

# LA DEFINITION D'ORDRE PUBLIC EUROPEEN COMME PARAMETRE D'UTILISABILITE DE LA PREUVE DANS LE PROCES PENAL POUR LES CRIMES DANS LE MILIEU FAMILIAL\*

**Francesco Trapella** – Maître de recherche en droit public (Université Tor Vergata de Rome) et allocataire en procédure pénale, Université de Ferrara.

## VERSIONE PROVVISORIA (DA RIVEDERE PRIMA DELLA PUBBLICAZIONE)

### 1. ORDRE PUBLIC EUROPEEN

Pour délimiter notre sujet, il faut partir de la définition d'ordre public européen. En 1995, dans l'arrêt *Lozidou*, la Cour de Strasbourg a dit que la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument de l'ordre public européen<sup>1</sup>. Donc, cette notion témoigne la reconquête de l'universalité des valeurs morales, cassée lorsque l'affirmation du principe de la souveraineté des États a érigé les barrières de l'autarcie nationale<sup>2</sup>. La Convention crée un ordre public dans le domaine des droits fondamentaux<sup>3</sup>: elle n'aurait aucun sens, si sa mise en œuvre était conditionnée par les particularismes nationaux<sup>4</sup>, donc il n'est pas possible de l'interpréter d'une manière différente pour chaque État européen. Ainsi, comme disait Caroline Picheral, en reprenant une définition de Frédéric Sudre, l'ordre public européen est une «catégorie juridique fonctionnelle, en charge des valeurs démocratiques et des valeurs économiques libérales nécessaires à l'intégration européenne»<sup>5</sup>.

Quand on parle de droits fondamentaux, on désigne « les droits effectivement proclamés et protégés devant une juridiction », que ceux-ci soient garantis par les droits constitutionnels internes, par la Convention européenne des droits de l'Homme ou par la Charte des droits fondamentaux<sup>6</sup>. L'ordre public européen est défini aussi par le droit de l'Union européenne : les traités et le droit dérivé. Avant le Traité de Lisbonne, la Cour de justice s'est souvent appuyée sur la Convention européenne des droits de l'homme, car elle exprime une tradition commune aux Pays européens<sup>7</sup>. De plus, depuis

---

\* Relation pour le *meeting* du *Working group* en matière de *Children Welfare* (Commission des petitions du Parlement européen) – 29 septembre 2016.

<sup>1</sup> CEDH, 23 mars 1995, *Lozidou c/ Turquie*, req. 15318/89, point 93.

<sup>2</sup> Voir M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, 1968, p. IX.

<sup>3</sup> F. Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention*, in R. McDonald, F. Matscher, H. Petzold (sous la direction de), *The European System for the Protection of Human Rights*, Nijhoff Publishers, 1993, p. 63.

<sup>4</sup> S. Lonati, *Metodi d'interpretazione della Corte edu e equo processo*, *Giur. cost.*, 2015, p. 253.

<sup>5</sup> C. Picheral, *L'ordre public européen : Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, 2001, p. 4.

<sup>6</sup> S. Nadaud, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008, p. 111, qui cite J. Andriantsimbazovina, *Constitution européenne et droit fondamentaux*, [www.upmf-grenoble.fr](http://www.upmf-grenoble.fr).

<sup>7</sup> F. Sudre, *Introduction*, in F. Sudre, H. Labayle (sous la direction de), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Anthemis, 2000, p. 11. Voir aussi, F. Chevillard, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, RTDH 2000, p. 503.

la Charte de Nice du 2000, les droits fondamentaux, qui y sont prévus, peuvent être invoqués devant le juge européen : dans un arrêt de 2006<sup>8</sup>, la Cour de justice semble ajouter la Charte de Nice dans l'ensemble des sources du droit de l'Union. En 2009, le Traité de Lisbonne confirme cette tendance. Finalement l'avis 2/13 de la Cour de justice, du 18 décembre 2014, a dit que «l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (n. 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Il y a deux systèmes de protection des droits fondamentaux : d'un côté la Convention européenne des droits fondamentaux, de l'autre la Charte de Nice<sup>9</sup>.

Notre bref aperçu a montré que les sources de l'ordre public européen sont au nombre de deux : la Convention européenne des droits fondamentaux et le droit de l'Union<sup>10</sup>, en plus, bien sûr, des Constitutions nationales.

