

# La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne ?

Daniel FLORE

## 1. Introduction

La confiance mutuelle est un concept positif et simple, du genre de ceux que le politique affectionne. Nous avançons ensemble parce que nous nous faisons confiance. Nul besoin d'aller en amont de cette confiance, qui constitue un axiome de notre action en commun en vue d'un monde meilleur. Cette rhétorique dynamique se heurte cependant au scepticisme de certains acteurs de terrain, qui sont confrontés au monde réel et non au monde des idées. Si un juge de Bruxelles peut parfois avoir des inquiétudes sur l'attitude de son collègue d'Arlon ou de Bruges, comment n'en aurait-il pas sur les décisions d'un lointain collègue, qu'il n'a jamais vu et ne verra sans doute jamais, qui statue dans un pays qu'il ne connaît pas et où il ne mettra peut-être jamais les pieds, qui n'a peut-être pas le même statut que lui, ni la même indépendance, applique un autre droit et parle une autre langue... Entre le politique et l'acteur de terrain, entre l'optimisme un rien forcé de l'un et le scepticisme éventuel de repli sur soi de l'autre, il y a le savant ou le citoyen, qui veut bien croire à la confiance mutuelle pourvu qu'elle soit basée elle-même sur des fondements raisonnables.

L'objet des pages qui suivent est de retracer la genèse de la notion de « confiance mutuelle », de montrer le rôle qu'elle joue dans la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, en particulier pour justifier le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales et d'indiquer les pistes qui permettent de fonder cette confiance mutuelle postulée ou de comprendre la place qu'elle peut occuper dans ce processus.

## 2. Le rôle de la notion de confiance mutuelle dans les textes européens

### A. La confiance mutuelle dans les textes actuels

La notion de confiance mutuelle est assez jeune dans la construction d'une justice pénale européenne. Dans les conclusions du Conseil européen de Tampere est introduit le principe de la reconnaissance mutuelle <sup>1</sup>. La notion de la confiance mutuelle qui y est sous-jacente n'y apparaît cependant pas comme telle. C'est seulement ensuite, dans le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (adopté par le Conseil en décembre 2000) <sup>2</sup> qu'apparaît le concept, comme condition de possibilité de la reconnaissance mutuelle. Il y est dit en effet que la « mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs ». « 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 ».

La notion a ainsi fait irruption à un moment donné du cheminement intellectuel et politique au sein de l'Union européenne en vue de la mise en place d'un espace de justice européen. Mais la notion préexistait à son utilisation par l'Union européenne, dans le domaine de la coopération judiciaire internationale en matière pénale au sein du Conseil de l'Europe. Ainsi, je mentionnerai, sans souci d'exhaustivité, la référence qui y est faite dès 1972 dans la convention européenne sur la transmission des procédures répressives <sup>3</sup>. Cette convention indique, dans son préambule, que les Etats parties estiment « utile d'assurer à cette fin, *dans un esprit de confiance mutuelle*, l'organisation de la poursuite des infractions sur le plan international en évitant notamment les inconvénients des conflits de compétence ».

Ce précédent et le rapprochement qu'on peut établir entre les deux utilisations de la notion sont intéressants. Comment peut-on comparer le concept utilisé en 1972 par le Conseil de l'Europe et celui repris par l'Union européenne en 2000 ? Les termes sont les mêmes, mais ce qu'ils recouvrent est-il identique ou même seulement comparable ? La confiance mutuelle envisagée entre les dix-huit Etats membres du Conseil de l'Europe en 1972 est-elle celle revendiquée entre les quinze Etats membres de l'Union européenne en 2000 <sup>4</sup> et qui justifie l'adoption d'instruments appliqués

<sup>1</sup> Point 33 des conclusions du Conseil européen de Tampere, 16 octobre 1999.

<sup>2</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JO*, n° C 12/2, 15 janvier 2001.

<sup>3</sup> Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, du 15 mai 1972.

