

Refonder l'Espace de liberté sécurité et justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos ?

Henri Labayle
Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour,
au Collège d'Europe et au Global Studies Institute de Genève

L'apport de la jurisprudence *Van Gend en Loos* à l'ordre juridique communautaire a été déterminant. Pourtant, à y regarder d'un peu près, cet apport n'a pas eu nécessairement l'impact que l'on aurait pu croire en ce qui concerne l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ).

Conçu de manière horizontale, sans réelle volonté d'entamer les souverainetés étatiques, cet espace commun doit certes une part importante de sa cohérence à l'œuvre de la Cour, qu'il s'agisse de son architecture initiale en forme de « piliers » ou de son fonctionnement ignorant de la méthode communautaire. De la pénalisation du droit communautaire¹ à l'arrêt *Pupino*², de l'arrêt *Gözütök*³ à l'affaire *Kadi*⁴, la Cour de justice a gravé dans le marbre de l'Union des principes directeurs dont certains ont été constitutionnalisés par le traité de Lisbonne, malgré les réticences initiales (et persistantes) des Etats membres à l'encontre de la Cour de justice dans ce domaine..

¹ CJCE, Grande Chambre, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, Rec. 2005, p.

² CJCE, Grande Chambre, 16 juin 2005, *Procédures pénales c/ Maria Pupino*, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285

³ CJCE, 11 février 2003, *Hüseyin Gözutök et Klaus Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, Rec. 2003, p. I-1345

⁴ CJCE, Grande Chambre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P, Rec. 2008, p. I-6351

Beaucoup reste à dire cependant, les potentialités de la jurisprudence *Van Gend en Loos* n'ayant pas été complètement explorées dans un ELSJ pris entre le marteau des droits fondamentaux et l'enclume des questions institutionnelles. Au point que certains, parmi lesquels des organisateurs de cette journée, n'hésitent pas à caresser l'idée d'un « nouvel » arrêt Van Gend en Loos en ce domaine. D'où un doute persistant conduisant à une question. En passant l'ELSJ au tamis de la jurisprudence de 1963, est-on bien certain que ce « patrimoine juridique » qui est vraisemblablement son principal apport a été constitué en la matière ?

1. En affirmant la nouveauté de l'ordre juridique au profit duquel les Etats avaient « *limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains* », la Cour de justice ouvrait une voie que la réalisation de l'ELSJ n'emprunte pas aussi facilement que l'on croit. Point par point, il est facile de s'en convaincre.

Venue du droit international, l'entraide répressive demeure marquée par son empreinte intergouvernementale autant que les politiques migratoires le sont par la vision souveraine des Etats membres. Un quart de siècle après la fondation de cet espace, la « *limitation* » de leurs droits souverains n'a pas encore pleinement produit ses effets. Le « *patrimoine juridique* » des particuliers concernés ne s'est donc pas enrichi autant qu'on pouvait l'espérer.

Sans doute est-ce la conséquence de ce qu'ici le droit régissant l'ELSJ est, par hypothèse, moins « *indépendant de la législation des Etats membres* » que son prédécesseur relatif au marché intérieur. Le « fonder » sur la reconnaissance mutuelle et l'animer en matière pénale par une méthode de « coopération » réserve une place importante au droit interne. Le placer par la force des choses sous l'emprise de textes internationaux supérieurs tels que la Convention de Genève et la CEDH relativise également son autonomie en matière d'immigration.

Il s'en dégage une construction originale. Celle-ci est moins soluble qu'il n'y paraît dans la mécanique de l'intégration européenne, révélatrice de résistances étatiques nourries par les identités et cultures nationales. La banalisation de son traitement institutionnel à Lisbonne ne suffit pas à inverser la perspective. Prétendre aligner les ressorts de l'ELSJ sur ceux du marché intérieur, comme les tentations doctrinales y cèdent majoritairement, laisse dubitatif.

