

Working Group X

Working document 3

## **Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice »**

Objet : Intervention de M. Henri Labayle, Professeur à la Faculté de Bayonne, à la réunion du Groupe de travail du 8 Octobre 2002.

# **Instruments et procédures de l'Espace de liberté, sécurité et Justice**

## ***Audition devant le groupe de travail JAI de la Convention***

*Henri Labayle*

*Chaire Jean Monnet de droit communautaire*

1. Décrire le système procédural et instrumental de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ) n'est pas simple :

- il est difficile d'isoler la question du débat sur les acteurs (UE/Etats membres), sur les domaines (affaires intérieures/espace répressif) ou sur l'environnement institutionnel (1° ou 3° pilier) de la JAI.
- un sentiment majoritaire se dégage pourtant : cela ne marche pas. L'opinion publique le sait (de la querelle sur Sangatte, à l'affaire Ramda ou Rezala), les techniciens aussi (le bilan chiffré de l'ELSJ normatif est cruel<sup>1</sup>). Du reste, l'opinion exprimée par l'Union elle-même par l'intermédiaire notamment de la présidence belge, était sans détours : "le passage au pilier communautaire n'a pas permis de donner une impulsion décisive" et 3° pilier appelle des "mesures institutionnelles radicales"<sup>2</sup>....

2. Une idée directrice doit avant tout rester à l'esprit : les caractères de l'ELSJ le distinguent des autres politiques de l'UE. Il est dominé par :

---

<sup>1</sup> A ce jour et mis à part les règlements en matière de visas ou les décisions créant des organes de travail, l'essentiel du droit du premier pilier est composé de directives dont les délais de transposition s'échelonnent de la fin de l'année 2002 (protection temporaire des réfugiés, reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement) à 2003 (égalité de traitement) tandis que les décisions-cadre s'échelonnent de 2002 (statut des victimes) à 2003 (fraude et contrefaçon; équipes commune d'enquête) et 2004 (mandat d'arrêt) et même 2006 pour certains articles de la décision-cadre sur le statut des victimes. La situation des conventions est plus flagrante encore. La lecture du tableau de bord est édifiante de ce point de vue.

<sup>2</sup> Conseil, Evaluation des conclusions de Tampere, 14.11.2001 n°13416/2/01

- une *demande impérative d'efficacité et de pragmatisme* : il n'y aura pas de droit à l'erreur en matière sécuritaire et migratoire
- un *très fort degré de subsidiarité* exige que l'on prenne en compte les traditions nationales autant que les particularités des acteurs en cause, magistrats et policiers ne sont pas des rouages comme les autres et il faudra autant convaincre que contraindre

3. L'examen des instruments et procédures de l'ELSJ est donc partagé entre la diversité inévitable qui résulte de l'histoire, de la géographie et de la volonté politique et l'unité juridique minimale que réclame l'efficacité du dispositif. Le prix à payer pour ce compromis est celui d'une complexité inévitable. Elle semble néanmoins avoir atteint un tel degré qu'elle est une source majeure de blocage (I). Il importe de le lever (II).

## **I – La complexité du système, élément majeur de blocage**

Le système instrumental et procédural de l'ELSJ souffre aujourd'hui de trois défauts majeurs qui s'expliquent à la fois par son origine (il a été conçu à Maastricht en parallèle du pilier PESC, c'est-à-dire en omettant sa forte dimension juridique) et par son impact politique (les Etats refusant la contrainte dans ces domaines de souveraineté).

Leur mise en lumière fait ressortir un désordre et une absence d'efficacité hors de mesure avec les enjeux et les attentes des citoyens.

**a) – l'absence de cohérence du système** : elle résulte de la superposition de diverses constructions dans le temps et l'espace (CPE, Schengen, Maastricht, Amsterdam). Elle rend très difficile la simple compréhension et l'usage clair des instruments par les acteurs de terrain et notamment les juges.

- **la construction en piliers**
  - cette construction a été conçue dans une logique étanche de séparation et de concurrence entre l'approche intergouvernementale et communautaire. Elle pose des *problèmes considérables de base juridique* pour les instruments et de démultiplication des interventions. Quelques exemples l'illustrent : la matière "pénale" et la PIF ou la répression de l'immigration irrégulière ou la protection de l'environnement; la coopération douanière.
  - Cette option segmente inutilement certaines matières (la politique de santé publique de lutte contre la toxicomanie dans le premier pilier et l'aspect répressif dans le troisième)

