HAL
open science

L'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. Deux exemples de durcissement des législations

Marie Rota, Vincent Souty

▶ **To cite this version:**

Marie Rota, Vincent Souty. L'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. Deux exemples de durcissement des législations. Anuário Brasileiro de Direito Internacional/Brazilian yearbook of international law/Annuaire brésilien de droit international, 2007, 2 (2), pp.166-203. hal-02050429

HAL Id: hal-02050429

https://hal.science/hal-02050429v1

Submitted on 27 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice européen: deux exemples de durcissement des législations

MARIE ROTA
VINCENT SOUTY*

Introduction Générale

L'Europe s'est construite, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, sur un double postulat : d'un côté, il fallait stabiliser la paix, et établir des liens étroits, d'abord économiques, entre les ennemis d'hier, pour rendre impossible tout conflit ouvert ; de l'autre côté, il s'agissait d'endiguer la progression de la Russie soviétique en Europe. Les Traités de Paris (1951) et de Rome (1957) viennent concrétiser ces souhaits en instituant les Communautés européennes, dont l'objectif est de créer un vaste Marché unique en Europe. La finalisation de ce marché commun est consacrée, au moins textuellement, par l'Acte Unique Européen (1986). Celui-ci fixe par ailleurs comme objectif l'émergence d'un espace sans frontière dans lequel serait assuré la libre circulation des personnes[1].

Une controverse, opposant les États membres et les Institutions communautaires, est alors apparue. Il s'agissait, en effet, de savoir si cette liberté ne devait s'appliquer qu'aux ressortissants d'États membres ou si elle devait concerner toute personne présente sur le territoire de l'Union. Dans la première hypothèse, les contrôles aux frontières devaient être maintenus pour distinguer citoyens européens et ressortissants de pays tiers, alors que dans la seconde acception, ces contrôles frontaliers pouvaient être supprimés. Devant l'impossibilité pour les États de s'entendre sur la portée de cette notion, un premier accord a été trouvé en dehors du cadre communautaire. Les premiers textes ont, dès lors, été élaborés par des groupes d'experts d'un cercle restreint de pays membres : la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas. Dès le 14 juin 1985, ces États décident

* *Doctorants à l'Université de Caen-Basse Normandie, France.*
Les auteurs tiennent à remercier les professeurs M.-J. Fichot-Redor et L. Fontaine, pour leur précieux conseils.
[1] Cette liberté, déjà inscrite dans le traité fondateur de la Communauté européenne, était originellement appréhendée en des termes économiques, sa mise en œuvre étant centrée sur le travailleur, soit la personne, entendue comme agent économique.
[2] Articles 2 et 29 TUE.
[3] Notion créée par le traité de Maastricht.
[4] Article 2 TUE.
[5] Étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement, qui pourraient alors se soustraire à son exécution en fuyant vers un autre État membre.

de créer entre eux un territoire sans frontières, l'espace « Schengen », du nom de la ville luxembourgeoise où la première Convention fut signée. Elle sera suivie d'une convention d'application (CAAS), élaborée, puis signée le 19 juin 1990.

Entrée en vigueur en 1995, elle a permis d'abolir les contrôles aux frontières intérieures entre les États signataires et de créer une frontière extérieure unique, où sont effectués les contrôles d'entrée dans l'espace Schengen selon des procédures identiques. Des règles communes en matière de visas, de droit d'asile et de contrôle aux frontières externes ont été adoptées afin de permettre la libre circulation des personnes, sans perturber l'ordre public. L'espace Schengen s'est peu à peu étendu à tous les États membres.

Entretemps, et alors que le rideau de fer tombe au début des années 1990, un nouveau traité est négocié et sera signé le 7 février 1992 à Maastricht. Prenant acte de l'évolution européenne des dernières années, ce traité s'engage dans la voie d'une intégration de plus en plus poussée des États membres. Les trois communautés initiales sont fusionnées dans un seul et même traité instituant la Communauté européenne (TCE). Elle-même forme le premier pilier de l'Union européenne, nouvellement créée, ainsi que le pilier PESC, Politique Étrangère et de Sécurité Commune, organisé par le titre V du traité sur l'Union européenne (TUE), et le pilier Justice et Affaires intérieures (JAI, titre VI du TUE).