## **2. DROIT A L'EDUCATION: LOIS NATIONALES, CEDH ...**

D'après Frédéric Sudre, l'ordre public européen est composé par huit droits, dont l'un d'entre eux est celui «des parents au respect de leurs convictions en matière d'éducation»<sup>11</sup>: il en découle que le droit des parents à éduquer leurs enfants selon leur propre volonté et celui des enfants à recevoir une éducation complète relèvent du concept d'ordre public.

Il faut comprendre ce que signifie le mot «éducation». Dans *La République*, Platon disait que «grâce à une bonne éducation, [les citoyens] vont grandir comme des hommes équilibrés»<sup>12</sup>. En effet, le mot vient du latin *ex-duco*, c'est-à-dire : guider, conduire dehors. Donc, l'éducation est l'action de «faire sortir l'enfant de son état premier» et de «faire sortir de lui ce qu'il possède virtuellement»<sup>13</sup>; en allemand le terme est *erziehen*, composé du verbe «ziehen», qui signifie «tirer»: Claude Bernard disait que «*erziehen*» indique la conduite de celui qui «tire l'enfant qui résiste ...

---

<sup>8</sup> CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, C-540/03, JDI 2007, n. 2, p. 636.

<sup>9</sup> Mais, avant le Traité de Lisbonne, «les décisions des juridictions communautaires s'appuyant sur la Charte des droits fondamentaux sont peu nombreuses et ne concernent que le TPI»: ainsi, S. Nadaud, *Codifier*, précité, p. 112, note 550. Après le Traité de Lisbonne, dans un arrêt du 2013 (CGUE, 26 févr. 2013, *Åklagaren*, C-617/10), la Cour de justice a souligné l'autonomie de la Charte de Nice, donc le juge national doit évaluer si, dans le cas concret, on peut appliquer le droit de l'Union ou la CEDH: la Cour ne donne pas des critères fixes.

<sup>10</sup> Voir, par exemple, F. Sudre, *L'apport du droit international et européen à la protection des droits fondamentaux*, in SFDI, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Pedone, 2000, spéc. pp. 181-187 ou, encore, G. Cohen Jonathan, *Aspects européens de droits fondamentaux*, LGDJ, 1996, 61.

<sup>11</sup> F. Sudre, «Existe-t-il un ordre public européen?», in P. Tavernier, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruylant, 1996, p. 54.

<sup>12</sup> Platon, *La République*, livre IV.

<sup>13</sup> P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue pédagogique*, P.U.F., 1971.

Éduquer, c'est donc lutter: lutte inégale entre l'enfant et l'adulte»<sup>14</sup>. Sur la base d'une telle réflexion et du droit européen dans cette matière<sup>15</sup>, en Italie, le décret législatif 28 décembre 2013, n. 154 et la loi 18 juin 2015, n. 101<sup>16</sup> ont remplacé le mot «*potestà*» par le mot «*responsabilità*», donc «responsabilité des parents» envers les enfants: les uns n'ont plus seulement des droits et des pouvoirs sur les autres, mais aussi des obligations et des devoirs<sup>17</sup>; selon le droit italien – mais, aussi, selon les règles européennes – l'éducation est l'ensemble de situations qui lie les adultes et les enfants, par des droits et devoirs réciproques.

L'article 2 du premier Protocole CEDH parle de «droit à l'instruction», mais il faut l'entendre comme «droit à l'éducation», il s'agit donc d'une prérogative des parents sur les enfants et d'une limitation à l'action de l'État<sup>18</sup>. À partir de cette considération, déjà en 1993, dans l'arrêt *Hoffman*<sup>19</sup>, la Cour de Strasbourg a dit que le juge national ne peut pas se refuser d'accorder la garde d'un enfant à sa mère, à cause de ses convictions religieuses ou philosophiques. En 2003, dans l'arrêt *Palau-Martinez*<sup>20</sup>, la Cour a souligné que le juge national ne peut pas retirer un enfant de sa mère, sur la base de considérations abstraites sur l'appartenance religieuse de la femme: dans ce cas, le juge français avait soutenu que «les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme», sans expliquer, concrètement, les raisons pour lesquelles la mère, qui appartenait aux Témoins de Jéhovah, était un danger pour son enfant<sup>21</sup>.