- elle oppose une fausse image idyllique de la communautarisation, aux résultats discutables, et une approche intergouvernementale non dépourvue d'intérêt.
- ***l'Europe de la sécurité à géométrie et à droits variables***
    - elle pose des problèmes considérables dans l'espace communautaire (inégaie adhésion des Etats membres aux instruments conventionnels, transposition inégale des directives ou décisions-cadres), dans l'espace de l'Union européenne (opting in et out de 3 EM), dans l'espace Schengen (Norvège Islande).
    - elle est organisée par le traité d'Amsterdam avec des conventions qui peuvent entrer en vigueur à partir de 8 ratifications ou des protocoles rendant l'application du droit incertaine (droit d'asile).
    - elle sera accentuée lors de l'élargissement par la ***situation des nouveaux adhérents*** avec la déconnection entre adhésion et disparition des contrôles aux frontières intérieures.
    - elle peut être définitivement institutionnalisée avec le sort qui sera réservé aux coopérations renforcées dans le futur traité.
    - elle entraîne un problème majeur de discrimination entre les citoyens de l'Union qui ne seront pas placés sous le même régime juridique et d'efficacité. Comment imaginer sérieusement que plusieurs règles coexistent durablement et efficacement dans un espace unique ouvert à la libre circulation ?
  - ***l'ignorance de la transversalité***
    - nombre de règles sont incomplètes ou paralysées par le ***refus d'opérer les liens transversaux*** qui s'imposeraient entre les piliers pour parvenir à l'efficacité. La dimension externe de la JAI en est la meilleure illustration puisque connectant forcément les jeux des trois piliers. Comment coopérer avec le Maroc en matière migratoire ou pour lutter contre la drogue ou les Etats Unis contre le terrorisme sans s'appuyer sur un processus d'initiative, d'élaboration et d'adoption des règles à peu près semblable, "*dans un cadre institutionnel unique*" ?
    - nombre de questions communes conditionnent pourtant les réponses contenues dans les règles : la protection des données en matière d'immigration ou sécuritaire, le financement des approches opérationnelles, la mise en commun d'outils d'information

- **les carences institutionnelles**

- la conduite juridique des politiques migratoires et sécuritaires impose des ***contraintes particulières au modèle classique de l'UE***. Le Parlement européen n'y est pas considéré comme l'interlocuteur qu'il est pourtant dans chacun des Etats membres dans ces matières (impact sur les libertés publiques, définition des politiques criminelles, principe de légalité..). La Commission éprouve des problèmes à y transposer ses modes traditionnels d'intervention tant en matière d'initiative législative (impact politique considérable) qu'en matière d'application du droit (policiers et juges nationaux ne sont pas des fonctionnaires comme les autres).
- ***le rôle tenu par le Conseil et les Etats membres*** est particulièrement complexe. Les arbitrages décisionnels entre techniciens (intérieur, justice) et politiques (diplomates) ne sont pas une garantie d'efficacité ou de simplicité. La place tenue par la technocratie ne favorise pas la clarté pour la prise de décision et son application (multiples niveaux de préparation à la décision, ventilation Schengen, développement de l'acquis Schengen, frénésie institutionnelle....)

**b) – le défaut de vision politique** : il est difficile, même du point de vue d'un technicien, de valider un système juridique qui ne répondrait pas à un certain nombre de questions essentielles.

- **quelles règles pour quel projet ?**

- ***l'indétermination du traité*** pose parfois problème<sup>3</sup> pour identifier l'instrument à retenir. Quel but est réellement poursuivi par l'Union actuellement dans ses relations avec les Etats membres encore ne charge de l'essentiel des compétences en jeu ?

Pour ce qui est du traité communautaire et des politiques migratoires, le jeu normal de l'article 249 s'exerce dans le respect normal des procédures et du protocole sur la subsidiarité. Dans la mesure où il s'agit d'une compétence partagée avec les Etats membres, l'instrument privilégié sera la directive (sauf pour les visas). A cela, il faut ajouter la grande complexité de l'action communautaire en matière extérieure, pourtant fondamentale en matière migratoire. Le jeu des accords mixtes y est susceptible de paralyser toute intervention efficace.

Pour ce qui est du troisième pilier, les choses sont plus simples. Une conception excessive de la subsidiarité et de la proportionnalité y est purement érigée en règle de conduite impérative et l'intérêt de l'Union rarement pris en considération. La typologie

de l'article 34 TUE permet au Conseil d'adopter des positions communes sur un sujet précis, des décisions-cadre afin de rapprocher les législations, des décisions dans tous autres cas. Le jeu des conventions figure également depuis le traité de Maastricht qui les avait privilégiées.

- ce véritable arsenal juridique n'est encadré par aucun dispositif global exprimant ***une vision d'ensemble*** ou même un peu plus précise que le "*maintien et le développement*" et le "*niveau élevé de sécurité*" des objectifs généraux du traité. Cela peut poser problème quant au choix des instruments qui doivent s'insérer dans un dispositif plus large. On peut en citer un exemple parmi d'autres : les "*mesures*" en matière de droit d'asile doivent être conformes à la Convention de Genève, ce qui conditionnera nécessairement le choix et le contenu de l'intervention communautaire.
- le silence du traité n'est pas compensé par ***une approche politique claire et lisible*** : plans d'actions, programmes, stratégies, conclusions, lignes directrices, tableaux de bord, "road map", sont autant de signaux brouillés empêchant l'Union européenne d'exprimer clairement ses choix et priorités politiques en matière migratoire ou sécuritaire. Veut-on en définitive d'une Europe forteresse ou d'une Europe passoire ? Ce défaut a un coût important en matière politique car les opinions publiques perçoivent cette indétermination comme un décalage entre les choix politiques nationaux et l'apparent désintérêt de l'UE. Après examen des récentes consultations électorales dans certains Etats membres, qui pourrait assumer politiquement dans un Etat membre de l'Union le contenu des communications de la Commission sur l'immigration en Europe, quel que soit leur bien-fondé ?

