remise. En pareil cas, un contrôle doit s'exercer sur la nécessité de la détention ainsi que sur sa durée: si l'on s'en tient à une lecture rigoureuse de l'article 5 § 1^{er} de la Convention, la détention ne sera plus considérée comme justifiée soit s'il y avait moyen de prévenir le risque de fuite par des moyens moins restrictifs de la liberté individuelle, soit si, à défaut qu'il y ait des chances réelles de remettre la personne concernée dans des délais raisonnables, elle ne correspond plus à l'objet de l'article 5 § 1^{er} f) et ne peut donc plus se justifier au regard de cette disposition, soit encore si elle apparaît excessivement longue par rapport à ce qui paraît raisonnablement justifié par les démarches requises en vue de la remise.

L'extension du mécanisme de la "déconnexion" tel qu'on le voit inauguré dans les trois conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe le 16 mars 2005, afin de favoriser l'automatisme de la reconnaissance mutuelle sans réexamen du contrôle, par l'Etat d'exécution, du respect des droits fondamentaux au sein de l'Etat d'émission, devrait encore être subordonnée à une deuxième condition. Elle requiert qu'au préalable, tous les Etats membres de l'Union européenne entre lesquels la reconnaissance mutuelle serait appelée à jouer acceptent de garantir les droits fondamentaux à un niveau élevé, et de faire l'objet d'une évaluation continue du respect de ces droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne le fonctionnement de la justice pénale. Si ces garanties sont définies à un niveau dans des instruments réalisant une harmonisation ou un rapprochement des législations pénales, et si cette évaluation est efficace, le niveau global du respect des droits fondamentaux sera amélioré, plutôt que menacé, par les progrès de la reconnaissance mutuelle, en raison de l'adoption des mesures visant à renforcer la confiance mutuelle que ce mécanisme appelle. C'est en ce sens que, loin d'être concurrentes, les deux voies par lesquelles les difficultés que peut éprouver le juge national à adéquatement remplir son rôle – assurer le respect des droits fondamentaux, tout en coopérant loyalement au mécanisme de la reconnaissance mutuelle – sont complémentaires : il faut progresser dans le rapprochement des législations des Etats membres et dans la mise sur pied de mécanismes d'évaluation crédibles, afin de fournir à la reconnaissance mutuelle le socle qu'elle exige ; et il faut simultanément envisager la substitution d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres de l'Union européenne au regard du respect dû aux droits fondamentaux, notamment tels qu'ils sont inscrits à la Convention européenne des droits de l'homme, à une responsabilité envisagée de manière strictement individuelle dans le chef de chaque Etat. Mais cette seconde voie, celle de la "déconnexion", ne saurait anticiper sur la première, dont elle doit plutôt venir consacrer l'achèvement.

III. Conclusion

Evoquant le contribution de la Cour de justice des Communautés européennes à la confiance mutuelle, la première partie de cette étude a conclu à la nécessité que les voies de recours organisées au plan national garantissent l'effectivité de la protection juridictionnelle au sein du titre VI du Traité sur l'Union européenne, que l'étendue des compétences attribuées à la Cour de justice ne suffit pas à assurer. Mais, partant du juge européen, l'on ne se trouve ramené aux juridictions nationales que pour mettre en avant les limites qui, au nom de l'effectivité de la protection des droits de l'individu, doivent être apportée au principe dit de l'autonomie procédurale, qui abandonne en principe à l'Etat le soin de déterminer les compétences et les règles procédures de ses propres juridictions : c'est à cette conséquence que conduit la prise en compte de la complémentarité des voies de recours organisées au plan national et au plan européen. La seconde partie de l'étude a examiné le rôle du juge national en tant que gardien des libertés individuelles. Le dilemme central de notre matière se laisse apercevoir dans le chef du juge mieux que nulle part ailleurs. Faut-il s'accorder la confiance mutuelle en pariant sur le fait qu'à terme, avec l'émergence progressive d'une culture judiciaire commune et, surtout, l'amélioration générale des standards de la justice pénale, elle sera justifiée entre Etats membres de l'Union ? Faut-il la refuser au contraire, tant que les législations des Etats membres n'auront pas fait l'objet du rapprochement qui permette de la justifier ? A l'heure actuelle, les clauses de sauvegarde relatives aux droits fondamentaux figurant dans les instruments qui font application du principe de la reconnaissance, qui sont autant d'avatars de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne, permettent de préserver une certaine souplesse : la confiance mutuelle est décrétée, liée indissociablement à l'obligation de reconnaissance mutuelle, mais le juge peut estimer que, dans tel cas précis, elle doit être refusée. Le dilemme qu'il affronte est là : plus le juge national aura le souci de garantir un niveau élevé de respect des droits fondamentaux, plus il court le risque d'engager la responsabilité de son Etat au regard des obligations qui découlent

de son appartenance à l'Union – même si, dans les traités actuels, en l'absence de la possibilité pour la Commission d'introduire un recours en manquement étatique, la sanction qui peut en résulter demeure difficile à cerner. Or ce dilemme, ni la jurisprudence de la Cour de justice – hésitante à vrai dire quand il s'agit d'identifier les droits fondamentaux qui peuvent être invoqués par un Etat pour restreindre les obligations qui lui sont imposées dans le cadre de l'Union européenne –, ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – dont la reconnaissance de la confiance mutuelle, si l'on ose cette expression, n'est toujours pas acquise, bien qu'elle n'y paraisse pas hostile –, n'aident le juge à le surmonter. Sortir du dilemme par le haut, cela suppose de combiner l'harmonisation et le rapprochement des législations pénales et l'instauration de mécanismes d'évaluation de la justice au sein des Etats membres avec – ensuite seulement – la déconnexion progressive des formes de coopération nouées par les Etats membres de l'Union européenne des mécanismes de contrôle du respect des obligations internationales des Etats en matière de droits de l'homme qui se fondent encore exclusivement, aujourd'hui, sur l'affirmation de responsabilités étatiques envisagées de manière individuelle à chaque Etat⁸². Mais ceci constitue un programme pour plusieurs années à venir. Avant que ce programme puisse être réalisé, il faut se garder de trop dissuader les autorités judiciaires nationales d'exprimer leur méfiance, en refusant la reconnaissance mutuelle lorsqu'elles entretiennent de sérieux doutes sur la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux des décisions qui ont été rendues et qu'il leur est demandé d'exécuter, ou des procédures qui suivront l'exécution par elles d'une décision pré-sentencielle. Cette méfiance peut être le révélateur de véritables obstacles que le rapprochement ou l'harmonisation des législations doivent précisément servir à surmonter. Ce qui importe aujourd'hui, c'est de maximiser le potentiel de cette dialectique entre la coopération judiciaire pénale qui se pratique entre autorités judiciaires nationales et le travail, patient et indispensable, du législateur européen.

⁸² La seule exception à cet égard se situe dans l'*obiter dictum* précité figurant au para. 33 de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* précité de la Cour européenne des droits de l'homme, où celle-ci évoque une responsabilité conjointe des Etats membres de l'Union européenne pour les conséquences découlant du Traité sur l'Union européenne.