

# Les droits de la défense dans l'espace judiciaire européen

**Bertrand FAVREAU<sup>1</sup>**

**CATANIA**

**10 juin 2005**

Action Jean Monnet  
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania

*« L'épée sans la balance serait la force brutale ; la balance sans l'épée serait l'impuissance du droit ; l'une ne peut aller sans l'autre ; il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance »*

**Rudolf von Jhering.**

On dira un jour que c'est la naissance de l'espace Schengen en 1985, presque par hasard, sur fond d'un accord Mitterrand-Kohl préoccupés de trouver une solution aux grèves des chauffeurs-routiers, qui a joué un rôle d'accélérateur dans l'émergence d'une procédure pénale européenne. Entré en vigueur en 1995, et complété par la Convention d'application du 19 juin 1990, l'accord de Schengen prévoyait comme contre partie, le renforcement de la coopération policière et judiciaire pour lutter contre la criminalité. Une entraide judiciaire pénale renforcée naissait dans l'Europe communautaire et allait être progressivement mise en place dans des domaines tels que les échanges de pièces de justice, l'extradition, la transmission des jugements répressifs et la création d'un système commun automatisé d'échanges d'informations (le « Sis » ou Système d'Information Schengen). Ainsi alors que la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg ne disposait pas en principe de compétence en matière pénale, - la construction de l'espace pénal européen procédant du « troisième pilier » de l'Union européenne créé par le traité de Maastricht en 1992 - l'espace judiciaire infra-européen créé entre les "Etats Schengen" est-il devenu l'institution de référence pour le renforcement de la coopération dans les domaines de la sécurité, de la police et de la justice, comme le montre les décisions Gözütok et Brügge de 2003.

S'il nous fallait, dater à tous prix le véritable lancement de la coopération judiciaire pénale entre les Etats membres des Communautés européennes, force serait donc de se référer à cette année 1985, qui est aussi la date de l'initiative italienne qui a redonné vie au groupe d'experts de coopération judiciaire des Douze, qui - alors qu'il n'existait pas de cadre organisant une telle coopération judiciaire en matière pénale entre les membres de la Communauté européenne - a permis d'élaborer plusieurs conventions pénales nouvelles sur la transmission des procédures rogatoires, sur l'exécution des condamnations pénales étrangères, sur la simplification et la modernisation des modes de transmission des mesures d'extradition, etc...

C'est le traité d'Amsterdam qui a promu au rang des objectifs de l'Union européenne, son développement « *en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en*

---

<sup>1</sup> Président de l'Institut des Droits de l'Homme des Avocats Européens.. Conférence prononcée à l'Université de CATANE, le 10 juin 2005, dans le cadre du colloque Action Jean Monnet '*L'espace de liberté, de sécurité et de justice à la recherche d'un équilibre entre priorité répressive et exigence de garantie.* »

*matière [...] de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* »<sup>2</sup>. En intégrant l'acquis de Schengen dans le Traité, en rénovant le titre VI du Traité sur l'Union européenne consacré aux «dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale» et en engageant l'Union sur le terrain des droits fondamentaux, le Traité d'Amsterdam a offert les bases de la mise en place de la coopération judiciaire. Par la création de l'article 31 T.U.E. relatif à la coopération judiciaire, il a instauré son fondement juridique. Car, l'idée de bâtir un espace judiciaire européen n'est pas récente puisque c'est à l'occasion du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1977, qu'il a été envisagée pour la première fois enrichir la construction de l'Europe d'un nouveau concept, celui de « l'espace judiciaire ».

Liberté, sécurité, justice : On connaît depuis longtemps l'équivoque profonde qui s'attache aux dispositions ou législations voulant marier – ne serait- ce que dans leur intitulé - les valeurs de sécurité et de liberté, voire de justice. L'intitulé d'Amsterdam repris par le projet de «constitution» n'échappe pas à la règle. Si l'on revisite les jalons textuels de la coopération intergouvernementale en matière pénale, il faut bien admettre que tous avaient presque exclusivement une connotation répressive. Il s'agit en matière pénale plus d'un espace de répression que d'un espace de défense. Depuis les années 1970, la volonté de réaliser un véritable espace européen de justice était de lutter efficacement contre la criminalité à l'échelle de l'Union. La démarche de Tampere n'échappe pas à cette logique répressive puisqu'il s'agit de faire en sorte que « *les auteurs d'infractions ne doivent pouvoir, par aucun moyen, mettre à profit les différences entre les systèmes judiciaires des États membres* »<sup>3</sup>.

Unifier les règles de procédure pénale sur un territoire obéit incontestablement à cette logique répressive. Que les frontières entravent l'action punitive, cela on le sait depuis l'Antiquité. Edward Gibbon, dans son Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire romain, rappelait que « L'Europe ... partagée en différents États indépendants **est un avantage bien précieux pour la liberté du genre humain** ».

Cette connotation n'est pas prête de s'estomper puisque la procédure européenne ne progresse que par à-coups, au gré notamment des grands événements du monde et de la prise de conscience de l'impuissance des outils de droit interne et de la coopération intergouvernementale<sup>4</sup>.

Des juristes comme Lapradelle dans son ouvrage *La Frontière*, resté justement célèbre, ont montré qu'en matière de droit, les zones frontières étaient des espaces où des régimes juridiques particuliers s'appliquaient. Ce faisant, son propos fut de rechercher, après avoir écarté les aspects politiques du problème, la réalité objective et statique de la frontière, ce que permet la discipline juridique. La frontière est et demeure "***une circonscription spatiale de droits exercés***", ***dotée d'institutions spécifiques*** »<sup>5</sup>. Dès lors qu'il s'agit de substituer aux relations de coopération classique entre États membres un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale aucun système ne peut offrir de garantie sans respect du principe de territorialité européenne.

<sup>2</sup> Article 2 TUE.

<sup>3</sup> Conclusion n°5 de la Présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

<sup>4</sup> Voir Henri LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires inérieures et la Conférence intergouvernementale*, Revue Trimestrielle de droit européen n° , 1997, p. 125.

<sup>5</sup> Voir Paul de LAPRADELLE, *La Frontière*, Étude de Droit international, Paris, Les éditions internationales, 1928.

En marge, est né au milieu des années 1990, le projet « Corpus Juris » et son système intégré de procédure pénale novateur en matière de garanties, qui préconisait, dans une approche « communautaire » une pénétration verticale de l'ordre juridique européen dans les systèmes des Etats membres avec la création d'un Procureur européen et pour la première fois d'une territorialité européenne en matière pénale. Il définissait les huit infractions punissables, mais détaillait également les droits de la défense et les règles d'administration des preuves en tenant compte des moyens de télécommunication et en intégrant tous les acquis européens et internationaux en matière de droits de la défense, le principe de la garantie judiciaire inscrit notamment dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'une des composantes de la démocratie. Et il réservait une place non négligeable aux avocats et aux droits de la défense depuis le contentieux de la liberté, mais aussi tout au long du déroulement de la procédure contradictoire, allant même jusqu'à l'exclusion de preuves obtenues au mépris des dispositions des principes qui les dictaient et à fixer des délais stricts de durée des procédures<sup>6</sup>. Une autre logique allait prospérer.

La question de l'harmonisation des garanties procédurales demeurait délicate – avant le vote du projet de Constitution - puisqu'il n'existe pas de base juridique spécifique ou explicite : l'article 31 du traité UE concerne la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres et l'élaboration des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales. C'est pour cette raison que certains Etats membres ont parfois soutenu que, faute de mention précise, l'Union n'avait pas compétence pour traiter cette matière. Aussi, plutôt qu'une harmonisation préalable des règles de procédure, l'Europe a-t-elle choisi une autre voie l'approfondissement de la coopération dans une approche horizontale - déjà évoquée au sommet de Cardiff, en 1998, mais apparue au grand jour lors du Conseil européen de Tampere d'octobre 1999 : le principe de la reconnaissance mutuelle qui allait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire tant civile que pénale. A une territorialité européenne assortie de la garantie judiciaire européenne a été préférée une coordination des garanties judiciaires dispensées par chaque Etat membre, fondée sur un postulat : la « confiance mutuelle qui présuppose l'égalité absolue entre les systèmes et les décisions judiciaires ( quelle que soit leur nature) ce qui signifie que chaque état accorde une garantie équivalente et doit donc reconnaître l'autorité des actes émanant des autorités judiciaires des autres Etats.

Cette garantie judiciaire dans quelle circonscription s'exerce-t-elle ? La reconnaissance mutuelle implique que, même si un autre Etat peut ne pas traiter une affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre Etat, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalents aux décisions de ce dernier. La frontière pénale reste donc une réalité. Il s'agit d'une territorialité morcelée, qui demeure encore sans principe régulateur, en l'absence de juridiction pénale européenne et qui repose sur la garantie judiciaire offerte par chaque état et dans chaque état : une grille commune s'appliquant à tous les systèmes tout en maintenant les disparités. A la date où je parle, c'est à l'aune de cette philosophie que doit s'envisager la procédure pénale, dans l'incertitude qui pèse sur le sort du « traité constitutionnel » qui veut (ou voulait) lui donner une base légale (article 270) à et une série de droits procéduraux à garantir et à promouvoir, européenne. D'où la diversité des lectures que chacun peut faire – et ce Colloque n'en a point été avare - en fonction de la conception qui est la sienne de son propre système judiciaire. Tous les ingrédients du souverainisme judiciaire

---

<sup>6</sup> Voir Bertrand FAVREAU, « Les garanties pour la sauvegarde des droits de la défense dans le Corpus Juris 2000 » in *Il defensore e il pubblico Ministero Europeo a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo*, Milano, CEDAM, 2002, pp.109-125.

sont réunis. Le plus difficile n'est il pas de reconnaître la justice de l'autre ou de se reconnaître dans la justice de l'autre ?