Les conclusions de Tampere dont la charge politique est pourtant essentielle sont l'exemple type d'une telle approche banalisée dans les opinions publiques.

Si ces instruments nouveaux apparaissent d'un grand intérêt pour le management de l'action public et expriment un cadre de référence et des calendriers, leur absence de force contraignante et d'évaluation finale ajoutée à leur foisonnement s'avère pourtant contre-productive.

La grille des instruments de l'ELSJ apparaît donc à la fois comme trop variée et aussi comme n'étant pas assez structurée et adaptée aux objectifs poursuivis. Ceux-ci semblent davantage relever du souci médiatique de conclure correctement une négociation diplomatique que de la volonté d'organiser, et de garantir la sécurité des citoyens de l'Union.

---

<sup>3</sup> Article 62 TCE : Le Conseil arrête "les mesures"

- **quelle méthode pour y parvenir ?**

- si l'on prend pour angle d'approche que chaque instrument juridique a une fonction précise<sup>4</sup>, ***la nature de l'intervention communautaire*** sera automatiquement commandée par le niveau d'intervention recherché. Réglementation, harmonisation, reconnaissance mutuelle ne sont pas des options neutres du point de vue du choix des instruments. Ils constituent des stades différents de l'intégration juridique qui commandent la panoplie des instruments juridiques. En fonction de l'instrument retenu, on pourra orienter, encadrer ou même soumettre étroitement la compétence nationale qui demeure de droit. Il importe d'en avoir conscience.

La méthode de "coordination ouverte"<sup>5</sup> utilisée en matière d'immigration souligne ***l'importance d'une bonne articulation*** entre les niveaux d'intervention sur le plan de la proportionnalité et de la subsidiarité. On en retrouve un peu le pendant avec succès de la notion de "reconnaissance mutuelle" du troisième pilier. Elle manque cependant de sens véritable tant que l'objectif général de l'Union n'est pas fixé.

- cette définition de la méthode est d'autant plus importante que les Etats conservent parfois des compétences dans des domaines précis (action extérieure, mesures d'ordre public et sécurité intérieure<sup>6</sup>) ou qu'ils se réservent la possibilité de conserver ou d'introduire des mesures nationales complémentaires, à la condition qu'elles soient conformes au traité<sup>7</sup>.

**c) – l'absence d'efficacité** : elle est patente tant d'un point de vue concret que dans les opinions publiques. Plusieurs facteurs techniques se conjuguent pour confirmer cette impression.

- **la nature des instruments utilisés**

- elle explique une part des critiques. Il n'existe ***pas (ou peu) d'intervention réglementaire directe*** susceptible de bouleverser radicalement l'état du droit. Dans certains domaines, tels que l'asile, l'existence de textes à valeur supérieure tels que la CEDH ou la Convention de Genève, l'interdirait. Dans le troisième pilier, les mêmes

---

<sup>4</sup> Dans l'ordre communautaire, le règlement correspond à une fonction législative, d'effet direct, tandis que la directive a une fonction d'harmonisation et de rapprochement des législations nationales qui en fait l'instrument caractéristique de la construction communautaire.

<sup>5</sup> Celle-ci prévoit d'appuyer et de compléter la législation communautaire

<sup>6</sup> Article 64 TCE

<sup>7</sup> article 63 TCE

causes produisent les mêmes effets et les *conventions internationales* qui ont été adoptées brillent par leur inefficacité, mise à part celle instituant Europol. Adoptées par le Conseil qui en recommande l'adoption par les Etats membres, elles sont suspendues à l'accomplissement des procédures nationales de ratification qui explique qu'une majorité d'entre elles ne soient pas encore en vigueur<sup>8</sup>. Ailleurs les *directives ou les décisions-cadre, dépourvues d'effet direct*, et réclamant un délai de transposition par les Etats membres, donnent l'impression d'une lenteur inadaptée à l'urgence des situations.

*Les décisions*, elles, auraient davantage d'impact. Celui-ci n'est pourtant pas de même nature puisqu'il s'agit le plus souvent de créer ou d'instituer des structures ou des procédures et non pas de peser sur le fond du droit.

Il résulte de cet ensemble un désordre explicable mais qui mérite une mise à niveau<sup>9</sup>.

- *l'héritage Schengen* ne contribue pas à simplifier les choses. D'une part car il demeure dans sa forme intergouvernementale initiale tant qu'il n'est pas remplacé et d'autre part car il rend le processus décisionnel particulièrement délicat puisqu'il convient au moyen de comités mixtes de déterminer si l'on est ou pas en présence d'un développement de l'acquis Schengen pour identifier qui fait quoi et comment...
- *l'abus des actes hors nomenclature* imputable au Conseil est également une explication majeure de la crise normative de l'ELSJ. Ces actes forment plus des deux tiers du bilan normatif de l'ELSJ qui devrait pourtant, par nature, être composé de règles juridiques<sup>10</sup>. Importés du monde des organisations internationales traditionnelles, les "résolutions", "recommandations" et autres plans et programmes ou conclusions procurent l'illusion tranquille de l'action et la lecture des conseils JAI successifs est édifiante de ce point de vue. Ils présentent pour l'Etat deux intérêts principaux : éviter l'usage d'un instrument contraignant<sup>11</sup> et se cantonner au domaine diplomatique et non pas pénétrer dans l'administration d'une véritable politique publique de l'Union.