Le traité d'Amsterdam (1997) va encore plus loin et assigne comme objectif à l'Union de créer un *Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*[2] (ELSJ), et promet aux citoyens européens[3] un niveau élevé de sécurité[4]. Le titre VI est renommé pour s'appeler désormais *Coopération judiciaire et policière en matière pénale* (CPJP). Il s'agit alors d'aller au delà des mesures compensatoires à la suppression des frontières intérieures induites par le dispositif Schengen, et de mettre en place un véritable espace européen de libre circulation. Cette démarche a cependant posé aux dirigeants européens la question de la sécurité intérieure : la libre circulation risque aussi de profiter aux groupements criminels et étrangers dis indésirables[5].

Dans l'esprit des rédacteurs, il convient alors de structurer l'espace de l'Union autour de la dialectique liberté/sécurité, censée être tempérée par la Justice. Dans le même temps, par le jeu des clauses passerelles qui permettent une communautarisation de certaines matières, le traité d'Amsterdam va faire entrer dans le champ communautaire, et donc sous la coupe de la méthode communautaire (opposée à la méthode intergouvernementale), les politiques concernant les visas, l'immigration et l'asile (titre IV TCE).

C'est dans ce contexte d'ouverture des frontières interne de l'Union et de chute de l'ennemi d'hier que se pose alors la question de la redéfinition du *concept européen de sécurité*, celui-là même qui avait pu faciliter l'édification d'une coopération entre États d'Europe de l'Ouest dans les années 1950.

L'absence d'une puissance concurrente et ennemie amène alors un changement de paradigme profond, en brouillant la distinction entre *ennemi extérieur*, et *ennemi intérieur*, entre l'ennemi contre lequel on se bat par la guerre et l'ennemi contre lequel on se bat avec la politique pénale mais aussi d'immigration. La menace s'est en effet facilement identifiée sous les traits de l'Étranger, cet être, venu d'ailleurs pour saper les fondements des États de l'*intérieur*. L'immigrant est ainsi devenu «*l'archétype*» de l'ennemi idéal, vecteur d'intrusion de la criminalité organisée, dans une assimilation facile entre migrants économiques, demandeurs d'asile, et passeurs.

Les attentats du 11 septembre 2001 à New York, et ceux qui ont suivi à Madrid (11 mars 2004) et Londres (7 juillet 2005) sont venus modifier le nouveau concept européen de sécurité, en transformant l'équation immigrant égal *criminel potentiel* en immigrant égal *terroriste potentiel*. Alors que la menace de la criminalité organisée reste diffuse, peu visible, et n'est pas forcément imputable à des groupes issus de pays non membres de l'Union[7], le terrorisme, lui, a frappé directement, et visiblement, les populations européennes. La *guerre* contre le terrorisme menée par les États-Unis d'Amérique, est venue remplacer le vide idéologique laissé dans l'après-guerre froide. Le concept européen de sécurité en a été d'autant plus conforté que le terroriste est une illustration exemplaire de la confusion des genres, et remplit parfaitement son rôle dans l'assimilation nouvelle entre *intérieur* et *extérieur*. Le terrorisme est un combattant de l'ombre, qui utilise des moyens non conventionnels, dans une guerre asymétrique, et la lutte contre le terrorisme est ainsi devenue, au niveau de l'Union européenne, et pour reprendre l'expression de P. BERTHELET, «*le nouveau crédo des bâtisseurs de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*»[8]. La menace terroriste, à travers la stigmatisation de l'Étranger est ainsi devenue le ciment du concept européen de sécurité qui sous-tend la construction de cet Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice.