Six ans après Tampere, si un certain nombre de mesures permettent le rapprochement de systèmes juridiques<sup>7</sup>, la culture nationale (en matière de sécurité et de justice) reste animé d'une méfiance mutuelle quant à l'efficacité et au respect des libertés individuelles de la part de chacun des systèmes étrangers. N'a-t-on pas vu la High Court britannique indiquer que le statut de la France en tant que signataire de la CEDH ne pouvait être invoqué pour répondre totalement aux plaintes relatives au caractère équitable<sup>8</sup> ou la Cour d'appel de Pau en France refuser de faire droit à une demande d'extradition présentée par l'Espagne au motif qu'on soupçonnait qu'un co-défendeur avait été «torturé» par des agents de police espagnols<sup>9</sup>.

## **I – LES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURE PENALE EUROPEENNE**

En l'absence de compétence explicite dans les traités concernant le respect des droits de l'homme dans les procédures répressives, la Cour de justice a joué un rôle de pionnier en faisant observer la bonne application d'un ensemble de garanties procédurales en référence aux principes généraux du droit. C'est elle qui a imposé le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire en se fondant sur l'article 6 du traité sur l'Union européenne en vertu duquel «l'Union est fondée sur le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit, et que l'UE respecte les droits fondamentaux, tels qu'issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres, et tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

L'espace de « liberté, de sécurité et de justice" (ELSJ) s'insère donc dans un cadre de règles émanant des instruments internationaux, notamment européens : la CEDH parfaitement transposée dans le droit des Etats membres, mais aussi dans la Charte (provisoirement ?) non contraignante qui, dans son chapitre «Justice » qui garantit les droits judiciaires fondamentaux, ce qui implique notamment à la charge l'Union et de tous les Etats membres :

- un système strict de contrôle de la liberté par un Juge indépendant.
- le respect des droits de la défense dès l'inculpation (accès au dossier, etc.), lors de l'instruction et du déroulement du procès.
- l'application scrupuleuse du principe de l'égalité des armes, lors de l'instruction et lors de la phase de Jugement ainsi que de la proportionnalité
- la loyauté de l'obtention des preuves.

### **A/ LA GARANTIE JUDICIAIRE OU LE DROIT AU JUGE :**

<sup>7</sup> En juillet 2000, les ministres de l'Intérieur réunis à Marseille, avaient annoncé pour la fin 2004, l'achèvement de la mise en oeuvre de l'espace judiciaire européen. Au total, dix-neuf conventions, vingt-six actions communes, onze décisions-cadre, neuf décisions et sept positions communes ont été adoptées, pourtant force est de le constater ou de le déplorer : un tel espace – à supposer qu'il y ait un accord sur son contenu - n'existe pas davantage que la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires des Etats membres.

<sup>8</sup> R v. Secretary of State ex parte Ramda (27 juin 2002),

<sup>9</sup> affaire Irastorza Dorronsoro, arrêt du 16 mai 2003

La question de l'harmonisation des garanties procédurales est toujours apparue comme délicate dans la mesure où il n'existe pas à ce jour de base juridique spécifique : l'article 31 du traité UE concerne la compatibilité des règles applicables dans les États membres et l'élaboration des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales. C'est justement pour cela que certains États membres ont toujours refusé que, faute de mention précise, l'Union n'ait pas compétence pour s'occuper d'une telle matière.

Concernant "l'Etat de droit" la CJCE a depuis longtemps consacré comme principes généraux du droit, le principe de légalité et le principe de contrôle juridictionnel destiné à en assurer le respect<sup>10</sup> de même que le principe du respect des droits de la défense<sup>11</sup>

L'article 6 § 2 du Traité UE met au même niveau les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de 1950 et les principes généraux du droit communautaire tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Le principe est donc que la Communauté européenne est dans l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Les États membres ne sont liés par les normes minimales que contiennent ces droits que lorsqu'ils appliquent le droit communautaire<sup>12</sup>.

Le principe de la garantie judiciaire, également inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5 et 6) et considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'une des composantes de la démocratie, constitue un principe général du droit communautaire. Le premier droit de l'accusé est donc bien "le droit d'avoir un accès concret et effectif à un tribunal"<sup>13</sup>. Et cela entraîne des obligations pour les états. C'est en ce sens que la Cour rappelle que "...l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et "il n'y a [...] pas lieu de distinguer entre actes et omissions"<sup>14</sup>. Or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements<sup>15</sup>. L'effectivité supposant, en outre, qu'il ne soit pas utilement empêché pas la complexité de la procédure ou par le coût<sup>16</sup>, ce qui implique que les limitations toujours laissées à la marge d'appréciation des états ne peuvent en aucun cas « restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même et à condition qu'il « existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », ou d'une façon plus générale qu'il ne soit pas empêché "de se prévaloir d'un recours existant et disponible" en subissant "une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal. »<sup>17</sup>

Dès lors qu'il s'agit de définir la substance du droit, la jurisprudence de la Cour cisèle le profil d'un juge parfait. Au nom de la prééminence du droit elle exige un juge aussi

<sup>10</sup> CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, 22/70, p. 263.

<sup>11</sup> CJCE, 10 mars 1970, *Commission c. Italie*, 7/69, p. 117), le principe d'une bonne administration de la justice (CJCE, 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle*, 63/72, p. 1229.

<sup>12</sup> [article 10 (5) du traité CE] (voir Cour de justice/Kremzow/République d'Autriche du 29.5.1997, Recueil I-2629, points 15 à 19).

<sup>13</sup> *CEDH Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18

<sup>14</sup> *CEDH Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 15, § 31, et l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 10 mars 1972, série A n° 14, p. 10, § 22.

<sup>15</sup> *CEDH Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32 § 24

<sup>16</sup> *CEDH - Airey c Irlande* du 9 octobre 1979 § 24.

<sup>17</sup> *CEDH Levages Prestations Services c. France* du 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, p. 1543, § 40 ; *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne* du 19 décembre 1997 § 33 et *Garcia Manibardo c. Espagne* du 15 février 2000

indépendant et impartial – « notions étroitement liées" ainsi que la Cour dit parfois - que possible.<sup>18</sup>

Pour s'assurer de son indépendance, elle se réserve d'apprécier le mode de nomination, la présence de magistrat professionnel, la durée de leur mandat, leur irrévocabilité, de rechercher l'impossibilité juridique de leur donner des ordres. Quant à l'impartialité, elle recherche du juge le plus neutre possible un juge dont les éléments de personnalité, les choix personnels, les précédents ne puisse interférer dans la transparence du processus qui aboutira à la décision judiciaire. La Cour retient rarement une appréciation subjective, essayant de déterminer la conviction et le comportement personnels de tel juge en telle occasion, lui préférant une approche purement objective qui la conduit à se demander si, indépendamment de la conduite du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité en recherchant si le juge ou la juridiction offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.<sup>19</sup> Et à ce titre, la Cour attribue une importance aux apparences autant qu'à la sensibilité accrue aux garanties d'une bonne justice<sup>20</sup>. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable, l'optique de l'accusé entrant en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées<sup>21</sup>. Ainsi, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Impartialité: l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience<sup>22</sup>.

Mais le droit d'accès à un Tribunal a une incidence sur les pouvoirs conférés par les textes à ce tribunal lui-même :Il n'y a ainsi de procès équitable que s'il y a "un organe judiciaire" disposant d'une "plénitude de compétence du juge pour apprécier tous les éléments permettant de donner une solution au litige".<sup>23</sup>

La Cour de Luxembourg, de son côté, se fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et sur les articles 6 et 13 de la CEDH pour reconnaître le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente<sup>24</sup> *L'accès au juge est un des éléments constitutifs d'une communauté de droit et il est garanti dans l'ordre juridique fondé sur le*

<sup>18</sup> CEDH *Pullar c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996

<sup>19</sup> CEDH arrêts *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, § 46, et *Thomann c. Suisse* du 10 juin 1996, Recueil 1996-III, p. 815, § 30

<sup>20</sup> CEDH *Piersack c. Belgique* du 1er octobre 1982, série A n° 53, pp. 14-15, § 30; *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, série A n° 80, pp. 39-40, § 18 ; *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, série A n° 84, p. 20, § 42; *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, série A n° 86, p. 14, § 26; *Bönisch c. Autriche* du 6 mai 1985, série A n° 92, p. 15, § 32; *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, série A n° 132, p. 30, § 67; *Hauschildt c. Danemark* précité, p. 21, § 48; *Langborger c. Suède* du 22 juin 1989, série A n° 155, p. 16, § 32 ; *Demicoli c. Malte* du 27 août 1991, série A n° 210, p. 18, § 40; *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, série A n° 211, p. 21, § 44, *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, série A n° 214-B, p. 31, § 24

<sup>21</sup> CEDH *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, Recueil 1996-III, pp. 951-952, § 58

<sup>22</sup> CEDH *Hauschildt c. Danemark* précité, p. 22, § 50 ; *Nortier c. Pays-Bas* du 24 août 1993, série A n° 267, p. 15, § 33 ; *Saraiva de Carvalho c. Portugal* du 22 avril 1994, série A n° 286-B, p. 38, § 35. (Ce qui n'est pas le cas d'un le juge-commissaire a pris certaines décisions durant la phase d'observation (ordonnances de gestion des sociétés, de licenciement et de mesures conservatoires :CEDH *Morel c. France* du 6 juin 2000 n° 34130/96 § 45).

<sup>23</sup> CEDH - *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, série A n° 58

<sup>24</sup> CJCE *Johnston*, du 15 mai 1986, 222/84, Rec. P. 1651, point 18).

*traité CE du fait que celui-ci a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions*<sup>25</sup>.

## **B/ LES GARANTIES SPECIFIQUES ACCORDEES AU SUSPECT : LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DE L'ARRESTATION ET DE LA DÉTENTION**

Le premier rôle de l'avocat est naturellement d'intervenir dans le contentieux de la liberté. Ce rôle doit s'analyser au regard des acquis de Strasbourg et notamment du droit à la présomption d'innocence et du droit à la liberté et à la sûreté.