Il serait particulièrement cruel d'évaluer avec le recul du temps la réalisation exacte de

---

<sup>8</sup> Deux sur quatorze....

<sup>9</sup> Europol, Schengen, la coopération douanière reposent sur des textes conventionnels tandis que le Réseau judiciaire européen est né d'une action commune type Maastricht et qu'Eurojust repose sur une décision..

<sup>10</sup> En l'état, la part juridique de ce dernier est très largement composé de "l'amsterdamisation" de textes antérieurs, de Schengen à la coopération en matière civile

<sup>11</sup> Ce dont les juridictions nationales ont parfaitement conscience et fait donc douter de l'intérêt final de ces techniques



nombre de ces instruments<sup>12</sup>, même si leur utilité apparaîtrait évidente du point de vue de la gestion de l'ELSJ.

**Le système juridique de l'ELSJ est donc caractérisé par le refus des obligations juridiques et la fuite des Etats membres devant les engagements contraignants.**

- **le blocage procédural de l'adoption**

- ce point est le plus connu même si son régime doit être distingué selon le premier et le troisième pilier. Dans le premier cas, la date butoir de 2004 fixe un régime provisoire à un régime procédural compliqué tandis que le cas du troisième pilier est fixe.
- ***l'initiative des textes JAI*** obéit à un régime différent du droit commun dans lequel la Commission détient un monopole exclusif. Elle est partagée entre la Commission, qui a ainsi droit de cité dans le troisième pilier, et les Etats membres, de façon provisoire jusqu'en 2004 pour le pilier communautaire. Ce droit d'initiative étatique a fait l'objet d'une pratique assez suivie quoique regardée d'un œil critique à la Commission. Certes souvent liée à l'intérêt d'une présidence débutant, elle ne bénéficie peut-être pas du suivi et de la perspective d'un travail à longue haleine, certes fréquemment d'un contenu a minima, elle présente néanmoins l'intérêt stratégique d'associer directement les Etats au débat public quitte pour eux à en payer parfois le prix devant le Parlement européen, ce qui relève d'une bonne démocratie. En tout état de cause, cela permet d'éviter de voir les Etats membres se défaire systématiquement sur l'Union.
- ***l'adoption des textes JAI*** pose des questions plus graves. L'unanimité est la règle pour le troisième pilier (sauf les mesures d'exécution de l'article 34.2 c et d). C'est aussi le cas pour le pilier communautaire et son titre IV jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2004, sauf pour certains aspects de la politique des visas<sup>13</sup>. En 2004, une décision du Conseil à l'unanimité décidera de rendre applicable ou pas la procédure de co-décision à l'ensemble ou à une partie du titre IV.

---

<sup>12</sup> La lecture du Programme d'action relatif à la criminalité organisée de 1997 qui fixait toute une série de calendriers aux Etats serait édifiante de ce point de vue, notamment en ce qui concerne la nécessité de ratification des conventions avant la fin 1998...

<sup>13</sup> La liste des pays tiers soumis à visas et le modèle type, selon l'article 67.4

Le traité de Nice (dont c'était pourtant l'ambition) n'a guère simplifié les choses puisqu'il ne prévoit le passage à la majorité qualifiée que pour la coopération en matière civile (sauf pour le droit de la famille) et une part de l'asile<sup>14</sup>. Une simple déclaration annexée promet d'envisager un passage à la majorité qualifiée dans toute une série de domaines<sup>15</sup>, le point dur d'opposition demeurant celui de l'immigration légale.

Cinq cas de figure sont donc envisageables aujourd'hui selon les cas et les périodes pour cette partie de l'ELSJ. Ceci promet une situation absolument inextricable en cas de mise en œuvre puisqu'au sein d'un même article, différents cas de figure procéduraux seront envisageables...

La crainte d'une paralysie normative provoquée par l'élargissement n'est pas à sous-estimer pour critiquer cet état des choses. Cependant, il faut être conscient que cette paralysie existe aujourd'hui dans le titre IV. Son bilan normatif est des plus réduits : l'essentiel des textes reste à l'état de proposition, le plus souvent au contenu minimal d'ailleurs. S'il en va un peu différemment dans certains cas comme la coopération judiciaire en matière civile c'est en réalité parce que l'on a absorbé des textes antérieurs...

Ce veto mis à la disposition de chaque Etat membres est l'un des obstacles majeurs à franchir et il n'est pas certain qu'il puisse l'être de manière frontale.

A tout le moins, il faut prendre conscience qu'il procure la certitude pour tout Etat membre de ne pas être contraint à la négociation et au compromis.