Dans la culture juridique des États européens – et dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg – la liberté d'éducation – donc :a) le droits des parents de diriger leurs enfants vers une certaine réalisation éthique ou vers certaines croyances morales,

---

<sup>14</sup> C. Bernard, *Comment nos ministres font l'histoire. Le discours de l'instruction publique et ses procédés de persuasion*, Presses Universitaires du Mirail, 1990, p. 221.

<sup>15</sup> V. Décision 2003/93/CE du Conseil du 19 déc. 2002, autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

<sup>16</sup> Avec laquelle l'Italie a finalement ratifié la Convention de La Haye de 1996. V. M.G. Ruo, *La ratifica della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996*, in *Minorigiustizia*, 2015, 4, p. 43.

<sup>17</sup> Pour une analyse complète, A. Thiene, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, *Famiglia e diritto*, 2016, 3, p. 241.

<sup>18</sup> V. Turchi, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8 oct. 2012, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), p. 2.

<sup>19</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffman c/ Autriche*, req. 12875/87, points 30-36.

<sup>20</sup> CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c/ France*, req. 64927/01, points 30-43.

<sup>21</sup> La Cour n'applique pas le critère exprimé dans l'arrêt *Palau-Martinez* dans un cas d'enlèvement international d'enfants : une femme helvétique emmène son fils en Suisse pour le retirer de son père israélien. L'homme appartenait aux fondamentalistes juifs et pour cette raison la femme craignait pour la santé de son fils. L'autorité suisse a ordonné le rapatriement de l'enfant en Israël. La femme a présenté son recours à la Cour de Strasbourg ; les juges européens disaient que les mesures prises par Israël pour la protection de l'enfant étaient suffisantes. Encore une fois, les choix éducatifs des parents sont considérées inviolables, ce temps, à dépit des éléments concrets apportés par la femme pour dénoncer le danger représenté par les orientations religieuses du père. V. CEDH, 8 janv. 2009, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, req. 41615/07. La Grande Chambre a balayé la décision de la première section : il faut toujours considérer le supérieur intérêt de l'enfant (décision du 6 juil. 2010).

philosophiques ou religieuses, et *b*) le droit des enfants à être instruits et maintenus et à grandir dans un contexte sain et formatif – fait partie des droits fondamentaux. Cette liberté est une limitation à l'action des États, qui ne peuvent pas interférer dans les choix des parents concernant les enfants, sauf si ces choix mettraient les enfants en danger<sup>22</sup>.

### 3... ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

L'Union européenne place l'éducation parmi les droits fondamentaux de l'homme. La Charte de Nice, par exemple, mentionne le *droit à l'éducation* à l'article 14 : «toute personne a droit à l'éducation». Cet principe découle des autres, exprimés à l'article 24 : «les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être» et «tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt». Donc, si les parents définissent l'orientation pédagogique des enfants et, inversement, les enfants ont le droit de recevoir une éducation complète, ceux-ci ont aussi le droit d'entretenir des contacts avec leurs deux parents, bien que séparés d'eux : ce droit a été consacré à la fois par l'article 9, alinéa 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et par l'article 4 de la Convention européenne des relations personnelles de l'enfant du 15 mai 2003<sup>23</sup>. Finalement l'article 33 de la Charte de Nice protège la *vie familiale*, donc «la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social».

La Charte sauvegarde la dignité humaine et le respect de l'intégrité physique et morale<sup>24</sup> : elle «ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique [et] du droit de la famille»<sup>25</sup>, mais contribue à créer un ordre public européen. De même, la Résolution du Parlement européen du 14 mars 1984, la Convention de la Haye du 1996 et la Décision 2003/93/CE du Conseil (19 décembre 2002) forment la notion d'ordre public européen en matière de rapports entre adultes et enfants.

L'Union européenne protège la famille, qui devient le principal contexte dans lequel la personnalité de l'individu est formée : la préservation de la famille par le droit de l'Union est si forte que, dans l'arrêt *Akrich*, la Cour de justice a dit que, pour apprécier la demande du conjoint d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un État-membre, les autorités doivent tenir compte du droit au respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 CEDH, dès lors que le mariage est authentique<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> En général, et dans une perspective nationale, l'ordre public «recouvre le bon ordre, la sécurité et la tranquillité politique» (ainsi, AA.VV., *Libertés et ordre public. «Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle». 8<sup>ème</sup> séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003*, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)): l'État peut limiter les droits de citoyens seulement pour sauvegarder le bon ordre, mais autrement il ne peut pas intervenir dans la vie des individus. Pour cette raison, on peut dire que l'ordre public est le fondement et la limite principale de l'action de l'État.