### **Les acquis du droit européen concernent :**

#### **o la notification du contenu des charges**

Ainsi que l'a dit la Cour de Strasbourg, l'article 6 § 3 a) de la Convention reconnaît à l'accusé le droit d'être informé « dans le plus court délai » non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation ou encore « de la base juridique et factuelle des reproches formulés<sup>26</sup> » mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits d'une manière détaillée, condition essentielle de l'équité de la procédure<sup>27</sup>. La Cour a rappelé dans l'affaire *Dallos c. Hongrie* (sans constater de violation) qu'« en matière pénale, le droit d'être informé complètement et en détail sur les charges qui pèsent contre lui, et par voie de conséquence de la qualification juridique que la juridiction serait appelée à leur donner est une formalité essentielle pour vérifier que le droit à un procès équitable a été respecté ».<sup>28</sup>

#### **o Le contrôle de la légalité de l'arrestation et de la détention**

La procédure doit conférer toutes les garanties que la Cour européenne des droits de l'Homme a plusieurs fois eu l'occasion de rappeler : la détention doit avoir lieu « selon les voies légales » et « être régulière » pour respecter l'article 5 § 1 et il doit y avoir une conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 qui est - on le sait - de protéger l'individu contre l'arbitraire.<sup>29</sup> Etant précisé, selon la jurisprudence constante de la Cour, que la "légalité" d'une "arrestation ou détention" s'apprécie sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1.<sup>30</sup>

Cela signifie également, que conformément à l'article 5 § 3 de la Convention, il doit s'agir d'une détention fondée sur des motifs pertinents et suffisants mais qui résistent à l'épreuve du temps.

<sup>25</sup> CJCE arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, Rec. P. 1339, point 23.

<sup>26</sup> CEDH - *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, série A n° 168, pp. 36-37, § 79

<sup>27</sup> CEDH - *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, [GC], no. 25444/94, § 51, CEDH 1999-II ; *Mattoccia c. Italie* du 25 juillet 2000, n° 23969/94, §§ 62-72, CEDH 2000-IX 59.

<sup>28</sup> CEDH - *Dallos c. Hongrie* du 1er mars 2001 § 47

<sup>29</sup> CEDH : *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, série A n° 33, pp. 17-18 et 19-20, §§ 39 et 45 ; *Bizzotto c. Grèce* du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*, p. 1738, § 31 et *Aerts c. Belgique* 30 juillet 1998 § 46.

<sup>30</sup> CEDH : *Weeks* du 2 mars 1987, série A n° 114, p. 28, § 57 et *Brogan et autres c. Royaume-Uni* du 29 novembre 1988, série A n° 145-B, pp. 34-35, § 65.

Le rôle du Juge sera donc enfermé dans le cadre des principes notamment posés par l'arrêt De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas de la Cour de Strasbourg que deux arrêts Aquilina et T.W. c. Malte du 29 avril 1999, ont résumé en rappelant que la finalité et la substance de l'article 5 § 3 de la Convention est de fournir aux personnes arrêtées ou détenues au motif qu'on les soupçonne d'avoir commis une infraction pénale des garanties contre la privation arbitraire ou injustifiée de liberté<sup>31</sup> et qu'il a essentiellement pour objet d'imposer l'élargissement à partir du moment où la détention cesse d'être raisonnable.

Rappelons que l'article 5 § 3 ne se contentent pas d'exiger l'accès à une autorité judiciaire, il impose au magistrat devant lequel la personne arrêtée comparaît, l'obligation d'examiner les circonstances militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement.

L'article 5 § 3 commande également que le contrôle juridictionnel intervienne rapidement, la célérité de pareille procédure devant s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause étant précisé que l'interprétation et en l'application de la notion de promptitude, ne sauraient s'accompagner que d'un degré très faible de souplesse, mais aussi qu'il soit automatique, sans qu'il ait à dépendre d'une demande formée au préalable par la personne détenue. Enfin, l'article 5 § 3 implique que le juge doit entendre lui-même la personne détenue avant de prendre la décision appropriée.<sup>32</sup>

## **C/ LES DROITS DE L'ACCUSE PENDANT LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE :**

Un principe incontournable de la procédure européenne : **Le droit au procès équitable ou l'égalité des armes**

Il s'agit d'un acquis communautaire désormais aussi bien connu que consubstantiel à l'Union européenne.

Ainsi qu'on le sait, le principe de l'égalité des armes tel que l'a ciselé au cours des ans la Cour de Strasbourg, est un élément incontournable de la procédure en droit européen. Il constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie et d'y répondre. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée par elle doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter.<sup>33</sup>

On ne saurait mieux l'illustrer qu'en reprenant l'image adoptée par le représentant de la Commission, M. Stefan Trechsel, lors de l'affaire Bendenoun c. France : "*l'accusé doit avoir la certitude que devant le juge, son épée a la même longueur que l'épée de son*

<sup>31</sup> CEDH : *Assenov et autres c. Bulgarie* du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII*, p. 3187, § 146.

<sup>32</sup> CEDH : *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas* du 22 mai 1984, *série A n° 77*, pp. 24-26, §§ 51, 52 et § 57.

<sup>33</sup> CEDH : *Brandstetter c. Autriche*, précité, p. 27, §§ 66-67, *Lobo Machado c. Portugal* précité, § 31 et *Belziuk c. Pologne* du 25 mars 1998, *Recueil 1998-II*, p. 573, § 37.

*adversaire, que les deux ont des armes qui se touchent en même temps. L'arsenal des deux parties est en principe, et dans la mesure du possible le même"*

#### - **Le droit au respect du contradictoire**

Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie et d'y répondre. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée par elle doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter.<sup>34</sup> Ce qui implique également un droit d'accès à l'intégralité des pièces constituant la procédure pénale sans restriction<sup>35</sup> et le droit *pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* » c'est à dire le "droit d'avoir communication à l'avance et de répondre à l'avis du ministère public"<sup>36</sup>.

Mais le procès équitable est devenu davantage encore puisqu'il implique pour les Etats partie une obligation positive d'assurer et de faire respecter les garanties d'une bonne justice. Et c'est en ce sens qu'il implique une certaine idée de la « qualité » de la justice. Il est source d'obligations pour le juge.

#### - **La recevabilité des preuves**

En matière pénale, si la Cour d'attache à rappeler que la recevabilité des preuves relève en priorité du droit interne contrôlé par les juridictions nationales, elle se donne pour mission quant à elle de contrôler si « la procédure considérée dans son ensemble (y compris mode de preuves) à revêtu un caractère équitable »<sup>37</sup>. Appréciation *in concreto* (selon les circonstances particulières de chaque cas) et *in globo* (au vu de l'ensemble de la procédure : examen complet et minutieux dont on sait qu'il embrasse toutes les phases du procès (dont on peut trouver un exemple accompli – comment ne pas le citer en Espagne – dans l'affaire *Barberà, Messegué, Jabardo* (6 décembre 1988) - où la Cour traque l'inéquitable depuis le transfert des accusés jusqu'au déroulement de l'audience dans le détail, sans omettre d'apprécier le remplacement du président la veille de l'audience.

#### - **Le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge**

Même progrès en ce qui concerne le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge. Si l'article 6 § 3 d) laisse, toujours en principe, aux juridictions nationales le soin de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins, la Cour rappelle qu'il a pour but essentiel une complète « égalité des armes » en la matière »<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> CEDH *Brandstetter c. Autriche* du 28 août 1991, série A n° 211, p. 27, §§ 66-67; *Lobo Machado c. Portugal* précité, § 31 et *Belziuk c. Pologne* 25/03/1998 § 37

<sup>35</sup> CEDH *Foucher c/ France* 19 mars 1997 – cas d'un malheureux braconnier qui s'est défendu lui-même et qui a été à l'origine d'une modification de la législation française en la matière

<sup>36</sup> CEDH *Ruiz-Mateos* précité, p. 25, § 63, *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, série A n° 307-B, pp. 53-54, § 80, et *Kerojärvi c. Finlande* du 19 juillet 1995, série A n° 322, p. 16, § 42, *Vermeulen*, précité, p. 234, § 33, *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, p.108, § 24, et *Van Orshoven*, p. 1051, § 41, *JJ. C/ Pays Bas* § 43

<sup>37</sup> CEDH *Vidal c. Belgique* du 22 avril 1992, pp. 32-33, § 33 et *Pisano c. Italie* du 27 juillet 2000 § 21.

<sup>38</sup> CEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 38-39, § 9 1, et *Bricmont c. Belgique* du 7 juillet 1989, série A n° 158, p. 3 1, § 89

Si la Cour admet la possibilité de s'appuyer au stade de l'instruction préliminaire sur des... "indicateurs occultes», elle exige toutefois – sauf exceptions notables (souci de protection des témoins en matière de terrorisme et stupéfiants, par exemple) – du moins exige t'elle que tout accusé à une phase de la procédure, soit confronté à ses accusateurs<sup>39</sup>, en d'autres termes que soit accordée à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur au moment de sa déposition ou plus tard<sup>40</sup> ou plus généralement de contester les soupçons qui pesaient sur lui<sup>41</sup>. En particulier, les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsque pour prononcer une condamnation les juridictions nationales se sont fondées exclusivement ou dans une mesure déterminante, sur les juridictions nationales se sont fondées exclusivement sur les déclarations d'un témoin que ni au stade de l'instruction ni pendant les débats l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou faire interroger<sup>42</sup>. ou d'une façon plus générale, recueillies sans que l'accusé ait été à aucune dans tous les cas ou la juridiction ne peut fonder sa conviction de culpabilité que sur ce témoignage, à moins que les autorités judiciaires ne justifient avoir suffisamment compensé les obstacles que rencontrait la défense<sup>43</sup>.

