

WP n° 2 : La fragmentation de l'ELSJ : questions de géographie et de géométrie, par les jeunes chercheurs du GDR ELSJ - Ateliers de Lyon - juin 2012

Version provisoire au 26 sept. 2012 - soumise au comité de rédaction de la RTDE

LA FRAGMENTATION DE L'ESPACE DE LIBERTE SECURITE JUSTICE : QUESTIONS DE GEOGRAPHIE ET DE GEOMETRIE

Introduction

Le Groupement de recherche instituant le « Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ) » (GDR CNRS n° 3452 - <http://www.gdr-elsj.eu>) a organisé à Lyon, les 14 et 15 juin 2012, sa troisième session doctorale européenne (les deux premières initiatives ont eu lieu à Toulouse en 2009, puis Bayonne en 2010). Une quarantaine de doctorants formés aux quatre coins de l'Europe se sont retrouvés pendant deux jours pour réfléchir au thème de « la fragmentation de l'ELSJ ».

L'Europe est historiquement fragmentée. Bien avant que l'Union européenne ne s'intéresse aux questions de circulation des personnes, de sécurité ou de coopération judiciaire, le continent n'offrait que des solutions nationales disparates et très faiblement coordonnées.

Mais qu'en est-il aujourd'hui avec le développement d'un espace européen de liberté sécurité justice ?

Pour rechercher des éléments de réponse à cette interrogation générale, deux séries de questionnements ont été envisagées par les jeunes chercheurs réunis autour des deux ateliers sous la coordination des enseignants-chercheurs membres du GDR.

Le premier atelier s'est intéressé à l'existence d'un ELSJ à géographie variable. L'espace de liberté sécurité justice épouse-t-il une géographie politique, culturelle, juridique éventuellement différente de celle de l'Union européenne, en intégrant des Etats tiers et en acceptant que des Etats membres n'en fassent pas partie ?

Le second atelier a travaillé sur l'hypothèse d'un ELSJ à géométrie variable. Quelle place, en effet, l'ELSJ concède-t-il aux méthodes horizontales de coopération et aux méthodes verticales d'intégration ? De même, le développement des solutions juridiques au sein de cet

espace est-il dédoublé selon qu'il s'agit de considérer les rapports internes à l'UE ou les rapports externes ?

Les réponses à ses multiples interrogations ont fait l'objet de deux synthèses, attestant de la maturité de leurs auteurs et de la constitution d'une communauté de jeunes chercheurs attachée à l'étude de l'ELSJ. Nous les livrons au lectorat de la Revue trimestrielle de droit européen.

Jean-Sylvestre Bergé et Henri Labayle, Directeurs du GDR CNRS ELSJ

L'ESPACE DE LIBERTE SECURITE JUSTICE : UN DROIT A GEOGRAPHIE VARIABLE ?

Par Sébastien ADALID, Antal BERKES, Mathieu COMBET, Adrien COMPAIN, Cécile CORSO, Sophie DE SANCTIS, Laura DELGADO, Romuald DI NOTO, Léa DUMONT, Yasmine EL BOUSTANI, Marie GARCIA, Simon LABAYLE, Lucie LE BARREAU, Clémentine MAZILLE, Jean-Sébastien QUEGUINER, Marjolaine ROCCATI, Isabell VERDIER-BÜSCHEL et Krystyna WARYLEWSKA¹.

« Frontières. En géographie politique, ligne imaginaire entre deux nations, séparant les droits imaginaires de l'une des droits imaginaires de l'autre »². L'Union européenne ne rassemble pas deux nations, mais vingt-sept. Elle se compose donc d'un nombre exponentiel de lignes imaginaires. Celles-ci ne séparent pourtant pas des droits imaginaires, mais tendent à s'effacer devant un droit imaginaire. Pour le canaliser et l'ordonner dans des matières fondamentales, l'UE a fondé un espace de liberté, de sécurité et de justice.

La réalisation d'un ELSJ figure parmi les objectifs du droit de l'Union. En vertu de l'article 3-2 du TFUE « [1] *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* ». En affirmant cela, les rédacteurs du Traité visaient à créer un espace ouvert, sans contraintes ni frontières intérieures, dont l'objectif principal est la libre circulation des personnes. Cet objectif de liberté s'allie à celui de sécurité intérieure, faisant entrer dans le champ d'application du droit de l'Union les problématiques attachées à l'asile, l'immigration, et la prévention de la criminalité. Pour réaliser ces différents objectifs, l'Union a fait le choix de constituer un espace de justice favorisant leur développement.

La notion d'espace imposait nécessairement une réflexion géographique, renvoyant *a priori* aux territoires et à leurs frontières physiques. Cette approche est pourtant réductrice, car le terme même de géographie est polysémique. Le petit Robert la définit ainsi comme une

¹ La coordination de cette synthèse a été assurée par Marie GARCIA, Simon LABAYLE, Clémentine MAZILLE et Marjolaine ROCCATI.

² A. BIERCE, *Le Dictionnaire du diable*, Rivage, 1989, traduction Bernard Sallé

« *réalité physique, biologique, humaine* ». Ces différentes visions s'imposent naturellement dans le cadre de l'ELSJ, qui amène à envisager une géographie *variable* renvoyant par extension à l'idée d'une application différenciée d'un même droit sur des territoires différents. Il renvoie aussi à la variabilité de la notion même de géographie, aussi bien physique que culturelle, économique qu'humaine.

Ces considérations prennent tout leur sens dans le cadre de l'ELSJ, car la variabilité qui le caractérise est directement issue de sa fragmentation.

Fragmentation inhérente à sa construction puisque l'on a voulu créer un espace homogène entre des Etats et des cultures hétérogènes et diversifiés. L'ELSJ est ainsi fragmenté entre des ordres juridiques différents à des niveaux différents, qu'il s'agisse du niveau supranational, national ou local.

Mais fragmentation parfois négative s'il s'agit de diviser, partager voire atomiser. En effet, s'opposant à la volonté de création d'un espace homogène, la fragmentation pourrait être considérée comme un obstacle quasi-infranchissable.

Pour autant, cette fragmentation n'a pas représenté le frein que l'on pouvait craindre pour la construction de l'ELSJ. Sa nature imposait au contraire de composer avec cette donnée complexe et inhérente à l'histoire même de l'Union.

L'ELSJ n'en constitue en effet qu'une composante récente. L'Union européenne s'est initialement structurée par le biais d'un Marché intérieur aux objectifs essentiellement économiques. Mais, par un phénomène d'entraînement bien connu, l'agent économique laissa peu à peu place à l'individu. De nouveaux défis se posèrent alors aux Etats membres. Les questions du ressortissant non communautaire de l'immigration, et de la sécurité intérieure deviennent alors majeures. Mais, conscients que ces défis ne peuvent être relevés du seul point de vue national, les Etats membres sont pourtant réticents à se plier à la méthode communautaire. Soucieux de préserver leur souveraineté nationale, ils expérimentent une gestion commune particulière de ces problématiques, avec Schengen d'abord, puis lors de la création d'un troisième pilier dans le Traité de Maastricht assurant une coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. La communautarisation de ces matières s'impose avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et l'idée de la construction d'un espace sans frontière se concrétise. Le Traité définit alors des règles communes pour assurer la libre circulation des personnes, conférer des droits aux ressortissants des pays tiers, lutter

contre la criminalité transfrontière ou mettre en place une coopération judiciaire en matière civile et pénale.

La vision idéalisée d'un espace uniforme, cohérent, d'une Europe sans frontières au sein de laquelle seraient garanties la liberté, la sécurité et la justice semblait alors atteinte. Pourtant, l'évolution de l'ELSJ, particulièrement visible et significative d'un point de vue géographique, marque la fin d'un idéal, si tant est qu'il ait existé. Celui de l'Europe unique et de la méthode communautaire chère aux pères fondateurs. Il fallut au contraire plier devant une réalité froide. Celle imputable à une démarche réaliste reconnaissant que les particularités, la sensibilité des questions abordées, et la nature même de cet espace, imposaient de fonctionner différemment. La fragmentation s'impose alors comme LA méthode de l'ELSJ. Celle conduisant à la géographie variable qui le caractérise désormais.

Cette méthode est pourtant source d'une contradiction en apparence insurmontable. Comment la conception originelle d'UN espace de liberté, de sécurité, et de justice pouvait-elle s'accorder à une fragmentation par définition amenée à fonder DES espaces ? Comment cet idéal utopique pouvait-il s'accomplir dans de telles conditions ?

Là résidait donc le péché originel de l'ELSJ, qui portait en lui les gènes de cette contradiction. Le péché n'était pourtant pas mortel. C'est bien cette compromission, par un saisissant paradoxe, qui allait permettre au rêve de perdurer. La fragmentation de l'Espace de liberté, de sécurité, et de justice, y autorise un contrôle juridictionnel interétatique unique sur des standards de protection élevés des droits fondamentaux. L'Europe à la carte ne s'est imposée que dans une certaine mesure, et dans le respect des valeurs fondamentales de Liberté et de Justice qui fondent l'identité de l'Union européenne.

La géographie variable ne signifiait donc pas la mort d'un espace et d'un droit commun, mais la voie permettant de contourner des obstacles en apparence insurmontables. Celle, sinueuse mais réaliste, qui permet de comprendre la réalité d'un système juridique intrinsèquement complexe. Elle était donc inhérente à la nature même de l'ELSJ. L'élaboration du droit de l'ELSJ reposant en effet pour bonne part sur la négociation et la coopération, c'est aujourd'hui sans doute un *lieu commun* que d'observer que les variations géographiques contribuent à en expliquer certaines difficultés de construction. L'espace commun aux Etats membres se construit en effet progressivement et à plusieurs vitesses (I). De plus, au sein de l'ELSJ, la production normative redessine ou estompe sans cesse les frontières, pouvant même conduire à considérer celui-ci comme un *non-lieu* (II).