Les deux contributions qui suivent serviront à illustrer cette dernière remarque, à travers deux exemples. La première va étudier le volet pénal de l'ELSJ, en se demandant notamment si le mécanisme de production normative influe sur le contenu plutôt répressif de cet espace. La deuxième va montrer comment la création d'un régime supranational de l'éloignement de l'étranger implique un durcissement des droits internes, en s'appuyant sur l'exemple français.

---

[6] BERTHELET (P.), «L'impact des évènements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice», *Culture et Conflits n°46*

[7] EUROPOL, *Rapport 2004 sur la criminalité organisée dans l'Union européenne*, Office de publications officielles de l'Union européenne, 2005

[8] Berthelet (P.), *opus cit.*

[9] Justice et Affaires intérieures, devenue par la suite Coopération Policière et Judiciaire en matière pénale (CPJP).

[10] C'est-à-dire que les États membres y disposent d'un pouvoir largement plus étendu qu'en matière communautaire, où il est acquis qu'ils y ont transféré une partie de leur souveraineté.

Partie 1 : L'incohérence du système normatif de l'Europe pénale

Parce qu'il est le reflet de choix de société, le droit pénal fait partie du noyau dur de la souveraineté, son impact est clairement national. Aussi, l'idée de l'harmonisation des droits des Etats membres en la matière est-elle venue tardivement dans l'histoire de la construction européenne, et les réticences nationales continuent de retarder la mise en place, aux côtés d'une Europe économique, d'une Union pénale. Pourtant, la mise en place d'une Europe sans frontières intérieures a peu à peu amené les dirigeants européens à s'intéresser au domaine pénal. Car si les citoyens des Etats membres ont été les principaux bénéficiaires de l'Espace Schengen, la liberté de circulation dans l'UE a également offert aux groupes criminels l'opportunité de se jouer de ses frontières pour bloquer ou ralentir les investigations policières. Une coopération judiciaire et policière a donc été progressivement mise en place, que ce soit d'ailleurs à l'échelle du Conseil de L'Europe comme de l'Union européenne. Chez cette dernière, cette coopération, d'abord informelle, a été consacrée avec les traités de Maastricht, puis d'Amsterdam, qui prévoient la mise en place d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. Le volet pénal de cet ELSJ semble néanmoins privilégier l'aspect « Sécurité » au détriment de l'aspect « Liberté ». On semble s'engager, de manière désordonnée, voire chaotique, vers un système de plus en plus répressif. L'unique cohérence que l'on puisse déceler dans cet espace pénal émergent est le soucis de plus en plus large de réprimer des comportements anti-sociaux envisagés de manière extensive. Il s'agit ici de se demander s'il n'existe pas des contraintes internes au système juridique de *l'Europe pénale* qui l'entraîne dans cette voie. Ces contraintes, on les trouve principalement dans le mécanisme de prise de décision, mais également dans le choix d'opter, à la base, pour un mécanisme de reconnaissance mutuel qui se retrouve incomplet.

Si la matière pénale était dévolue originellement au troisième pilier de l'UE[9], des difficultés, sources d'incohérence, existaient déjà (I) ; l'avénement d'un droit communautaire pénal semble compliquer la donne et risque d'accentuer la confusion du droit pénal européen (II) d'autant plus que ce débordement de la matière pénale au premier pilier est le fruit d'une jurisprudence volontariste de la CJCE (III).

I. Les limites de la production normative dans le 3ème pilier

La production normative dans le troisième pilier s'effectue selon un mode intergouvernemental[10]. Les Etats membres, étant dans ce cas les acteurs institutionnels majeurs, ont tendance à instrumentaliser le domaine CPCJ, sans pouvoir mettre en place un système global cohérent. Cela se retrouve à la fois dans le droit d'initiative et dans la procédure d'adoption proprement dite.

A. L'absence de cohérence dans l'initiative

L'article 29 TUE, premier article du titre VI du traité sur l'Union européenne relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, assigne à l'UE l'objectif d'établir un espace de liberté, de sécurité et de justice pour offrir aux citoyens «*un niveau élevé de protection*». Les Etats membres doivent développer la coopération policière et judiciaire en matière pénale et permettre la prévention «*de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène*».