<sup>4</sup> L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, Malte, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, la Turquie étaient les dix-huit Etats membres du Conseil de l'Europe en 1972. Douze d'entre eux étaient membres de l'Union européenne en 2000 (deux de plus en 2004). L'Islande, la Norvège et – depuis peu – la Suisse sont parties à Schengen et constituent de ce fait des partenaires privilégiés de l'UE. Seule la Turquie occupe une place à part.

entre vingt-cinq Etats membres à partir de 2004 ? On se gardera bien de répondre d'emblée à cette question, que ce soit par la négative ou par l'affirmative, car s'il est clair que les paramètres et le contexte ont changé de façon radicale dans ces trente années, cela n'a pas nécessairement pour effet d'affecter ce qui constitue le cœur de cette notion. J'y reviendrai. -- --

Pour revenir au plan de l'Union européenne, la notion de la confiance mutuelle a ensuite été mentionnée par la Cour de justice dans son arrêt *Gözütok et Brügger*<sup>5</sup> : elle y déclare, à propos de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen, que cet article « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes 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 droit national conduirait à une solution différente ». Ici, par un renversement de perspective, la confiance mutuelle est établie par ses effets : elle existe parce que la disposition concernée de la convention, qui organise une forme de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires étrangères, n'aurait pas été possible si la confiance n'avait pas existé. Là où le programme de mesures spécifiait que la reconnaissance mutuelle ne pouvait se réaliser que si une confiance réciproque existait, la Cour de justice déduit de l'existence de normes matérielles de reconnaissance l'existence antérieure d'une confiance mutuelle. Le raisonnement est d'autant plus intéressant que la Cour n'avait pas à statuer sur un instrument de reconnaissance mutuelle, mais sur une disposition d'une convention négociée en dehors du cadre des Communautés européennes, avant la naissance de l'Union européenne et reprenant largement le contenu d'une disposition d'une convention du Conseil de l'Europe de 1970<sup>6</sup>. L'ancien et le nouveau se mêlent donc décidément dans la genèse de cette notion.

Si on examine ensuite le droit dérivé, on constatera que les références à la confiance mutuelle sont pauvres, même dans les instruments touchant spécifiquement à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et – paradoxe ou non – c'est dans la décision-cadre qui a soumis à la plus rude épreuve la confiance entre les Etats membres qu'il y est fait précisément référence : la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>7</sup> postule ainsi, dans son considérant 10, que « le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres ». A part cette mention, on chercherait en vain une autre référence à cette notion dans les autres instruments de reconnaissance mutuelle déjà adoptés ou négociés<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> CJ, 11 février 2003, aff. C-385/01, C-187/01, *Procédure pénale c. Klaus Brügger, Procédure pénale c. Hüseyin Gözütok*, *Rec.*, p. I-1345 et s.

<sup>6</sup> Article 53 de la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, du 28 mai 1970.

<sup>7</sup> Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI), *JO*, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 à 18.

<sup>8</sup> Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JO*, n° L 196, 2 août 2003, p. 45-55 ; décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application

### *B. La confiance mutuelle dans le traité constitutionnel*

Si on se tourne vers l'avenir, tel qu'il est inscrit dans le traité constitutionnel, on constatera que la notion de la confiance mutuelle est désormais consacrée dans le dispositif du texte, à l'article I-42 du traité, lequel prévoit que l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment « en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».

Par un retournement remarquable, la confiance mutuelle n'y est plus le préalable de la reconnaissance mutuelle mais bien une de ses conséquences, en vue de la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle occupe ainsi une position intermédiaire entre l'un et l'autre : la mise en œuvre progressive du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires va favoriser l'instauration d'une confiance réciproque qui sera l'un des ingrédients de la réalisation effective de l'espace de justice européen. On se demandera alors où il faut chercher dans ce cas la légitimation de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle...