I. Un lieu commun

L'ELSJ est un lieu commun soumis à la fragmentation. Au sens figuré, en tant que phénomène constaté par la plupart des observateurs³, et au sens propre, car il fait référence à un espace commun. La géographie n'opère pas une pression uniforme sur cet espace, car elle est intrinsèquement variable. La situation sera différente d'un Etat à l'autre selon la nature de leurs frontières (terrestres et/ou maritimes), leur relief, le nombre de frontières communes avec d'autres Etats etc. Elle rend donc spécifique la situation de chacun d'entre eux, ce qui se traduit par des différences de préoccupations que la politique et le(s) droit(s) de l'ELSJ refléteront (A). Elle ne doit cependant pas être lue comme un phénomène hostile, qui morcelle et disloque ce qui aspirerait à s'assembler. Il n'y a pas d'évidence à la création d'un droit commun en matière de liberté, sécurité et justice, et la géographie intervient précisément à son appui. Parce qu'elle est synonyme de variabilité, la géographie alimente donc la création du droit de l'ELSJ (B).

A/ La géographie : cause de la variation

La géographie peut favoriser une fragmentation existante, ou à l'inverse, inciter un groupe d'Etats à adopter un droit commun différent de celui d'autres groupes d'Etats. Dans les deux cas, elle est un facteur inévitable de différenciation, parce que l'espace juridique européen se réalise et se déploie sur un territoire. Le droit de l'ELSJ n'est donc pas un monde juridique clos : il part d'une situation géographique concrète – et différenciée – qu'il cherche à appréhender afin d'assurer un espace européen de libre circulation. La construction du droit de l'ELSJ, droit destiné à déployer des effets uniformes sur un territoire commun, est donc tributaire de la géographie, qui exerce des pressions localisées.

La variable géographique exerce d'abord une pression physique différenciée qui se traduit par un morcellement des droits. La proximité par exemple exerce une pression ciblée sur certains Etats, qui favorise la coopération et l'unification de leurs droits en matière de liberté, de sécurité et de justice. Il suffit de s'arrêter sur les Etats qui ont décidé de prolonger leur

³ V., J.-S. BERGE, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET et J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Actes de la journée d'étude du 16 avril 2010, Université Paris Ouest Nanterre La Défense – CEDIN – CEDCACE – CEJEC, Paris, Pédone, 2011.

coopération en créant les accords Schengen : cinq Etats continentaux frontaliers⁴. Cette proximité joue aussi à l'égard d'Etats tiers tels que la Suisse⁵ enclavée dans l'UE. Consécutif à l'accord de libre circulation des personnes⁶, l'accord intégrant la Suisse à l'espace Schengen vise à « *éliminer certains obstacles à la libre circulation des personnes qui résultent de la position géographique de la Confédération suisse* »⁷.

A l'inverse, l'insularité d'un Etat peut l'éloigner des préoccupations des Etats continentaux. Il est ainsi peu surprenant de constater la réticence du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'idée d'abolir des contrôles aux frontières avec les Etats de l'espace Schengen. Cela ne signifie évidemment pas que l'insularité bloque toute coopération : elle cède lorsque sont en jeu des domaines où le rapport de l'Etat au territoire est moins fort, comme en matière d'asile où l'on retrouve la coopération du Royaume-Uni.

A ces influences directes sur l'élaboration du droit de l'ELSJ s'ajoutent des effets indirects, la géographie ayant notamment des conséquences dans la délimitation des systèmes de pensée juridique. Droit continental et *Common Law* cohabitent ainsi au sein de l'ELSJ. En droit international privé, ce facteur explique certaines différenciations. Les règlements « Bruxelles II bis »⁸ et « Obligations alimentaires »⁹ retiennent, dans certaines hypothèses, la notion anglo-saxonne de « domicile » comme chef de compétence pour leur application par les juridictions anglaises et irlandaises, et qui diffère du critère retenu pour les Etats d'Europe continentale. Si ce traitement, en apparence spécifique, réservé à deux Etats membres de l'Union européenne

⁴ Accord du 14 juin 1985 entre les Etats de l'Union économique Benelux, la République fédérale d'Allemagne et la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

⁵ Non pas que la géographie se moque des choix politiques, et notamment des décisions d'adhésion, mais elle exerce une pression dont la politique puis le droit peuvent ensuite se saisir et approfondir la coopération.

⁶ Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes.

⁷ Préambule de l'accord du 26 octobre 2004 entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse, sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen.

⁸ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. L'article 3, 1, b) prévoit par exemple la compétence des juridictions de l'Etat membre « *de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun* ». Le paragraphe 2 de l'article 3 consacre expressément la spécificité de la notion en *Common Law* : « *aux fins du présent règlement, le terme "domicile" s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande* ». V. aussi les articles 6, 7, 51 et 66.

⁹ Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Le considérant n°18 énonce ainsi que : « *il convient de prévoir qu'en Irlande, la notion de "nationalité" est remplacée par la notion de "domicile", de même qu'au Royaume-Uni* ». Voir également l'article 2, paragraphe 3.

ne doit pas être exagéré¹⁰, il n'en reste pas moins remarquable qu'au sein de l'Europe des 15, puis des 27, les traditions juridiques des Îles britanniques aient été prises en considération lors de la négociation de ces instruments.

Au-delà des systèmes de pensée juridique, la géographie explique que les Etats aient établi des relations politiques et juridiques diverses que le droit de l'ELSJ reflète. Cela se traduit par l'inclusion d'Etats tiers dans l'ELSJ. Cela apparaît également par le respect des conventions internationales conclues antérieurement par les Etats membres avec des Etats tiers. Ainsi, le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, adopté récemment, prévoyait encore qu'il « *n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement* »¹¹. L'ELSJ va jusqu'à préserver la possibilité de ses Etats membres de conclure des conventions internationales avec un Etat tiers. Cette faculté, ouverte par exemple dans les règlements de procédure d'autorisation de 2009¹², est encadrée afin que ces accords ne « détricotent » pas la construction de l'ELSJ dans des domaines déjà appréhendés par celui-ci. Car le droit de l'ELSJ, s'il reflète certaines nuances dues aux variations géographiques, doit en permanence veiller à ne pas être malmené par les considérations géographiques créatrices de divergences. Si celles-ci sont un facteur de différenciation, elles ne doivent pas constituer un prétexte. On peut ainsi s'interroger sur le refus des Pays-Bas d'intégrer pleinement à l'espace Schengen la Roumanie et la Bulgarie dont la situation périphérique ne doit pas prendre le pas sur les conditions établies.

La géographie génère donc des variations du droit dans l'ELSJ par des pressions ciblées sur une partie des Etats. Mais cette action n'est ni exclusive ni figée et cette variation géographique alimente le développement de l'ELSJ.

¹⁰ En effet, « la différence est faible entre la notion traditionnelle de domicile d'origine, telle qu'elle existait dans l'Ancien droit français et s'est maintenue en Grande-Bretagne, et celle de nationalité : l'une et l'autre désignent une loi d'origine, jouissant presque de la même stabilité », B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 6^e édition, 2010, n°144.

¹¹ Article 25, § 1 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹² Règlement (CE) n°664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009, instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que le droit applicable en matière d'obligations alimentaires ; Règlement (CE) n°662/2009 du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers sur des questions particulières concernant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles.

B/ La variation géographique : moteur de la construction

La géographie entraîne des variations entre les droits des Etats européens. Le droit de l'ELSJ se construit non plus seulement en dépit mais à partir de ces variations.

L'ELSJ se met d'abord en place à partir des frictions entre Etats membres, qui peuvent aboutir à l'adoption d'un texte, sous réserve d'aménagements dans leur application géographique. La variabilité géographique, à l'instar de celle du Royaume-Uni et de la Pologne, a par exemple facilité l'adoption de la Charte des droits fondamentaux.

De manière plus prononcée peut-être, les coopérations renforcées, en plaçant la variabilité géographique dans l'adoption du texte, permettent de construire l'ELSJ. La question sensible du divorce progresse ainsi en droit européen grâce à l'adoption en 2010 du règlement « Rome III » par 14 Etats membres. Parce que l'unanimité n'était pas envisageable en raison de désaccords persistants entre les 27 Etats membres, la variation géographique, ici sous la forme d'une coopération renforcée, permet d'engendrer la construction de l'espace civil européen. Ici la fragmentation préexiste à la coopération – variations entre Etats dues en partie à la géographie – et c'est la coopération à géographie variable qui permet d'unifier les règles de conflit de lois en matière de divorce dans un territoire de 14 Etats membres qui représente environ 60 % de la population de l'Union. Les traités signés entre quelques Etats membres ont également pu apparaître comme des coopérations renforcées sans en porter forcément le nom. Ainsi, et dans la mesure où la protection des données en matière de coopération policière et judiciaire a été exclue du champ d'application de la directive de 1995 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données, elle a fait l'objet en 2005 d'un traité international : le Traité de Prüm négocié entre le Benelux, l'Autriche et l'Allemagne. Cette unification des règles est certes limitée aux parties contractantes mais elle constitue une avancée dans la construction de l'ELSJ. Il y a en effet recul de la fragmentation de vingt-sept droits différents grâce à la variation géographique et l'idée de progression : la fragmentation constitue un moteur de l'ELSJ.

Après le temps des frictions, vient donc celui de l'attraction. Ce phénomène peut prendre la forme de l'adhésion au texte, choisie comme stratégie générale, comme le Danemark qui, d'un premier statut d'*opt out*, et constatant le succès d'un instrument adopté par d'autres, passe à celui d'*opt in* ; ou plus casuistique, comme pour le Traité de Prüm, dont le champ d'application géographique a été élargi par l'adhésion de la France et l'Espagne avant d'être

étendu aux autres Etats membres, sous la forme d'une décision¹³, et même à des Etats tiers, sous la forme d'un accord¹⁴. De même, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'effet des jugements en matière civile et commerciale, adoptée entre les six Etats fondateurs de la Communauté, a été étendue¹⁵ au gré des élargissements, avant d'être communautarisée par le règlement « Bruxelles I »¹⁶. L'attraction s'est également étendue à des Etats tiers situés à la périphérie de l'Union, par la conclusion d'une convention internationale « parallèle »¹⁷ : la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, conclue avec les Etats de l'Association européenne de libre-échange.

L'attraction peut également se manifester au stade de l'application du droit fragmenté. En effet, même sans envisager l'adhésion directe et ultérieure des Etats à un texte, son adoption par un nombre restreint d'Etats peut avoir des répercussions sur les Etats non liés, à l'instar du règlement « Rome III ». Si, selon la lettre de l'article 327 TFUE, la coopération renforcée respecte « *les compétences, droits et obligations des Etats membres qui n'y participent pas* », ce règlement aura une incidence sur ces derniers dans la mesure où les décisions rendues sous son empire bénéficieront en principe de la reconnaissance mutuelle et de l'exequatur prévue par le Règlement « Bruxelles II bis »¹⁸.