#### - **Le droit de ne pas témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable »**

Lorsqu'il n'y a pas eu de disposition expresse dans la convention, la jurisprudence de la Cour y a pourvu, C'est par la consécration du «droit de ne pas témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable », conséquence du principe de la présomption d'innocence. Sans doute y a t'il là un bel exemple à la fois de la filiation et de l'indivisibilité des droits de l'homme. et la démonstration de l'unicité prétorienne des concepts dérivés de la DUDH. Le droit de garder le silence, "Le droit de ne pas. s'incriminer soi-même" et plus largement le droit de se taire" ne sont à proprement parler garantis par aucun article de la Convention. Pourtant il s'agit d'un droit protégé par l'article 14-3 g du Pacte international sur les droits civils et politiques qui prévoit expressément que l'accusé "ne peut pas être contraint de témoigner à charge ni de s'avouer coupable". Le principe fait cependant partie des normes internationales bien connues du procès équitable. a Cour a fait entrer de plein pied ce principe dans le droit positif européen dans l'affaire *Funcke c/ France* (25 février 1993 ) et (bien que sans violation compte tenu de l'ensemble des circonstances) dans l'affaire *John Murray C/ Royaume Uni* (8 février 1996) à propos de l'influence défavorable du silence gardé par l'accusé, et avec constat d'une violation dans l'affaire *Saunders c/ Royaume-Uni* (17 décembre 1996) (pour l'utilisation par l'accusation dans un procès pénal de déclarations faites par l'intéressé sous peine de Contempt of Court)<sup>44</sup>.

Ce principe est commun aux deux Cours européennes puisque la Cour de Luxembourg dans les arrêts *Hoechst c. Commission* (46 et 227/88), *Dow BeneLux c. Commission* (85/87) et *Dow Chemical Iberica et autres c. Commission* (97, 98 et 99/87), avait reconnu que les

<sup>39</sup> CEDH A.M. C. Italie du 14 décembre 1999

<sup>40</sup> CEDH *Isgrò c. Italie* du 19 février 1991, série A no 194-A; *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44

<sup>41</sup> CEDH *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 21, § 47

<sup>42</sup> voir les arrêts *Van Mechelen et autres, précité*, p. 712, § 55 ; *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, série A n° 110, pp. 14-15, §§ 31-33

<sup>43</sup> CEDH *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, Recueil 1996-II

<sup>44</sup> CEDH *Funke c. France* du 25 février 1993, série A no 256-A, p. 22, par. 44 ; *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, Recueil 1996-I, p. 49, § 45; *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, pp. 2064-2065, §§ 68-69.

agences communautaires peuvent demander la production de documents précisément identifiés, mais avait toutefois indiqué que le droit au silence les empêchent de demander tous les documents démontrant la culpabilité des accusés.

Cette même Cour, saisie d'un recours en annulation contre une décision de la Commission de demande de renseignements relatifs à des infractions aux règles de la concurrence, a reconnu, dans un arrêt *Orkem* du 18 octobre 1989, le droit pour une entreprise de ne pas témoigner contre elle-même<sup>45</sup>. Il convient cependant de noter que ce droit a été invoqué sans résultat dans une affaire *BDP de Eendracht NV*<sup>46</sup> devant le Tribunal de Première Instance.

De même, la Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg dans son arrêt *Fiskano*<sup>47</sup> du 29 juin 1994, a souligné que « *le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré, même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause* ».

Tout ceci concerne l'acquis des principes généraux et d'une jurisprudence désormais fixée. C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner les instruments les plus récents de la procédure pénale européenne qu'ils soit déjà existants ou en devenir immédiat.

## II - LES INSTRUMENTS DE PROCEDURE PENALE EUROPEENNE

### A/LES INSTRUMENTS EXISTANTS :

**Le "mandat d'arrêt européen" (MAE)**<sup>48</sup> : Système d'extradition simplifié, accéléré et judiciarisé, le mandat d'arrêt européen, instauré par la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, est la première mesure d'application du principe de reconnaissance mutuelle. C'est aussi la plus symbolique. Idée ancienne, en gésine depuis plusieurs années, elle avait été préconisée, sous une forme communautaire « intégrée », dans le Corpus Juris, en la forme d'un "mandat d'arrêt européen", exécutoire sur tout le territoire de l'Union européenne, - conséquence directe du principe de territorialité européenne - la personne arrêtée pouvant être transférée sur le territoire de l'État où sa présence est nécessaire. Toutefois, le MAE faisait patrie des mesures que les États n'étaient guère prompts à adopter en raison de la nature traditionnellement régaliennne, voire purement politique, de l'extradition.

C'est au Conseil Européen du 6 décembre 2001 qu'a été adaptée une décision cadre sur le terrorisme qui a abouti au mandat d'arrêt européen. On pouvait craindre le pire compte tenu de son inspiration de sa date de naissance, c'est à dire quelques semaines après les attentats du 11 septembre et de la période de mise d'application la plus large, après les attentats du 11 mars 2004 à Madrid.

Outil des compromis, dans un espace plus que jamais jaloux de ses frontières judiciaires, le MAE déroge à certains principes constants du droit répressif national, qui s'ils

<sup>45</sup> CJCE 18 octobre 1989, Aff. C-374/87, Rec. I-3343.: « *la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* ».

<sup>46</sup> TPI 14 mai 1998, Aff. T-311/94, Rec. II- 1129, pt. 327.

<sup>47</sup> CJCE 29 juin 1994, Aff. C-135/92, Rec. I-2899.

<sup>48</sup> Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres [Journal officiel L 190 du 18.07.2002].

ne constituent pas des droits de la défense à proprement parler, étaient considérés comme protecteurs des droits de l'accusé :

- Il atténue fortement l'effet du principe de, la double incrimination pour une liste - non exhaustive - de 32 incriminations (terrorisme, cybercriminalité, fraude, blanchiment, corruption, traite des êtres humains, homicide volontaire, racisme, etc. mais aussi des crimes plus « communs » tels que l'homicide volontaire).

- S'il obéit au principe de spécialité (article 27-2), il prévoit cependant une possibilité de dérogation, chaque état membre pouvant notifier vis-à-vis de certains autres états membres que le consentement est réputé avoir été donné pour qu'une personne puisse être condamnée pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé sa remise, sauf motivation expresse.

- Il consacre surtout et d'abord la fin du principe selon lequel un état n'extrade pas ses nationaux.

Il est cependant porteur de garantie pour les droits de la défense (sous l'expresse réserve toutefois des modalités d'intégration dans les droits nationaux ou de l'application que peut en faire chaque pays). L'article 1<sup>er</sup> paragraphe 3 énonce qu'elle « *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 de l'Union européenne* ».

Le mandat d'arrêt européen n'est pas une technique nouvelle affranchie du droit. Le nouveau texte impose à l'Etat d'émission du mandat d'arrêt différentes obligations dont on ne peut ignorer qu'elles obéissent à un souci de garantie pour le justiciable.

- Sur un plan général, par le rôle accru, voire exclusif, du pouvoir judiciaire
- Sur un plan procédural, par la reconnaissance de droits spécifiques au profit de la personne recherchée.

#### - **Le rôle accru du pouvoir judiciaire**

Une procédure exclusivement judiciaire marque un tournant important en matière d'extradition considérée depuis toujours comme une prérogative de l'exécutif. Toutefois, si la décision relève d'une autorité judiciaire, le texte se contente de renvoyer aux différents droits nationaux sur ce point. Il pourrait s'agir d'un procureur, d'un magistrat instructeur, d'un juge ou d'une juridiction d'instruction.<sup>49</sup>

- **Les garanties de la personne recherchée. (article 11 de la décision-cadre).**

On ne peut que les évoquer brièvement :

1° L'information de l'existence et de contenu du mandat d'arrêt européen "conformément à son droit national", c'est à dire le droit de se voir notifier l'existence et le contenu du mandat d'arrêt européen,

2° - le droit de bénéficier des services d'un conseil et d'un interprète (mais conformément au droit national de l'état membre d'exécution).

---

<sup>49</sup> Ibidem et article 6 de la décision-cadre

3° le droit d'être auditionné par l'autorité judiciaire d'exécution, l'article 19 prévoyant l'assistance lors de l'audition de la personne recherchée par une autorité judiciaire (c'est-à-dire en principe le concours d'un avocat).

4° la possibilité de consentir à sa remise à l'autorité judiciaire d'émission.

**- L'exigence d'une garantie judiciaire pour la personne remise :**

○ **avant la remise, en ce qui concerne la détention dans l'état d'exécution :**

- L'article 12 instaure une garantie judiciaire qui veut être permanente puisque le maintien en détention est examiné par un Juge conformément au droit de l'état membre d'exécution et la mise en liberté est possible "à tout moment" conformément au droit de ce même état.

Les dispositions permettant aux Etats membres de prendre des mesures de remise en liberté, selon leur droit commun, durant la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen, en est une des manifestations les plus importantes.

○ **après la remise, en ce qui concerne la procédure dans l'état d'émission :**

L'article 5 exige une nouvelle procédure. Il sanctionne l'irrégularité de la citation dans une procédure par défaut, il implique une révision de la peine en cas de condamnation perpétuelle, il prévoit la possibilité de demander l'exécution de la peine dans l'état membre d'exécution (celui qui autorise la remise).

Depuis l'entrée en vigueur du texte, ces garanties font partie du droit positif. Le mandat a toutefois aussi essuyé ses premiers revers.

