

UN ET MULTIPLE : L'ESPACE EUROPEEN DE LIBERTE, DE SECURITE ET DE JUSTICE.**CONSIDERATIONS ADVENTICES**

ROBERT KOVAR

Professeur émérite à l'Université Robert Schuman

« En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition des normes nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est d'une mutation qu'il s'agit, dans la conception même de l'ordre juridique »¹.

Ces propos sont d'une parfaite pertinence lorsqu'on entreprend de réfléchir sur les innovations portées par l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Pour perturber souvent les concepts, les instruments et les institutions essentiellement marqués par une souveraineté et une territorialité étatique qui ne s'ouvrent que difficilement à l'étranger, cet espace s'impose comme une nécessité. La réalisation d'un marché intérieur dans lequel les marchandises, les services, les personnes, les entreprises et les capitaux sont appelés à se déplacer et à s'établir appelait la réalisation d'un espace dans lequel les droits nationaux se devaient de concevoir leurs rapports en se libérant des fragmentations territoriales, en oeuvrant dans un esprit de coopération, en intensifiant leurs relations, en harmonisant leurs règles. Ces impératifs ne pouvaient manquer d'être confrontés à des résistances qui ne s'expliquaient pas seulement par un attachement excessif à une culture juridique trop souvent égocentrique, méfiante à l'égard de l'étranger, portée à considérer ce qui est comme inéluctable. Pourtant, le développement de l'intégration européenne et du droit communautaire témoignent de la réalité de mutations qui ont su en quelques décennies s'imposer. On nous dira, peut-être, que pour être importants les enjeux n'étaient pas de la même nature que ceux impliqués dans la conception et la construction de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice puisque celui-ci met en jeu des matières particulièrement sensibles pour les intérêts des Etats membres : la justice, en particulier dans le domaine pénal, la sécurité, la police. Sans prétendre contester cette appréciation, on se doit de rappeler que cet argument avait déjà été utilisé à propos de la réalisation de l'union douanière, de la liberté de circulation des personnes et bien évidemment de la

¹ M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 7.

création d'une monnaie unique. Dans chacun des cas qui viennent d'être mentionnés, à des degrés divers, étaient en jeu des prérogatives régaliennes des Etats.

Quoiqu'il en soit, la création de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice ne pouvait être une entreprise facile. On ne peut donc s'étonner qu'elle ait été conçue selon des principes qui ne sont pas ceux qui ont déterminé le système communautaire. Les Etats membres n'ont consenti à s'engager dans ce nouveau processus à partir du traité sur l'Union européenne qu'avec beaucoup de prudence. Pour l'essentiel, ils voulaient s'en tenir à des méthodes plus conventionnelles fondées sur une coopération intergouvernementale. Il en est résulté l'adjonction au système proprement communautaire, d'une construction distincte en dépit de quelques passerelles, constituant le titre VI du traité de Maastricht.

Cette structure en piliers, pour user d'une terminologie établie, est l'expression d'un compromis qui d'ailleurs n'a pas suffi à satisfaire tous les Etats membres de l'Union. S'agissant de la doctrine, les uns avaient regretté ce dualisme qui ne pouvait qu'être une source de difficultés, alors que d'autres n'étaient pas loin de penser que la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice affectait abusivement les souverainetés nationales.

Le Président de la Cour de justice des Communautés européennes a su montrer que pour ne pas être et de loin parfaite, la construction imaginée lors du traité sur l'Union européenne, quelque peu modifiée par la suite par le traité d'Amsterdam, a au moins le mérite d'exister. Il faut donc, non pas s'en satisfaire, mais chercher à en tirer le meilleur parti possible. On en disconvient naturellement pas, néanmoins, persuadé que les corrections pragmatiques qui pourront être apportées, spécialement par la Cour de justice, au système actuel rencontrent des limites incontournables, on est amené à s'interroger sur la nécessité d'une révision en profondeur qui nécessiterait de recourir à un nouveau traité.

I.- DES CORRECTIONS JURISPRUDENTIELLES.

Dans son état actuel, l'ordonnance de l'espace de liberté, de sécurité et de justice porte en elle des facteurs de complexité, de difficultés et même de désordre. Ces causes ont été déjà mises en évidence. Aussi se contentera-t-on de les recenser brièvement.