La fragmentation de l'ELSJ, inévitable au regard d'une géographie variable, relève du lieu commun. La variation géographique rend possible la constitution de l'ELSJ, en gommant certaines fragmentations qui réapparaissent, mais moins nombreuses, entre le groupe d'Etats qui a approfondi l'unification du droit, et les autres Etats. Celle-ci n'est au demeurant pas figée, et un phénomène d'attraction fait de la variation géographique un moteur pour l'ELSJ. La fragmentation est donc inhérente à l'ELSJ qui se construit en fonction et à partir de ces frontières. Bien plus qu'inévitables et productives, ces frontières s'avèrent perméables et versatiles : parler de fragmentation constitue également en ce sens un non-lieu.

¹³ Décision du Conseil 2008/615/JAI du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière.

¹⁴ Décision du Conseil 2010/482/UE du 26 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne, l'Islande et la Norvège pour l'application de certaines des dispositions de la décision 2008/615/JAI.

¹⁵ Parfois au prix de quelques ajustements, comme lors de l'entrée du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, qui aboutit à la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978.

¹⁶ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4^e édition, L.G.D.J, 2010, n°13.

II. Un non-lieu

Si l'ELSJ est à géographie variable, c'est parce que la notion de frontière y subit des altérations. En premier lieu, les fonctions de la frontière sont en évolution : elle se fait de plus en plus perméable, l'effet juridique attaché à son franchissement étant assoupli. En second lieu, les frontières, qui marquent les limites du pouvoir, font sans cesse l'objet de négociations ; matière par matière, crise par crise, leur tracé ne cesse de varier. En somme, au regard de leur perméabilité (A) et de leur versatilité (B), il n'y a pas lieu de préciser les frontières de l'ELSJ.

A/ La perméabilité des frontières

Comme vu précédemment, l'article 3-2 du TFUE précise que « [l]'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, [...] en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures ».

Pourtant, ces dernières ne semblent plus remplir la fonction discriminante qui était traditionnellement la leur. Le droit de l'ELSJ ne réserve pas son application aux citoyens européens. Il s'étend également aux étrangers non européens. Ainsi, la directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée¹⁹, vise à assurer un traitement équitable dans tout le territoire européen de ces ressortissants dénués de la qualité de citoyens européens. Par ailleurs, le droit de l'ELSJ assimile parfois ces non-ressortissants européens aux citoyens européens qui résident dans l'Union européenne. C'est ainsi le cas du règlement Bruxelles I, applicable dès lors que le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre, sans condition de nationalité²⁰. S'observe même une volonté expansionniste de l'ELSJ au regard de son application à des ressortissants non européens, comme le révèle le règlement récemment adopté relatif aux successions transfrontalières²¹. Ce dernier admet le renvoi d'une loi vers une autre uniquement lorsque la loi première désignée est celle d'un Etat tiers, et non pas celle d'un Etat

¹⁹ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée,.

²⁰ Voir l'article 2, paragraphe 1 dudit règlement, qui précise bien que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre » ; l'orientation générale adoptée lors du Conseil de l'Union européenne des 7 et 8 juin 2012 en ce qui concerne la refonte de ce règlement laisse inchangée cette formulation, à l'article 3, paragraphe 1 – voir Conseil de l'Union européenne, document 10609/12 ADD 1, JUSTCIV 209 CODEC 1495.

membre²². Ce renvoi « sélectif » permet de faire régir par la loi d'un Etat membre des successions initialement soumises à celle d'un Etat tiers en vertu du règlement européen. Les frontières extérieures de l'ELSJ sont ainsi repoussées, les situations concernant des Etats tiers sont davantage attirées dans l'ELSJ.

Aux côtés de ces frontières extérieures fluctuantes, les frontières internes, non définies à l'article 3-2, sont maintenues mais l'effet juridique attaché à leur franchissement est relâché. En posant le principe d'une liberté de circulation, les Etats ont repensé les conséquences attachées aux frontières, et ce, même dans des domaines où le rapport de l'Etat au territoire national est prégnant. La coopération policière permet ainsi aux autorités compétentes de traverser les frontières de l'Etat dont ils relèvent et intervenir sur le territoire d'un autre Etat²³. Les agents doivent se conformer au droit de l'Etat sur le territoire duquel ils interviennent²⁴, mais la frontière n'est plus une limite infranchissable, elle devient perméable, et ce en raison de l'approfondissement de la libre circulation. Celle-ci est réaffirmée par la Cour de justice, qui condamne par exemple dans les arrêts *Melki* et *Abdeli* la pratique française des contrôles dans une zone frontalière de 20 km²⁵.

En réalité ce phénomène de perméabilité qui a conduit à l'abandon des barrières traditionnellement connues – droits réservés aux nationaux, contrôles aux frontières... – n'est nullement synonyme d'évaporation des frontières : perméables, les frontières sont aussi versatiles.

B/ La versatilité des frontières

Le tracé des frontières est tributaire d'une coopération à géographie variable des Etats membres, selon les matières juridiques concernées, au gré des crises politiques.

Il s'agit d'un phénomène général, connu dans le cadre du marché intérieur, en particulier depuis la signature du traité de Maastricht, avec les exemples du troisième pilier, de l'union

²³ Voir par exemple les articles 40 et 41 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen qui autorise les observations transfrontalières et le droit de poursuite sur le territoire d'un autre Etat.

²⁴ Articles 40.3.a et 41.5.a de la Convention d'application de l'Accord de Schengen et article 1.3.b de la Décision-cadre relative aux les équipes communes d'enquête

²⁵ CJUE, 22 juin 2010 (grande chambre), *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10. Voir les commentaires de G. Taupiac-Nouvel, « L'intégration européenne en « marche forcée » dans l'ELSJ : l'exemple des contrôles d'identité », *Gazette du Palais* 2012, n° 13-14 Jur. pp. 13-18 ; D. Sarmiento, « L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, 2010, pp. 588-598.

économique et monétaire ou de la politique sociale. Dans ces différents domaines, la Cour de justice semble de plus en plus réceptive aux justifications des Etats membres²⁶. Cette résurgence étatique se prolonge dans le cadre de l'ELSJ. L'article 67 du TFUE réaffirme ainsi que « [l']Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». Le système Schengen lui-même, symbole d'un effacement des frontières, a été mis à l'épreuve à la suite de l'afflux de ressortissants des pays arabes lors des crises politiques du « printemps arabe ». Le facteur géographique a cette fois influé sur l'Italie dont l'île de Lampedusa est proche des côtes nord-africaines. A la suite de l'arrivée massive de ressortissants tunisiens et libyens et prenant les autres Etats au piège de leur inaction et de leur absence de solidarité, l'Italie leur a délivré des titres de séjour provisoires. Dotés de ces titres, ces ressortissants d'Etats tiers pouvaient circuler librement dans l'espace Schengen. La France a rapidement décidé de fermer le poste frontière de Vintimille. Cette réponse n'a pas manqué de susciter une crise diplomatique au sein même de l'espace Schengen et de provoquer la révision du Code frontières Schengen²⁷. Réconciliés, les deux Etats ont reporté la faute sur la Commission qui les empêche, selon eux, de procéder à une réintroduction temporaire des contrôles aux frontières. Cet exemple montre bien la résurgence et la réalité des contraintes géographiques (ici entre le sud de l'Espace Schengen et le Maghreb) de laquelle réapparaît le besoin de frontières entre les Etats de l'Union.

De même, la généralisation de la suppression de l'exequatur en matière civile et commerciale tant prônée par la Commission européenne a été mise en échec par les Etats membres lors du

²⁶ Un phénomène de « glissement » dans l'application du droit de l'Union européenne s'observe dans des affaires dans lesquelles la Cour de justice accepte de contrôler les justifications énoncées par les Etats membres pour les restrictions en cause, alors qu'auparavant elle les rejetait presque systématiquement. Il ne s'agit pas tant d'un rejet du droit de l'Union que d'une sensibilité de la Cour à la réalité de la situation des Etats. Ainsi, dans le cadre du domaine de la fiscalité directe, la Cour de justice rappelle de manière constante que « *si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit de l'Union* » : CJCE, 18 juill. 2007, *Oy AA*, C-231/05, point. 18 ; de même, en matière de santé publique, elle juge qu'« *en exerçant leur pouvoir d'appréciation relatif à la protection de la santé publique, les États membres doivent respecter le principe de proportionnalité* » : CJCE, 5 février 2004, *Commission c/ France*, C-24/00, point. 52 ; CJUE, 29 avril 2010, *Solgar Vitamin's France e.a. c/ Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi et autres*, C-446/08, point. 54.

²⁷ V. GUIRAUDON, « Schengen : une crise en trompe l'œil », *Politique étrangère*, 2011, n° 4, pp. 773-784 ; H. LABAYLE, « Schengen, un échec ? Un faux débat pour de vraies questions sur l'élargissement de l'UE », publié le 29 avril 2012 sur le site Atlantico : <http://www.atlantico.fr/decryptage/espace-schengen-echec-faux-debat-politique-election-presidentielle-2012-vraies-questions-henri-labayle-343013.html> (consulté le 02/08/12) ; R. MEHDI, « Du printemps arabe à la déstabilisation de l'Afrique Subsaharienne : ondes de choc et répliques migratoires », publié le 23 avril 2012 sur le site du GDR ELSJI : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/04/23/immigration/du-printemps-arabe-a-la-destabilisation-de-lafrique-subsaharienne-ondes-de-choc-et-repliques-migratoires/> (consulté le 02/08/12).

Conseil de juin 2012. Est réintroduit le contrôle de la conformité des décisions de justice à l'ordre public substantiel et procédural de l'État requis au stade de leur exécution. Il s'agit d'un signal politique fort en faveur du maintien des effets judiciaires de la frontière.

