

Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle »

Daniel FLORE

1. Introduction

La construction d'un espace européen de justice pénale, dont le traité d'Amsterdam et le Conseil européen de Tampere ont jeté les bases, s'appuie tout entière sur un présupposé essentiel, celui de la confiance mutuelle entre les Etats membres quant au fonctionnement respectif de leur système de justice pénale interne et à la qualité des décisions rendues par leurs juridictions. Ceci est particulièrement vrai pour une innovation qui est présentée comme l'avancée majeure de la construction européenne dans le domaine pénal : l'instauration du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale.

Le Conseil européen a décidé à Tampere que ce principe devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne ¹. Il s'est cependant contenté de poser le principe et c'est le Conseil qui a ensuite explicitement reconnu l'importance de sa relation à une confiance mutuelle préexistante, lorsqu'il s'est agi de le transposer en objectifs concrets. Dans son programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales ², il a en effet considéré que cette mise en œuvre suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs. Il a donné un contenu à cette confiance mutuelle en considérant que celle-ci repose en particulier sur le socle commun que constitue l'attachement des Etats membres « aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit ».

¹ Conclusions du Conseil européen de Tampere, point 33.

² Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (2001/C 12/02), *JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001.

L'objet de la présente réflexion est d'interroger cette notion de confiance mutuelle, d'essayer de préciser son contenu et la nature du lien qu'elle entretient avec la construction d'un espace européen de justice pénale. Dans la mesure où cette notion paraît essentielle pour cette construction, son élucidation l'est d'autant plus dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux Etats membres et plus.

2. Les constats

Pour certains, la confiance mutuelle entre les Etats membres, la confiance dans le fonctionnement de leur système de justice pénale et dans la qualité de leurs décisions de justice, sont des choses qui vont de soi au sein d'une Union européenne qui est à la fois une union économique et politique. Elle constituerait un donné de base. C'est la position adoptée par le Conseil. L'attachement commun aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, consacré par l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'existence d'une Cour européenne des droits de l'homme et d'un droit de recours individuel, l'existence d'une charte des droits fondamentaux : tels en seraient les ingrédients ³.

La Cour de justice semble même avoir adopté une position encore plus expéditive, quand elle a récemment considéré, à propos de la portée du principe *non bis in idem*, et sans détour par l'article 6 du traité UE, que l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale et que chacun de ceux-ci acceptent l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres quand bien même la mise en œuvre de son droit national conduirait à une solution différente » ⁴.

Pour d'autres au contraire, cette confiance ne va pas de soi mais elle doit être fondée concrètement pour être acceptable. L'attachement théorique des Etats membres à des valeurs communes, consacré à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, ne suffirait pas sans l'existence de mécanismes qui permettent d'en garantir l'effectivité ⁵.

Enfin, entre le point de vue des uns et des autres, à côté de cette divergence d'approche intellectuelle, il faut prendre en compte le point de vue spontané des gens ordinaires confrontés à la justice, comme celui des acteurs de terrain, policiers, procureurs, avocats, juges, ... L'idée de faire confiance à une autorité étrangère leur paraît-elle une évidence, cette autorité fût-elle même celle d'un autre pays de l'Union européenne ? Que dire alors s'il s'agit d'autorités de pays non encore membres, comme les pays adhérents ? L'existence d'un article 6 dans le traité leur suffira-t-elle ? Si on

³ DE KERCHOVE, G., « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 120.

⁴ Arrêt du 11 février 2002 dans les affaires jointes *Gözütok et Brügger* (C-187/01 et C-385/01).

⁵ TULKENS, F., « La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles : enjeux et perspectives », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, op. cit., p. 172-173, pour qui la question du contrôle des droits fondamentaux dépasse même le cadre de la confiance mutuelle.

a à l'esprit les préjugés tenaces qui sont véhiculés quotidiennement par les médias et souvent même par des personnes investies de responsabilités politiques à propos des différences socio-culturelles supposées entre les individus et les collectivités des différents pays européens, on comprendra que la confiance n'est pas une évidence dans l'Union européenne telle qu'elle existe aujourd'hui.