Il s'agit d'abord d'une carence d'homogénéité due à l'éclatement en deux piliers d'une matière dont les composants sont souvent interdépendants. Le transfert, par le Traité d'Amsterdam, dans le traité instituant la Communauté européenne d'une partie du titre VI du traité sur l'Union européenne constitue certainement une amélioration. Toutefois, les

règles applicables au nouveau titre IV sont, sur certains points dérogatoires, au droit communautaire commun.

En second lieu, le titre VI du traité sur l'Union européenne fait appel à des instruments juridiques et à des mécanismes décisionnels qui ne tiennent guère compte de la dimension juridique des matières qui relèvent de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La comparaison avec les dispositions du traité sur l'Union européenne concernant la politique étrangère et de sécurité commune est révélatrice de leur consanguinité.

Enfin, cette architecture se caractérise par un défaut de « transversalité » permettant d'appréhender de manière cohérente les aspects internes à l'union et les aspects internationaux des problèmes dont le traitement s'impose dans cette double dimension²

Bien qu'à ses débuts la jurisprudence de la Cour de justice laisse apparaître l'apport d'améliorations significatives. Elle permet aussi de constater que pour obtenir ces résultats, la Cour utilise des procédés qui ont déjà fait la preuve de leur efficacité dans la construction de l'ordre juridique communautaire.

A.- DES AMELIORATIONS SIGNIFICATIVES.

Deux axes directeurs caractérisent l'apport des arrêts de la Cour de justice relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice : ordonner la délimitation des compétences entre les deux piliers en cause et assurer la cohérence des principes juridiques applicables dans les deux volets qui constituent cette matière.

1.- ORDONNER LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES DEUX PILIERS.

La délimitation des champs d'intervention respectifs du titre IV du traité instituant la Communauté et du titre VI du traité sur l'Union européenne est d'une importance essentielle puisque ces deux piliers sont organisés sur la base de règles profondément différentes qu'il s'agisse du processus décisionnel, des actes susceptibles d'être pris ou du contrôle juridictionnel qui s'exercera éventuellement. Gardienne des traités, la Cour de justice ne peut d'autant moins se désintéresser de ces questions que certains Etats membres au moins cherchent à tirer parti de la complexité de cette structure pour tenter d'élargir le domaine de la coopération intergouvernementale au détriment de domaine d'action

² V. pour un exposé plus substantiel : H. Labayle, Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques. Audition devant le groupe de travail JAI de la Convention pour l'avenir de l'Europe, Chronique, Europe, janvier 2003, p. 3 s.

proprement communautaire. La Cour a donc dès l'origine de sa jurisprudence concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice affirmé sa compétence pour connaître les conflits de base juridique pouvant fonder la revendication de la compétence communautaire ou celle de la coopération intergouvernementale « accompagnée », selon l'expression utilisée par le Président de la Cour de justice des Communautés européennes. Revenir après lui de manière systématique sur l'analyse des arrêts rendus par cette haute juridiction ne pourrait conduire qu'à des considérations redondantes³. Aussi, se bornera-t-on à quelques observations sur la méthode suivie par la Cour pour régler ces conflits de compétence dans les deux affaires majeures dont elle a eu à connaître⁴.

Dans la première affaire, le Royaume-Uni contestait de façon frontale la compétence de la Cour pour connaître du recours de la Commission puisque l'acte mis en cause avait été adopté sur le fondement de l'article K 3., paragraphe 2, du Traité sur l'union européenne de sorte qu'il ne relevait pas des actes susceptibles d'être annulés par la Cour en vertu de l'article 173 du traité instituant la Communauté européenne⁵. Ces dispositions ont été supprimées par le traité d'Amsterdam et la création du titre IV du traité sur la Communauté européenne. Le Royaume-Uni soutenait que le recours était « radicalement irrecevable ». Le Conseil et les autres Etats membres avaient accepté la compétence de la Cour de justice. Celle-ci se reconnaîtra compétente en faisant observer que le traité sur l'Union européenne, l'adoption d'actions communes par le Conseil dans les domaines concernés par le litige ne pouvait affecter les dispositions du traité instituant la Communauté européenne. L'article M du traité sur l'union européenne était à cet égard d'une parfaite clarté. Sous réserve des dispositions portant modification des trois traités communautaires, aucune des dispositions du traité sur l'union européenne n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et les actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés. Les rapports entre les traités en cause étant réglés, il restait à la Cour de justice d'examiner sa compétence pour veiller au respect des traités communautaires. Sur ce point, elle fera valoir que selon le Traité sur l'Union européenne⁶, les dispositions relatives à la compétence de la Cour et à l'exercice de cette compétence s'appliquaient à la prescription édictée par l'article M du traité sur l'Union européenne. Il lui incombait donc de veiller à ce que les actes pris par le Conseil en vertu du Traité sur l'Union européenne n'empiètent pas sur les

³ V. le texte de V. Skouris, p.