La Commission a publié en février 2005, un premier rapport d'activité. Si la moitié seulement d'entre eux ont respecté l'échéance fixée, le mandat d'arrêt est désormais mis en œuvre et en application dans tous les Etats membres, à l'exception de l'Italie. En septembre 2004, 2.603 mandats avaient été émis, 653 personnes arrêtées et 104 personnes remises. i la remise des nationaux, qui constituait une innovation majeure de la décision-cadre, est entrée désormais dans les faits, un certain nombre d'Etats membres ont refusé l'extradition lorsque les infractions avaient été commises en partie sur leur territoire et la plupart ont souvent choisi de faire valoir, à l'égard de leurs ressortissants, la condition d'exécution de la peine sur leur territoire.

## **B/ LES INSTRUMENTS EN PROJET**

Si le mandat d'arrêt européen est désormais mis en œuvre et en application, deux autres instruments sont en projet, et susceptible de réalisation imminente - sous réserve du coup de froid qui a frappé l'Europe après les accroc de la procédure de ratification du traité constitutionnel - puisque le récent gramme de La Haye a prévu que la décision- cadre relative à la reconnaissance mutuelle des décisions visant à l'obtention des preuves et la décision - cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre de la procédure pénale devrait être adoptée en 2005.

### **1°/ LE REGIME DE L'OBTENTION DES PREUVES :**

Il est très vite apparu que ce qui circulait le plus mal entre les pays c'était les preuves obtenues qui obéissaient à des règles juridiques différentes. Le régime de la l'obtention et de la circulation des preuves fait désormais l'objet d'une Proposition de décision-cadre du Conseil « relative au mandat européen d'obtention de preuves (MEOP) <sup>50</sup>.

Nouvelle application du principe de la reconnaissance mutuelle, le nouveau mandat constitue, selon António Vitorino, Commissaire européen chargé de la justice et des affaires intérieures, d'un « prélude au remplacement de la mosaïque complexe de conventions internationales et européennes régissant la collecte transfrontalière d'éléments de preuve par un corpus unique de règles communautaires ». Il s'agit là encore d'un outil de compromis, estompant les effets des frontières judiciaires tout en préservant la prérogative de rendre la justice de chaque Etat.

## a) Exclusions, garantie recours

### 1. Exclusions,

Le contrôle de la double incrimination cesse dans le cadre de trente-neuf infractions (participation à une organisation criminelle etc...), sauf s'il est nécessaire d'opérer une perquisition domiciliaire pour exécuter le mandat. Dans les autres cas, c'est la règle restrictive de la double incrimination qui s'applique.

Il est censé intervenir dans un cadre limité.

Et ne devoir concerner que les « preuves déjà existantes ». Il prévoit un certain nombre d'exclusions (ce qui prouve que la confiance n'est pas totale) puisqu'il ne s'applique pas :

- à la collecte de dépositions (de quelque manière que ce soit) de témoins ou de victimes ni à l'interrogatoire de suspects ou de personnes mises en cause aux interrogatoires, dépositions ou auditions de suspects, de témoins, d'expert ou autres,

- à la réalisation de prélèvements sur le corps d'une personne, (y compris des échantillons d'ADN),

- à l'obtention de preuves en temps réel, comme l'interceptions de communication, aux surveillances, filatures, aux surveillances de comptes bancaires,

- l'obtention de preuves nécessitant de mener des enquêtes complémentaires, comme le fait d'ordonner une expertise. (L'obtention de ces types d'éléments de preuve d'un autre État membre continuant donc d'être régie par les règles actuelles d'entraide judiciaire.)

### 2. Garanties :

La garantie judiciaire s'applique : le mandat européen d'obtention de preuves (MEOP) est **une décision judiciaire** émise par une autorité judiciaire dans un État membre et directement reconnue et exécutée dans un autre État membre.

---

<sup>50</sup> Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales./\* COM/2003/0688 final - CNS 2003/0270 \*/

La proposition contient des garanties spécifiques, concernant l'État d'émission et d'exécution qui devraient compléter le droit national.

○ **Dans l'État d'émission**, un mandat européen d'obtention de preuves ne pourra être émis que par un juge, un magistrat instructeur ou un procureur.

L'autorité d'émission devra s'assurer qu'elle serait en mesure de recueillir les objets, documents ou données dans des circonstances analogues s'ils se trouvaient sur le territoire de son propre État membre. De la sorte, le mandat européen d'obtention de preuves ne devrait pouvoir servir à éluder les garanties nationales entourant la recherche d'éléments de preuve.

Il permettra, par exemple, de veiller à ce que les interdictions frappant, dans l'État d'émission, la collecte d'éléments de preuve protégés par le secret professionnel dans les domaines juridique, médical ou journalistique s'appliquent également lorsque ses autorités judiciaires cherchent à obtenir ce type d'éléments de preuve sur le territoire d'un autre État membre.

○ **Dans l'État d'exécution**, il doit respecter la protection du droit fondamental de ne pas témoigner contre soi-même, et d'offrir des garanties supplémentaires en matière de perquisitions et de saisies.

Les données à caractère personnel recueillies ne peuvent être utilisées pour d'autres procédures que celles pour lesquelles le MEOP a été émis (sauf avec l'accord de l'état des missions). (article 10).

Des conditions minimales sont fixées lors des transpositions nationales pour que le MEOP soit exécuté aux conditions suivantes : (article 12).

- utilisation des moyens les moins intrusifs pour obtenir les preuves sollicitées,
- possibilité pour une personne physique de ne pas produire des objets, documents ou données susceptibles de contribuer à sa propre incrimination,
- informations immédiates de l'autorité des missions si le mandat a été exécuté en infraction avec la législation de l'état d'exécution.

En ce qui concerne les perquisitions et les saisies, la décision cadre prohibe : les perquisitions de nuit (sauf circonstances particulières...), exige une notification écrite des motifs de la perquisition et des recours ouverts ainsi que des documents ou données saisis.

Enfin, le projet se préoccupe de la règle non bis in idem qui figure à l'article 15 comme étant un motif de non reconnaissance ou de non exécution.

Il prévoit, dans l'État d'émission et dans l'État d'exécution, un droit de recours effectif lorsque des mesures coercitives ont été appliquées pour obtenir les éléments de preuve.

### **3. Recours (article 19) :**

Tout MEOP recourant à des mesures coercitives doit pouvoir faire l'objet d'un recours de la part de toutes personnes concernées (y compris les tiers de bonne foi).

La question en suspens reste la sanction - garantie pour l'accusé — qui vient frapper l'irrégularité. On rappellera que le Corpus Juris prévoyait quant à lui l'exclusion des preuves obtenues en violation des règles (article 33). Il s'agit en la matière de préserver la loyauté de l'obtention des preuves. L'idée sous-jacente étant que les preuves seront d'autant plus solides qu'elles auront été soumises à un tel débat, dont on rappellera qu'il n'est assuré que de façon très partielle dans la procédure inquisitoire et que, dans la procédure accusatoire, il n'apparaît que très tardivement, en pratique seulement à la phase de jugement.

### **b) La question de l'administration de la preuve selon la CEDH**

L'"acquis communautaire" risque en la matière de constituer un prisme insuffisant. En effet, la Cour de Strasbourg a toujours jugé que la recevabilité des preuves relevait du droit interne contrôlé par les juridictions nationales et qu'il revenait aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles, ainsi qu'elle l'a rappelé notamment dans un arrêt de Grande chambre concernant l'Italie, dans l'affaire *Luca c. Italie*.

Mais la Cour précise toutefois, relève "en priorité" du droit interne, ce qui signifie qu'elle se réserve toujours la mission de contrôler si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable (en ce compris les dépositions de témoins admises comme preuves).<sup>51</sup> La Cour de Strasbourg se contente d'exiger que les éléments de preuve soient "en principe" produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.

## **2°/LES GARANTIES ACCORDES AUX SUSPECTS ET MIS EN CAUSE<sup>52</sup>**

Le droit des « mandats » fait largement appel à l'intervention des juridictions nationales. L'instauration du mandat d'arrêt européen a contribué à mettre en lumière la disparité des pratiques judiciaires et des garanties pénales accordées au suspect dans les différents systèmes de droit pénal en vigueur dans les 25 pays de l'Union européenne même si la plupart d'entre eux ont intégré dans leur constitution soit in extenso soit par référence les dispositions de la CEDH. Pour justifier la relation entre sa proposition et la CEDH, la Commission soutient que cette dernière est appliquée à des degrés différents dans les États membres et que les violations sont nombreuses. Elle estime que l'objectif poursuivi par la proposition est de rendre « plus efficace et plus visible » la mise en œuvre des droits que consacre la CEDH.

Issue du livre vert de la Commission du 19 février 2003, sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales au sein de l'Union européenne, la proposition de décision-cadre du Conseil présentée le 28 avril 2004 relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne constitue la première étape vers l'élaboration d'un ensemble de règles minimales communes dans le domaine des garanties procédurales. Au cœur de l'arsenal répressif mis en place, il s'agit du seul texte dont la finalité exclusive est moins qu'une cohésion des droits offerts.

<sup>51</sup> CEDH : *Edwards c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1992, série A n° 249-B, pp. 34-35, §§ 34 et 39, p. 35, § 35, *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, Recueil 1996-II, p. 470, § 67, et *Van Mechelen et autres*, précité, p. 711, § 50 et surtout la synthèse dans l'arrêt *Luca c. Italie* du 27 février 2001, [GC] § 38.

<sup>52</sup> *Proposition de Décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne* {SEC(2004) 491}

La base juridique de la proposition est l'article 31, paragraphe 1, point c), du traité de Nice, qui concerne l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale : «assurer, dans la mesure nécessaire à l'amélioration de [la] coopération [judiciaire en matière pénale], qui permet d'assurer la compatibilité des règles applicables dans les États membres», notamment, en prévoyant un certain rapprochement des règles procédurales minimales des États membres afin d'améliorer la confiance mutuelle.