3. La notion de « confiance »

Revenons à l'origine du mot pour mieux comprendre l'usage qui peut en être fait ici. « Confiance » vient du latin, par l'intermédiaire du verbe « confier », « *confidere* » : « *cum* » « *fidere* », mettre sa confiance dans. Le verbe « *fidere* » renvoyant lui-même au substantif « *fides* » nous conduit à l'idée de « foi ». La confiance aurait quelque chose à voir avec l'abandon à une transcendance, ou en tout cas à une vérité non vérifiable. Le dictionnaire nous indique qu'apparu au XIII^e siècle sous la forme de « confiance », doublet de « confidence », le mot désigne le fait de croire avec assurance, de se fier à quelqu'un ou à quelque chose. Par rapport à « foi », il serait laïc et psychologique ; il aurait plus d'analogie avec « espérance » et impliquerait un sentiment de sécurité ⁶. La notion renvoie donc, dans son origine religieuse comme dans son acception laïque, à une attitude unilatérale basée sur un sentiment et non sur la raison. On dira qu'on a toute confiance ou entière confiance en quelqu'un, qu'on lui fait une confiance aveugle, l'expression n'étant pas en soi péjorative, mais renvoyant métaphoriquement à cette dimension d'abandon.

Au fond, sur cette base, on peut penser que la notion de confiance n'a pas une qualité évidente pour le domaine juridique et on peut se demander si elle est bien appropriée pour fonder quelque principe que ce soit, dans le cadre de l'Etat de droit. Le droit n'est-il pas l'expression du contraire de la confiance ? N'est-il pas là pour donner la sécurité contre l'arbitraire (« le fait du prince », son bon plaisir) ? N'est-il pas une garantie de la raison contre les aléas du sentiment ?

L'étymologie nous donne un avertissement de l'impasse possible dans laquelle nous conduit le choix de cette idée pour fonder la construction d'une justice pénale européenne. Mais il convient de prendre acte du fait qu'elle a bien été choisie pour fonder la reconnaissance mutuelle et il importe donc de s'efforcer d'en tracer les contours.

4. Jalons pour fonder la confiance

Pour reprendre la distinction que je rappelais dans mes constats en introduction de cette réflexion entre deux positions intellectuelles divergentes, je développerai deux figures de la confiance, l'une que j'appellerai « confiante » dans la mesure où elle se satisfait de l'existence de principes, l'autre que j'appellerai « méfiante » parce qu'elle revendique de pouvoir exercer un contrôle concret sur l'application de ces principes.

⁶ REY, A. (sous la direction de), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 1992, p. 470.

A. La confiance « confiante »

La confiance peut s'établir – c'est la position exprimée par le Conseil – sur la base de l'adhésion de l'ensemble des Etats membres à un socle commun de valeurs : ce cadre de référence commun a été consacré par l'article 6 du traité sur l'Union européenne, introduit par le traité d'Amsterdam.

Cette disposition symbolique essentielle pour la construction d'une Union politique européenne prévoit que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres » (alinéa 1). Le même article continue en affirmant que « 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 » (alinéa 2).

On peut distinguer dans cette déclaration de principe trois éléments : liberté/démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Etat de droit.

En ce qui concerne les pays candidats à l'adhésion, le Conseil européen de Copenhague avait déjà arrêté – avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam – un certain nombre de critères « politiques » pour l'adhésion des Etats candidats d'Europe centrale et orientale : disposer d'« institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection ».

Y étaient déjà présents, avec des accents différents, les trois mêmes éléments : démocratie, droits de l'homme (y compris des minorités), Etat de droit (qui découle de la primauté du droit).

La question à laquelle il convient de donner une réponse est celle de savoir quelle acception concrète on peut donner à ces trois éléments, tels qu'ils forment les critères politiques de Copenhague et le socle de valeurs commun de l'article 6 du traité UE.

On ne s'attardera pas ici sur le contenu de la notion de « droits de l'homme et libertés fondamentales ». Celui-ci peut en effet être précisé de façon très fine, dans la mesure où cette notion est traduite dans un ensemble d'instruments juridiques contraignants, qui s'appliquent à l'ensemble des Etats membres, qui font eux-mêmes l'objet d'un contrôle juridictionnel par le biais de la Cour européenne des droits de l'homme. Quand on fait référence à cette notion, on renvoie par conséquent à tout un *corpus* juridique existant. Ceci étant dit, on se bornera à observer que les dispositions de la convention sont de nature programmatique et que c'est la Cour qui contribue à donner un contour précis aux droits et libertés fondamentales que contient la convention, au fil des affaires particulières qui lui sont soumises. S'il s'agit donc d'un *corpus* juridique précis et clairement identifiable, il y a lieu de voir par ailleurs que son contenu est en perpétuelle évolution. Ceci a pour conséquence qu'il n'est pas simple d'évaluer la conformité des systèmes juridiques nationaux de façon globale, à l'aune de cet étalon.