⁴ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, Commission contre Conseil, affaire C170/96, Recueil p. I-2763 ; arrêt du 26 mai 2005, Commission contre Conseil, affaire C-176/03, Recueil p. I-7879.

⁵ La numérotation des articles cités est celle qui avait cours à l'époque où l'affaire a été jugée.

⁶ Article L, sous c) du Traité sur l'Union européenne.

compétences que les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne attribuent à la Communauté.

La négation de la compétence de la Cour de justice pour connaître d'un contentieux concernant la légalité d'un acte pris sur le fondement du titre VI du traité sur l'Union européenne qui avait été exprimée par le Royaume-Uni dans l'affaire C-170/96 ne se retrouve pas dans l'affaire C-176/03. L'arrêt rejetant l'argument de l'incompétence de la Cour de justice a été à cet égard persuasif et dissuasif.

Pourtant la deuxième affaire soumise à la Cour de justice a eu un retentissement plus grand que celle qui vient d'être évoquée. Onze Etats membres sont intervenus à l'appui du Conseil de l'Union européenne. La Commission avait introduit un recours en annulation contre une décision-cadre adoptée par le Conseil qui avait trait à la protection de l'environnement par le droit pénal. Cette décision-cadre définissait un certain nombre d'infractions à l'environnement pour lesquelles les Etats membres étaient invités à prévoir des sanctions de nature pénale. Or, les Etats membres estimaient et continuent d'estimer dans leur ensemble que la matière pénale relève de leur compétence. La Commission ne partageait pas cette manière de voir. Lors de la réunion du Conseil au cours de laquelle la décision-cadre avait été adoptée, la Commission avait fait annexer une déclaration destinée à être annexée au procès-verbal de cette réunion dans laquelle elle expose « ...que la décision-cadre ne constitue pas l'instrument juridique approprié pour imposer aux Etats-membres de mettre en place des sanctions de nature pénale au niveau national en cas d'infractions au détriment de l'environnement ». Il est ajouté « qu'ainsi qu'elle a rappelé à plusieurs reprises dans les instances du Conseil, la Commission considère en effet que, dans le cadre des compétences qu'elle détient aux fins de réaliser les objectifs énoncés à l'article 2 du traité instituant la Communauté européenne, la Communauté est compétente pour imposer que les Etats membres prennent des sanctions, le cas échéant pénales, au niveau national, lorsque cela s'avère nécessaire pour atteindre un objectif communautaire ». Elle termine en observant que « Tel est le cas en matière environnementale, objet du titre XIX du traité instituant la Communauté européenne ».

Cette revendication de compétence pour la Communauté est considérable pour deux raisons : elle a trait au droit répressif de nature pénale et s'étend à l'ensemble des objectifs qui font l'objet de compétences communautaires, au-delà du cas de la protection de l'environnement.

Dans ses conclusions, l'avocat général Damaso-Ruiz-Jarabo Colomer a reconstitué avec beaucoup de soins la jurisprudence de la Cour relative au pouvoir de sanction de la Communauté. Il convient que le Conseil et les parties qui le soutenaient n'ont pas tort d'alléguer que la jurisprudence ne reconnaît de manière explicite, aucune compétence communautaire pour obliger les Etats membres à incriminer les comportements qui

entravent la réalisation des objectifs figurant dans les traités. Cependant, l'avocat général observe que l'effectivité des compétences communautaires et des mesures prises pour leur mise en œuvre justifie que la Communauté puisse exiger des Etats membres, sur le fondement de l'obligation de coopération loyale instituée par l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne de sanctionner les infractions au droit communautaire. La difficulté viendrait lorsque les sanctions dont l'adoption est exigée des Etats membres sont de nature pénale. Pour autant, cette difficulté n'est pas dirimante. Pour la surmonter, il convient de rechercher si la protection de l'environnement qui incombe incontestablement à la Communauté nécessite une protection pénale. L'avocat général répondra à cette question par l'affirmative.