---

<sup>14</sup> Dans ce domaine, celui de la détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile et celui des normes minimales d'accueil, cela sera possible "pour autant que le Conseil aura arrêté préalablement à l'unanimité une législation définissant les règles communes et les principes essentiels" à la matière

<sup>15</sup> Le droit de circulation des étrangers (a. 63.3, l'immigration irrégulière a. 63.3b) et le franchissement des frontières extérieures s'il y a accord sur leur champ d'application

- **Le blocage silencieux de l'entrée en vigueur**

- La ***lenteur de l'entrée en vigueur*** est caractéristique de l'ELSJ puisqu'il a été calculé qu'un délai moyen de huit ans était nécessaire pour les conventions de l'ex-troisième pilier tandis que la problématique des directives et des décisions-cadre est malheureusement connue sur ce point. Au delà du problème technique, le refus de contraindre par trop les Etats peut aboutir à des blocages supplémentaires liés à l'imprécision des obligations décrites. Ainsi, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen exige-t-elle pour son entrée en vigueur que les Etats membres acceptent une reconnaissance mutuelle minimale des décisions judiciaires des autres Etats membres. Il semblerait très concrètement que l'on ne s'achemine pas vers cette solution et que cet acte politique très fort de l'Union (peut-être le seul du volet répressif) reste paralysé par le refus de s'entendre sur l'application...

Dans les faits, les Etats membres ont donc un double pouvoir de blocage du processus : celui de la décision à l'unanimité et celui de l'application.

- l'entrée en vigueur effective dépend parfois aussi de ***mesures d'exécution de l'UE*** qui posent ici aussi des questions redoutables, au delà de la problématique classique de la comitologie. Si la gestion de programmes est généralement confiée à la Commission, en revanche son rôle dans le troisième pilier (il n'est pas prévu) ou même le premier pilier est conçu de façon extrêmement restrictive, ce qui permet aux Etats membres de se réserver le pouvoir d'exécution ou de conserver le jeu de l'unanimité contrairement à la comitologie. On notera d'ailleurs que le jeu des mesures d'exécution du troisième pilier s'effectue à la majorité qualifiée ou des deux tiers...

Au registre des mesures d'exécution, se pose également la question de la légitimité et de la nature des compétences normatives reconnues aux organismes créés dans le cadre de l'ELSJ, y compris en matière réglementaire<sup>16</sup>. Se pose également le problème des actes leur permettant une coordination indispensable.

- **le contrôle de l'application des actes**

- ce contrôle est une des questions essentielles de l'ELSJ. L'approche Schengen a très heureusement permis d'introduire une ***culture de l'évaluation***<sup>17</sup> dans les politiques JAI

---

<sup>16</sup> Notamment en ce qui concerne Europol

<sup>17</sup> Voir par exemple la création dans les structures du Conseil d'un Groupe de travail d'évaluation Schengen dont, à plein régime, la mission est de vérifier le respect des conditions Schengen

qui s'est renforcée avec le dispositif de l'élargissement. Il n'en reste pas moins que l'ensemble du dispositif repose sur la confiance mutuelle et sur la solidarité des partenaires et que le contrôle des obligations souscrites par les Etats membres est fondamental.

- l'exercice de ce contrôle obéit aux règles de droit commun y compris du *recours en manquement* pour le titre IV et il est exercé par la Commission. En revanche, en ayant refusé l'inscription d'un recours en manquement dans le titre VI, les Etats membres sont censés pratiquer eux-mêmes un auto-contrôle dans le cadre du troisième pilier dont il n'est pas certain qu'il ait toute la rigueur nécessaire.

La question est absolument fondamentale tant il est impossible de concevoir l'ELSJ sans une confiance mutuelle entre ses membres. Il n'est pas possible à un Etat membre de remettre sa sécurité intérieure au bon vouloir ou au laxisme de l'un de ses partenaires et la question de la sanction est donc posée.

- **le contrôle juridictionnel**

- il obéit à un régime dérogatoire du droit commun tant pour le premier pilier que pour le pilier intergouvernemental. Si le traité d'Amsterdam a réalisé un progrès décisif en soumettant l'ELSJ au contrôle juridictionnel, c'est au prix de dérogations considérables au jeu normal du contentieux communautaire.
- le pilier communautaire obéit aux règles normales du contentieux sauf en deux domaines. Le renvoi préjudiciel de l'article 234 y subit une altération considérable puisque désormais le renvoi n'est plus obligatoire pour les juridictions de premier ressort mais réservé aux juridictions suprêmes<sup>18</sup>. En outre, interdiction est faite à la CJCE de connaître des mesures nationales en matière d'ordre public en liaison avec les frontières intérieures<sup>19</sup>, c'est-à-dire pour contrôler la clause d'ordre public permettant de rétablir les contrôles aux frontières. La seconde novation concerne l'introduction d'un recours dans l'intérêt de la loi permettant à des requérants privilégiés de saisir la CJCE pour interprétation du droit. Le refus récent de la Cour d'élargir la recevabilité du recours en annulation pour les particuliers oblige à souligner que le prétoire leur est quasiment interdit autrement que par le renvoi en appréciation de validité...
- Le pilier intergouvernemental voit enfin arriver le juge mais sous une forme largement édulcorée : pas de recours en manquement mais un mécanisme à double détente dont

---

<sup>18</sup> Par crainte du volume des affaires concernées

<sup>19</sup> article 68.2

la première est essentiellement politique selon le compromis Europol, un recours en annulation auquel les particuliers et le Parlement n'ont pas accès. Par ailleurs le renvoi préjudiciel n'y est admis que de façon parcimonieuse, de façon volontariste avec une clause de juridiction obligatoire et en choisissant les juridictions internes habilitées à saisir<sup>20</sup>.