Lorsque l'on parle par contre de « démocratie » ou d'« Etat de droit », on ne dispose pas d'un même ensemble de références. Les deux notions, étroitement imbriquées, sont intrinsèquement liées au développement d'une philosophie politique

moderne, à partir de Hobbes, en passant par Locke et en particulier Montesquieu. Mais que recouvrent-elles ? Spontanément, on associe l'idée de démocratie à l'organisation d'élections libres et au multipartisme, celle d'Etat de droit au principe de la séparation des pouvoirs et à la primauté du droit ⁷.

Pour aller plus loin et tenter de cerner le sens que ces notions peuvent revêtir au sein de l'Union européenne, il peut être intéressant de parcourir le travail que la Commission a mené et continue de mener pour évaluer dans quelle mesure les Etats candidats à l'adhésion se conformaient aux critères politiques de Copenhague. Il s'agit là d'un laboratoire remarquable pour tester la transposition de ces grands principes dans une réalité concrète. C'est d'autant plus pertinent que la question de la confiance mutuelle paraît justement plus problématique, aux yeux de beaucoup, du fait de l'élargissement.

On ne développera pas ici la question de la méthodologie qui a été suivie par la Commission pour procéder à cette évaluation. Comment les informations ont-elles été collectées ⁸, par qui, et en particulier quel rôle fallait-il donner à l'opinion publique (ou à la « *public perception* ») pour évaluer la situation effective au sein des Etats candidats ⁹ et comment recueillir cette opinion... ? On se contentera de dire que, malgré l'importance des moyens déployés, le processus met un peu mal à l'aise : on ne peut en effet s'empêcher de s'interroger sur le fait de savoir qui, au fond, est habilité à poser un jugement sur le caractère suffisamment démocratique d'un système et sur la primauté suffisante du droit dans un Etat, *a fortiori* quand les critères d'appréciation sont aussi peu définis que les critères de Copenhague et que c'est à la Commission que revient le soin de préciser les paramètres à prendre en considération, de façon

⁷ Jürgen Habermas développe une distinction entre l'Etat de droit, qui s'articulerait sur la nécessité de protéger les droits subjectifs des individus et relèverait d'une approche libérale, et la dimension démocratique, qui concernerait l'exercice de libertés politiques dans un espace public politique (HABERMAS, J., *Droit et démocratie* (1992), traduction française, Paris, Gallimard, 1997).

⁸ La Commission fait état des sources suivantes : réponse des autorités nationales au questionnaire envoyé en avril 1996 par les services de la Commission, suivi de réunions bilatérales, analyses des ambassades des Etats membres et de la délégation de la Commission, évaluations d'organisations internationales (en particulier Conseil de l'Europe et OSCE), rapports d'organisations non gouvernementales... Voy. notamment Agenda 2000 – Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne, DOC/97/17, 15 juillet 1997 ; dans son rapport annuel 1998, elle y ajoute : informations par les autorités nationales sur l'état d'avancement des préparations en vue de l'adhésion depuis la publication de l'avis, présentations faites à l'occasion de réunions tenues sous les auspices de l'accord européen, programmes nationaux d'adoption de l'acquis, informations fournies dans le cadre de l'examen analytique de l'acquis, délibérations du Conseil sur l'avis, les rapports et résolutions du Parlement européen sur les avis de la Commission et, en particulier, le rapport sur la demande d'adhésion (rapport République tchèque, 1998, p. 5).

⁹ On retrouve fréquemment dans les rapports de la Commission des expressions telles que « perception publique » « mauvaise réputation » (voy. notamment Rapport Hongrie 2002, COM (2002) 700 final).

empirique, au fil de ses évaluations, selon des procédures bureaucratiques dont la légitimité n'est pas évidente ¹⁰.