<sup>23</sup> V. G. Vogel, *Encyclopédie judiciaire de droit luxembourgeois*, DBIT, 2016, p. 94.

<sup>24</sup> *Amplius*, B. Favreau, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 108.

<sup>25</sup> V. la Déclaration n. 61 de la Pologne sur la Charte de Nice, en J.O. n. 115 du 9 mai 2008, p. 358.

<sup>26</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, Rec. I-9665.

La seule limitation à la préservation de la famille est évidemment l'ordre public : par exemple, la Cour de justice a interdit la réunification de la famille d'un citoyen turc, accusé de plusieurs crimes contre le patrimoine<sup>27</sup>. Donc, la famille est un contexte inviolable, sauf qu'il y a une menace à l'ordre public<sup>28</sup>: encore une fois, l'État ne peut pas intervenir dans la vie familiale, mais peut l'empêcher lorsque :a) les membres de la famille sont en danger ;b) les membres de la famille constituent un danger pour la communauté.

Enfin, il convient de souligner la particulière technique décisionnelle de la Cour de justice : elle se réfère à l'article 8 CEDH, en démontrant ainsi que le concept d'ordre public européen, dans le droit de la famille, découle de l'interaction des sources de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice et la Cour de Strasbourg protègent les familles, les enfants et leur droit à l'éducation. Cependant peut-être qu'il y a une divergence d'interprétation liée à la diversité de contextes et de procédures décisionnelles dans les deux systèmes judiciaires<sup>29</sup>. Ces différences ne portent pas atteinte à la thèse selon laquelle le droit à l'éducation des enfants et, plus généralement, leurs rapports avec les parents sont considérés comme des valeurs inviolables, protégées à tous les niveaux par les droits nationaux et européens<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSIONS PROVISOIRES

Nous avons parlé d'ordre public européen d'une manière similaire à celle du voyageur hâtif de Roberto Bin, qui visite Venise, Florence et Rome, forcé à visiter l'Italie en quelques jours<sup>31</sup>: on a traité brièvement des principales opinions des juges européens – Cour de justice et Cour de Strasbourg – en matière d'ordre public européen appliqué à la famille et, en particulier, aux rapports entre les enfants et leurs parents.

Notre analyse aboutit aux conclusions suivantes :

- le droit à l'éducation est partie de l'ordre public européen : il s'agit d'une situation juridique subjective qui appartient aux enfants, qui ont besoin d'être orientés vers les principes de la vie commune ;
- les États ne peuvent pas intervenir dans les convictions des parents en matière d'éducation ;
- les États peuvent intervenir dans l'éducation des enfants seulement en cas de danger pour les mineurs ou pour la collectivité ;

---

<sup>27</sup> CJCE, 11 novembre 2004, *Cetynkaya*, C-476/02, Rec. I-10924.

<sup>28</sup> M. Castellana, *Al giudice nazionale spetta il compito di verificare i motivi di ordine pubblico*, *Guida al diritto*, 2005, 1, p. 63.

<sup>29</sup> *Amplius*, G.M. De Muro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, 31 mai – 1er juin 2002, [archivio.rivistaaic.it](http://archivio.rivistaaic.it).

<sup>30</sup> Par «droit européens» on entend ici le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>31</sup> On se réfère à R. Bin, *La protección interna de los derechos*, relation à la Convention «*La protection de los derechos en un ordenamiento plural*», Barcelona, 17-18 oct. 2013, en cours de publication.

- une éducation complète implique que l'enfant ait des relations continues avec ses deux parents, donc l'État ne peut pas couper arbitrairement les relations entre un enfant et un des deux parents.

Il faudra considérer la validité de nos conclusions dans le droit processuel, c'est à-dire, on se demandera si l'épreuve formée en dépit du principe de l'inviolabilité de la famille – donc du droit à l'éducation des enfants et des orientations des parents – peut être utilisée dans un procès civil ou pénal.