La proposition de décision cadre énumère un certain nombre de droits minimaux ce qui signifie qu'il s'agirait d'un noyau dur de droit ne supposant aucune altération ou diminution, chaque pays étant libre d'être mieux disant. Elle se borne à indiquer cinq domaines concrets :

**1. L'accès à l'assistance d'un avocat, avant comme pendant le procès, ((articles 2-5).**

le droit à l'assistance d'un avocat soit garanti pendant toute la durée de toutes les procédures pénales, définies comme étant toutes les procédures se déroulant dans l'Union européenne afin d'établir la culpabilité ou l'innocence d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction, ou de statuer à la suite d'un plaider-coupable à l'égard d'une accusation pénale.

L'assistance d'un avocat doit être accordée gratuitement au suspect si les frais qu'elle engendre représentent une charge financière excessive pour le suspect ou les personnes à sa charge. respectent les orientations données par la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'appréciation des ressources du justiciable. C'est à dire que le défendeur ne doit pas prouver «de manière absolue» qu'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur<sup>53</sup>

**2. L'accès gratuit aux services d'un interprète et/ou d'un traducteur compétent et qualifié(ou agréé) c'est à dire à la traduction des documents (sans remboursement a posteriori afin d'être informé des accusations portées contre soi et de comprendre la procédure, ((articles 6-9).**

Il s'agit du droit découlait de l'article 6, paragraphe 3, point b), pour quiconque ne parlant ou ne comprenant pas la langue employée à l'audience d'être assisté gratuitement d'un interprète sans pouvoir se voir réclamer après coup le paiement des frais résultant de cette assistance<sup>54</sup> y compris pour la la traduction des «pièces écrites» de la procédure, ce qui – malheureusement n'est guère respecté.<sup>55</sup>

Plus value qui mérite d'être soulignée comme une avancée considérable, la proposition précise la portée du droit à la traduction : e droit à la fidélité des traductions par un enregistrement de contrôle. Ce droit va plus loin que ce que consentent les droits en vigueur des États membres. On oublie ainsi trop souvent que les étrangers sont trop souvent inéquitement jugés. Même s'ils aient droit à un interprète (ce qui n'est pas toujours le cas à tous les stades de la procédure, notamment en matière d'infractions douanières) ils ne sont jamais jugés dans les conditions d'un national. Et il faut souligner ici le rôle que joue l'association « *Fair Trial abroad* » dans sa volonté de rectifier cette inégalité flagrante et de

<sup>53</sup> CEDHPakelli c. Allemagne, arrêt du 25 avril 1983, Série A n° 64, § 34.

<sup>54</sup> CEDHLuedicke, Belkacem et Koç c.Allemagne, arrêt du 28 novembre 1978, Série A n° 29, point 46.

<sup>55</sup> CEDHKamasinski c. Autriche (arrêt du 19 décembre 1989, Série A n° 168, § 74.

faire en sorte que tout individu juger dans un autre pays que le sien voit rectifier au mieux cette inégalité. La proposition veut faire en sorte que l'interprétation et la traduction doivent être d'une qualité suffisante pour que le suspect puisse comprendre la nature et la cause de l'accusation. Il incombe aux États membres d'assurer l'enregistrement de la procédure afin de le produire en cas de litige., si la personne mise en cause forme ensuite un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme au motif que l'interprétation n'était pas satisfaisant.

**3. Le "droit à une attention particulière" de certaines catégories particulièrement vulnérables c'est à dire le droit pour certains groupes de bénéficiaire d'une protection « adéquate » pour les personnes pour les personnes dites vulnérables incapables de comprendre ou de suivre la procédure. (article 10)**

**4. le droit de communiquer avec sa famille, notamment, avec les autorités consulaires dans les cas de suspects étrangers, (article 13).**

**5. • la connaissance de l'existence de ses droits par la remise d'une «déclaration des droits» aux suspects signée en double exemplaire dès que possible après leur arrestation. La déclaration des droits devrait être conservée dans les langues officielles de la Communauté, soit sur papier, soit sur support informatique, de manière à pouvoir être imprimée à la demande. (article 14).**

Bien entendu, toute décision cadre présente au moins deux difficultés : la conformité de sa transposition en droit interne, et la signification ou définition de certains termes.

En ce qui concerne la déclaration des droits conçus comme une garantie procédurale accordée aux personnes mises en cause : le texte ne définit pas le contenu des droits, d'une part et n'indique pas avec précision le moment où il doit être notifié.

C'est un problème majeur de l'application d'une telle mesure, les études ayant montré que chaque pays avait une conception personnelle du début de la procédure, tout en déclarant que ses droits sont immédiatement notifiés à l'intéressé.

Il est bien évident qu'ils ne doivent pas être notifiés uniquement à la personne dès lors qu'elle est judiciairement mise en cause, mais dès le stade de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire dès qu'une personne est considérée comme suspect, et donc dès qu'elle fait l'objet d'une audition dont le contenu pourra être utilisé par elle. Tel est le sens notamment de l'information sur le droit de se taire, qui n'aurait eu aucune substance effective, si elle intervenait après plusieurs interrogatoires sans que l'intéressé en ait été informé.

La proposition de décision-cadre comprend une clause de non-régression interdisant qu'une disposition du texte puisse être interprétée comme limitant des droits existants ou y dérogeant.

Il est manifeste que la proposition est très loin d'épuiser le champs des " droits fondamentaux " que recouvre la notion de "droit à un procès équitable" On ne peut sans doute que déplorer en l'état que Certaines droits essentiels comme le droit à la mise en liberté provisoire sous caution, le droit à un traitement équitable en ce qui concerne les éléments de preuve, la symétrie des condamnations, la règle non bis in idem et les procédures par défaut

ou contumace, n'aient pas été envisagées. La Commission a toutefois indiqué que seraient abordés prochainement, dans le cadre d'un livre vert : la question du droit à la mise en liberté provisoire sous caution.

### **1°/ le moment de la notification du contenu des charges**

L'aune à laquelle s'apprécie un système pénal doit examiner en premier lieu le sort réservé au suspect. La première question qui se pose est le moment à partir duquel une personne soupçonnée devient « accusée », donc commence à bénéficier de ces droits.

- le moment où est reconnue la qualité d'accusé (droit à l'assistance d'un Avocat)
- le moment de la notification du contenu des charges
- les conditions détaillées de l'information préalable sur le droit au silence de l'intéressé

Selon la jurisprudence de la CEDH, l'accusation commence avec la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, qu'une infraction pénale est reprochée à l'intéressé.<sup>56</sup>

Certes, l'information sur les “charges” est immédiate puisqu'au plus tard au moment du “premier interrogatoire”.

Mais quel est son contenu ? S'agit-il des motifs de l'arrestations, des chefs de poursuites, des preuves déjà réunies contre la personne mise en cause. Une difficulté réelle peut surgir – et pas uniquement d'ordre sémantique - compte tenu de la disparité des procédures pénales ou de l'existence de procédures de nature administrative.

En effet, ainsi que l'a dit la Cour de Strasbourg, l'article 6 § 3 a) de la Convention reconnaît à l'accusé le droit d'être informé non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits d'une manière détaillée.<sup>57</sup> La Cour vient de rappeler dans l'affaire *Dallos c. Hongrie* (sans constater de violation) qu'« en matière pénale, le droit d'être informé complètement et en détail sur les charges qui pèsent contre lui, et par voie de conséquence de la qualification juridique que la juridiction serait appelée à leur donner est une formalité essentielle pour vérifier que le droit à un procès équitable a été respecté ». <sup>58</sup>

### **2°/ le respect du droit au silence**

Comme pour la notification des droits, la difficulté risque de provenir u moment où est reconnu la qualité de suspects.

Faut-il rappeler que le droit au silence, ou le "droit de ne pas s'incriminer soi-même" ne peut être démembré de ses trois composantes précises :

- (i) le droit pour le suspect ou l'accusé avant tout interrogatoire doit être informé de son droit de se taire;
- (ii) le droit pour le suspect ou l'accusé de ne pas être contraint de fournir aux enquêteurs des documents qui l'accusent

<sup>56</sup> CEDH *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, série A n° 35, pp. 30-31, § 56.

<sup>57</sup> CEDH - *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, [GC], no. 25444/94, § 51, CEDH 1999-II.

<sup>58</sup> CEDH - *Dallos c. Hongrie* du 1er mars 2001 § 47

(iii) le droit qu'une juridiction de jugement ne doit pas pouvoir considérer le fait que l'a exercé son droit au silence comme un élément à charge contre lui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé.<sup>59</sup>

Selon la jurisprudence de la CEDH, l'accusation commence avec la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, qu'une infraction pénale est reprochée à l'intéressé.<sup>60</sup>

Certes, l'information sur les "charges" doit être immédiate puisqu'au plus tard au moment du "premier interrogatoire". Mais quel est son contenu ? S'agit-il des motifs de l'arrestation, des chefs de poursuites, des preuves déjà réunies contre la personne mise en cause. Une difficulté réelle peut surgir – et pas uniquement d'ordre sémantique – compte tenu de la disparité des procédures pénales ou de l'existence de procédures de nature administrative.

Pour la Cour de Strasbourg, le droit de garder le silence "*ne peut passer pour un droit absolu*" et pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables à l'accusé enfreint l'article 6, "*il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances de la cause - juste équilibre entre l'exercice par un accusé de son droit de garder le silence et le fait que des conclusions défavorables en soient tirées lors du procès [...]*"<sup>61</sup>. Ainsi, a-t-elle pu dire que s'il était incompatible avec le droit de garder le silence de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer, tout en ajoutant que « *ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge* ».<sup>62</sup>

### 3°/ LE RESPECT DE LA RÉGLE "NON BIS IN IDEM":

Principe classique de la procédure pénale, déjà connu du droit romain, d'après lequel « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits* », le principe « *non bis in idem* » n'a pas seulement pour vocation de s'appliquer au niveau national, mais également dans les relations entre les Etats.