- Cet ensemble de restrictions oblige à rappeler que les Etats membres demeurent par ailleurs redevables du contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de leurs actes nationaux d'application de l'ELSJ. Il s'agit là à tout le moins d'une garantie mais aussi d'un paradoxe...

## **II – La lisibilité du système, élément d'efficacité**

Il n'est ni souhaitable ni pensable de faire table rase du dispositif instrumental actuel mais au contraire de procéder à un ajustement pragmatique dans la logique de la démarche d'Amsterdam par rapport à Maastricht. Une remise à niveau est donc nécessaire tant sur le plan des acteurs et des procédures qu'à propos des contrôles.

**a) – la nécessité d'une unité instrumentale et procédurale** : elle est une condition à la fois de l'efficacité et de la clarification du dispositif actuel, sans nécessairement se fondre mécaniquement dans le moule commun en raison des spécificités de la matière.

- **typologie des instruments normatifs et traité unique**

- s'il se confirmait heureusement que la voie d'un traité unique à l'intérieur duquel coexisteraient divers régimes procéduraux est ouverte, la question de *l'unité de ces instruments* se poserait alors, sans présenter ici de particularités par rapport au débat général sur les instruments juridiques. On mesurerait alors un peu plus sérieusement qu'avec des a priori la faible marge qui existe entre les dysfonctionnements d'un pilier mal communautarisé et les progrès d'un pilier intergouvernemental amélioré par l'esprit communautaire. On ferait alors l'économie d'une double action normative comme le problème de la PIF l'a illustré jusqu'à la caricature. Ce problème risquant d'être dépassé, on se bornera à souligner que l'essentiel n'est pas peut-être pas là mais dans la ligne de partage entre les compétences de l'Union et celle des Etats, qu'il s'agisse des compétences réservées par les Etats membres ou de celles qui sont mises

---

<sup>20</sup> La Cour a été saisie récemment sur cette base.

en commun. Néanmoins, l'hypothèse d'une distinction entre législation cadre ou législation d'orientation, législation simple, réglementation d'exécution revêtirait une signification majeure dans le cadre de l'ELSJ.

- le statut et le ***recours aux instruments non contraignants*** devraient également faire l'objet d'une réflexion afin à la fois de valoriser les orientations politiques majeures que constituent les conclusions du Conseil européen mais aussi d'éviter la stratégie de contournement constituée par ces procédés incantatoires. Il en va de même pour nombre d'agréments de fait, notamment en matière de coopération policière, qui portent atteinte à la transparence indispensable
- une plus grande rigueur dans ***l'organisation de la diversité de l'espace juridique commun*** paraît également très nécessaire. Tant dans le cadre de l'Union actuelle avec les situations d'opting out et in que dans celui de l'Union élargie avec les décalages prévisibles qui vont découler de l'élargissement. La multiplication des positions dérogatoires ou transitoires au regard de la règle commune menace clairement la sécurité juridique et la cohésion de l'espace commun.

- **identification des acteurs**

- ***le déséquilibre institutionnel*** qui a été en partie comblé à Amsterdam concernant la Commission devrait également jouer au profit du Parlement pour les raisons techniques évoquées plus haut mais aussi pour des raisons politiques tenant à la nécessité de définir publiquement les choix d'une politique de sécurité intérieure pour leur donner leur légitimité. A ce titre, la reconnaissance des pratiques actuelles du Parlement avec un débat annuel et le passage à la co-décision y compris dans le troisième pilier paraissent des étapes obligées. Sa pleine association aux questions externes liées à la JAI semble indispensable tout comme l'acceptation de sa fonction consultative, y compris en cas d'adoption d'actes non-contraignants.

Dans le même ordre d'esprit, la pleine reconnaissance du rôle déterminant du Conseil européen et des textes qu'il impulse dans la JAI mériterait certainement d'être mis en exergue afin de fonder plus directement l'action normative de l'Union. Dégager une vision d'ensemble de la JAI et de ses besoins est aujourd'hui une nécessité à laquelle ne répond pas la superposition des différents plans ou programmes d'action, y compris en allant jusqu'à définir des standards communs en matière sécuritaire ou en matière de transmission des données.

- *les tâches de l'exécutif* et le rôle de la Commission posent davantage de questions. Le maintien de l'initiative étatique dans le premier et le troisième pilier correspond peut-être à un besoin avéré qu'il serait bon de satisfaire. Dans le même ordre d'esprit, il n'est pas certain que les logiques administratives de la Commission coïncident exactement avec la spécificité de certains domaines de la JAI en particulier en matière policière et judiciaire. L'institution de l'équivalent d'un monsieur Pesc et qui serait un monsieur JAI correspondrait à la fonction d'animation et de légitimation qui fait actuellement défaut et qui pourrait d'ailleurs être rattaché à la Commission. La coordination de la myriade institutionnelle générée depuis Amsterdam pourrait ainsi lui incombent. En revanche, la pleine reconnaissance du rôle de gardienne des traités qui incombe à la Commission devrait être absolument affirmée sur l'ensemble de l'ELSJ.