Pour la Cour de justice « s'il est vrai que, en principe, la législation pénale, tout comme les règles de la procédure pénale, ne relève pas de la compétence de la Communauté, cela ne saurait empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement ».

Dans un même mouvement, la Cour de justice affirme la compétence de la Communauté pour imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales à l'encontre d'infractions à la protection de l'environnement et soumet l'exercice de cette compétence à des conditions précises.

La question qui demeure en suspend à la suite de cet arrêt est de savoir si la solution consacrée par la Cour est destinée à ne valoir qu'en matière de droit de l'environnement ou si elle peut trouver à s'appliquer de manière plus générale. La Commission a exposé les conséquences de l'arrêt de la Cour dans une communication adressée au Parlement européen et au Conseil⁷.

Selon la Commission « Dans son analyse, la Cour se réfère au critère classique du but et du contenu de l'acte afin de vérifier si la base juridique est correcte. En l'occurrence, la politique communautaire concernée est celle relative à la protection de l'environnement. Il s'agit cependant d'un arrêt de principe dépassant largement la matière en cause. Le même raisonnement peut s'appliquer intégralement aux autres politiques communes et aux quatre libertés (liberté de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux) ».

La Commission entreprend ensuite d'exposer comment elle voit l'incidence de l'arrêt sur la répartition des compétences entre le premier et le troisième pilier. Elle s'organise à partir

⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil)/*COM/2005/0583 final*/.

d'une distinction entre les dispositions de droit pénal nécessaires à la mise en œuvre effective du droit communautaire qui sont du ressort du traité instituant la Communauté européenne⁸ et les dispositions horizontales de droit pénal visant à favoriser la coopération judiciaire et policière y compris les mesures de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, ainsi que les mesures basées sur le principe de disponibilité, et les mesures d'harmonisation du droit pénal dans le cadre de la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sans lien avec la mise en œuvre des politiques ou des libertés fondamentales communautaires, relèvent du titre VI du traité sur l'Union européenne.

2.- ASSURER LA COHESION DES PRINCIPES DE DROIT APPLICABLES DANS LES DEUX PILIERS.

Deux questions majeures doivent retenir l'attention. La première a trait à l'emprise de la Cour de justice sur les règles relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La deuxième est relative à la possibilité d'invoquer devant des instances nationales, plus particulièrement des tribunaux, les mesures adoptées sur le fondement du titre VI du traité sur l'Union européenne.

a. -L'EMPRISE DE LA COUR DE JUSTICE SUR LES REGLES RELEVANT DU TITRE VI DU TRAITE SUR L'UNION EUROPEENNE.

La comparaison des dispositions du traité instituant la Communauté européenne et de celles du titre VI du traité sur l'Union européenne est, à cet égard, assurément défavorable à ce dernier. La Cour de justice s'est vu imposer plusieurs restrictions qui manifestent l'intention évidente des Etats membres de réduire sensiblement son intervention dans ce domaine. Elles sont particulièrement drastiques dans le cas du contrôle de la légalité⁹. Même dans le cadre du titre IV du traité instituant la Communauté européenne le contrôle judiciaire est assujéti à des limitations¹⁰. Néanmoins, la Cour de justice s'est efforcée d'assurer au mieux possible son contrôle sur les mesures mettant en œuvre l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle a eu ce souci aussi bien pour ce qui est du contentieux

⁸ La Commission en conclut que la pratique courante du double texte : directive ou règlement et décision-cadre doit cesser.

⁹ V. TPICE, arrêt du 12 décembre 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran contre Conseil de l'Union européenne, affaire T-228/02, non encore publié au Recueil.

¹⁰ Ces restrictions seront examinées ultérieurement.

de légalité, des recours en constatation des manquements étatiques et du renvoi préjudiciel. Les résultats auxquels elle est d'ores et déjà parvenue sont méritoires.

S'agissant du contrôle de légalité la préoccupation de garantir l'homogénéité du droit de l'Union s'est traduit par l'affirmation du respect du aux droits fondamentaux, principes généraux du droit dont la Cour assure le respect par les décisions prises dans le cadre du titre IV du traité instituant la Communauté européenne¹¹ et qu'elle aura à garantir dans une affaire en cours d'examen relative à la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen prise sur la base du titre VI du traité sur l'Union européenne¹².