Le malaise est d'autant plus grand qu'il y a une contradiction permanente dans l'exercice mené entre la prise en compte de paramètres nombreux et variés et l'évaluation générale faite par la Commission dès 1997 selon laquelle chaque Etat candidat ¹¹ présentait déjà à ce moment « les caractéristiques d'une démocratie disposant d'institutions stables garantissant la primauté du droit, les droits de l'homme et le respect des minorités et leur protection » ¹². Si le critère politique était rencontré dès 1997, pourquoi fallait-il encore consacrer tant d'effort et ce luxe d'analyses fouillées pour confirmer que quelque chose qui était déjà présent était bien présent ?

Quels que soient toutefois les doutes qu'on peut nourrir sur la méthodologie et les objectifs poursuivis, l'intérêt pour notre réflexion est de pouvoir nous faire une idée, à travers ce processus d'évaluation, sur ce qui est considéré, par les instances de l'Union, comme censé permettre d'asseoir la confiance mutuelle.

La Commission a retenu initialement (c'est-à-dire en 1997) des paramètres articulés autour du principe de la séparation des pouvoirs pour évaluer ce critère politique ¹³ : elle analyse de façon spécifique l'organisation et le fonctionnement du Parlement et du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Elle y a ensuite ajouté, dès 1998, la question transversale de la corruption et des mesures de lutte contre ce phénomène ¹⁴.

Sans souci d'exhaustivité, on épinglera quelques éléments récurrents qui ont été retenus par la Commission dans son analyse ¹⁵. En ce qui concerne le pouvoir législatif, les éléments pris en considération ont notamment été les suivants ¹⁶ : multipartisme, liberté d'adhésion aux partis, participation de l'opposition au fonctionnement des institutions et fait que l'opposition joue son rôle ¹⁷, contrôle parlementaire (par la possibilité de constituer des commissions d'enquête parlementaire), faible pouvoir de l'exécutif sur le fonctionnement du Parlement, démocratie participative (droit d'initiative législative des citoyens).

¹⁰ Ceci ne constitue nullement une mise en cause de la qualité du travail réalisé concrètement par la Commission dans ce domaine, mais du cadre conceptuel dans lequel ce travail s'est inscrit.

¹¹ Y compris la Roumanie et la Bulgarie, pourtant exclues de la première phase de l'adhésion. Voy. notamment Agenda 2000 – Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Bulgarie à la Communauté européenne, DOC/97/16, 15 juillet 1997, et Agenda 2000 – Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Roumanie à la Communauté européenne, DOC/97/16, 15 juillet 1997.

¹² Voy. notamment Agenda 2000 – Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Pologne à la Communauté européenne, DOC/97/16, 15 juillet 1997.

¹³ Voy. notamment *Ibid.*

¹⁴ Voy. notamment, Rapport régulier de la Commission sur le progrès accompli par la Pologne sur la voie de l'adhésion, novembre 1998.

¹⁵ On a choisi arbitrairement (et pour faciliter l'exercice) la majorité des exemples dans les rapports relatifs à la Pologne, mais on aboutirait à la même analyse en prenant les rapports de n'importe lequel des dix pays adhérents. D'autres rapports sont d'ailleurs également cités ici et là pour compléter le propos.

¹⁶ Voy. notamment, Rapport régulier de la Commission sur le progrès accompli par la Pologne sur la voie de l'adhésion, novembre 1998.

¹⁷ Rapport Pologne 2000, p. 16.

Pour l'exécutif, on retiendra les critères suivants: nécessité d'un statut de la fonction publique qui garantisse l'indépendance politique et la stabilité des nominations et des actions de la fonction publique, l'égalité d'accès au service public sur une base ouverte et indépendante pour assurer la continuité de l'administration¹⁸, la rémunération des fonctionnaires (qui doit permettre de garantir le recrutement et le maintien de fonctionnaires expérimentés).

Pour le pouvoir judiciaire, on retiendra la procédure de nomination et de promotion des juges, l'existence et le rôle à cet égard d'un conseil de la magistrature, la formation des magistrats, l'absence d'arriéré judiciaire¹⁹.

Enfin, en ce qui concerne la lutte contre la corruption, la Commission identifie les lacunes qui créent un environnement dans lequel la corruption peut s'épanouir: « une bureaucratie excessive mais piètrement gérée, des contrôles insuffisants, un manque de transparence et un manque général de responsabilisation »²⁰. Une stratégie centrale et intégrée, au niveau national semble nécessaire pour lutter adéquatement. Une stratégie de ce type doit être étroitement liée à une réforme administrative dotée de moyens financiers suffisants dans les services chargés du respect des lois (services de surveillance des frontières, police, douanes) de même que dans le domaine de la justice. Des règles de financement public des partis politiques sont souhaitables, de même qu'une obligation de déclaration de patrimoine (en début et en fin d'exercice) pour l'ensemble des détenteurs de mandats publics et hauts fonctionnaires publics.