Au delà, un coup d'arrêt devrait être donné à la frénésie de création institutionnelle en matière sécuritaire tandis que la structuration des politiques migratoires pourrait s'appuyer sur des réalisations plus claires et moins sporadiques qu'actuellement, par exemple en matière de réfugiés (un Commissariat ?) ou de gestion des frontières extérieures.

- **une rationalisation des procédures**

- sans qu'il soit question d'une refonte des procédures et des instruments de l'UE, leur *rationalisation paraît indispensable*. Pour ce qui est de l'attraction du pilier communautaire, il est possible d'en souligner l'intérêt sans nécessairement aboutir à un alignement orthodoxe. L'équilibre entre unanimité et majorité qualifiée doit s'inscrire dans le cadre général de l'Union mais il peut ici s'établir autour de distinction spécifiques : législation-cadre et législation d'exécution, fixation de délais et d'objectifs de réalisation, abstention constructive sont autant de pistes à explorer. A tout le moins, il conviendrait de dégager une approche qui permettrait d'opposer aux Etats les conséquences de leur inaction.

- Deux problèmes paraissent urgents : l'un est ponctuel et s'appuie sur la pression internationale. Elle concerne le jeu et l'autorité des *positions communes*<sup>21</sup> qui contraignent l'UE sur un objet donné et dont il conviendrait de clarifier la place dans la hiérarchie des actes et le déroulement des procédures en raison de leur utilisation comme base légale. L'autre est constant et concerne le *volet externe de la JAI*. Pour ce qui est du premier pilier, la compétence communautaire est concurrencée par le Protocole additionnel sur le franchissement des frontières extérieures qui a réservé la compétence des Etats membres sous réserve du respect des traités. Pour ce qui est du troisième pilier, leur latitude est plus grande encore. D'où une extrême difficulté à identifier les négociateurs et leur mandat et la nature de l'accord à formaliser en fonction du domaine couvert, rarement rattachable à un pilier unique.
- Dans le cas d'une mise à niveau grâce à un traité unique, les conflits inter-institutionnels pourraient trouver une solution.
- la question de la *base juridique des actes* devrait gagner en clarté dans l'hypothèse d'un traité unique et se poser davantage en termes d'intensité de l'intervention de l'Union qu'en termes de principes. Le faux débat quant à une intervention communautaire en matière pénale gagnerait ainsi en clarté, en efficacité et en engagement des souverainetés nationales.
  - le problème de *l'autorité et de l'effet direct des actes* pose des questions plus délicates. Si le caractère contraignant des actes doit être réaffirmé, il importe de prendre conscience du décalage entre les délais d'élaboration des actes et la réalité auxquels ils prétendent répondre. La simplification des procédures législatives est donc ici aussi un enjeu. Elle ne permettra pas de répondre à l'urgence qui peut parfois réclamer, comme lors du 11/9, des réactions normatives accélérées totalement incompatibles avec le système décisionnel actuel.

---

<sup>21</sup> Voir en ce sens les conflits avec le Parlement à propos du Règlement 2580/2001 relatif à certaines mesures de lutte contre le terrorisme et qui était basé sur une position commune non transmise et sur une annexe impossible à transmettre en raison de son caractère confidentiel.



Il conviendrait aussi de combler le vide juridique qui résulte de l'absence d'effet direct des actes déterminants que sont les directives, les décisions-cadre et les décisions du troisième pilier. Il est acquis que la médiation par les ordres juridiques nationaux pose problème en particulier en cas de non-accomplissement des obligations d'exécution. Il est tout aussi certain que les acteurs de terrain de l'entraide répressive, et en particulier les magistrats, ont besoin d'un titre juridique clair et fondé pour agir, sans même parler des citoyens de l'Union. Or et dans le même temps, l'hypothèse d'une forte subsidiarité normative réclamant l'intervention des Etats membres demeure fondée et solide.

Les raisonnements menés par la Cour concernant *l'invocabilité*<sup>22</sup> des directives en cas de défaillance des Etats et afin qu'ils ne tirent pas bénéfice de leur attitude illégale pourrait alors fournir un substitut en cas de non-application dans les délais. On pourrait également concevoir une application automatique passée un certain de délai de carence.

- la *gestion de la subsidiarité* demeure un des problèmes techniques et politiques de l'ELSJ les plus délicats à régler. Sous peine de tomber dans l'utopie d'une communautarisation répressive complète de type fédéral, la démarcation entre les niveaux d'intervention constitue une question redoutable au vu de l'indéfinition des lignes de frontières entre les concepts ou les champs d'application (personnes, travailleurs, étrangers...; crime organisé...).

Le constat est particulièrement vrai en matière d'entraide répressive où les particularités nationales sont sources de divergences sinon de blocages. Selon celles-ci en effet, ce sont des options radicalement différentes de coopération qui sont susceptibles de jouer<sup>23</sup> au point de modifier la philosophie de l'action.