Il semble à première vue (cf. article 31 1. e) du TUE[11]) qu'en ce qui concerne l'harmonisation des infractions et des sanctions, le traité ait prévu un champ d'application circonscrit à la lutte contre la criminalité organisée, au terrorisme, et au trafic de drogue. L'absence de précision du vocabulaire employé permet une interprétation extensive de la lettre du traité. Dès 1998, le plan d'action de Vienne[12] considère qu'il faut envisager ces domaines comme des champs contextuels indicatifs : le blanchiment d'argent peut ainsi être lié à la fois à la criminalité organisée et au terrorisme. Au-delà, le sommet de Tampere appelle à une harmonisation sectorielle plus large[13], sans références à l'article 31 1. e).

Le traité d'Amsterdam a prévu, dans son article 34, de partager le droit d'initiative au sein du titre VI entre la Commission et les Etats membres. En pratique donc, chaque Etat membre dispose du pouvoir de présenter des propositions dans le domaine pénal relevant du titre VI. Les propositions législatives de la Commission ou des Etats membres sont débattues au sein du Conseil de l'Union européenne[14].

Parce qu'il réunit des membres des différents gouvernements des Etats, il faut avoir à l'esprit que sa composition présente une propension à varier, en fonction des changements de majorités au sein des Etats membres. Dans une Europe à 27, où la durée des mandats électifs varie d'un Etat à l'autre, et où les dates d'élections ne coïncident pas forcément, les différents ministres seront remplacés régulièrement. Cette instabilité n'est pas sans conséquence au niveau de la politique pénale développée par l'Union : ce genre de domaine nécessiterait en effet une vision à long terme et réfléchie sur les finalités du droit pénal au sein de la société, ce qui n'est plus vraiment possible lorsque les représentants des Etats se succèdent au gré des alternances dans chacun des 27 Etats membres.

[11] «*L'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres à* ; [...] *adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue*».

[12] Cf. §51 a).

[13] Cf. §48 des conclusions : les domaines visés sont la criminalité financière (blanchiment, contrefaçon de l'euro, corruption), le trafic de drogue, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants, la cybercriminalité et les atteintes à l'environnement.

[14] C'est un des organes principaux de l'Union. Juridiquement unique, il se décline en formations spécialisées selon les questions débattues ; dans ce cas, le représentant étatique sera le ministre spécialisé dans la matière en cause : ministres des finances pour le Conseil ECO-FIN, ministres de l'intérieur pour les questions pénales

[15] Du nom d'un pédophile belge qui a traumatisé la Belgique dans les années 1990.

[16] Article 34 2. d).

La présidence du Conseil de l'Union européenne est tournante et semestrielle. Son rôle est décisif du point de vue du fonctionnement du Conseil, puisqu'elle dispose du pouvoir non négligeable de fixer l'ordre du jour lors des réunions. C'est aussi l'occasion pour chaque Etat de «marquer» son passage. Ainsi, la présidence belge a décidé d'axer son programme de travail sur la lutte contre la pédopornographie alors que la Belgique était encore sous le choc de l'affaire DUTROUX[15].

L'attachement des Etats à leur souveraineté se ressent également dans les propositions qui peuvent être développées au sein du Conseil. Chacun a tendance à promouvoir son propre modèle domestique et cherche à l'étendre à l'ensemble du territoire de l'Union. La décision-cadre sur l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier offre un exemple caractéristique : la proposition initiale s'inspirait très largement des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