Certains paramètres se renforcent l'un l'autre. Ainsi par exemple l'existence de l'arriéré judiciaire paraît être un puissant stimulant de la corruption (ou inversement). Dans son rapport 2000 relatif à la Pologne, la Commission a estimé à cet égard que « la très longue attente pour les décisions de routine des tribunaux dans les litiges en matière commerciale, y compris l'exécution des contrats, constitue un encouragement à la corruption. Le retard accumulé et le coût des actions judiciaires semblent dissuader de nombreux citoyens d'avoir recours à la justice. Associé à des cas de corruption, ce phénomène contribue à faire naître une perception généralement négative de la justice dans ce pays chez le citoyen polonais moyen qui se plaint toujours davantage de la faible efficacité du système judiciaire »²¹.

¹⁸ Rapport Pologne 1999, 2000, p. 17.

¹⁹ Pour prendre l'exemple de la Pologne, dans son rapport de 1998, la Commission constate que la durée moyenne des procédures en justice a progressivement augmenté (les retards pouvant aller jusqu'à quatre ans pour un jugement en première instance en matière civile). Les délais sont les mêmes en matière pénale, alors que la durée maximale de détention préventive est fixée à deux ans. Dans son rapport 2000, la Commission constate une amélioration sauf à Varsovie (la durée moyenne d'une procédure pénale/correctionnelle est de six mois dans l'ensemble du pays, mais de quarante à Varsovie) (Rapport Pologne 2000, p. 18). Dans son rapport 2002 sur la Hongrie, la Commission considère par contre qu'un délai de moins d'un an pour un jugement en première instance constitue un délai raisonnablement rapide (COM (2002) 700 final) du 9 octobre 2002. En Lituanie, le délai d'examen raisonnable d'un dossier pénal est de six mois (rapport 2002 (COM (2002) 700 final) du 9 octobre 2002).

²⁰ Rapport Pologne 2000, p.19.

²¹ *Ibid.*

D'autres paramètres au contraire peuvent entrer en conflit l'un avec l'autre. Ainsi, l'indépendance des magistrats peut avoir un impact négatif sur la lutte contre la corruption. La Commission note à cet égard, dans son rapport 2001 relatif à la Pologne, « que les inquiétudes que soulève la corruption au sein du système judiciaire ont suscité une réflexion plus large sur le fonctionnement du pouvoir judiciaire et, en particulier, sur la question de son indépendance. L'article 173 de la Constitution polonaise garantit l'indépendance des tribunaux, tandis que son article 178, par. 1, garantit celle des juges. En vertu de l'article 180, les juges ne peuvent pas être démis de leurs fonctions contre leur gré et, conformément à l'article 181, ils bénéficient d'une immunité pénale quasi totale (tant sur le plan professionnel que sur le plan personnel). Cette immunité ne peut être levée que par un tribunal disciplinaire composé de juges et se réunissant à huis clos. Le manque de transparence qui caractérise ce système est une source de préoccupation et rend difficile toute évaluation précise du phénomène de corruption »²².

L'énumération pourrait être longue, mais ce que je souhaitais montrer, par ce rapide survol, c'est que les paramètres retenus par la Commission sont nombreux et extrêmement variés et que leur combinatoire peut entraîner des conséquences inattendues au regard du but poursuivi. Cet état de choses résulte simplement du fait que la Commission a voulu coller à la réalité rencontrée et que, dans la réalité des faits, il n'y a pas un modèle d'Etat de droit mais que chaque Etat constitue son propre modèle. Les paramètres retenus peuvent dès lors se satisfaire de réponses profondément divergentes de la part des différents Etats. Ainsi, la représentation de la population est-elle assurée de façon plus « démocratique » (politiquement parlant et non pas sur le plan simplement numérique) par un système électoral majoritaire (à un ou deux tours) ou proportionnel (système D'Hondt ou autre)? L'indépendance de la magistrature est-elle mieux assurée si les juges sont nommés par un conseil supérieur ou par le président de la République ou le ministre de la Justice?