La Cour de justice de l'Union européenne a elle-même réintroduit des frontières là où elles paraissaient de prime abord avoir disparu. Dans l'arrêt NS du 21 décembre 2011²⁸, elle a remis en cause le dépassement des frontières, en affirmant que la présomption de confiance mutuelle sur laquelle se fonde le droit de l'ELSJ est réfragable. Cette présomption de confiance mutuelle permet de considérer l'ELSJ comme un espace homogène. Dès lors que, en raison de la situation particulière d'un État membre, la présomption de confiance mutuelle peut être renversée, l'homogénéité de l'ELSJ peut être remise en cause. En l'espèce, la Cour de justice impose une application différenciée du règlement « Dublin II »²⁹, en raison du risque de violation des droits fondamentaux des demandeurs d'asile résultant des défaillances systémiques de la procédure d'asile et de leurs conditions d'accueil en Grèce³⁰. La géographie variable de l'application du système commun européen d'asile est ainsi consacrée, car les différences de traitement des demandeurs d'asile selon les États membres sont reconnues ouvertement³¹. La frontière est réintroduite, là où un instrument de l'ELSJ l'avait trop vite effacée.

Dresser un bilan et envisager les perspectives de l'ELSJ au regard de la définition, du maintien ou de la suppression de ses frontières, n'a sans doute pas lieu d'être. Et l'Union, à qui les juristes mécontents reprocheraient le manque de définition de ses frontières extérieures et la persistance de ses frontières intérieures, pourrait donner la réponse que le roseau fit au chêne : « [v]otre compassion [...] part d'un bon naturel ; mais quittez ce souci. Les vents me

²⁸ CJUE 21 déc. 2011, *N. S. et M. E. et autres*, C-411/10 et C-493/10.

²⁹ Règlement (CE) n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

³⁰ Les États membres ne peuvent pas transférer un demandeur d'asile vers l'État membre désigné comme responsable par le règlement, « lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition » (CJUE 21 déc. 2011, *N. S. et M. E. et autres*, précit., point 106). Dans cette hypothèse, les États membres sont tenus de mettre en œuvre la clause de souveraineté ou d'évocation, selon laquelle l'État membre qui l'invoque doit « examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement » (art. 3, §2).

³¹ On doit souligner l'influence majeure de la jurisprudence MSS de la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'elle a interprété le règlement Dublin II mis en œuvre par la Belgique comme ne permettant pas une protection suffisante des droits des demandeurs d'asile.

sont moins qu'à vous redoutables. Je plie et ne romps pas ». L'avenir nous apprend en effet que le vent « *déracine celui de qui la tête au Ciel était voisine et dont les pieds touchaient à l'Empire des Morts* ».

L'ESPACE DE LIBERTE SECURITE JUSTICE : UN DROIT A GEOMETRIE VARIABLE ?

Par Julie BAUCHY, Fanny CORNETTE, Stephen COUTTS, Florent DIBOS, Charlotte HOURMAT, David LARBRE, Kristelle LE BORGNE, Alix LOUBEYRE, Céline MOILLE, Marie-Eve MORIN, Ludovic PAILLER, Cécile PELLEGRINI, Tania RACHO et Marion-Béatrice VENENCIE³²

« L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble » R. Schumann³³

Les fondateurs du réseau universitaire européen consacré au « Droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », et instigateur des réflexions qui suivent, semblent considérer d'entrée de jeu, que l'espace étudié est à géométrie variable. Le choix de l'assemblage d'un carré noir, d'un losange jaune et d'un cercle bleu³⁴, pour représenter le GDR, ne fait qu'abonder en ce sens. A chacune de ces formes est associée l'une des trois « composantes » de l'espace: au carré noir la sécurité, au losange jaune la justice et au cercle bleu la liberté. Ce recours à la géométrie, science mathématique consacrée à l'étude de l'espace et aux figures qui l'occupent n'est pas anodin. Il s'agit, en l'occurrence, d'étudier un espace, qui du fait de sa complexité, peut épouser des formes très variées. Il est à la fois juridique, judiciaire et institutionnel. Juridique par les normes qui le structurent. Judiciaire et institutionnel du fait de ses acteurs. A cette variété de formes s'ajoute une grande variabilité, qu'illustre, par exemple, la représentation graphique des différents degrés de convergence entre les systèmes juridiques, les actes de l'Union constituant autant de polygones irréguliers.

Les contours esquissés par les règles d'applicabilité des normes de l'ELSJ sont tout aussi variables. Le champ d'application *rationae loci* est marqué par l'exclusion du Danemark³⁵ et les clauses d'*opt-in* et d'*opt-out* du Royaume-Uni et de l'Irlande³⁶, ainsi que par les stratégies de coopération renforcée. *Rationae personae*, l'applicabilité est plus variable encore. Pour

³² La coordination de cette synthèse a été assurée par Julie BAUCHY, Florent DIBOS, Ludovic PAILLER, Tania RACHO, Marion-Béatrice VENENCIE.

³³ Déclaration prononcée le 9 mai 1950, salon de l'horloge du Quai d'Orsay : http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_fr.htm.

³⁴ Voir le site du GDR ELSJ, <http://www.gdr-elsj.eu>.

³⁵ Protocole n° 22 sur la position du Danemark.

³⁶ Protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'ELSJ.

exemple, si le règlement Bruxelles I ne s'applique, en principe, que lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre³⁷, le Règlement Bruxelles IIbis³⁸ peut s'appliquer alors qu'aucune des parties ne réside dans un Etat membre. Ainsi, à supposer deux parties non domiciliées ni résidentes sur le territoire de l'Union qui saisissent la juridiction de leur nationalité commune, le second règlement pourra s'appliquer à leur litige matrimonial tandis que le premier sera inapplicable à une action en réparation distincte du premier litige³⁹. Selon la nature du litige, deux justiciables se verront soumis au droit de l'Union ou au droit commun des États membres. Cette applicabilité à géométrie variable ayant davantage trait, sans y correspondre parfaitement, aux difficultés découlant de la géographie variable de cet espace, elle ne fera pas l'objet, de recherches plus approfondies.⁴⁰

Un des indices les plus significatifs du caractère géométriquement variable de cet espace, se décèle dans les différentes vitesses de l'intégration⁴¹. Ce fut notamment le cas lors de la ventilation de la matière – bien qu'enfin réunie sous la bannière de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴² (ELSJ) – qu'opéra le Traité d'Amsterdam entre le pilier intergouvernemental et le pilier dit, à l'époque, « communautaire ». Le Traité de Lisbonne, quant à lui, vint consacrer cet espace en l'élevant au rang d'objectif de l'Union, et lui valut de figurer en bonne place dans l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE)⁴³. Le titre V de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui rassemble les différents éléments de cet espace, constitue aujourd'hui le vecteur d'une unité, qui n'est qu'apparente.

³⁷ Art. 4.1 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

³⁸ Art. 3§1, b), du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

³⁹ Ajoutons, en outre, pour appuyer la démonstration, que dans ce cas le règlement « Rome II » relatif à la loi applicable aux relations extracontractuelles serait applicable si l'action est sans lien avec le régime matrimonial.

⁴⁰ Voir sur ce point J.-S. Bergé, Le droit européen face à la fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste privatiste, in *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et M. Forteau (coord.), Cahiers internationaux n° 27, Pedone, 2011, pp. 111-127.

⁴¹ M. Delmas-Mary, *Les forces imaginantes du droit (III) – La pluralisme ordonné*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, p. 32.

⁴² Voir, entre autres, l'art. 2 TUE tel que modifié par le Traité d'Amsterdam où l'Union se donne pour objectif de se « maintenir et [se] développer en tant » qu'ELSJ.

⁴³ Énoncé à l'article 3.2 TUE, il précède symboliquement l'objectif, historiquement et quantitativement premier, d'établir un marché intérieur, figurant à l'article 3.3 du TUE.

Cet espace demeure un objet juridique rendu complexe et hétérogène⁴⁴, par une double tridimensionnalité sans superposition. Trois espaces se dégagent sans qu'à chacun ne correspondent respectivement, et uniquement, les domaines de compétences des chapitres II, III, et ensemble les chapitres IV et V du titre V du TFUE. En effet, le plan d'action de Vienne⁴⁵ distingue un « espace de liberté », principalement associé au domaine des visas, de l'asile et de l'immigration, un « espace de sécurité », lié majoritairement à la coopération judiciaire et policière en matière pénale et enfin un « espace de justice » qui rassemble les coopérations judiciaires en matière civile et pénale. Ces trois espaces regroupent ainsi des domaines qui ne présentent pas, *a priori*, de continuité⁴⁶, reflétant d'autant plus la segmentation de l'espace qu'ils sont censés constituer⁴⁷.

Tel un mille-feuille, chacun de ces domaines se superpose en couches successives : des normes, de nature, de quantité et de qualité variables⁴⁸, produites par les institutions de l'Union, voire, dans certains cas, par des agences, dont les bénéficiaires sont tant les citoyens de l'Union que les ressortissants de pays tiers. Les compétences de l'UE étant partagées dans le domaine de l'ELSJ⁴⁹, les normes et institutions nationales complètent ce mille-feuille normatif. Cette complexité structurelle est également accentuée par l'ajout d'une dimension

⁴⁴ S. Poillot-Peruzzetto, Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Mélanges H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pp.581-599, p. 584.

⁴⁵ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, adopté le 3 décembre 1998, *JO C 19* du 23 janvier 1991, pp. 1-15.

⁴⁶ Il existe, cependant, des actes qui prolongent dans une matière donnée une politique entreprise dans une autre. Voir, pour exemple, la proposition de règlement relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile (COM(2011) 276 final) qui complète la directive 2011/99/UE du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne.

⁴⁷ J. Bauchy, Y. El Boustani, E. Grasso, V. Covolo, A. Garbay, S. Labayle, E. Darjo, H. Gicquel et M.-B. Venencie, Le droit européen de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, un 28^{ème} droit ?, *RLDA*, 2011/58, n° 3351.

⁴⁸ Cette construction en mille-feuille peut conduire à des aberrations, ainsi de directives contenant des dispositions non contraignantes (sic) ou des règlements aux accents de directives! Dans le domaine asile immigration, le cœur procédural de certaines directives peut ainsi dépendre, non pas du droit de l'Union, mais d'un renvoi systématique aux droits nationaux. Dénaturation de la logique même du droit de l'Union !

Pour aller plus loin sur cette question, cf. Ph. De Bruycker, « Le niveau d'harmonisation de la politique européenne d'immigration et d'asile », in F. Julien-Laffèriere, H.Labayle, O. Edstrom, (sous la dir.), *La politique européenne d'asile et d'immigration : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp.45-75.