D'abord car ses acteurs nationaux, ses schémas de fonctionnement et de décision sont loin d'être identiques à ceux du monde ordonné par la jurisprudence *Van Gend en Loos*. Une « confiance mutuelle » découverte au seul profit des Etats membres ne relève pas de l'esprit *Cassis de Dijon* mais de la nécessité de réguler leurs comportements. La libre circulation des personnes assise sur l'Acte Unique a changé de nature depuis Maastricht comme la complexité de la jurisprudence s'en fait quotidiennement l'écho.

Ensuite car, espace de « liberté », l'ELSJ n'est pas qu'une déclinaison du principe de libre circulation cher aux spécialistes du marché intérieur. La problématique des droits fondamentaux le traverse de part en part, comme nul autre domaine de l'intégration européenne, dans sa dimension interne comme dans ses rapports avec l'extérieur. Reposant sur les « valeurs » de l'Union, il devrait en exprimer l'identité profonde dans le respect des particularités nationales, offrir une matrice à la constitution d'un modèle partagé.

L'ELSJ n'a donc pas pour corollaire l'effacement mécanique du droit national, au prétexte de la disparition des frontières intérieures, au contraire. De façon beaucoup plus complexe, il aménage progressivement le jeu des modèles juridiques nationaux, par un effet de vases communicants où la Charte des droits fondamentaux tient désormais un rôle central. Son chapitre relatif à la « Justice » et ses nombreuses dispositions concernant la politique migratoire, dont le droit d'asile ou la protection des données, nourrissent les attentes des acteurs de terrain, et en particulier du juge national pénal.

Enfin car l'ELSJ ouvre un chapitre de l'intégration européenne à nul autre semblable, parfois fait de chair et de sang, ceux des victimes du terrorisme et des disparus des côtes de Lampedusa.

Dans ces conditions, un nouvel arrêt *Van Gend en Loos* « qui fixerait les principes et les conditions juridiques régissant les droits et les obligations de tout un chacun au sein de l'espace unique européen »⁵ n'est pas aussi iconoclaste qu'il y paraît, dès lors que la Cour aura retrouvé la plénitude de ses compétences après 2014.

2. Une avancée jurisprudentielle pourrait utilement cibler quelques points particuliers, allant au delà du travail de rationalisation déjà entrepris⁶ et liés pour l'essentiel au choix de la subsidiarité qui a guidé les auteurs des traités.

Car c'est bien de ce « *patrimoine juridique* » mis à jour par la Cour en 1963 qu'il faut entreprendre l'inventaire et les conditions d'attribution. Les destinataires individuels du droit de l'ELSJ ont vocation à voir leur situation juridique clarifiée plus nettement qu'aujourd'hui.

Si le traité sur l'Union n'a pas conservé la formule de son prédécesseur⁷ qui fondait implicitement un « droit à la sécurité » des citoyens de l'Union, il fournit dans son préambule un appui analogue : la réalisation de l'ELSJ assurerait « *la sûreté et la sécurité* » des peuples de l'Union. La Charte des droits fondamentaux tranche l'hésitation : l'Union « *place la personne au coeur de son action ... en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice* ».

Tant au regard des politiques migratoires que de l'entraide répressive entre Etats membres, la situation exacte de cette « personne » au sein de l'ELSJ mérite des précisions indispensables au regard de règles souvent qualifiées par les traités de « *minimales* » et contraintes par le respect des « *traditions et systèmes juridiques des Etats membres* ».

Ainsi, devant les dysfonctionnements classiques de la législation dérivée que l'on constate aujourd'hui sans disposer des moyens d'y répondre, la Cour sera bientôt en situation de démêler des interactions problématiques. Confrontée à la situation des demandeurs de protection ou à des questions délicates d'incrimination pénale, le juge de

⁵ E. Perillo, « Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne: une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », Rapports du XXV Congrès de la FIDE, vol. 3, Tartu University, 2012 p. 99

⁶ G. Bachoué, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Thèse, Pau, 2012

⁷ article 29 TUE : « ... l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice... »

l'Union devra apporter les réponses que la protection juridictionnelle et l'égalité devant la justice réclament.