Par ailleurs, si l'on se réfère aux paramètres très précis dégagés par la Commission, on sera obligé de reconnaître que certains Etats qui sont déjà membres ne disposent pas nécessairement des outils dont sont dotés certains Etats candidats et que la Commission considère comme très utiles pour la consolidation de l'Etat de droit. Est-ce à dire que certains Etats membres peineraient à satisfaire au critère politique de Copenhague tel que précisé par la Commission?

En définitive, il paraît donc difficile de donner un contenu plus précis aux notions de « démocratie » et d'« Etat de droit » pour fonder la confiance mutuelle qui doit être à la base d'un espace de justice pénale européen.

B. La confiance méfiante

Quoi qu'il en soit de la possibilité de définir ou non les concepts qui devraient fonder la confiance mutuelle, certains considèrent que celle-ci ne pourra de toute façon être fondée de façon effective que si, au delà de ces principes, la garantie de leur contrôle effectif est fournie.

²² Rapport Pologne 2001, p. 22, 13 novembre 2001 (SEC (2001) 1752).

L'engagement à respecter les droits humains ne signifie pas le respect effectif de ces droits et un bref aperçu de la jurisprudence récente concernant les articles 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme montrerait que peu d'Etats européens sont épargnés par les violations des droits et libertés fondamentales. En 2001 comme en 2002, la Cour a constaté pas moins de quatre cent quatre-vingt-deux violations des droits garantis par la convention dans le chef des Etats de l'Union européenne. Même si l'on sait qu'une partie importante de ces violations concernent le non-respect du délai raisonnable en Italie, il en reste plus de cent cinquante qui concernent d'autres pays et la violation d'autres droits ²³... Comment dès lors un juge devrait-il faire confiance à la procédure ou à la décision du juge étranger quand il sait qu'il est possible que celles-ci n'aient pas respecté les droits et libertés fondamentales ?

On peut distinguer deux catégories de violation, qui appellent des analyses différentes : d'une part, il y a les violations qui découlent de l'état du droit d'un Etat partie (l'autorité a appliqué son droit, qui n'est pas conforme à la convention) ; d'autre part, il y a les violations qui ne découlent pas de l'état du droit d'un Etat partie mais qui résultent de pratiques (par exemple le non-respect du délai raisonnable en raison de l'arriéré judiciaire) ou de l'action d'autorités nationales non fondée sur le droit national (par exemple des actes inhumains ou dégradants dans le cadre d'une détention provisoire).

Le premier organe juridictionnel auquel on pense pour assurer le contrôle nécessaire pour fonder la confiance mutuelle de façon effective est la Cour de justice de l'Union européenne. Elle s'avère cependant d'un secours limité dans cette perspective et ceci à trois égards ²⁴.

Tout d'abord, son contrôle n'est susceptible de s'exercer qu'à l'égard du premier type de violation. L'article 35 par. 1 du traité prévoit que « la Cour (...) est compétente, sous réserve des conditions définies au présent article, pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application ». Par ce biais, elle pourrait être amenée à se prononcer sur la conformité aux principes de l'article 6 du traité des instruments de droit dérivé adoptés et éventuellement sur la conformité des législations nationales avec les normes de droit primaire et dérivé. Par contre, son contrôle ne pourrait porter sur la conformité des législations nationales par rapport à l'article 6 hors du cadre de la transposition d'instruments de droit dérivé. Elle serait donc sans compétence pour apprécier si une situation de fait déterminée serait ou non conforme à ce que requiert l'article 6 du traité (deuxième type de violation).

²³ Rapport annuel 2002 sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁴ BRIBOSIA, E. et DE SCHUTTER, O., « La charte des droits fondamentaux de l'UE », *JT*, 24 mars 2001, p. 281-292 ; LENAERTS, K. et JADOUL, L., « Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 208.

Ensuite, ce contrôle ne pourrait porter sur la conformité des législations nationales par rapport à l'article 6 hors du cadre de la transposition d'instruments de droit dérivé.

Enfin, le contrôle exercé par la Cour de justice sur la base de l'article 35 ne s'applique pas de façon équivalente à tous les Etats membres, compte tenu du fait que la mise en œuvre de cet article dépend de déclarations à faire par les Etats membres, par lesquelles ceux-ci acceptent la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel ²⁵.