⁴⁹ Art. 4§2, i), TFUE.

externe⁵⁰, censée compléter le volet interne du droit de l'ELSJ. Se laisser entraîner sur ce terrain reviendrait à traiter des difficultés particulières de l'application multi-niveaux du droit dans le champ de l'ELSJ. Or, comme il a été précisé plus haut, il s'agit ici de se pencher sur la variabilité du processus d'intégration au sein de l'ELSJ, qu'illustre parfaitement l'Union⁵¹. Il n'en demeure pas moins, qu'un examen approfondi du volet interne de l'ELSJ donne nécessairement l'impression d'un objet « fragmenté ».

Fragmentation, morcellement, éclatement, dépeçage, enchevêtrement, brassage, autant de synonymes pour décrire ce phénomène politique et juridique. Envisager l'ELSJ sous cet angle peut laisser perplexe. Est-il réellement possible de parler de « fragmentation » alors que ce phénomène présuppose l'existence d'un ensemble préalablement unifié auquel il s'applique. Le choix de ce terme pour évoquer l'ELSJ est des plus équivoques.

Dans le but d'établir un espace commun, l'article 67 §1, TFUE postule que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Cette formulation est extrêmement ambiguë. Soit, l'emploi de l'indicatif établit que cet espace existe déjà, soit, ce qui est plus vraisemblable, qu'il est en devenir. Il tendrait, à terme, à une unité projetée. Cette acception se trouve confirmée par la version antérieure des Traités qui préconisait de « maintenir et développer »⁵², de « mettre en place progressivement »⁵³, « d'établir »⁵⁴ un espace de liberté, de sécurité et de justice. Le vocable « constitue » n'en est que la contraction convenue par les rédacteurs du Traité de Lisbonne. Cet espace reste à construire et son tracé est inachevé. La méthode de création dudit espace s'inscrit dans la durée, étape par étape, pour réitérer l'expression de Schumann et il ne saurait être, en aucun cas, question d'une unité originelle. En cela, cette méthode s'apparente au processus initié bien des années auparavant par l'ancienne communauté, qui dans un souci de réconciliation et de développement économique s'était édifiée de façon progressive.

Au vu des nombreux obstacles et difficultés énumérés précédemment, il semble que le « constituant » européen se soit résolu à adopter l'un des préceptes de la méthode de

⁵⁰ CJCE 31 mars 1971, *AETR*, 22/70 ; Voir pour un exemple d'application dans le domaine de l'ELSJ, CJCE 7 févr. 2006, Avis 1/03.

⁵¹ Art. 67, §1, TFUE.

⁵² Art. 2 TUE tel que modifié par le Traité d'Amsterdam.

⁵³ Art. 61 TICE.

⁵⁴ Al. 12 du Préambule du TICE tel que modifié par le Traité d'Amsterdam.

Descartes. Ce dernier prescrit en effet, dans la deuxième partie de son « Discours de la méthode », de diviser les difficultés en autant de sous-questions qui se posent, et ce afin de mieux les résoudre. Aussi, le terme de fragmentation pourra être conservé pour indiquer la pluralité des lignes suivies afin d'aboutir au point de convergence. Transposée à l'ELSJ, cette méthode nécessite de concilier les divergences dans un but d'harmonie, une forme de *concordantia discordantium*, l'obstacle apparent se trouvant érigé en vecteur d'unité. Un tel procédé n'est pas sans faire référence à l'« art de la polychronie »⁵⁵, ou au concept deleuzien de « rhizome »⁵⁶.

Une fois la fragmentation des méthodes constatée(I), celle-ci se révèle être la méthode inhérente à l'ELSJ, le moteur œuvrant à la convergence des systèmes juridiques (II).

I. La Fragmentation des méthodes

Cette première partie sera dédiée à l'étude des méthodes employées pour élaborer les normes nécessaires à la construction d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (ELSJ). La volonté unificatrice purement apparente du Traité de Lisbonne (A) ainsi que la persistance de la fragmentation (B), seront successivement envisagées.

A. L'unification apparente de l'ELSJ

Le Traité de Lisbonne a mis fin à la construction complexe d'une Union européenne divisée en trois piliers, qu'étaient la Communauté européenne, la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la justice et affaires intérieures (JAI). L'abandon de l'ancienne structure et le regroupement de tous les domaines de l'ELSJ, au sein du même titre V du TFUE, lui a valu d'être qualifié de Traité simplificateur.

De nombreux éléments institutionnels témoignent de cette « normalisation »⁵⁷. L'initiative législative peut être citée à titre d'exemple. Avant le Traité de Lisbonne, les États membres de

⁵⁵ M. Delmas-Marty, loc. cit.

⁵⁶ Ce concept, riche et complexe, naît de la volonté de transposer en philosophie les représentations combinées de la géologie et de la géographie. Ainsi, la croissance du rhizome ne semble pas obéir à une quelconque uniformité, mais se faire uniquement de manière confuse. Appliquée à l'analyse philosophique, cette figure suggère qu'une avancée par strates différenciées peut contenir, en germe, une manière cohérente et constructive d'envisager le monde (cf. G. Deleuze, F. Guattari, *Capitalisme et schizophrénie 2 : Mille plateaux*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. « Critique », 1980, p.648 -voir en particulier l'introduction-).

⁵⁷ D. Sorasion et B. Jesus-Gimeno, L'apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité, Gazette du Palais, 19 juin 2008, n°171, p 42

l'Union européenne occupaient une place primordiale dans la construction des normes du JAI, l'unanimité étant nécessaire à l'adoption d'une mesure. Depuis Lisbonne, les normes de l'ELSJ suivent la procédure de droit commun, qui prévoit que la Commission dispose du monopole de l'initiative législative et qu'il revient au Parlement et au Conseil de statuer à la majorité qualifiée⁵⁸ par la procédure de co-décision.

Autre exemple, la compétence de la Cour de justice de l'UE, qui a bénéficié d'un net élargissement dans le domaine de l'ELSJ. Avant le traité de Lisbonne, la juridiction de la Cour était très limitée, y compris dans les matières communautarisées⁵⁹ du premier pilier. Depuis, les matières de l'ELSJ peuvent faire, sans exception, l'objet d'un renvoi préjudiciel. Le système d'acceptation préalable de la Cour pour les domaines couverts par le 3e pilier⁶⁰ par les États membres, ainsi que des voies de recours plus effectives⁶¹ ont été supprimées, permettant un alignement sur les matières qui avaient déjà été « communautarisées ».

Dernier exemple, la place prépondérante du principe de subsidiarité. Selon l'article 4 TFUE, l'ELSJ constitue un domaine de compétences partagées entre l'UE et les États membres, ce qui implique nécessairement d'attribuer un rôle effectif aux parlements nationaux. Ces derniers doivent pouvoir participer au processus législatif ou opérer un contrôle politique⁶².

Bien que les exemples ne manquent pas, cette simplification mise en œuvre par le Traité de Lisbonne n'a eu qu'un impact très limité.

⁵⁸Cette extension de la majorité qualifiée est limitée dans le cadre de la coopération judiciaire pénale, assortie d'une clause de frein et d'accélérateur devant la réticence de certains États membres, articles 82 et 83, §3, TFUE. Voir également la règle de l'unanimité conservée pour les mesures relatives au droit de la famille (article 81, §3, TFUE)

⁵⁹Régime dérogatoire de l'ex-article 68 TCE qui permettait uniquement à une juridiction statuant en dernier ressort de transmettre une question préjudicielle à la CJUE pour apprécier la validité ou interpréter une norme relevant du domaine visa, asile, immigration.

⁶⁰Ex article 35 TUE

⁶¹Par exemple le recours en annulation apparaît comme plus complet, les personnes physiques ou morales peuvent désormais introduire un recours en annulation contre les actes réglementaires qui les concernent directement et ne comportent pas de mesures d'exécution et la Cour peut maintenant contrôler les actes « de l'ensemble des organes ou des organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », article 263 TFUE. Les recours en manquement et recours en responsabilité sont également ouverts, ce qui n'était pas du tout le cas avant Lisbonne.

⁶²Également, un rôle accru est donné aux Parlements nationaux, selon l'article 76 TFUE et art 7§2 du protocole n°2. Ils bénéficient d'un droit d'alerte précoce dont le seuil, un quart des voix des parlements, est allégé par rapport aux autres domaines où la barre est fixée à un tiers.

Malgré les nombreuses tentatives de simplification des outils institutionnels énumérées ci-dessus, les exceptions ne manquent pas. Le maintien du vote à l'unanimité au Conseil en matière de droit de la famille⁶³ ou encore en cas de création d'un parquet européen⁶⁴ en sont l'exemple. Quant au renforcement de la procédure du frein d'urgence accordée aux Etats membres pour bloquer le processus législatif, notamment en droit pénal⁶⁵, il en fait également partie.

Ces exceptions occupent une place non négligeable et sont révélatrices des difficultés rencontrées pour aboutir à un accord entre les auteurs des traités. Comment réussir à regrouper sous une même bannière les domaines variés que sont la politique migratoire, la coopération judiciaire civile et pénale et policière ? Comment ne pas remettre en question les relations que ces matières entretiennent les unes avec les autres, en les réunissant sous l'égide de l'ELSJ⁶⁶?

B. Une fragmentation persistante des méthodes de l'ELSJ

Comme énoncé précédemment, la spécificité de l'ELSJ au sein de l'Union est à l'origine du caractère persistant de la fragmentation. Au sein même de l'ELSJ, différentes techniques et méthodes d'intégration sont utilisées et s'adaptent à la géométrie variable de l'espace, dans le but de construire un ensemble, un espace commun.

Pour parvenir à cette intégration, deux approches se distinguent: l'une verticale, l'autre horizontale. L'utilisation par ces deux approches, de méthodes multiples correspond à une certaine forme de gradation dans l'intégration. La doctrine en a d'ailleurs dégagé de nombreuses, au titre desquelles se trouvent la coopération, la coopération renforcée, la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation et l'uniformisation.