En réalité, l'objectif de l'ELSJ devrait être de parvenir à **mettre les compétences nationales au service de l'Union**, en particulier en matière répressive.

En tout état de cause, il n'est pas certain que l'on doive poser pour principe que **la JAI obéit par principe au droit commun de l'Union mais plutôt qu'il ne peut s'en détacher que pour des motifs avérés et justifiés.**

---

<sup>22</sup> A titre de substitution ou d'interprétation du droit

<sup>23</sup> La délimitation entre autorité policière et judiciaire variant entre les Etats, cela est susceptible d'actionner pour un même cas la coopération Europol ou Eurojust avec des contraintes et de moyens différents. La dominante judiciaire d'Eurojust peut en être affectée.

## **b) – les garanties de l'efficacité**

- **le contrôle politique**

Il apparaît indispensable tant du point de vue de la transparence que de celui de la légitimité. Outre le débat politique public annuel auquel l'Union devrait se livrer concernant sa politique sécuritaire et migratoire, une association des Parlements nationaux plus poussée devrait être réalisée, tant il est vrai que leur contrôle des politiques migratoires et répressives nationales en fait des acteurs incontournables et complémentaires.

Dans le cadre des travaux de la Convention sur ce thème, l'expérience de la consultation préalable des Parlements nationaux sur les questions JAI devrait donc être approfondie tout à la fois pour répondre à la subsidiarité et pour faciliter la mise en œuvre ultérieure des textes.

- **le contrôle administratif**

- une véritable politique de *coordination institutionnelle* devrait être menée afin d'éviter un développement autonome et désordonné des différentes entités créées, tant du point de vue des procédures et des modus operandi que du point de vue de la mutualisation. Cette lecture et ces outils communs permettraient une meilleure garantie du respect des obligations souscrites et des garanties fondamentales des citoyens. A ce titre, une mise à niveau des exigences et des niveaux de contrôle sur les différentes entités institutionnelles s'avère pressante en raison des différenciations les séparant<sup>24</sup>.

La nécessité de la coordination devrait être soulignée dans le traité lui-même pour mettre fin à une schizophrénie institutionnelle qui ne trouve pas d'excuses dans ses résultats concrets.

---

<sup>24</sup> Europol est soumis au contrôle des 15 Etats de l'Union ce qui n'est pas le cas de l'OLAF

- la généralisation de la *politique d'évaluation mutuelle* serait une bonne réponse car elle donne des résultats apparemment satisfaisants, à la fois parce qu'elle responsabilise les Etats membres et parce qu'elle est suffisamment souple. Elle devrait néanmoins être relayée par l'instauration d'un recours en manquement correspondant au troisième pilier. Même si l'on doute de l'efficacité du recours inter-étatique dans l'ordre international<sup>25</sup> comme dans l'ordre communautaire, cela permettrait à un Etat ou à la Commission de rappeler l'Etat défaillant à ses responsabilités. On soulignera enfin que la technique du "tableau de bord" apparaît comme un témoin extrêmement utile, même si les conséquences pratiques semblent des plus réduites.
- Au delà, la question reste entière de l'établissement d'une procédure de contrôle des obligations souscrites par les Etats membres. Il n'est pas possible de construire durablement des politiques sécuritaires et migratoires et un ELSJ à l'intérieur duquel le respect des engagements pris par les Etats membres ne serait pas garanti. La simple reproduction du recours en manquement, dont on connaît par ailleurs les insuffisances dans l'ordre juridique communautaire, ne paraît pas adaptée à la hauteur des enjeux en cause. Dès lors, c'est bien d'une véritable procédure de *sanction à l'encontre des Etats défaillants* qu'il doit être question si l'on veut assurer la crédibilité de l'ensemble. Inscrite dans le traité aux côtés des dispositions sur le respect des droits fondamentaux et sur la discipline économique et budgétaire, elle situerait sans ambiguïté les rapports entre l'Union et ses membres.

- **le contrôle juridictionnel**

- la réponse à son effectivité passe par une remise à niveau, là encore du dispositif dérogatoire imaginé à Amsterdam, tant pour les droits du Parlement qu'à propos du règlement des différends. Si l'on peut compenser une part du déficit grâce à la défense de l'actuel pilier communautaire, en revanche la similitude des voies de droit est une condition première à réaliser. Au delà, c'est bien de l'ensemble de la crise de croissance de la juridiction communautaire qu'il doit être question, sans qu'il soit temps encore d'imaginer une juridiction ou un procureur européen.
- On voit néanmoins difficilement comment le juge communautaire pourrait se désintéresser de l'ELSJ, soit par le biais d'une formation spécialisée en matière

---

<sup>25</sup> L'extrême rareté de la pratique du recours inter-étatique de la Convention européenne des droits de l'Homme en atteste

préjudicielle soit sous l'angle des droits fondamentaux dont la problématique présente l'avantage d'unir les deux volets de l'ELSJ.

- la réponse à la question de la justiciabilité de la Charte des droits fondamentaux et de l'adhésion à la CEDH commande enfin celle de l'ouverture des droits des particuliers à une protection juridictionnelle et l'on y renverra.

Henri Labayle  
Professeur à la Faculté de Bayonne  
*henri.labayle@univ-pau.fr*