## 5. ORDRE PUBLIC PROCEDURALE

Il existe un ordre public *procédurale* : il s'agit de l'ensemble des garanties qui caractérisent un procès équitable<sup>32</sup> et qui conditionnent le contrôle de légalité des actes juridictionnels<sup>33</sup>. D'abord, il faut considérer l'art. 6 CEDH, qui exige que les juges s'intéressent à la régularité de la procédure et au respect des droits de la défense<sup>34</sup>. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, «l'exercice des droits de la défense [...] occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, parmi lesquels la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, revêt une signification particulière»<sup>35</sup>.

Les juges citent l'arrêt *Krombach* de la Cour des Strasbourg: encore une fois, les décisions des deux juridictions européennes vont s'influencer l'une l'autre et placent la base de l'ordre public européen.

En *Krombach* la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France pour la violation de l'article 6 CEDH, car les juges de Paris avaient appliqué la peine de quinze ans de réclusion à Dieter Krombach, malgré son absence au procès et en conflit avec le principe du *ne bis in idem* : il avait été jugé en Allemagne pour les mêmes faits<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> V. M.C. Meyzeaud-Garaud, *Droit international privé*, Bréard ed., 2008, p. 177-178.

<sup>33</sup> A. de Theux, I. Kovalovszky, N. Bernard, *Précis de méthodologie juridique : les sources documentaires du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis de Bruxelles, 2000, p. 565; v. aussi A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Fac. de droit de Liège, 1985, p. 248.

<sup>34</sup> Par exemple, CEDH, 20 juil. 2001, *Pellegrini c/ Italie*, req. 30882/96: il y avait la violation de l'art. 6 CEDH à cause de l'infraction du droit au contradictoire.

<sup>35</sup> CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, curia.europa.eu, point 28.

<sup>36</sup> CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c /France*, req. 29731/96. Les griefs du requérant sont très intéressants : il «soutient également que la sanction de sa non comparution (à savoir l'interdiction d'être représenté et défendu, le refus de nouvelles mesures d'investigation) revêt un caractère disproportionné. Il estime d'abord que sa comparution personnelle était sans intérêt puisque la cour d'assises aurait dû se prononcer d'office sur le principe *ne bis in idem*, avant même d'examiner les charges retenues contre lui. Mais le requérant considère surtout que les nécessités d'une bonne administration de la justice ne justifient pas l'interdiction de représentation de l'accusé» (point 72).

L'article 6 CEDH garantit l'ordre public procédural : l'arrêt *Gambazzi*<sup>37</sup> donne une clarification importante : «les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions. Toutefois, celles-ci doivent répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne pas constituer, au regard du but poursuivi, une atteinte manifeste et démesurée aux droits ainsi garantis».

Chaque État régleme le procès civil et pénal comme il préfère, par conséquent des différences structurelles sont possibles, cependant il faut que les droits et les garanties énumérés à l'article 6 CEDH soient respectés par les juges nationaux, dans leurs lignes de fond. Par exemple, si le droit italien impose au convenu de se constituer au moins vingt jours avant la première audience<sup>38</sup>, il n'y a aucune violation de l'art. 6 CEDH si, dans un autre État, le convenu doit se constituer dans un autre délai : la chose importante est que la partie a la possibilité d'exprimer son point de vue et de demander les preuves.

## **6. LA CIRCULATION DES DECISIONS ET DES PREUVES CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC EUROPEEN DANS LE PROCES PENAL**

Il y a un double niveau de protection des droits de la famille dans les procès qui impliquent les intérêts des parents et des enfants : d'une part, les rapports entre eux sont protégés par les droits européens, de l'autre, la participation des deux parents et, dans la mesure du possible, des enfants, est garantie par les règles de l'ordre public procédural.

Par exemple, si dans une affaire pour la garde d'un enfant, le père n'a pas été entendu par le tribunal, même s'il était disponible, et les juges prennent leur décision selon les déclarations et les demandes de la mère, il y a une évidente violation de l'ordre public procédural qui touche aussi le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec son père. Dans ce cas, il y a une double infraction de l'ordre public, considéré de façon substantielle, mais également des règles du procès équitable. Pour cette raison, selon la Convention de Luxembourg de 1980, «la demande tendant à la reconnaissance ou l'exécution dans un autre État d'une décision relative à la garde doit être accompagnée: ... c) lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en l'absence du défendeur ou de son représentant légal, de tout document de nature à établir que l'acte introductif de l'instance ou un acte équivalent a été régulièrement signifié ou notifié au défendeur»<sup>39</sup>.