Comment ne pas, à un moment ou à un autre et le plus tôt sera le mieux, clarifier la situation et accepter (ou refuser) de prendre en compte la particularité du droit pénal au regard des autres branches du droit de l'Union ? Qu'il s'agisse de l'étendue des compétences pénales de l'Union ou des conditions propres d'élaboration de ses règles, une précision des relations de l'Union avec l'exercice du droit de punir est inévitable à moyen terme. En tirer les conséquences au plan individuel, notamment quant au jeu du contrôle juridictionnel, sera décisif.

Mais c'est sans doute sur un autre terrain que l'urgence se situe, celui du jeu d'un principe découvert il y a dix ans par la Cour elle-même, le principe de « *confiance mutuelle* », support d'une reconnaissance mutuelle qu'elle commande. Son instrumentalisation afin de combler la réticence à légiférer appelle un cadrage de principe.

A la fois condition et conséquence de l'entraide entre les Etats membres, cette confiance est en réalité autant présumée que fondée. D'où des questions qui ne peuvent plus être passées sous silence et, notamment celle de son contrôle judiciaire.

Présentée comme l'alpha et l'omega de l'ELSJ par le législateur comme par la Cour qui n'a pas craint de l'élargir à la politique d'asile⁸, à tort à notre avis, la confiance ne saurait être aveugle dans un milieu encore hétérogène.

Les statistiques des violations des dispositions de la CEDH par des Etats membres de l'UE démontrent si besoin en était que la présence au Conseil de l'Europe ne vaut pas davantage brevet démocratique que l'appartenance dans l'Union. A l'instant où, par choix politique ou par contrainte économique, certains Etats membres ne parviennent plus à se conformer aux standards sans lesquels cette confiance n'a plus de sens, l'attitude de la Cour est observée.

A dire vrai, elle n'emporte pas une adhésion absolue à ce jour.

La logique de 2003 expliquait vraisemblablement la proclamation d'un principe de confiance mutuelle entre Etats membres. L'équilibre aurait du conduire, depuis, à s'interroger sur sa portée à l'égard des individus. Au moins autant que les Etats, les citoyens de l'Union sont en effet en droit de nourrir une confiance minimale dans les systèmes juridiques nationaux que l'Union s'efforce de rapprocher et de coordonner dans la lutte contre le crime.

Or, en l'état du droit et la jurisprudence, tel n'est pas le cas. Lorsque, dans des affaires récentes relatives au mandat d'arrêt européen, la possibilité existe de ne pas délivrer une lecture intégriste de la confiance mutuelle, la Cour ne la saisit pas malgré les ouvertures de ses avocats généraux⁹. Lorsqu'un juge constitutionnel l'interroge récemment sur la possibilité de retenir une lecture plus avantageuse des garanties

⁸ CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2011, *N. S.* (C-411/10) et *M. E. et autres* (C-493/10)

⁹ CJUE, Grande Chambre, 16 novembre 2010, *Gaetano Mantello*, aff. C-261/09, Rec. 2010, p. I-11477; CJUE, Grande Chambre, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11

fondamentales, en vertu de l'article 53 de la Charte, elle fait prévaloir les impératifs de la primauté du droit de l'Union¹⁰.

Opposer la confiance des Etats membres à la méfiance grandissante des citoyens à l'encontre d'une confiance mutuelle mal balisée constitue donc un défi à la mesure des enjeux en cause. Affirmer l'autonomie du droit produit dans le cadre de l'ELSJ et y adapter l'action du juge serait une façon de le relever utilement. Parier sur la confiance réciproque des Etats membres de l'Union ne peut se réaliser au risque d'alimenter la méfiance grandissante de ses citoyens.

¹⁰ CJUE, 26 février 2013, *Procédure pénale c/ Stefano Melloni*, aff. C-399/11