La règle, qui répond à une double exigence d'équité et de sécurité juridique, est consacré dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, tels que le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 14 § 7), le protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 4) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 50). Elle est reconnue et appliquée dans l'ordre juridique interne par l'ensemble des pays respectueux de l'État de droit<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Voir Bertrand FAVREAU, *Rights of the Defence*, in *Enlarging the Fight against Fraud in the European Union: Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries*, Academy of European Law, trier, 2004, p. 189.

<sup>60</sup> CEDH *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, série A n° 35, pp. 30-31, § 56.

<sup>61</sup> CEDH : *Condron c. Royaume-Uni* du 2 mai 2000 n° 00035718/97

<sup>62</sup> CEDH : *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, Recueil 1996-I, p. 49, § 47

<sup>63</sup> La violation de la règle non bis in idem heurte le bon sens et « l'intérêt supérieur de dignité, de justice et d'humanité » (Cour d'assise des Pyrénées-Orientales 18 juillet 1870, cité par Merle et Vitu, n°294),

Le principe est repris, au niveau de l'Union européenne, à l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, intégrée au droit de l'Union par le protocole au traité d'Amsterdam relatif à l'acquis de Schengen<sup>64</sup>. L'article 55 de cette Convention a prévu, cependant, que les Etats pouvaient faire une déclaration, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de cette Convention, pour ne pas être liés par le principe du « *non bis in idem* » dans trois cas :

- lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu, soit en tout, soit en partie, sur leur territoire (cette exception ne s'appliquant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'Etat où le jugement a été rendu) ;

- lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts également essentiels ;

- lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire en violation des obligations de sa charge.

- **La CEDH :**

L'article 4 du protocole n° 7 de la Convention consacre expressément la règle non bis in idem. Aujourd'hui, tous les Etats de droit ont, plus ou moins solennellement intégré la règle dans leur ordonnancement juridique mais beaucoup de pays signataires ont émis des réserves quant à l'application de cet article en déclarant notamment que seules les infractions relevant selon leur de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du protocole.

L'application du principe "non bis in idem" est considérée comme une garantie suffisamment fondamentale de la personne défenderesse au procès pénal pour que l'article 4.3 du protocole n° 7 n'autorise aucune dérogation «en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » au sens de l'article 15 de la Convention. On doit donc le considérer comme un droit absolu. La Cour a eu outre précisé que « *la portée de l'article 4 du Protocole No. 7 ne se limite pas au droit de ne pas être puni deux fois mais s'étend au droit de ne pas être poursuivi deux fois* » lorsque des infractions différentes fondées sur un acte sont poursuivies consécutivement, la Cour se devant de rechercher si de telles infractions ont ou non les mêmes éléments essentiels<sup>65</sup>. Dans l'arrêt Gradinger, tout en considérant que les poursuites successives différeraient par leur nature et leur but, la CEDH avait conclu à une violation parce que «les deux décisions litigieuses se fondent sur **le même comportement**<sup>66</sup>. »

Cela suppose aussi que ce même comportement ne puisse pas faire l'objet de nouvelles poursuites en fonction de la sévérité de la sanction précédente ou des modalités de procédure qui ont éteint l'action pénale.

- **La CJCE**

La CJCE a donné une bonne leçon de confiance mutuelle dans les affaires Gözütok et Brügger du 11 février 2003. Toute la question était de savoir si le principe ne bis in idem

<sup>64</sup> Convention d'application de l'accord de Schengen CHAPITRE 3 APPLICATION DU PRINCIPE NE BIS IN IDEM Article 54

<sup>65</sup> CEDH -Arrêt Franz Fischer c. Autriche n° 37950/97, du 29 mai 2001, § 31.

<sup>66</sup> CEDH - Arrêt Gradinger c. Autriche du 23 octobre 1995, série A n° 328-C, p. 66, § 55

pouvait s'appliquer à la suite de l'extinction de l'action publique, prévue par les codes pénaux nationaux, consécutive au versement d'une somme d'argent, dont s'étaient acquittés les prévenus, **sans faire intervenir une juridiction pénale**, l'article 54 de la Convention d'Application de Schengen. spécifiant que ce principe s'applique à toute personne définitivement jugée

La Cour de justice, par un arrêt du 11 février 2003, a estimé que : « *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, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée le 19 juin 1990 à Schengen, s'applique également à des procédures d'extinction de l'action publique, telles que celles en cause dans les affaires au principal, par lesquelles le ministère public d'un État membre met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet État, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public*<sup>67</sup>.

Il s'ensuit que l'action publique est définitivement éteinte» et que la personne concernée doit être considérée comme ayant été définitivement jugée», au sens de l'article 54 de la C.A.A.S., pour les faits qui lui étaient reprochés. En outre, une fois les obligations à charge du prévenu exécutées, la sanction que comporte la procédure d'extinction de l'action publique doit être considérée comme ayant été « subie», au sens de cette même disposition» (point 30) et le fait qu'aucune juridiction n'intervient dans le cadre d'une telle procédure et que la décision prise à l'issue de celle-ci ne prend pas la forme d'un jugement n'est pas de nature à infirmer cette interprétation... » (point 31).

La Cour rappelle par ailleurs que la règle non bis in idem n'empêche pas la victime d'intenter une action civile en vue de demander réparation du préjudice subi.(point 48). Ce qui suppose « une confiance mutuelle des états membres dans leur système respectif de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres états membres, quand bien même la mise en oeuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente".

Il est clair que la Cour de Luxembourg a sans doute donné une leçon de ce qu'est la confiance mutuelle mais plus encore montré la voie en matière d'intégration en précisant que le principe non bis in idem s'applique aux procédures d'extinction de l'action publique sans qu'il y ait eu de poursuites effectives dans le cas où la législation pénale d'un état permet d'exonérer un prévenu qui a acquitté un certain nombre d'obligations prévues par la loi.

• **Vers un projet de décision-cadre relative à l'application du principe « non bis in idem » :**

C'est à cette même conception que se réfère l'initiative prise par la République hellénique, en 2003, proposant l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à l'application du principe « non bis in idem », instaurant "l'impossibilité de poursuivre une personne "pour le même comportement punissable dès lors qu'il a fait l'objet d'une décision

---

<sup>67</sup> CJCE, Arrêts *Gözütok et Brügger* du 11 février 2003, aff. jointes C-187/01 et C-385/01. Dans la première affaire M. Gözütok avait payé une somme d'argent compensatoire des faits qui lui étaient reprochés dans le cadre du droit pénal néerlandais, alors qu'il aurait dû purger une peine d'emprisonnement de 1 an et 5 mois dans le cadre du droit pénal allemand pour les mêmes faits.

définitive conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat...»<sup>68</sup>, étant précisé que “le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes circonstances en substance similaires, indépendamment de la qualification juridique.”

L'espace judiciaire européen à base de reconnaissance mutuelle est à ce prix.

### **III – LES QUESTIONS EN DEVENIR :**

#### **A/ Que va devenir la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?**

En juin 1999, sur proposition de la présidence allemande, le Conseil européen de Cologne a décidé de lancer la préparation d'une Charte européenne des droits fondamentaux. Elle avait notamment un objectif annoncé, de sécurité juridique : améliorer le niveau de protection actuel des droits fondamentaux dans l'Union, en dépassant l'actuel système de nature essentiellement prétorienne.

On sait qu'elle contient des droits « correspondants » aux droits de la CEDH répartis notamment en deux chapitres : « LIBERTES » (dont l'article 6 consacrant le droit à la liberté et à la sûreté garanti par ailleurs par l'article 5 CEDH,) et « JUSTICE », les articles 47 à 50 prévoyant de le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, la présomption d'innocence et droits de la défense, le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines et le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction ( autant de principes garantis par la CEDH).

Mais ainsi que l'énonce clairement l'article 51, « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union »<sup>69</sup>, et elle n'a en outre, aucune force contraignante, que seule pourrait lui conférer la constitutionnalisation, puisque la Convention qui l'a élaborée n'avait pas à trancher la question du statut juridique, en raison notamment de l'hostilité du Royaume-Uni à un texte contraignant. Au-delà de sa simple force morale actuelle – et peut être provisoire -, on sait qu'elle a été rédigée très exactement comme si elle devait avoir un jour une valeur contraignante et il s'agit bien dans le projet de « constitution » de lui donner force obligatoire au sein de l'Union.

Cette force morale n'est pas purement symbolique : plusieurs avocats généraux ont cité la Charte dans leurs conclusions<sup>70</sup> et un arrêt du Tribunal de première instance Philip Morris International a souligné que cette Charte, « bien que n'étant pas dotée de force juridique contraignante, démontre l'importance, dans l'ordre juridique communautaire, des droits qu'elle énonce<sup>71</sup> ».

<sup>68</sup> Conseil de l'Union européenne - Initiative de la République hellénique concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de décision-cadre relative à l'application du principe « non bis in idem » (E2236), Bruxelles, 13 février 2003, DGHIII 655603.

<sup>69</sup> Ce qui ne fait que reprendre les principes jurisprudentiels posés dans les arrêts CJCE *Cinéthèque*, *Wachauf*, etc. et démontre que, pour le reste, les Etats de l'Union européenne conservent leurs compétences nationales sous réserve d'un contrôle de la Cour de Strasbourg.

<sup>70</sup> M. Jacobs dans L'affaire *Z c. Parlement*, du 22 Mars 2001; M. Tizzano dans L'affaire *Bectu*, Du 8 Février 2001, M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire C-204/00 P Aalborg Portland A/S contre Commission des Communautés Européennes.

<sup>71</sup> CJCE - Arrêt T-377/00 15 janvier 2003 - Philip Morris International / Commission, § 122.

L' enchevêtrement du système de la CEDH et du droit communautaire est donc de plus en plus important. Il est bien à double sens, le droit communautaire influençant la CEDH et inversement. Dès lors, revient la lancinante question : est ce que la garantie des droits de la défense ne serait pas une fois pour toute mieux garantis par une adhésion de l'Union européenne, à la Convention du Conseil de l'Europe.