La protection procédurale est secondaire par rapport à celle offerte par le droit substantiel, donc une décision qui porte atteinte à l'ordre public viole deux fois les droits de la partie qui succombe: en effet, elle applique la loi d'une façon incorrecte –

---

<sup>37</sup> Encore CJCE, 2 avril 2009, déjà cité, point 29.

<sup>38</sup> C'est l'article 166 du code de procédure civile italien.

<sup>39</sup> C'est la *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, dite simplement *Convention de Luxembourg* et signée au Luxembourg le 20 sept. 1980 (ETS n. 105). Sur ce sujet, A. Dyer, *Relocation of Custodial Parents and their Children within the European Union and Problem of Access. The Scope of Timing of Judicial Involvement*, in AA.VV., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges L.A. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers ed., 1996, p. 68.

ou, si est la loi qui est contraire à l'ordre public, le juge ne se refuse pas de l'appliquer – et, pour l'effet, il donne tort à une partie sans qu'elle ait été entendue ou, plus généralement, sans qu'elle ait eu l'occasion de s'exprimer dans un procès compatible avec l'art. 6 CEDH.

Il y a deux conclusions possibles :

1. la décision contraire à l'ordre public ne peut pas être reconnue dans les autres États de l'Union ;
2. les preuves obtenues dans le procès aboutissant à la décision contraire à l'ordre public ne peuvent pas être considérées par le juge d'un autre État : autrement, des preuves contraires à l'ordre public circuleraient dans l'Union.

Maintenant, il faut examiner chacune des deux conclusions.

Permettez-moi de dire d'emblée que je suis un spécialiste en droit pénal, donc je vais me concentrer sur les outils de coopération contre les crimes transnationaux: surtout, le mandat d'arrêt européen, l'ordre européen de protection, la décision d'enquête européenne et les moyens de reconnaissance des décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, comme prévus par la décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil.

À Cardiff, en 1998, le Conseil européen a été invité par la délégation britannique à «déterminer dans quelle mesure il y a lieu d'étendre la reconnaissance mutuelle des décisions des tribunaux»<sup>40</sup>: cette idée a reçu le soutien de plusieurs États membres et a conduit, en 2002, à la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen<sup>41</sup>. Grâce au mandat, la procédure de remise des accusés ou des condamnés pour crimes transnationaux est passée du «mille-feuilles»<sup>42</sup> de conventions bilatérales ou multilatérales d'extradition à un seul outil, partagé par l'entière Union européenne. Bien sûr chaque État a mis en œuvre la décision-cadre en vertu de sa propre loi : en outre, parmi les motifs de non-exécution du mandat il y a, par exemple, le cas où l'État requis a la compétence pour poursuivre l'infraction selon sa propre loi pénale, ou, encore, le cas où le fait qui est à la base du mandat ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État d'exécution. De plus, les articles 24 et 25 de la décision 2007/533/JAI du Conseil permettent à un État membre de demander et d'obtenir un indicateur de validité visant à prévenir une arrestation aux fins de remise si l'exécution du mandat n'est pas compatible avec son droit national.

Des mécanismes analogues de protection des intérêts nationaux sont visés par l'article 15 de la décision-cadre 2009/829/JAI – qui sauvegarde, à l'article 5 «les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux consacrés par l'article 6 du

---

<sup>40</sup> Fédération internationale pour le droit européen, *Police and Judicial Co-operation in the European Union. National Report 2004*, Cambridge, 2004, p. 339.

<sup>41</sup> V. G. de Kerchove, A. Weyembergh, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 255.

<sup>42</sup> L'expression est de E. Barbe, H. Boullanger, *Justice et Affaires intérieures dans l'Union européenne : un espace de liberté, de sécurité et de justice*, La documentation française ed., 2002, p. 128.

traité de l'Union européen» et qui s'engage à protéger l'ordre public (article 3) –, par l'article 10 de la directive 2011/99/UE<sup>43</sup> et par l'article 11 de la directive 2014/41/UE.