Dans le même registre, le choix d'opter pour une décision-cadre peut aussi permettre de contourner des velléités d'opposition non de la part de la population, mais bien des Parlements nationaux. Ainsi, outre la décision-cadre, le Conseil peut aussi établir des conventions[16] conclues entre les Etats membres. La procédure d'adoption de celles-ci est alors propre à chaque Etat membre, et dans la plupart des cas, une ratification parlementaire sera nécessaire. Or les Parlements nationaux sont souvent réticents à souscrire à ce genre de méthode dans le domaine pénal, qui ne leur laisse plus que le choix entre accepter ou rejeter la convention, sans avoir de marge de manœuvre, dans un domaine qui, par principe, leur est généralement dévolu. Pour contourner ce problème, les Etats membres ont pu utiliser une décision-cadre et ainsi remédier à la lenteur des procédures nationales de ratification. Aussi, la décision-cadre relative aux équipes communes d'enquête du 13 juin 2002 reprend presque littéralement l'article 13 de la Convention d'entraide judiciaire du 29 mai 2000. Cette méthode appelle des critiques puisque l'on évacue le débat démocratique, nécessaire plus que tout en matière pénale, au profit de considérations tenant à l'efficacité.

Le Conseil est composé de représentants de l'exécutif de chaque Etat membre, or l'accroissement de l'étendue du champ pénal renforce toujours l'exécutif, par le biais du contrôle exercé sur les forces répressives. La monopolisation du pouvoir d'initiative par le Conseil et la Commission présente structurellement une logique d'accroissement et d'emprise de la matière pénale. Cela explique que l'harmonisation des incriminations fassent l'objet de plus d'intérêt que celle des sanctions et de leur application. Sur ce dernier point, les différences entre Etats membres sont prégnantes[17]. En revanche, il est indéniable que l'harmonisation des incriminations va bon train. Au regard de l'intensité normative en la matière, elle semble même considérée comme urgente par le Conseil.

Or l'intérêt de l'harmonisation n'est pas toujours extrêmement évident au regard des objectifs du traité. Pour prendre l'exemple de la décision-cadre n° 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la définition de l'incrimination terroriste, si effectivement seuls 6 Etats sur 15 Etats membres disposaient d'une législation anti-terroriste, la répression des agissements de terrorisme était, néanmoins, possible dans l'ensemble des systèmes répressifs nationaux, par le biais d'incriminations «classiques».

M.-L. CESONI[18] a montré comment, en Belgique, en Suisse et en Italie, le processus de création de nouvelles infractions a permis d'augmenter les pouvoirs des autorités répressives. La probabilité que les mêmes phénomènes se reproduisent à l'échelon européen est loin d'être nulle. Concernant l'harmonisation des incriminations, en effet, l'enjeu tient moins à la prévention/répression de l'infraction que dans le pouvoir des acteurs répressifs. Les efforts de l'Union en matière de rapprochement des législations s'appliquent à des domaines de criminalités graves, comme le terrorisme, et l'intérêt de telle législation tient des pouvoirs exorbitant du droit commun octroyés aux services répressifs. Ainsi, comme le remarque Serge DE BIOLLEY, «*la focalisation sur la «criminalité grave» a souvent pour objectif de mettre en place des mécanismes répressifs nouveaux qui, une fois entrés dans la pratique, sont ensuite progressivement étendus aux autres formes de criminalité* [19]».

L'incohérence de la politique pénale poursuivie par le Conseil est patente : instrumentalisation, tendance à réagir à l'événementiel, vue à court terme... Mais il semble bien que la Commission soit destinée *in fine*, à devenir l'initiateur exclusif de l'Espace pénal européen, en monopolisant *de facto* le pouvoir d'initiative, grâce aux nombreux fonctionnaires travaillant dans sa direction générale JAI.
Cela permettrait de systématiser un peu le système pénal européen grâce à une vision à plus long terme et plus globale, mais ne résoudrait néanmoins pas les incohérences de la production normative au sein de l'ELSJ.

[17] Ainsi, la longueur moyenne de détention varie d'un État à l'autre, et certains ont même aboli la perpétuité réelle ; des peines alternatives à l'emprisonnement se sont développées dans certains États membres...
[18] CESONI (M. L.), «Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse», in DE KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.* pp. 153-166
[19] DE BIOLLEY (S.), «Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale», *idem*, p. 182
[20] Le pilier CPJP (titre VI TUE) fonctionne sur un mode intergouvernemental.
[21] Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, c'est la position commune qui reprend la définition de la décision-cadre, qui a fait l'objet d'un accord politique dès le 19 novembre 2001.
[22] Le considérant 10 de la décision-cadre et son rappel à l'article 1§2 (la décision-cadre «*ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne*») disparaisse de la position commune.
[23] D. FLORE, Cité dans DE BIOLLEY (S.), «Panorama du droit pénal de l'Union», in *Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne*, coll. Études européennes, éditions de l'ULB, 2003, p. 110
[24] La commission de l'infraction, par son contexte, doit «*porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale*». L'intention terroriste correspond à la volonté de «*gravement intimider une population ou contraindre indument des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale*».