### *C. La confiance mutuelle en forme de question*

A l'issue de ce survol rapide des références faites à la confiance mutuelle dans le droit européen, deux questions naissent du rapprochement des textes qui viennent d'être parcourus et un étonnement. L'étonnement d'abord, c'est de constater qu'alors que la notion est perçue comme une clé de l'espace de justice européen en construction, il y soit fait peu référence et que, quand c'est néanmoins le cas, ce ne soit encore que de façon laconique. Les questions ensuite, elles, vont de pair avec cet étonnement, parce qu'elles découlent de ce laconisme.

D'abord, de qui attend-on ou postule-t-on la confiance mutuelle ? S'agit-il d'une confiance entre les Etats eux-mêmes, dans la figure de leurs gouvernements et législateurs ou d'une confiance entre les autorités qui seront chargées de l'application des normes européennes, les services de police, les autorités judiciaires... ? Le programme de mesures, en parlant de la *mise en œuvre* du principe de la reconnaissance mutuelle, paraît mettre d'abord l'accent sur les premiers, sans exclure les seconds, tandis que le traité constitutionnel vise spécifiquement les acteurs. On notera, en revanche, qu'aucun texte ne paraît s'adresser à la confiance que les individus – citoyens et justiciables – auraient dans la justice des autres Etats membres.

L'autre question – plus essentielle encore – concerne le statut de la notion de la confiance mutuelle dans le raisonnement qui entoure la construction d'un espace de justice européen. Est-elle le préalable de la reconnaissance mutuelle, à la manière d'une condition de possibilité « transcendantale », comme le laisse entendre le programme de mesures ? Est-elle au contraire une vérité antérieure qui se révélerait

---

du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; projet de décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (sur lequel le Conseil a adopté une orientation générale le 29 avril 2004).

par ses effets, par un processus de « dévoilement », comme le laisse penser l'arrêt de la Cour de justice ? Est-elle enfin une réalité qui accompagnerait la mise en œuvre progressive d'un espace de justice européen et qui se développerait sur la base de la reconnaissance mutuelle, comme semble le concevoir le traité constitutionnel ?

### 3. Les bonnes raisons de se faire mutuellement confiance

#### A. Des valeurs communes et un mécanisme de sanction

Après avoir cherché dans les textes européens le rôle qui y est assigné à la notion de la confiance mutuelle, dépassons notre perplexité et essayons de répertorier rapidement les éléments qui, dans ces mêmes textes, visent à fonder cette confiance mutuelle ou qui, même s'ils ne font pas directement référence à cette notion, contribuent cependant à l'étayer et à la justifier.

Le programme de mesures sur la reconnaissance mutuelle énumère un certain nombre de principes fondamentaux communs aux Etats membres, donnant à penser que l'attachement à ces valeurs communes constitue la justification de la confiance mutuelle qui constitue elle-même le préalable de la reconnaissance mutuelle.

Ces valeurs sont celles qui sont énoncées à l'article 6 du traité sur l'Union européenne : « 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) ; « 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).

Ces valeurs ont également constitué le critère politique de Copenhague, qui a servi de condition pour évaluer l'aptitude des pays candidats à devenir des Etats membres de l'Union, ce qu'il n'est pas sans intérêt de souligner lorsqu'on discute de la notion de confiance. Ce critère impose aux Etats candidats de disposer « d'institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection ».

On peut distinguer trois éléments dans ces valeurs communes.

Le premier, plus individuel, est celui du respect des droits humains et des libertés fondamentales. Ceux-ci se définissent par rapport à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par rapport aux principes communs des constitutions et systèmes juridiques nationaux. La référence à la convention européenne contient implicitement le renvoi aux protocoles ratifiés par l'ensemble des Etats membres, ainsi qu'à la portée donnée aux droits et libertés par la Cour européenne des droits de l'homme au fil de sa jurisprudence. La référence aux traditions constitutionnelles communes est plus ambiguë, puisqu'elle vise ce qui est commun, mais opère en même temps un renvoi à l'ordre juridique des Etats membres.