La Cour fait montre de vigilance pour condamner les manquements commis par les Etats membres aux obligations qui leur incombent dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle refuse ainsi tout empiètement des Etats sur les compétences de la Communauté. Elle rappelle aussi les Etats membres à leur devoir de se conformer aux décisions prises dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de les mettre en oeuvre¹³.

Pour ne pas être absente du traité sur l'Union européenne le renvoi préjudiciel établi par son article 35 est néanmoins affecté de sérieuses limitations par rapport à la procédure de droit commun prévue à l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne¹⁴. En particulier la compétence de la Cour pour statuer sur l'interprétation ou la validité des actes visés à l'article 35 est facultative en ce sens qu'elle nécessite l'acceptation des Etats membres. Une fois cette condition satisfaite et sous réserve des autres conditions prévues à l'article 35 du traité sur l'Union européenne, le régime prévu à l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne a vocation à s'appliquer¹⁵. En particulier la recevabilité des renvois préjudiciels est réglée selon la jurisprudence constante développée par la Cour à propos du renvoi préjudiciel de l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne¹⁶. La cohérence des procédures préjudicielles des deux traités ne vaut logiquement pas que pour la recevabilité des renvois. Elle a vocation à être généralisée et notamment à s'appliquer à l'autorité des arrêts préjudiciels.

¹¹ CJCE, arrêt du 27 juin 2006, Parlement européen contre Conseil, affaire C-540/03, Recueil p. I-.

¹² CJCE, *Advocaten voor de Wereld*, affaire C-305/05, demande de décision préjudicielle publiée au JO C 271 du 29 octobre 2005, p. 14 ; conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 12 septembre 2006.

¹³ CJCE, arrêt du 31 janvier 2006, Commission contre Espagne, affaire C-503/03, Recueil p. I-1097.

¹⁴ Voir infra B : Des obstacles drastiques.

¹⁵ CJCE, arrêt du 16 juin 2005, Procédure pénale contre Maria Pupino, affaire C-105/03, Recueil p. I-.

¹⁶ V. les conclusions de l'avocat général J. Kokott.

b.- L'INVOCABILITE DES REGLES RELEVANT DU TITRE VI DU TRAITE SUR L'UNION EUROPEENNE.

La Cour de justice a été confrontée à cette question lors de l'examen de la recevabilité du renvoi préjudiciel dans l'affaire Maria Pupino¹⁷. Les gouvernements français et italien, comme semble-t-il implicitement le gouvernement suédois, contestaient la recevabilité de la demande de décision préjudicielle en faisant valoir qu'une réponse de la Cour ne pouvait avoir aucune incidence dans la procédure au principal, l'article 34 du traité sur l'Union européenne excluant explicitement que les décisions-cadres et les décisions pris par le Conseil dans les domaines visés au titre VI de ce traité puissent entraîner d'effet direct. La Cour de justice objectera à cet argument que pour être privées d'effet direct ces décisions peuvent toutefois être utilement invoquées devant un juge national pour fonder une interprétation de son droit qui soit conforme à ces actes. L'intention de la Cour de réduire au maximum le particularisme du titre VI du traité sur l'Union européenne s'exprime très clairement dans son arrêt. On peut y lire qu'« indépendamment du degré d'intégration visé par le traité d'Amsterdam dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe au sens de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, UE, il est parfaitement compréhensible que les auteurs du traité sur l'Union européenne aient estimé utile de prévoir, dans le cadre du titre VI de ce traité, consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, le recours à des instruments juridiques comportant des effets analogues à ceux prévus par le traité CE, en vue de contribuer efficacement à la poursuite des objectifs de l'Union. La compétence préjudicielle de la Cour au titre de l'article 35 UE serait privée de l'essentiel de son effet utile si les particuliers n'étaient pas en droit d'invoquer les décisions-cadres en vue d'obtenir une interprétation conforme du droit national devant les juridictions des Etats membres ».

II.- LA NECESSITE D'UNE REVISION DU TRAITE.

Le développement de cette jurisprudence constructive de la Cour de justice est limité par des contraintes drastiques prévues délibérément par les auteurs du traité sur l'Union européenne. La première de ces contraintes est l'exclusion de tout effet direct des actes pris pour la mise en œuvre du titre VI de ce traité. Le deuxième résulte des conditions mises à la compétence de la Cour et à l'exercice de son contrôle par l'article 34 du traité sur l'Union européenne.