### **B/L'adhésion de l'Union européenne à la Convention :**

Ce fut un sujet classique de 1979 à 1996 qui a donné lieu à ce que l'on appelle « une abondante littérature ». On sait que l'adhésion de la Communauté à la Convention a été proposée par la Commission dans un mémorandum du 4 avril 1979<sup>72</sup> proposition réitérée en 1990 et 1993. Tout a été écrit à ce sujet. : On a même envisagé la suppression de l'une des deux cours, l'absorption de l'une par l'autre (ou la sécession de la Cour de Luxembourg pour tout ce qui concerne les droits de l'homme à l'intérieur de l'union)<sup>73</sup>.

Parmi les arguments avancés d'ordinaire en faveur d'une telle adhésion, figurent justement les idées de renforcer les garanties dans l'Union :

- Ce qui s'applique aux États, y compris à leurs cours suprêmes, devrait s'appliquer à la Communauté, et à la CJCE par conséquent.
- L'adhésion permettrait une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, grâce au contrôle de la conformité de ses décisions à la convention.
- L'adhésion ferait disparaître les risques des divergences de jurisprudence entre les deux cours de Luxembourg et de Strasbourg à propos de l'application de certains articles de la convention européenne des droits de l'homme (notamment les articles 6, 8 et 10)<sup>74</sup>.

Le projet présentait, à vrai dire, une double difficulté et l'on soulignait volontiers qu'elles ne pouvaient être résolues que par la modification de deux traités, celui de Maastricht (ou d'Amsterdam puis de Nice) En ce qui concerne l'Union, l'adhésion à la CEDH équivaudrait à une modification du traité, puisque cette adhésion "aurait pour conséquence une modification substantielle du système communautaire actuel de protection des droits de l'homme, dans la mesure où il ferait entrer la Communauté dans un système institutionnel international différent ainsi que l'indiquait l'avis de la Cour de Luxembourg avait émis le 28 mars 1996, : "En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales"<sup>75</sup>, ce qui n'a pas été réalisé dans le cadre d'Amsterdam. Du point de vue de la Convention des droits de l'Homme, il faudrait reprendre l'ensemble des dispositions et notamment, l'article 59 de la Convention qui ne prévoyait que l'adhésion d'Etats.

Depuis on avait cru la difficulté dépassée. D'une part, le projet de constitution adopté à Rome, prévoit à l'article 7 alinéa 2: « L'Union adhère à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Une telle adhésion ne modifie pas les compétences

<sup>72</sup> Bulletin des Communautés européennes, Supplément 2/79.

<sup>73</sup> Voir Jean-Yves CARLIER, *La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg*, Revue québécoise de droit international, Vol. 13.1, 2000, pp.37-61.

<sup>74</sup> Voir Roger ERRERA, *Les droits de l'Homme dans l'Union européenne Acquis, réalités, perspectives* in Revue Hellénique des Droits de l'Homme, Athenes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2003 n° 20, pp.1053-1068.

<sup>75</sup> Avis 2/94 de la Cour du 28 mars 1996/JO C 180 du 28/6/96

de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution », réglant par la même le problème de la base légale. D'autre part, quant à la CEDH, l'Article 17 du Protocole n° 14, désormais ouvert à la signature<sup>76</sup> prévoit : « 2. L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention. » Mais, comme on le sait, ce Protocole n° 14 n'entrera en vigueur quand tous les Etats Parties à la Convention l'auront ratifié. Et à ce jour seulement 10 états l'ont ratifié (10 05 2005). Faut-il rappeler qu'il a fallu près de 5 ans pour achever le processus de ratification du protocole n° 11 ?

En outre il reste plusieurs questions techniques et juridiques concernant par exemple les règles de la CEDH relatives l'exécution des arrêts (Art. 46), la terminologie du texte de la Convention et de ses protocoles, la participation de l'UE aux procédures devant la Cour dans le cadre de cette activité du Comité des Ministres, le statut du juge élu au titre de l'UE ou encore la contribution financière de l'UE au mécanisme de contrôle<sup>77</sup>.

Faut il penser qu'avec les difficultés de la constitution c'en est fini de l'adhésion à la CEDH ou que l'embryon de procédure pénale qui devait se développer en raison de la base légale et des coopérations renforcées offertes par la constitution et de la force obligatoire de la Charte en terme de droits fondamentaux et notamment de droits judiciaires ? Voici que la Constitution allait lui donner une série de droits procéduraux à garantir et à promouvoir et contenait un embryon de procédure pénale européenne. Cela va-t-il gêner quoi que ce soit dans l'inexorable progression qui s'est mise en route ? Rien n'est moins sur. Sans doute est il difficile de faire des prévisions. Un proverbe chinois ne dit-il pas : « Il est dangereux de faire des prévisions surtout lorsqu'elles concernent l'avenir » ? Pourtant, constitution ou pas, rien ne semble pouvoir arrêter l'irrésistible émergence d'une procédure pénale européenne. Un personnage de Robert Musil dans *l'Homme sans qualités* oppose au principe de raison nécessaire de Leibniz un autre principe de « raison insuffisante » qui veut que ne se produise jamais dans la vie « historique et publique » comme dans la vie personnelle que ce qui n'a pas de raison valable de se produire<sup>78</sup>. Robert Musil risque fort d'avoir raison contre Leibniz. La logique du cran d'arrêt provoquée par la stagnation de la construction européenne au regard des avancées prévues par la constitution peut céder devant d'autres exigences moins prévisibles. Alors que l'on pouvait entendre une construction progressive débouchant sur un accroissement des règles de procédure européenne du fait de la ratification de la constitution, c'est l'incertitude sur son avenir qui risque d'accélérer le cours d'une histoire déjà en mouvement. Et en l'occurrence, les difficultés de la constitution peuvent au contraire provoquer un développement sans précédent – même dans le cadre de la bonne vieille coopération en matière pénale au sens du Traité de Nice - de la construction de l'Europe du droit pénal.

De tout ce qui précède, on peut voir que la contradiction persiste entre la garantie judiciaire qui seule permet la mise en oeuvre effective des droit de la défense à l'échelle européenne et l'absence d'une véritable territorialité européenne. Le système actuellement en vigueur et appelé à se développer, peut être plus dangereusement encore, avec le programme de LA HAYE risque d'induire une balkanisation des droits de la défense dans l'espace judiciaire européen. On ne peut que le déplorer.

<sup>76</sup> Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention STCE no. : 194 ouvert à la ratification depuis le 13 mai 2004.

<sup>77</sup> Selon le rapport adopté par le Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) du 28 juin 2002 sur les questions juridiques et techniques posées par une éventuelle adhésion

<sup>78</sup> Robert MUSIL, *L'Homme sans qualité*, Paris, Seuil, points, 2. vol, T. I, p.166.

Certains intervenants qui m'ont précédé ont souligné à leurs yeux que les dispositions contenues dans les instruments de procédure pénale européens étaient entachées de *sfumato*. Il est bien évident que la norme européenne apparaît toujours floue, puisque à ses débuts tout au moins, elle ne fait pas l'objet d'une interprétation contrairement à la norme de droit interne en a été l'objet au cours des années où la jurisprudence a été amenée à la ciseler.

Un des grands maîtres du *sfumato*, Léonard de Vinci, disait : "Ne sais tu pas que notre âme est faite d'harmonie ?". Et c'est bien à cela que nous invite désormais ce *sfumato*. Il conviendra que le droit pénal européen trouve son harmonie. Pour cela, l'interprétation devra s'attacher à une définition de la norme européenne, conçue dans son acception autonome. Force est de le constater il faut concevoir la réponse en termes de territorialité européenne, les efforts risquent de se heurter aux mêmes difficultés. Il n'est pas bon de laisser aux seules juridictions nationales la définition de l'interprétation des infractions et des droits des accusés ou mis en cause, à peine de voir s'instaurer 25 (et demain 27) pratiques. Ce serait la consécration de la diversité de l'interprétation du droit pénal communautaire appelé à un développement constant et le risque d'une dilution et d'un abandon des principes progressivement élaborés par les deux Cours Européennes, ; gardiennes de la définition autonome du concept de droit européen.

Contrairement à ce que l'on croit, et l'on peut le vérifier au cours des décennies qui nous précèdent, ce n'est pas la norme européenne qui bride les droits de la défense. C'est elle qui été souvent – notamment dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg – une protection supplémentaire, voire parfois une ultime protection quand les autres avaient échoué.

Contrairement à ce qui est dit ça ou là, du droit au secret de la correspondance en droit communautaire au droit au silence, la norme européenne a davantage fait pour les droits de la défense que tout autre droit, puisqu'au contraire, c'est à celle-là que l'on se réfère lorsqu'on veut lutter contre celle-là dans bien des cas.

Enfin, au pessimisme toujours de bon aloi, il convient de rappeler ce qui doit être la maxime d'un avocat qui s'exprime ici : tout ne peut pas être écrit et on le sait, les droits de la défense ne se décrètent pas, ils sont un combat de tous les jours. Les grands arrêts de la Cour de Justice consacrant les principes fondamentaux du droit, et relatifs notamment à la notion autonome et européenne du secret de la correspondance de l'Avocat dans l'Arrêt AM et S, sont nés de ce combat<sup>79</sup>.

A ce titre, la procédure pénale européenne offre un champs d'exploration nouveau où se distingueront les mérites des vrais avocats. Rudolf von Jhering le disait bien : « *Aussi longtemps que le droit devra s'attendre aux attaques de l'injustice –et cela durera tant que le monde existera- il ne sera pas à l'abri de la lutte. La vie du droit est une lutte* ».

**Bertrand FAVREAU**  
**CATANIA 10 juin 2005**

<sup>79</sup> CJCE - arrêt AM & S / Commission du 18 mai 1982, (155/79), Rec. p. 1575 ;voir attendus 24 et 27.