Le deuxième élément est le respect de l'Etat de droit ou de la primauté du droit. A la différence du premier, celui-ci n'est pas autrement défini par le traité, ni par d'autres textes juridiques ou politiques de l'Union. On peut entendre par ces notions

l'ensemble des mécanismes qui garantissent l'effectivité des droits subjectifs dans les relations de l'individu à l'Etat <sup>9</sup>.

Le troisième élément – qui n'est pas davantage défini – est le respect de la démocratie, qu'on peut entendre comme la garantie de l'exercice effectif de libertés politiques dans un espace public politique.

Le recours à ces concepts suscite plusieurs interrogations. Se pose d'abord la question de la portée de ces concepts eux-mêmes. Comme je viens en effet de l'indiquer, si le premier a des contours très précis, ce n'est pas le cas des deux autres. On sait précisément quels sont les droits et libertés reconnus par la convention européenne des droits de l'homme ; on peut connaître le contour que la jurisprudence a donné à chacun d'entre eux tandis qu'au-delà de quelques généralités sur l'organisation d'élections libres et la séparation des pouvoirs, on serait bien en peine de fixer les critères communs qui définiraient l'Etat de droit ou la démocratie. Il suffit de comparer rapidement les règles fondatrices des Etats membres pour réaliser que les différences sont innombrables et ne portent pas sur des points de détail <sup>10</sup>. Pourtant, tous se reconnaissent comme des démocraties et des Etats de droit soumis à la primauté du droit.

J'ai développé ailleurs cette difficulté d'établir des critères précis à ce sujet, en l'illustrant par l'exemple qui nous a été donné avec le processus d'adhésion des nouveaux Etats membres de l'Union européenne <sup>11</sup>. Au fur et à mesure du processus d'examen précédant l'adhésion, la Commission a été amenée à établir, préciser, nuancer ses critères et il est symptomatique de constater qu'elle a imposé aux pays candidats des standards qui, dans un certain nombre de cas, sont supérieurs à ceux appliqués par les anciens Etats membres. Est-ce à dire que les nouveaux Etats seraient plus démocratiques, respecteraient plus la primauté du droit et seraient dès lors plus dignes de confiance que les anciens ?

Mais la référence à ces valeurs communes pose une autre question, qui nous ramène à une réflexion déjà faite antérieurement dans ce texte. Les droits et libertés se définissent à titre principal par rapport à une convention du Conseil de l'Europe, dont sont membres quarante-six Etats. Les principes de l'Etat de droit et de la démocratie sont également des principes fondateurs de la « maison européenne » que constitue le Conseil de l'Europe. Cette institution a d'ailleurs créé, il y a près de quinze ans, une Commission pour la démocratie par le droit, commission de sages destinée à assister les Etats en transition dans le choix de leurs nouvelles règles de fonctionnement. La

<sup>9</sup> HABERMAS, J., *Droit et démocratie*, 1992, trad. fr., Paris, Gallimard, 1997, p. 295. Voy. dans le même sens RAWLS, J., *Théorie de la justice*, 1971, trad. fr., Paris, Le Seuil, 1987, § 36, p. 271 et s.

<sup>10</sup> Pensons à la relation entre l'exécutif et le judiciaire, au rôle dévolu au chef de l'exécutif, au mode de scrutin (majoritaire à un ou deux tours, proportionnel), à l'importance de la consultation populaire...

<sup>11</sup> FLORE, D., « Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle » », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 136-140.

question est dès lors de savoir en quoi l'Union européenne est différente d'autres organisations internationales, telles que le Conseil de l'Europe, qui est pourtant fondé sur les mêmes valeurs, pour justifier qu'une confiance mutuelle spécifique ouvre la voie à des mécanismes particuliers à l'Union européenne, tels que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

Il y a plus bien sûr dans le traité pour assurer l'effectivité de ce respect : le traité contient un mécanisme de sanction à l'égard des Etats membres qui ne respecteraient pas ces valeurs communes.