Ces obstacles ne sont certainement pas susceptibles d'être écartés ou contournés par la Cour. Seule une révision du titre VI du traité sur l'Union européenne pourrait apporter les

¹⁷ Arrêt précité note n° 14.

améliorations que l'on peut souhaiter. Dans cette perspective il n'est pas sans intérêt de se tourner vers le traité portant constitution pour l'Europe dont le sort est en suspens.

Une éventuelle, voire probable reprise du projet de traité constitution pourrait offrir l'occasion de revoir en profondeur l'agencement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice résultant des traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice. Sans anticiper sur la manière dont cette relance pourrait être conduite et pourrait aboutir, il convient d'examiner les dispositions du traité constitution consacrées à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Ces dispositions constituent le chapitre IV de la partie III de ce traité. Doivent leur être ajoutés l'article 32 qui a trait aux actes de l'Union, et les articles III-165, 170, III-174 relatifs aux procédures d'élaboration et d'adoption de ces actes ainsi que les articles III-270, III-274 qui ont pour objet le premier contrôle de la légalité, le second la procédure préjudicielle. A l'évidence, le traité constitutionnel améliore sensiblement l'agencement actuel de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

L'innovation essentielle dont résulteront les autres améliorations est la suppression de la distinction en trois piliers. Cette unification qui va au-delà du transfert d'une partie du titre VI du traité sur l'Union européenne dans le titre IV du traité de la Communauté européenne opéré par le traité d'Amsterdam permet une unification du régime de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. aussi bien du point de vue des instruments juridiques destinés à sa réalisation, que des procédures décisionnelles et enfin du contrôle juridictionnel.

A.- L'HOMOGENEISATION DES ACTES.

L'article 32 du Traité constitutionnel énumère et définit les actes juridiques de l'Union.

« Dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées dans la Constitution, l'union utilise comme instruments juridiques, en conformité avec les dispositions de la Partie III, la loi européenne, la loi-cadre européenne, le règlement européen, la décision européenne, les recommandations et les avis. La loi européenne est un acte législatif de portée générale. Elle est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre. La loi-cadre européenne est un acte législatif qui lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens. Le règlement européen est un acte non législatif de portée générale pour la mise en œuvre des actes législatifs et de certaines dispositions spécifiques

de la Constitution. Il peut soit être obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre, soit lier tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens. La décision européenne est un acte non législatif obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis n'ont pas d'effet contraignant ».

Au-delà des termes utilisés pour les désigner les actes de l'Union présentent des caractéristiques analogues à celles des actes communautaires selon le traité instituant la Communauté européenne. La seule particularité qui mérite d'être relevée concerne le règlement communautaire qui peut avoir les caractères de complétude normative qui lui sont reconnus par le traité instituant la Communauté européenne, mais qui peut aussi avoir les caractères de la directive actuelle. L'apport du traité constitution consiste d'abord en une unification de la nomenclature des actes de l'Union. Les actes particuliers prévus dans le cadre du troisième pilier ne sont pas repris pour ce qui est du titre IV, alors que des particularités subsistent dans le domaine de la politique de sécurité et de défense commune. C'est ce qui ressort d'une comparaison des articles 40 (Dispositions particulières à la mise en œuvre de la politique de sécurité et de défense commune) et 41 (Dispositions particulières à la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice) du Traité constitutionnel.

En second lieu, les dispositions excluant dans le traité sur l'union européenne l'effet direct des actes pris dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne se retrouvent pas dans le traité constitutionnel. Cette mise à l'écart constitue un apport essentiel à l'efficacité du droit dans ce domaine, permet l'invocation par les justiciables des actes relevant du chapitre IV de la partie III dans les conditions de droit commun et rend possible l'intervention des juridictions nationales.

B.- L'HOMOGENEISATION DES PROCEDURES.