Les méthodes aptes à la réalisation d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice demeurent toutefois confuses. L'énoncé général de l'article 67, §1, TFUE⁶⁷ ne fournit aucune indication méthodologique. Les modalités de réalisation des objectifs propres à chaque

⁶³ Article 81, §3, TFUE

⁶⁴ Article 86, §1, TFUE

⁶⁵ Article 82, §3, TFUE

⁶⁶Cf. supra note n°14

⁶⁷ « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

domaine de compétence sont fixées de façon indépendante par les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 67 TFUE et leur mise en œuvre met en exergue l'absence de dynamique commune. Malgré les doutes exprimés par certains auteurs, les actes adoptés par l'Union en matière de visa, d'asile et d'immigration sont censés constituer une véritable « politique », comparable à celles instituées dans le cadre du marché intérieur⁶⁸; c'est en tout cas l'ambition affichée et la qualification retenue par le Traité⁶⁹. Les questions civiles⁷⁰ et pénales⁷¹ sont, en revanche, encore appréhendées sous le paradigme de la coopération et de la coordination. Il n'est donc pas possible de parler d'unité méthodologique.

Au premier abord, suivre deux approches différentes pour aboutir à la création d'un espace commun peut sembler totalement incohérent. Mais qui dit espace commun ne veut pas nécessairement dire espace uniforme. Même si l'objectif est le même, chaque compétence emporte des besoins, des enjeux et des difficultés différentes, qui ne sauraient se plier à des solutions identiques.

Au sens de l'approche verticale, c'est la politique commune en matière d'asile et d'immigration qui représente le degré d'intégration le plus poussé. Elle implique une harmonisation, voire une uniformisation, dont l'instrument privilégié est la directive. Cette dernière pourrait être représentée sous la forme géométrique d'un triangle dont la pointe serait le but à atteindre et la base, les modalités de mise en œuvre laissées à l'appréciation des différents États membres. Au sens de l'approche horizontale, on retrouve la coopération et la coordination, retenues pour les matières pénales et civiles. La frontière entre ces deux

⁶⁸ Voir en ce sens : V. Michel, La difficile formation des compétences. L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, in *L'Union Européenne : Union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p. 491 et s. M. Swarc-Kuczer, La lutte contre le terrorisme et l'intégration des ressortissants de pays tiers, in J. Auvret-Finck (dir.) *L'Union Européenne et la lutte contre le terrorisme*, Larcier, 2010 ; H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union Européenne, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edstrom, *La politique d'intégration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; H. Labayle, L'Union Européenne et l'immigration, une véritable politique commune ?, in *Mouvement de droit public, Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 1221

⁶⁹ Art. 67, §2, TFUE : Elle [l'Union] assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers.

⁷⁰ Art. 67, §4, TFUE : L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile.

⁷¹ Art. 67, §3, TFUE L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales.

méthodes est tenue puisque la coopération qui vise l'échange entre organes, s'oppose à la coordination qui permet les échanges entre ordres juridiques. Ces deux méthodes pourraient être graphiquement représentées par une simple ligne droite tendant à faire se rejoindre plusieurs points. La ligne nécessite alors, comme l'échange de données en matière pénale, un fonctionnement commun même minimum des Etats membres qui sont les points que doit relier cette ligne.

La méthode de la reconnaissance mutuelle est bien plus difficile à classer. Selon la doctrine⁷², c'est une « technique d'intégration normative », qui constitue une alternative à l'harmonisation⁷³. Elle consiste dans le fait qu'une décision judiciaire rendue dans un État membre, conformément aux règles appliquées dans celui-ci, soit exécutée sans autre formalité dans tout autre État membre, comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire de ce deuxième Etat⁷⁴. Le cercle semble être la forme géométrique la plus à même de représenter cette méthode. Comme il est difficile de déterminer quelle méthode, de la reconnaissance mutuelle ou de l'harmonisation, est le point de départ entraînant l'autre, l'arc continu qui compose le cercle illustre à la perfection ce montage particulier.

Bien que le point de fuite de l'ELSJ soit clairement identifié, *i.e.* la libre circulation des personnes⁷⁵, cet espace s'est formé sans cohérence d'ensemble. Lui fait défaut une véritable unité méthodologique. En tout état de cause, a-t-il jamais été question d'unification totale de ses différentes composantes ? Le mythe politique de l'ESLJ est-il celui d'un idéal de droit unifié dans tous ses Etats membres ? L'unité méthodologique de cet espace n'est-elle pas aussi vaine pour le juriste que la quête de la quadrature du cercle pour le géomètre ?

Si les diverses méthodes évoquées sont complexes et variées, il ne faut pas perdre de vue qu'elles s'inscrivent dans un espace lui-même fragmenté.

⁷² S. Manacorda, Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ? *Revue de science criminelle* 2011, p. 945

⁷³ Ibid

⁷⁴ D. Flore, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union Européenne*, G de Kerchove et A. Weyembergh (dir), Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2001, p. 75.

⁷⁵ Art. 3, §2, TUE.

Dans chacun des domaines de la politique relative aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration⁷⁶, l'Union « développe une politique commune ». A cette fin, le Parlement européen et le Conseil « arrêtent des mesures » sur un certain nombre de points limitativement énumérées.

Le TFUE ne précise ni les méthodes ni les techniques juridiques pouvant participer à l'élaboration du droit dérivé. Néanmoins, ses articles évoquent par exemple la création d'un « statut uniforme », de procédures et systèmes communs en matière d'asile⁷⁷, ce qui constitue une évolution notable par rapport aux formulations de l'ex-TCE⁷⁸. Le passage à « une politique commune » marque donc un saut qualitatif en faveur d'une harmonisation du système d'asile. La notion de « normes minimales » est abandonnée au profit de celle d'uniformisation.

Ceci confirme que le volet frontières, asile, et immigration poursuit un objectif d'intégration « verticale » très poussée si ce n'est totale, alors même que le reste des matières composant l'ELSJ repose sur une intégration d'avantage « horizontale ». En matière civile, par exemple, l'article 81 TFUE a pour but affiché le développement d'une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière. Il précise que cette coopération judiciaire doit être fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle et peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des législations. Dès lors, le Traité de Lisbonne ne clarifie pas, en matière civile, les méthodes présidant à l'élaboration du droit dérivé. La reconnaissance mutuelle des décisions, l'unification, avec l'adoption de règles communes en matière de conflit de lois et de juridictions restent ainsi d'actualité. Alors qu'il se contentait jusqu'alors d'affirmer que les mesures adoptées visaient à « améliorer et simplifier » la coopération en matière civile et la reconnaissance des décisions ou à « favoriser » la compatibilité (ex article 65 TCE), le Traité apporte des précisions nouvelles. Il énonce ainsi, que les mesures adoptées au titre de l'article 81 TFUE visent à « assurer » un certain nombre d'objectifs limitativement énumérés.

⁷⁶ Régie par les articles 77 à 80 TFUE. L'article 77 TFUE pose les objectifs de cette politique en matière de frontières extérieures, notamment les visas et conditions de circulation des personnes. L'article 78 est consacré à l'asile et l'article 79 à l'immigration.

⁷⁷ Article 78 TFUE

⁷⁸ Article 63 TCE

En droit pénal, l'objectif poursuivi est la sécurité, assurée, selon l'article 67, §3, TFUE par les méthodes de coopération, de coordination et de reconnaissance mutuelle et enfin, uniquement seulement si nécessaire par le rapprochement des législations pénales. Cette énumération hiérarchisée semble contraire à l'intitulé du chapitre 4 relatif à la matière pénale « *Coopération judiciaire en matière pénale* ». Dans ce domaine, l'enchevêtrement des méthodes s'intensifie. L'article 82 §1, TFUE indique que la « coopération judiciaire est fondée sur la reconnaissance mutuelle » et « inclut (mais nécessite, en pratique) le rapprochement des législations par l'établissement de règles minimales ». Autrement dit, la coopération est fondée sur un principe intégratif⁷⁹ préservant les diversités nationales mais impliquant le recours à une mesure d'intégration bien connue, qu'est le rapprochement des législations. Harmoniser pour reconnaître, coopérer en intégrant, tel est le visage de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁸⁰.

Le constat de l'existence d'un droit à géométrie variable au sein de cet espace, est souvent fait à regret. La coexistence de différentes méthodes d'élaboration du droit, de différents degrés de contrainte normative est perçue comme une anomalie du système juridique de l'Union. Très vite, il faut passer outre cette première impression et se remémorer qu'il est question d'un droit en construction qui, contraint de composer avec les souverainetés nationales, traverse une période de flou méthodologique. Ce flou n'étant qu'une simple période transitoire, il ne manquera pas de conduire, à l'avenir, à une intégration, si ce n'est parfaitement uniforme, au moins unitaire⁸¹.

Considérant que le recours à un usage fragmenté des différentes méthodes est non seulement consubstantiel à l'espace de liberté, de sécurité et de justice mais également nécessaire à sa réalisation, il est légitime de se demander si la fragmentation ne peut être considérée comme

⁷⁹ En ce sens, G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice répressive dans l'Union Européenne*, Fondation Varenne, « Collection de thèses » (diffusion : LGDJ), 2011, p. 56

⁸⁰ On ne manquera pas de noter le paradoxe d'une coopération soutenue par des techniques d'intégration. En effet, comment soutenir encore que la coopération judiciaire en matière pénale relève de l'esprit de l'entraide judiciaire dès lors que la libre circulation des décisions de justice est assurée, favorisée ? Elle dépendrait alors moins d'une confiance mutuelle accrue entre les différents systèmes pénaux que de l'amenuisement objectif des obstacles liés aux différents systèmes.

⁸¹ Par cette distinction, nous rejoignons la distinction entre unification complète et incomplète du Professeur Pradel, pour l'unification ou intégration complète implique l'application du droit de l'Union par des juridictions de l'Union, là où l'unification ou intégration incomplète verra le droit produit de manière centralisée par les institutions de l'Union restera néanmoins appliqué par les juridictions nationales, faute de système juridictionnel complet.

la méthode privilégiée de l'ELSJ. Voire même, si elle peut être perçue comme constituant une forme encore plus aboutie, qu'est la méta-méthode.

II- La méthode de la fragmentation dans l'ELSJ

S'interroger sur l'existence d'une méthode par fragmentation nécessite de préciser ce que l'on entend par « méthode ». Celle-ci devant être définie comme (étant) l'ensemble des moyens de parvenir à un but⁸², toute question d'ordre méthodologique renverra nécessairement à celle des objectifs⁸³. La méthode doit donc œuvrer au rapprochement des moyens qu'elle représente et de la finalité qu'elle sert⁸⁴. Même si, comme il a été affirmé précédemment, les modes classiques d'élaboration du droit coexistent et s'entremêlent, la consécration de la fragmentation des méthodes, comme méthode suprême de l'ELSJ ne saurait être légitimée que s'il est prouvé qu'elle concourt à la construction de l'ELSJ (A). Poussant la réflexion plus avant, force est de constater que la « méthode » induit également une démarche ordonnée, raisonnée, établissant une pratique⁸⁵. Pratique, qu'il n'est pas possible de cantonner au rang de simple concession méthodologique. Il faut alors se demander si cette méthode de la fragmentation, démarche positivement assumée, n'est pas la seule et unique méthode intervenant dans l'élaboration de l'ELSJ et plus globalement pour l'ensemble du droit de l'Union. Auquel cas, il faudra l'envisager en tant que méta-méthode (B).