L'article 7, par. 1 du traité sur l'Union européenne <sup>12</sup> permet au Conseil, sur proposition motivée d'un tiers des Etats membres, du Parlement européen ou de la Commission, de constater qu'il existe un « risque clair de violation grave » par un Etat membre de principes énoncés à l'article 6, par. 1, et d'adresser à ce dernier des recommandations appropriées. Une telle décision est toutefois difficile à mettre en œuvre. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil doit en effet entendre l'Etat membre en question et peut, pour se faire éclairer, « demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'Etat membre en question ». Il doit également demander l'avis du Parlement européen. Ce n'est que sur cette base qu'il pourra statuer, ce qu'il fera à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres, et il ne pourra constater un risque de violation qu'avec l'avis conforme du Parlement européen. Reste naturellement à s'entendre sur ce que recouvrent les expressions de « risque clair » et de « violation grave ».

L'article 7, par. 2. va plus loin en envisageant l'hypothèse où le Conseil ne serait plus confronté à un « risque », mais bien au constat de « l'existence d'une violation grave et persistante » de principes énoncés à l'article 6, par. 1 du traité. La procédure prévue dans ce cas est similaire à celle prévue à l'alinéa 1, tout en étant encore plus exigeante. C'est en effet, dans ce cas, « le Conseil, réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement » (c'est-à-dire le Conseil européen dans une formation non plus politique mais décisionnelle) qui statue et il ne peut constater la violation qu'à l'unanimité. Le traité ne dit pas si cette unanimité inclut l'Etat qui fait l'objet de la procédure, ce qui viderait celle-ci de tout son effet. Le traité ne donne par ailleurs aucun élément d'appréciation du degré de gravité et de durée de la violation requis pour établir le constat prévu.

Ce n'est que dans ce dernier cas – assez hypothétique sur la base des éléments qui viennent d'être rappelés ici – que des sanctions peuvent être prises à l'encontre de l'Etat en question. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, l'article 7, par. 3. permet en effet au Conseil, statuant à la majorité qualifiée, de décider de suspendre certains des droits découlant de l'application du traité à l'Etat membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet Etat membre au sein du Conseil.

<sup>12</sup> Version consolidée du traité sur l'Union européenne, JO, n° C 325, 24 décembre 2002.

On n'ose imaginer à quel niveau la confiance mutuelle sera tombée avant qu'on n'en arrive à ce stade de la procédure et on peut raisonnablement conclure que c'est une protection bien imparfaite de la confiance entre les Etats membres.

Cela n'empêche que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen s'y réfère quand elle indique que « la mise en œuvre de celui-ci ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes énoncés à l'article 6, par. 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, par. 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article »<sup>13</sup>. Une façon de dire qu'il faut garder confiance jusqu'au moment ultime où plus rien ne la justifie.

Ici aussi, il faut noter pour terminer que l'Union européenne n'est pas seule à prévoir un tel mécanisme et que le Conseil de l'Europe connaît également une procédure de suspension, voire de retrait d'un Etat membre qui violerait massivement les droits fondamentaux, à l'article 8 du statut de cette organisation<sup>14</sup>. La question de l'effectivité de cette procédure se pose cependant en des termes analogues à ceux dans lesquels elle se pose pour l'Union européenne. Néanmoins, ceci conduit à conclure qu'à cet égard non plus, le régime juridique de l'Union européenne ne se distingue pas de celui du Conseil de l'Europe d'une manière telle que cette différence justifierait par elle-même qu'une confiance s'instaure dans l'une sans pouvoir s'instaurer semblablement dans l'autre.