Si l'on quitte la sphère de l'Union européenne, on constatera par contre que le respect des droits fondamentaux fait l'objet d'un autre contrôle, plus direct et plus large (qui couvre les deux types de violations envisagées): celui de la Cour européenne des droits de l'homme à la juridiction de laquelle tous les Etats membres et les futurs Etats membres sont soumis. Mais cela résout-il le problème ?

La réponse est en définitive négative. En effet, même si un droit de recours individuel est ouvert à tous et si la Cour constate les violations dans un arrêt, celui-ci présente des limites qui disqualifient le processus en tant que contrôle juridictionnel pleinement effectif.

Ainsi, en particulier, l'arrêt n'a pas d'effet direct sur la violation elle-même. Il ne peut être comparé à ce titre à un arrêt de la Cour de cassation qui annule ce qui a été mal jugé en cassant la décision attaquée. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme s'adresse d'abord à l'Etat membre concerné. Il entre dans le cadre de la mission générale de la Cour qui est « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) convention » ²⁶. Il impose une obligation de droit international à ces Etats parties: celle de « se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties » ²⁷. Les justiciables concernés ne peuvent s'en prévaloir – juridiquement parlant – pour obtenir une

²⁵ L'article 35 par. 2 dispose que « Tout Etat membre peut, par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, accepter la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1 ». L'article 35 par. 3. prévoit quant à lui qu'« Un Etat membre qui fait une déclaration au titre du par. 2 indique que: a) soit toute juridiction de cet Etat dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement; b) soit toute juridiction de cet Etat a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement ». L'Irlande et le Royaume-Uni n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 35 par. 2. et n'acceptent donc pas le recours préjudiciel. L'Espagne l'accepte, mais seulement à l'égard des affaires traitées en dernière instance, conformément à l'article 35 par. 3 a).

²⁶ Article 19 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²⁷ Article 46 par. 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

cessation de la violation. La convention prend d'ailleurs cette situation explicitement en compte lorsqu'elle prévoit un système de « satisfaction équitable », dans le cas où « la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation »²⁸.

En outre, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne à l'égard des juridictions nationales. A défaut de modification de la législation interne suite à une condamnation, les juridictions internes n'ont pas l'obligation de conformer leurs décisions ultérieures aux arrêts rendus.

Ceci est encore plus vrai pour les autres Etats parties à la convention et pour leurs autorités juridictionnelles, qui peuvent décider librement de tirer les conséquences des condamnations concernant d'autres Etats dans leur ordre juridique.

Enfin, il y a lieu de noter, en termes d'effectivité, que le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme suppose l'épuisement des voies de recours sur le plan interne, ce qui signifie, compte tenu de la durée de la procédure devant la Cour, que la décision judiciaire internationale sera nécessairement tardive par rapport au moment de survenance de la violation.

On déduira des lacunes du contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne ou par la Cour européenne des droits de l'homme que seule l'existence d'une Cour supérieure commune à l'ensemble des juridictions européennes pourrait fournir la garantie juridique permettant que la confiance soit juridiquement fondée. Chaque citoyen européen aurait la garantie que si la décision judiciaire rendue à son égard sur le plan interne d'un Etat membre devait être entachée d'un non-respect de ses droits et libertés fondamentales ou même d'une illégalité par rapport à la norme européenne applicable, il pourrait faire recours contre cette décision devant une juridiction qui pourrait annuler cette décision, sur la base de critères appliqués de façon uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Dans ces conditions, le juge lui-même, appelé à exécuter une décision étrangère par application du principe de la reconnaissance mutuelle, pourrait faire confiance dans la décision rendue par le juge de l'autre Etat membre, en sachant qu'une juridiction européenne serait appelée à en connaître le cas échéant.

5. La confiance mutuelle : une certaine vision de l'espace public politique européen

La situation semble clarifiée. Pourtant, un doute subsiste. Même si l'on sait qu'il y aura un contrôle à effet direct commun à l'ensemble du territoire de l'Union européenne, qu'est-ce qui empêchera dans ce cas que des violations des droits humains se produisent ? Rien bien entendu, comme rien ne le garantit actuellement dans les systèmes nationaux des Etats membres, et le contrôle par une juridiction pénale européenne se fera toujours *a posteriori*. L'existence de ce recours ne constituera donc

²⁸ Article 41 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

pas la garantie absolue, qui permettrait d'avoir une confiance *a priori* absolue dans les décisions concrètes rendues par les juges concrets.