La coopération pénale européenne est régie par les législations nationales de transposition des décisions-cadre et des directives : elle est possible si les États membres partagent les mêmes valeurs. C'est là le lien avec la notion d'ordre public européen, comprise précisément comme un système de principes fondamentaux acceptés et appliqués dans tous les États de l'Union européenne.

On en arrive à la seconde conclusion : la preuve obtenue dans le procès contraire à l'ordre public européen ne peut pas circuler dans le territoire de l'Union. En effet, l'article 11, litt. f) de la directive 41/2014/UE permet le refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, dans l'État requis, si «il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte». La règle est similaire à celle de l'article 5 de la décision-cadre 829/2009/JAI, où elle cite l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et la Charte de Nice, donc les sources de l'ordre public européenne.

Quand une preuve pénètre dans le procès pénal d'un autre État membre, le juge de ce dernier doit faire un *test d'utilisabilité* pour comprendre si l'acquisition de cet élément pourrait porter atteintes à l'équité du procès ou aux droits des parties. C'est l'article 6 CEDH qui impose le test dans le but de garantir la légitimité de la preuve et l'exercice des pouvoirs du juge d'une façon compatible avec le droit à un procès équitable.

Les Pays européens dictent les règles d'exclusion de la preuve contraires à la loi : par exemple, en 1962, dans les Pays Bas, la Cour Suprême a dit que l'échantillon de sang prélevé sans le consentement n'est pas utilisable dans un procès pénal<sup>44</sup>; près de quarante ans plus tard, en Italie, selon un juge, le *corpus delicti* saisi après une fouille illégale ne peut pas démontrer la responsabilité pénale du défendeur<sup>45</sup>.

On aboutit à une première conclusion : les juges nationaux sont libres d'évaluer les preuves selon leur conviction et selon les règles d'évaluation qui peuvent être imposées par les droits internes ; une règle d'exclusion est prévue dans toute l'Union : la preuve contraire aux principes fondamentaux – en un mot, contraire à l'ordre public européen – ne peut pas circuler entre un Pays et un autre.

Enfin, on a parlé de la double nature de l'ordre public européen: matériel et procédural, de sorte que le contrôle d'utilisabilité par le juge national par rapport à la preuve étrangère considère, d'un côté, le respect des droits fondamentaux dans le

---

<sup>43</sup> F. Ruggieri, *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 99.

<sup>44</sup> C'est l'arrêt *Bloedproef II*, du 26 juin 1962 (N.J. 1962, 470).

<sup>45</sup> G.i.p. Bolzano, ord. 18 juin 2000: le juge ne peut pas appliquer le principe du *male captum, bene retentum* (v. Cass., sez. un., 27 mars 1996, n. 3) à tous les cas de fouille illégale parce qu'il signifierait légitimer le mauvais travail de la police.

processus de collecte et d'acquisition de l'élément, de l'autre, la compatibilité de la situation probatoire avec le principe de l'équité du procès énoncé à l'article 6 CEDH.

## 7. SYNTHÈSE

Il faut synthétiser ce qu'on a dit : la famille et les rapports entre les parents et les enfants font partie de l'ordre public européen ; ni une preuve qui échoue au double *test d'utilisabilité*, ni une décision mettant fin à un procès inéquitable ne peuvent ~~pas~~ circuler dans l'Union. Si donc dans un procès il y a ~~une~~ violation des droits des parents par rapport à leurs enfants, le résultat de cette infraction ne peut être introduit dans les tribunaux d'un autre État membre.

La prémisse permet d'expliquer la relation entre les procès civils et les procès pénaux, lorsqu'il y a, d'un côté, des questions relatives à la famille et à l'éducation des enfants, et de l'autre, des crimes contre les mineurs. L'exemple est celui des parents qui sont en litige pour la garde des enfants dans un État ; ensuite un parent conduit ses enfants dans un autre Pays, sans la permission de l'autre parent : la preuve acquise dans le jugement sur la garde être utilisée par le juge pénal de l'autre État ? Oui, si la preuve passe le *test d'utilisabilité*. La décision qui donne à un parent la garde des enfants peut-elle être acquise dans le procès étranger pour l'enlèvement des enfants, pour démontrer que ce parent a conduit les mineurs au-delà des frontières dans le but de les protéger ? Oui, si le procès civil s'est déroulé dans le respect de l'article 6 CEDH et, plus généralement, des valeurs de l'ordre public procédural.