### ***B. Des valeurs communes et un mécanisme de sanction (II) : après le traité constitutionnel***

Si l'on se tourne à nouveau vers l'avenir, le traité constitutionnel nous apporte-t-il quelque chose pour consolider les raisons de notre confiance réciproque ? La réponse est qu'il ne crée rien de neuf, mais qu'il donne un poids différent aux éléments déjà existants dans l'ordre juridique actuel de l'Union européenne.

Tout d'abord, l'article I-2 sur les valeurs de l'Union affirme que : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Cette disposition constitue une amplification de l'article 6, par. 1 du traité actuel.

<sup>13</sup> Lire articles 7, par. 2 et 7, par. 3., au lieu de 7, par. 1 et 7, par. 2, suite à l'entrée en vigueur du traité de Nice.

<sup>14</sup> Statut du Conseil de l'Europe, Londres, 5 mai 1949, « Article 8 – Tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 [principe de la prééminence du droit et principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales] peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même ».



Elle y introduit des notions complémentaires qui en enrichissent la perception. Elle introduit également l'idée que ces éléments constituent des « valeurs communes ».

L'article I-9 sur les droits fondamentaux est d'une tout autre importance. D'abord, il dispose que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II ». Cette disposition clôt la controverse sur la force juridique contraignante ou non de la charte adoptée en 2000 <sup>15</sup>.

Ensuite, il prévoit que l'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en précisant que cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution.

Enfin, il rappelle que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux », ce que dit déjà l'article 6, par. 2. du traité actuel.

Les deux premiers changements sont fort importants, dans le contexte de notre réflexion sur les bonnes raisons de notre confiance mutuelle. Ils consolident celle-ci puisque le premier consacre le fait que les droits, libertés et principes de la charte constituent du droit de l'Union – ce qui permet d'en exiger le respect et impose à la Cour de justice de contrôler celui-ci – et que le second, en soumettant l'Union aux droits et libertés de la convention européenne des droits de l'homme, la soumet du même coup au contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est difficile d'apprécier *a priori* la portée de tels changements, mais on en perçoit d'emblée l'importance non seulement symbolique, mais également conceptuelle et juridique. Reste bien sûr – pour ce qui est du second point – que le traité constitutionnel prévoit le principe de l'adhésion, mais que celui-ci devra faire l'objet d'une décision politique du Conseil après l'entrée en vigueur du traité pour que l'adhésion se réalise effectivement.

Dans le titre IX de sa partie 1, le traité confirme par ailleurs que l'appartenance à l'Union implique le respect des valeurs de l'article I-2 et que l'Union est ouverte à tous les Etats européens qui respectent les valeurs visées à l'article I-2 et s'engagent à les promouvoir en commun. Pour le surplus, l'article I-59 reprend le mécanisme de suspension et de sanction prévu par l'article 7 du traité actuel, en cas de « risque clair de violation grave des valeurs de l'article I-2 d'une part ou d'existence d'une violation grave et persistante de ces valeurs d'autre part ».

### C. *Subsidiarité et proportionnalité*

Trouve-t-on dans les textes d'autres éléments qui puissent être utilisés pour renforcer notre confiance mutuelle ? En parcourant les textes, j'ai trouvé deux

<sup>15</sup> La charte a été proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2001, par les présidents du Conseil, du Parlement européen et de la Commission. *JO*, n° C 364/1, 18 décembre 2000.

éléments qui ont été avancés, l'un concernant la subsidiarité et la proportionnalité, l'autre relatif à l'harmonisation.

Subsidiarité et proportionnalité tout d'abord. Le quatrième considérant de la décision-cadre sur le gel de biens ou des éléments de preuve, repris par le neuvième considérant de la proposition de décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation, affirme que « la coopération entre des Etats membres, fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution immédiate des décisions judiciaires, repose sur la certitude que les décisions à reconnaître et à exécuter sont toujours prises dans le respect des principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité ». Le principe de légalité renvoie à ce qu'on a dit précédemment de l'Etat de droit et de l'article 6 du traité. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité, tels qu'ils sont utilisés ici, sont des principes généraux de droit.