Par ailleurs, on sait bien que tout le monde ne bénéficiera pas de ce recours européen. Beaucoup d'affaires se terminent en première instance. Certains justiciables n'auront pas les moyens de ce recours; ou n'en auront pas la compréhension. A l'inverse, si l'on prend les choses par l'autre bout de la chaîne, une juridiction européenne ne pourrait raisonnablement se voir investie de la responsabilité de se saisir d'office de toutes les affaires dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Ainsi, ce recours, qui assurerait la validité du système européen de justice pénale sur le plan de la légalité, pourrait ne pas satisfaire au test de l'effectivité et manquer par conséquent l'objectif d'en garantir la légitimité ²⁹.

A ce stade, la réflexion paraît dès lors bloquée. Pourtant, il ne faut pas qu'on ne se méprenne sur le sens du propos et sur les cibles de la critique. L'objectif de la réflexion était de préciser la notion de la confiance mutuelle, dans la mesure où elle a un caractère central dans la perspective de la mise en place d'une justice pénale européenne. J'ai proposé de donner successivement deux contenus à la notion de « confiance ». J'ai évoqué d'abord une confiance mutuelle « confiante » : celle qui est politiquement fondée et se base sur les orientations politiques fixées par le Conseil à la lumière du traité. J'ai développé ensuite l'idée d'une confiance mutuelle « méfiante » : celle qui serait juridiquement fondée, par l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif, qui serait exercé par une juridiction européenne s'imposant aux juridictions internes des Etats membres. Il ne s'agit nullement de contester l'importance de ces fondements politique et juridique, qui ont été développés pour donner une assise solide à la confiance mutuelle. Il ne s'agit pas non plus de dénier à la notion de la confiance mutuelle son importance dans la perspective de la mise en place d'un espace européen de justice. Mais il y a lieu de voir que ces différents concepts ne se situent peut-être pas au même niveau et qu'il s'impose probablement de revoir l'articulation qui a été établie entre eux.

L'ensemble des considérations qui précèdent poussent à penser que les fondements politique et juridique qui ont été identifiés sont bien nécessaires pour légitimer la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et la mise en place d'une justice pénale européenne. Mais ils ne sont par contre pas suffisants pour générer une confiance mutuelle. La notion de confiance ne peut servir de fondement à la reconnaissance mutuelle et à la mise en place d'une justice pénale européenne, car elle est d'un autre ordre. Dans tous les cas et de façon irréductible – ceci renvoie d'ailleurs à l'avertissement que nous adressait l'étymologie –, la confiance restera un état de la subjectivité qui ne se laissera que peu influencer par toutes les garanties politiques et juridiques qu'on voudra lui offrir. Et, pour reprendre Habermas, elle ne constituera un élément de la formation d'une justice pénale européenne que par

²⁹ Sur les critères de validité (formelle, factuelle et axiologique), voy. Ost, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 324 et s.

le biais de l'intersubjectivité supérieure des processus d'entente qui s'effectueront notamment dans le réseau communicationnel des espaces publics politiques ³⁰.

En d'autres mots, si elle est bien essentielle pour l'émergence d'un espace judiciaire européen effectif, la confiance mutuelle n'est pas un concept qui soit susceptible d'une validation de type juridique et elle ne pourra résulter que des relations concrètes et des accords mutuels qui s'établiront entre les acteurs du système, au-delà des fondations politiques et juridiques. Et dans la mesure où on ne peut postuler que c'est exclusivement la rationalité qui présidera aux choix des acteurs dans le cadre de leurs délibérations ³¹, elle dépendra beaucoup de la foi que ces acteurs auront dans le projet politique européen. Et en définitive, loin d'être à la base de la reconnaissance mutuelle dans l'ordre des causalités, la confiance mutuelle est au contraire l'élément méta-juridique qui doit résulter de l'interaction des acteurs du système pour s'ajouter aux fondements politique et juridique de la reconnaissance mutuelle et permettre le déploiement effectif d'une justice pénale européenne.

³⁰ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 323.

³¹ FERRY, J.-M., *L'éthique reconstructive*, Paris, Cerf, 1996, p. 102 ; et la critique des limites de la « raison délibérative » chez OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 529 à 533. On se permettra seulement de postuler, en suivant en cela Jürgen Habermas, que les acteurs de la justice ne sont pas « un peuple de diables » (HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 493), mais « des individus de bonne volonté désireux d'établir le lien social sur une base coopérative » (OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 529).