B. Les contraintes dues au mode de prise de décision (l'article 34 TUE)

Le Conseil de l'Union est ici l'unique instance à pouvoir adopter un acte dans le titre VI[20], il s'agit ici évidemment d'éviter le risque pour les Etats de se faire dépouiller de ses prérogatives régaliennes.

L'article 34 TUE vient poser les règles en matière d'adoption de normes dans le pilier JAI. Si la majorité qualifiée est requise en ce qui concerne la mise en œuvre des décisions, et la majorité des deux tiers pour les mesures d'application des conventions, l'unanimité reste la règle pour l'adoption de ces deux instruments, ainsi que pour celle de la décision-cadre, instrument phare du titre VI depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. L'unanimité revient à donner à chaque Etat membre un droit de veto sur une mesure envisagée. Dans une Europe élargie à 27 ou plus, elle est un facteur de blocage, surtout lorsque les Etats persistent à vouloir imposer leur modèle national à l'échelon européen.

Le Parlement européen ne dispose que d'un simple droit de consultation obligatoire prévu par l'article 39 TUE, qui précise que le Conseil peut statuer si le Parlement n'a pas rendu son avis dans le délai imparti. Le Conseil a trouvé un moyen subtil de limiter le déjà faible impact du Parlement en matière de CPJP. Après les attentats du 11 septembre 2001, l'UE a adopté la première définition juridique du terrorisme. Celle-ci a fait l'objet de deux actes dont le contenu à propos de l'infraction terroriste est pratiquement similaire : la décision-cadre n°2002/475/JAI du 13 juin 2002 et la position commune n°2001/930/PESC du 27 décembre 2001[21]. Or, l'adoption d'une position commune PESC ne nécessite pas la consultation du Parlement, contrairement à celle d'une décision-cadre : une fois la définition adoptée formellement dès décembre 2001, le débat parlementaire devenait sans objet. Non seulement le Conseil a vidé de son sens l'intérêt d'un débat démocratique, mais en plus il a créé une incertitude juridique puisque le contenu des deux définitions diffère, les assurances concernant la protection des libertés fondamentales ont disparu de la position commune[22].

Cette décision-cadre sur le terrorisme est aussi un exemple d' «*harmonisation de façade*[23]». L'infraction terroriste est caractérisée par la réunion de trois éléments, en fonction du contexte, du but[24], et de l'acte lui-même. Les termes employés sont vagues et risquent d'engendrer des interprétations diverses. Au surplus, la liste de 8 infractions, qui constituent l'élément matériel, ne fait pas l'objet d'une définition commune ; ainsi, «*causer des destructions massives* [...] *susceptibles de produire des pertes économiques considérables*» ou de la «*capture* [...] *de moyens de transports collectifs*», pourrait théoriquement s'appliquer à des faucheurs d'OGM, à des manifestants, aux «émeutiers» de 2005...

L'adoption de la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la

répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier du 28 novembre 2002 offre un autre exemple d'une harmonisation en surface. Une dissension est apparue sur la définition de ces 3 notions, la Belgique distinguant entre aide bénévole et aide lucrative. La directive[25] définissant les notions a fait l'objet d'un compromis à l'aide d'une clause facultative[26] : pour reprendre Mme WEYEMBERGH, cela *«revient en quelque sorte à institutionnaliser les divergences existantes[27]»*.

L'harmonisation des sanctions se heurte, quant à elle, au double problème de la cohérence interne des systèmes répressifs nationaux et d'une tendance à s'aligner du côté du droit le plus répressif.