Si les concepts sont donc familiers, il n'en reste pas moins que la « certitude » du respect de ces principes constitue un nouveau postulat que rien ne vient justifier. Pourquoi serions-nous certains que ces principes seront appliqués ? Et, quand bien même ils le seraient, le fait de savoir que les décisions prises par un juge ne concerneront un autre Etat membre qu'à défaut pour ce dernier de pouvoir les exécuter sur son propre territoire (subsidiarité) et qu'elles ne dépasseront pas ce qui est strictement nécessaire (proportionnalité) suffit-il à donner confiance dans le contenu de ces décisions et dans la manière dont elles ont été rendues ?

#### ***D. Harmonisation des droits et des garanties procédurales***

Le dernier élément invoqué pour renforcer la confiance est celui de l'harmonisation des droits <sup>16</sup> ? L'argument concerne tant le droit matériel que le droit procédural. En tant qu'il touche au droit matériel, il consiste à dire que plus les droits matériels seront harmonisés, plus les incriminations et les sanctions des droits nationaux seront rapprochées, moins la question de la double incrimination se posera et plus il sera facile d'accepter l'exécution de la décision étrangère, sur la base de la certitude que le fait donnerait lieu également à sanction s'il devait être jugé par les autorités de l'Etat d'exécution. Pour le droit procédural, l'idée est que le fait pour une autorité nationale de savoir que la décision rendue dans un autre Etat a été entourée des mêmes garanties que celles qui l'auraient accompagnée si elle avait été rendue par cette autorité serait de nature à donner confiance dans le bien-fondé de cette décision.

On comprend bien ces arguments et ils renvoient à une évidence du sens commun. C'est la différence qui trouble la conscience, tandis que la fusion dans le même endort le doute. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si l'argument est bien pertinent dans le contexte institutionnel actuel, dès lors que les traités (actuel et futur) ne prévoient pas de réelle harmonisation, mais seulement l'établissement de minima communs. On ne parle même pas ici du caractère superficiel et parfois fallacieux <sup>17</sup> du rapprochement effectué.

<sup>16</sup> WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 144 et s.

<sup>17</sup> FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 122-123.

Cette exigence d'harmonisation se heurte également à la volonté fortement affirmée dans le traité constitutionnel de respecter la diversité juridique dans la construction européenne. L'article III-257, par. 1 – disposition générale relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice – affirme très clairement que l'Union constitue cet espace, notamment dans le respect « des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres ». L'article III-270, par. 2. qui porte précisément sur la possibilité d'établir des règles minimales communes dans le domaine procédural, dans la perspective de la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires, énonce aussi très clairement et dans le même sens que ce rapprochement tient compte « des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres ». En outre, les articles III-270 et III-271 prévoient un mécanisme garantissant le respect de ces différences en permettant à tout Etat membre qui estime qu'un projet porte atteinte aux « aspects fondamentaux de son système de justice pénale » de faire suspendre la procédure d'adoption de l'instrument contesté. La confiance doit donc pouvoir se penser et se construire dans la différence.

#### **4. Confiance et effectivité : de l'effectivité des valeurs à l'effectivité de la confiance**

L'existence de droits, de valeurs communes, de garanties est nécessaire pour assurer l'esprit, et elle suffit à ceux qui ont la confiance « confiante », mais elle n'est pas suffisante pour convaincre les prudents ni les sceptiques. Ces valeurs ne « valent » en effet que si elles sont effectives et le mécanisme de contrôle politique de leur effectivité qui est offert par l'article 7 du traité est bien trop hypothétique pour rassurer.