A. La fragmentation des méthodes: méthode de construction de l'ELSJ par excellence

Associant, combinant, coordonnant, normes, acteurs et institutions, la fragmentation des méthodes déstabilise par son apparente complexité. En raison de la lenteur des avancées, des imperfections des actes adoptés, des difficultés d'application, de transposition, des résistances nationales, il peut sembler légitime de faire preuve de scepticisme ou d'esprit critique à son

⁸² « Méthode » est définie comme « la direction qui mène au but », A. Rey, Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1992.

⁸³ Sur le rapport entre les méthodes et les objectifs de l'Europe et l'équilibre entre unité et diversité voir S.Poillot-Peruzzetto, Quelles méthodes pour l'Europe ?, Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans, Acte du colloque du 14 au 17 mars 2007, Dalloz, 2008, p. 189

⁸⁴G. Taupiac-Nouvel, Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice répressive dans l'Union Européenne, Fondation Varenne, « Collection de thèses » n°50, (diffusion LGDJ), 2011 p.87

⁸⁵ En ce sens, la seconde acception du mot pour le CNRTL, mais également *Dictionnaire de l'académie française*, 9ème édition. En outre, « méthode » a pour synonymes marche à suivre, procédé, recette, formule, autant de termes qui traduisent une idée de récurrence.

égard. Il n'est, toutefois, pas possible d'occulter l'évolution, ou devrait-on dire la révolution à laquelle elle a donné lieu ces 20 dernières années.

L'exemple des questions de frontières, qui répondent à l'objectif d'un espace géographique commun dont la matérialisation normative exige un impératif d'uniformité élevé illustre parfaitement cette idée. Aujourd'hui, cet espace est celui de l'espace Schengen, soumis à un véritable droit commun de l'entrée et du séjour sur le territoire de l'Union, composé de normes unifiées tel, le « code des visas » ou celui des frontières extérieures⁸⁶, de normes harmonisées, comme les règles minimales en matière d'asile ou les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des États tiers.

De même, en matière pénale, l'objectif de sécurité, qui implique qu'aucun Etat membre ne puisse constituer une zone d'impunité, n'emporte pas avec lui l'impératif d'une unification complète. La coopération judiciaire et policière peut ainsi suffire, sous réserve de son efficacité. La possibilité de rapprochement du droit pénal substantiel n'est donc pas un objectif parfaitement autonome, quand bien même il serait envisagé au titre de l'article 83§1 TFUE⁸⁷. Il est toutefois évident que la coopération pénale gagnerait en efficacité si tous les Etats membres connaissaient, par exemple les infractions terroristes⁸⁸. En la matière, seize incriminations sont désormais harmonisées⁸⁹. Les acteurs pénaux institués, bien que perfectibles, donnent déjà une large satisfaction. C'est, par exemple, le cas d'Eurojust, qui malgré les difficultés opérationnelles qu'il connaît⁹⁰, a traité 27 affaires de terrorisme en 2011

⁸⁶Règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas - Règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), tel que modifié par les règlements n° 296/2008, n°81/2009, n°810/2009 et n°265/2010.

⁸⁷Le rapprochement de l'art. 83,§,1 TFUE est en effet qualifié de rapprochement « autonome », par opposition au rapprochement « accessoire » aux politiques communes de l'art. 83, §2, TFUE. A ce propos, voir notamment, les communications de Luis Arroyo Zapatero et Marta Munoz Morales Romero, Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome, et A. Bernardi, L'harmonisation accessoire, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Colloque Paris I, 27 et 28 janv. 2011, actes à paraître.

⁸⁸Ce qui n'était pas le cas avant la décision-cadre du 13 juin 2002. En effet, seuls six Etats membres répriment le terrorisme en tant que tel.

⁸⁹Criminalité organisée, terrorisme, trafic de drogue, racisme et xénophobie, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants, trafic d'armes, corruption, faux monnayage, fraude et contrefaçon des moyens de paiements autres que les espèces, blanchiment, aide à l'immigration illégale, infractions dans le domaine de l'environnement, pollution par les navires, cybercriminalité (nous laissons de côté la fraude aux intérêts financiers qui ne relève pas stricto sensu de l'ELSJ.) ; étudiées avec exhaustivité par D. Flore, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009, p. 131 et s.

⁹⁰Eurojust n'a aucun pouvoir direct sur les enquêtes ou les procédures pénales et ses pouvoirs indirects restent dépendants de la volonté des Etats membres, l'accessibilité réduite des fichiers aux seuls membres d'Eurojust, leurs assistants et le personnel autorisé d'Eurojust ne va pas dans le sens de la plus grande efficacité de la

et a été associé à 33 équipes communes d'enquête, dont l'utilité n'est plus à démontrer⁹¹. De même, concernant la réalisation de l'objectif de justice dans des Etats de droit, objectif qui nécessite un alignement des garanties procédurales, le rapprochement des législations a déjà été initié⁹². Il participera également à l'amélioration de la coopération judiciaire en favorisant la confiance mutuelle. Confiance mutuelle, qui est la clé de voûte d'une reconnaissance mutuelle effective⁹³, laquelle concerne, dans le domaine de la coopération judiciaire, outre le mandat d'arrêt européen, les peines et toutes les phases du procès pénal⁹⁴.

structure ; Sur ces questions, voir par exemple : S. Perez et T. Thibault, Les instruments de la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union Européenne, in *L'Union Européenne et la lutte contre le terrorisme*, J. Auvret-Finck (dir.), Larcier, 2009 ; G.de Kerchove, « Eurojust, équipes communes d'enquêtes et mutualisation des procédures », (Toulouse 17-18 juillet 2008) : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/080717-18-Eurojust-Discours_de_Gilles_de_Kerchove.pdf

⁹¹« Stratégie de l'Union Européenne visant à lutter contre le terrorisme », document de réflexion, précit. ; S. Perez et T. Thibault, Les instruments de la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union Européenne, in J. Auvret-Finck (dir.) *L'Union Européenne et la lutte contre le terrorisme*, Larcier 2010, p. 97

⁹²Ont déjà été adoptées : la directive 2010/04/UE relative aux droits à la traduction et à l'interprétation dans les procédures pénales ; la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et a été déposée une proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation (COM(2011) 326).

Pour des observations et commentaires, notamment : S. Monjean-Decaudi, L'Union Européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales : commentaires de la directive relative aux droits à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales ; RTD eur 2012, p. 763 ; J. Leblois-Happe, La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et le droit française, AJ pénal octobre 2011, p. 446 ; M. Poelemans, Les droits procéduraux dans l'Union européenne sont-ils le meilleur terrain de compromis ? Réseau universitaire européen droit de l'espace de liberté de sécurité et de justice, 15 mai 2012 : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/15/cooperation-judiciaire-penale/les-droits-proceduraux-dans-lunion-europeenne-sont-ils-le-meilleur-terrain-de-compromis/> ; J. Bauchy, Droit à l'assistance linguistique et procédures pénales, le pragmatisme de la directive 2010/64 remis en question, Réseau universitaire européen droit de l'espace de liberté de sécurité et de justice, 9 juillet 2012 : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/07/09/cooperation-judiciaire-penale/droit-a-lassistance-linguistique-et-procedures-penales-le-pragmatisme-de-la-directive-201064-remis-en-question/>

⁹³En ce sens, Communication de la Commission au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM(2005) 195 final ; B. de Lamy, La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen, Un peu, mais pas trop... pour l'instant, in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 559 D. Flore, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier 2009 ; G. Taupiac-Nouvel, précit. p.70 et s ;

⁹⁴Pré-sententiel : Décision-cadre 2009/829/JAI concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire ; décision-cadre 2003/577/JAI relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve ; décision-cadre 2008/675/JAI relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les Etats membres à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale - Sententiel et post-sententiel : décision-cadre 2009/299/JAI (modificative) renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès ; décision-cadre 2008/909/JAI concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté ; décision-cadre 2008/947/JAI concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements, décisions et mesures de probation et des peines de substitution ; décision-cadre 2006/783/JAI relative à l'application du principe de

En matière de justice, qu'elle soit civile ou pénale, la libre circulation des décisions d'un Etat membre à un autre, fait écho à l'objectif de « liberté » et n'impose pas une unification des législations, ni une centralisation des organisations judiciaires. La construction de l'Espace judiciaire civil européen repose sur l'échange d'informations⁹⁵, la mise en place de certains textes d'harmonisation voire d'unification. Pour atteindre ses objectifs, le législateur européen a adopté de nombreux instruments⁹⁶ et la coopération entre les organes des différents Etats a été formalisée par la création du réseau judiciaire européen, afin de compléter ces textes. De nombreuses réunions et des échanges d'informations sont régulièrement organisés dans ce réseau, dont la figure de proue est son site internet accessible à tous. Au niveau de l'Union européenne, le législateur ne s'est donc pas contenté d'adopter des règles de droit mais a parfait le dispositif en organisant des procédures informelles de collaboration et en facilitant l'accès aux données.

Certes, les échecs ont été nombreux. Mais en mettant à la disposition des institutions un éventail de procédés, la méthode de la fragmentation a permis et permet encore de tirer les enseignements des échecs, des pistes infructueuses, des insuffisances, des défaillances et d'aller toujours plus loin dans la quête d'un espace commun de liberté, sécurité et justice le plus abouti possible.

A de nombreuses reprises, la possibilité de changer de démarche s'est révélée salutaire. Deux cas de figure particuliers retiendront ici notre attention. La première hypothèse est celle de l'obstacle au stade de l'adoption de l'acte. C'est ainsi que le règlement « Rome III » met en œuvre une coopération renforcée en matière de divorce et de séparation de corps, seule condition pour permettre la formation de la règle et ainsi vérifier son efficacité, faute de consensus entre les Etats⁹⁷. En droit des contrats, à défaut d'avoir pu adopter certaines règles

reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation ; décision-cadre 2005/214/JAI concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires

⁹⁵Sur la circulation des informations en droit de l'Union européenne v. not. B.ANCEL, « Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé », *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 1-14 ; adde A. GARDE et M.HARAVON, « La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyen pour appréhender les différences », *Dalloz Chron.* 2006, n°6, pp. 405-409.