La procédure applicable à l'adoption des actes de l'Union est réglée pour ce qui est des actes législatifs par l'article 33 du Traité constitutionnel et par l'article 34 dans le cas des actes non législatifs. En s'en tenant à l'essentiel, on observera que les dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice contenues au chapitre IV de la troisième partie du traité ne comportent qu'un seul article dérogeant au régime de droit commun. L'article III-165 dispose que les actes visés aux sections 4 et 5 du chapitre IV sont adoptés sur

proposition de la Commission ou sur initiative d'un quart des Etats membres. La section 4 est consacrée à la coopération judiciaire en matière pénale et la section 5 à la coopération policière. Selon l'article III-171, afin de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontalière, la loi-cadre européenne peut établir des règles minimales portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les Etats membres, les droits des personnes dans la procédure pénale, les droits des victimes de la criminalité, d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, identifiés préalablement par une décision européenne du Conseil des ministres. Sur tous ces points, le Conseil des ministres statue à l'unanimité après approbation du Parlement européen. C'est la même procédure qui est applicable aux lois-cadres ayant pour objet l'établissement de règles minimales relatives à la définition et des infractions pénales dans des domaines de criminalité particulièrement graves et qui revêtent une dimension transfrontière. Il est à noter que même dans ces matières soumises à des règles dérogatoires, le traité constitution renforce la participation du Parlement européen par rapport à la situation qui lui est faite à l'heure actuelle.

C.- L'HOMOGENEISATION DU CONTROLE JUDICIAIRE.

On ne retrouve pas trace dans le traité constitutionnel des restrictions qui affectent en droit positif la compétence préjudicielle de la Cour de justice existant dans le Traité CE. La procédure de renvoi préjudiciel devient applicable sans réserve en matière de justice et d'affaires intérieures.

Par ailleurs, la limitation du renvoi préjudiciel prévue à l'article 68 du traité instituant la Communauté européenne aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne qui affecte le titre IV de la troisième partie de ce traité, relatif aux visas, à l'asile, à l'immigration et aux autres politiques liées à la libre circulation des personnes n'est pas reprise dans le traité constitutionnel.

Est également supprimée la possibilité offerte aux Etats membres, au Conseil et à la Commission de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle (article 68, dernier alinéa du traité instituant la Communauté européenne).

On a vu qu'en ce qui concerne les matières faisant partie du troisième pilier du Traité sur l'Union européenne, l'article 35 offre aux Etats membres la possibilité d'accepter la compétence préjudicielle de la Cour de justice pour les seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ou de

l'étendre à l'ensemble de leurs juridictions. Cette option n'est pas reprise par le Traité constitutionnel.

Une autre particularité du régime instauré par l'article 35 du traité sur l'Union européenne est également écartée. L'article 234 du traité instituant la Communauté européenne prévoit que les juridictions dont les décisions ne peuvent donner lieu à un recours de droit interne sont tenues de saisir la Cour de justice lorsqu'une question de droit communautaire est soulevée devant elles, alors que dans le cadre de l'article 35, le renvoi est en principe facultatif, quelle que soit la juridiction nationale saisie de l'affaire. Ce caractère facultatif est particulièrement mal venu lorsque la juridiction suprême est la seule à pouvoir poser une question préjudicielle. Il est judicieux que l'article III-369 reprenne les dispositions de l'article 234 du traité de la Communauté européenne et rende obligatoire, en toutes matières, le renvoi pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours.

La suppression de la distinction entre les trois piliers de l'Union conduit à une harmonisation des conditions de recevabilité du recours en annulation, quel que soit le champ de compétence (article III-365 du traité constitutionnel). Actuellement l'article 35-6 du traité sur l'Union européenne réserve le recours en annulation contre les actes pris sur le fondement de son titre VI aux seuls Etats membres et à la Commission¹⁸. D'autant que de toute façon les « positions communes » ne figurent pas au nombre des actes susceptibles d'être déférés au juge communautaire, même par les requérants privilégiés. Cette restriction n'est pas reproduite par le traité constitutionnel. Le renforcement de l'effectivité du recours en annulation dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice résulte aussi de l'abandon de l'exclusion de principe de la compétence de la Cour de justice, dans le cadre du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, pour ce qui est du contrôle des actes du Conseil visant à assurer le libre exercice du franchissement des frontières intérieures et qui porteraient sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. Si l'article III-377 du traité constitutionnel exclut expressément la compétence de la Cour de justice, dans le chapitre IV de sa troisième partie, pour « statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et de la sécurité intérieure », cette disposition n'affecte pas la compétence de contrôle de la Cour de justice à l'égard des actes du Conseil, puisque les actes en cause sont imputables aux autorités nationales.

¹⁸ Sur l'irrecevabilité des recours en annulation introduits contre les actes pris sur la base du titre VI du traité sur l'Union européenne par des requérants ordinaires v. l'arrêt du Tribunal de première instance du 1^{er} décembre 2006, précité note n° 9.