Le respect de ces valeurs doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel adéquat et la constatation du non-respect éventuel doit pouvoir faire l'objet d'une sanction juridictionnelle immédiate. C'est seulement sur la base de cette garantie que des esprits rationnels pourront considérer qu'il est raisonnable de s'accorder mutuellement confiance. Je ne m'étendrai pas sur cet aspect qui sera développé ultérieurement dans cet ouvrage. Je me bornerai à rappeler le constat que j'ai dressé ailleurs à ce sujet <sup>18</sup>, qui est que le contrôle actuel par les organes juridictionnels internationaux existants, qu'il s'agisse de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme, ne répond pas aux caractéristiques d'un contrôle juridictionnel plein et est dès lors insuffisant.

Mais quoi qu'on en pense – et quand bien même on serait convaincu du caractère satisfaisant des contrôles actuels –, la conclusion qu'on pourra tirer à cet égard sera largement irrelevante par rapport à l'objet qui nous occupe. L'existence de contrôles adéquats pourra remédier aux violations éventuelles des droits fondamentaux, elle ne pourra pas les prévenir. Aucun texte, aucun juge ne pourra empêcher que des droits et libertés ne soient pas respectés, que des garanties soient ignorées, que des valeurs soient bafouées. Et de ce point de vue, aucune confiance ne sera jamais réellement

<sup>18</sup> FLORE, D., « Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle » », *op. cit.*

légitime. La confiance se présente dès lors nécessairement comme un pari, quelque chose qui fait fi de la réalité, en s'accrochant à une vérité antérieure, et qui résistera au déni éventuel du concret.

##### **5. La confiance mutuelle comme horizon de l'espace de liberté, de sécurité et de justice**

Les textes nous laissent sur notre faim. Il faut nous faire notre propre doctrine au sujet de cette notion centrale, qui pourtant refuse de se laisser cerner. Je dirai les choses suivantes.

A l'issue de cette brève réflexion, la confiance mutuelle est une notion qui paraît infondable. Les critères que j'ai parcourus précédemment sont certes nécessaires pour lui donner un fondement juridique et politique – pour qu'il soit raisonnable d'avoir confiance – mais ne suffisent pas à établir une confiance effective entre les acteurs du système de justice pénale – à faire en sorte que les acteurs se fassent effectivement confiance.

La confiance mutuelle, sans pouvoir être un préalable pensé, doit néanmoins préexister : s'engager sur le chemin de la reconnaissance mutuelle implique l'existence d'une confiance mutuelle antérieure à cet engagement. De ce point de vue, le caractère abrupt de la référence par la Cour de justice à la confiance mutuelle donne une idée juste de la notion.

La confiance mutuelle est par ailleurs nécessaire : son effectivité seule pourra assurer la mise en œuvre concrète et effective du principe de reconnaissance mutuelle, parce qu'elle sera la garante de la participation active des acteurs du système de justice pénale, sans lesquels ce principe resterait lettre morte malgré tous les textes qui auraient pu être adoptés en son nom.

La confiance mutuelle est enfin évolutive : elle ne peut reposer entièrement sur des critères objectifs, mais relève de façon essentielle de l'intersubjectivité : elle est le résultat d'ajustements permanents entre les acteurs au sein de l'espace commun de justice<sup>19</sup>. C'est ce qui fait qu'on peut se faire plus confiance quand il y a moins de raisons objectives de se faire confiance et se faire moins confiance quand on a plus de raisons objectives de se faire confiance, simplement parce que le degré d'attente contenu dans cette confiance a augmenté plus vite que la capacité du système de s'adapter à cette attente. Et c'est au fond une évolution dont on peut se réjouir.

Pour ouvrir la réflexion, plutôt que de la conclure, j'aurais envie de dire que la confiance mutuelle, fondement impensé de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en est l'horizon, toujours présent, qui nous accompagne et toujours se dérobe et nous oblige sans cesse à élever notre niveau d'exigence, quant à ce que nous voulons atteindre et aux moyens que nous voulons mettre en œuvre pour y parvenir.

---

<sup>19</sup> En référence à la réflexion de HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 323.