⁹⁶Dans les domaines de l'aide judiciaire, de la médiation, de la signification et notification, des procédures transfrontières européennes, de l'obtention des preuves, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, du droit de la famille et enfin de l'indemnisation des victimes de la criminalité - V. Liste reprise du site de l'Atlas judiciaire européen : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cc_information_fr.htm

⁹⁷ Par dérogation, la règle de l'unanimité a été maintenue - art. 81, §3, TFUE

matérielles communes, la méthode de la fragmentation a permis de dépasser les divergences en recourant à l'édition de règles de conflit de droit international privé, vecteur d'une coordination *a minima*. La construction d'un espace juridique à double vitesse et d'un droit à géographie variable présente certes de nombreux inconvénients, mais ce genre d'entreprise suscite un effet d'entraînement qu'il ne faut pas sous-estimer⁹⁸. Ainsi, le Traité de Prüm conclu en marge de l'Union⁹⁹, par cet « effet d'entraînement », est désormais intégré au droit de l'Union¹⁰⁰. La seconde hypothèse est celle de l'échec de la mise en œuvre ou de la pratique. Le mandat d'obtention de preuve, largement inspiré du mandat d'arrêt européen, par exemple s'est révélé difficilement exploitable par les praticiens. Et même si le projet de décision d'instruction européenne¹⁰¹ démontre que l'utilisation de la voie de la reconnaissance mutuelle en matière d'admissibilité de la preuve pénale perdure, le traité de Lisbonne en a fait le deuil. La voie du rapprochement des législations est désormais ouverte¹⁰².

Dans son « discours de la méthode »¹⁰³, Angela Merkel n'a pas manqué de souligner à plusieurs reprises la nécessité d'un dépassement de l'alternative méthode communautaire/méthode intergouvernementale. Elle est même allée jusqu'à prôner le recours à « la méthode de l'Union »¹⁰⁴, combinaison de la méthode communautaire et de l'action coordonnée des États membres. Ses propos, qui synthétisent parfaitement notre réflexion, appellent à s'interroger sur le statut de cette fragmentation des méthodes, de cette méta-méthode.

⁹⁸En ce sens, A. Weyembergh, « La peine dans l'Union Européenne : quel équilibre entre reconnaissance mutuelle et rapprochement des législations ? », in *La peine dans ses états, Mélanges en l'honneur de Michel Van de Kerchove*, Larcier, 2011, p.165

⁹⁹Traité entre la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche et relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale (également appelé « Schengen III » ou « Schengen plus ») ; 27 mai 2005.

¹⁰⁰Décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière et décision 2008/616/JAI concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI.

¹⁰¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale- 2010/0817 (COD)

¹⁰²Art. 82,§2, TFUE

¹⁰³R. Van Campenhout, La Chancelière Angela MERKEL et son « Discours de la Méthode », <http://www.uef.be/wp/?p=1445&lang=nl-be> ;

¹⁰⁴Prononcé à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de la 61^{ème} année académique du Collège d'Europe à Bruges, le 2 novembre 2010 : <http://notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/Speech.Merkel-French.pdf> .

B – La fragmentation, méta-méthode de l'ELSJ

La notion de méthode évoque une certaine forme de récurrence, de constance, c'est une façon de faire quelque chose suivant une certaine habitude, d'établir une pratique. Le Professeur Beauvais écrit que « depuis son origine, le droit pénal est le terrain privilégié de cette Europe à géométrie variable »¹⁰⁵. Or, cette géométrie variable portée par la fragmentation des méthodes, assurément plus aboutie en matière pénale, est consubstantielle à l'ensemble de l'ELSJ. L'extension des compétences de l'Union au-delà des questions économiques a véritablement institutionnalisé un ordre juridique à géométrie variable. Une pilarisation formalisant l'exclusion des domaines de compétences des deuxième et troisième piliers de l'ordre juridique communautaire *stricto sensu*, et de la méthode communautaire, s'en est suivie. Le troisième pilier, qui s'apparentait à une coopération de type intergouvernementale sans incidence sur la souveraineté nationale¹⁰⁶, relevait déjà d'une coopération « peu ordinaire »¹⁰⁷ et bien plus poussée que l'actuelle fragmentation institutionnelle des méthodes.

Au-delà du principe de fragmentation, seul un brassage singulier des procédés, est à même de caractériser l'existence d'une méta-méthode. La présence du triptyque méthodologique unification/harmonisation/coordination, classique du droit de l'Union, est un précieux indice en la matière. Et le paroxysme de la fragmentation, en tant que méta-méthode, est atteint lorsque, sous des appellations identiques ou des concepts similaires, les pratiques se distinguent ou empruntent les unes aux autres. Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle, d'origine et d'application essentiellement prétorienne au sein du marché intérieur¹⁰⁸, sera utilisé dans l'ELSJ, tantôt par le règlement, comme outil d'unification en matière civile¹⁰⁹, tantôt par la directive, comme outil d'harmonisation en matière pénale¹¹⁰.

¹⁰⁵P. Beauvais, « Frontières du droit pénal de l'Union : les difficultés de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à géométrie variable », note sous CJUE, gr. ch. 26 oct. 2010, Royaume-Uni c/ Conseil, C-482/08, RTDE 2011 p. 654

¹⁰⁶M. Delmas-Marty, Vers un droit pénal européen commun ?, in Archives de politique criminelle, n°19, 1997, p. 9

¹⁰⁷J. Biancarelli et D. Maidani, L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres, Rev. sc. crim. 1984, p. 225 et 445

¹⁰⁸Consacré par l'arrêt CJCE, 20 fev. 1979, Cassis de Dijon, il n'a été l'objet d'actes normatifs qu'assez tardivement. Pour une mise en perspective de ce principe entre le droit du marché intérieur et la reconnaissance mutuelle en matière pénale, voir G. Taupiac-Nouvel, Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union Européenne, Fondation Varennes, coll. Thèses, 2011, p. 47 et s.

¹⁰⁹Règlement (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ; règlement (CE) n°861/2007 instituant une

Il en va de même concernant la méthode dite d' « harmonisation », qui n'est en réalité pas plus uniforme. Les Traités usent, d'ailleurs, plus volontiers, du terme de « rapprochement des législations », et distinguent « établissement des règles minimales » et « harmonisation ». Si la doctrine procède assez couramment à l'amalgame de ces expressions, le choix du vocable, ne saurait être neutre. L'article 83 §2 TFUE¹¹¹ qui confronte ces deux notions, en est l'exemple type. Il autorise l'« *établissement de règles minimales* relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » dans les domaines « ayant fait l'objet de *mesures d'harmonisation* » dans le cadre d'une politique de l'Union. Bien que subtile, la différence mérite d'être relevée. Il apparaît nettement, que l'harmonisation des législations va plus loin que le simple « établissement de règles minimales ». Ce dernier ne pouvant aboutir qu'à un rapprochement autour du plus petit dénominateur commun, n'est pas garant d'une réelle uniformité, dès lors que les États membres peuvent le dépasser.

Cette méthode, dont le manque apparent de cohérence lui vaut souvent d'être qualifiée de désordonnée, est avant tout adaptable. Cette flexibilité n'est pas sans faire écho au pragmatisme, qui caractérise généralement le droit de l'Union. Le maintien d'une certaine cohérence au sein de l'espace est sans doute le plus grand défi de l'ELSJ. A cet égard, le rôle de la Cour de justice est essentiel. En marge des contraintes politiques, elle doit manifester une volonté claire de préserver la cohérence du système de l'Union. Et ce, en dépit de la fragmentation de sa structure et dans une logique dynamique d'approfondissement de l'intégration de l'Union¹¹².

Chercher à faire rentrer une réalité juridique dans des petites boîtes, rectangulaires, rondes, pyramidales ou carrées est un exercice extrêmement académique. Un exercice, certes abstrait¹¹³, mais dont l'utilité est essentielle¹¹⁴. La réalité juridique du droit de l'espace de

procédure européenne de règlement des petits litiges ; règlement (CE) n°1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; règlement (CE) n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000; règlement (CE) n°805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ; règlement (CE) n°44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹¹⁰Voir les décisions-cadres précédemment citées en note de bas de pages.

¹¹¹ On observera qu'à aucun moment les articles 81, 82 et 83 TFUE, en particulier, n'envisagent le rapprochement des législations en terme d'« harmonisation », sauf pour expressément l'exclure, ponctuellement. Lui est ainsi préféré le procédé d'«établissement de règles minimales».

¹¹²Bosse Platiere, RTDE, 2009.573

¹¹³« Just like any other abstract distinction, it must be avoided because it is useless as an instrument of analysis,

liberté, de sécurité et de justice est bien plus complexe et subtile qu'il n'y paraît. Une fois encore, l'Union défie les modèles juridiques¹¹⁵. L'ELSJ ne saurait se résoudre à une apparente uniformité dès lors que les objectifs assignés (liberté, sécurité et justice) sont eux-mêmes porteurs de tensions. Le désir de créer un espace commun dans des domaines aussi divers que variés, brasse des enjeux et besoins hétéroclites. La géométrie variable est une réalité et une nécessité. Elle est le résultat de cette méthode de l'Union qui compose, décompose et recompose les voies classiques du droit pour mieux construire son propre droit. Et en prenant un peu de hauteur, ne s'agit-il pas en fait de la méta-méthode de construction de l'Union européenne ? Car à y regarder de plus près, la méthode « communautaire » n'est peut-être pas si linéaire qu'il y paraît.

and is not suited to understand meaning-full aspects of the various systems »: N. Trocker et V. Varani, (dir.), Concluding remarks, in the reform of civil procedure in comparative perspective, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005

¹¹⁴En ce sens, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, 4ème édition, n°191

¹¹⁵Voir en ce sens, notamment : S. Amrani-Mekki, *précit.* ; J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen (Union Européenne, Conseil de l'Europe)*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2011, p. 26 et. , p. 36 et. ; L. Azoulay « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », RDTE 2011 p.842