D'un côté, l'absence de réflexion théorique sur les finalités du droit pénal empêche une réelle harmonisation des sanctions pénales. Le risque est d'aboutir à une dénaturation des systèmes répressifs domestiques, dont la cohérence repose sur une échelle de peines déterminée. Celle-ci est le reflet des choix moraux d'une société dans la détermination de la gravité des différents comportements *déviants*. Les Etats se gardent donc de procéder à une harmonisation trop poussée qui risquerait de provoquer un bouleversement de leur législation pénale dans son ensemble.

De l'autre côté, le droit de veto de chaque membre conduit à une harmonisation *a minima* des sanctions : les Etats se mettent d'accord sur le minimum à infliger, or *«l'établissement de minima pour les sanctions maximales qu'une infraction peut entraîner, porte en soi un potentiel d'aggravation des sanctions, de ralliement au plus haut commun dénominateur[28]»*. Au surplus, rien n'empêche les Etats, lors de la transposition des décisions-cadres dans leur droit national, de prévoir des peines plus sévères[29]. Or, c'est cette harmonisation des sanctions qui permettrait justement l'émergence réelle d'un espace pénal cohérent et dépasser les réflexes nationaux. Cela pourrait être l'occasion, à l'échelle de l'Union, de poser la question des finalités du droit pénal au sein des sociétés modernes.

Si la procédure de prise de décision est pesante dans le pilier CPJP, la concurrence que lui porte le pilier communautaire est source d'une confusion plus grande encore en la matière.

[25] La définition des termes de la décision-cadre relevait en effet d'une directive communautaire (premier pilier) : encore un exemple du caractère artificiel de la division en pilier.

[26] L'article 1er alinéa 2 permet aux États de décider de ne pas sanctionner l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier lorsque celle-ci a un but «humanitaire».

[27] WEYEMBERGH (A.), «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences», in DE KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, coll. Études européennes, éditions de l'ULB, 2002, p. 124

[28] KELLENS (G.), «Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen», in DE KERCHOVE (G.) et WEYEMBERGH (A.) (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.*

[29] Les instruments européens ne prévoient en effet pas de maxima.

II. La production normative dans le 1er Pilier: vers un droit communautaire pénal

L'institution d'une Communauté européenne répondait, à l'origine, plus à des préoccupations économiques et diplomatiques, qu'à des considérations tenant à l'harmonisation pénale. La vision extensive de la Cour de Justice des Communautés Européennes aidant, le champ de compétence de la Communauté s'est élargi à l'ensemble des domaines pouvant influer sur le Marché unique.

Si l'intérêt de l'harmonisation pénale par la CE a longtemps été considéré comme secondaire, de récents développements pourraient amener à revoir ces considérations et à envisager, éventuellement, l'avènement d'un droit pénal communautaire.

A. L'extension des prérogatives en matière d'initiative de la Commission en matière communautaire

La Commission dispose d'un pouvoir d'initiative exclusif pour toutes les matières relevant du champ communautaire[30] qui vise à établir et maintenir un marché commun de libre concurrence et de libre circulation. Les compétences de la Communauté sont d'abord et avant tout de nature économique, et la matière pénale n'a tout d'abord eu que de manière incidente une influence dans la législation du premier pilier. En effet, l'article 2 du traité CE (TCE) énumère les buts dudit traité : ceux-ci sont avant tout économiques[31]. Pourtant, le droit communautaire n'ignore pas totalement les questions répressives.

En premier lieu, la Communauté dispose de compétences propres en matière pénale dans des secteurs qui lui sont particuliers. Elle dispose d'un budget, avec des recettes constituées par des impôts européens, la CE s'est dotée d'une législation anti-fraude, avec, notamment, la constitution de l'OLAF[32]. Ensuite, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, une partie des matières relevant jusque là du titre VI a été communautarisée. Ces matières qui concernent les politiques liées à la libre circulation (visa, asile et immigration)[33], ont été intégrées au titre IV du traité CE.

[30] Le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont juste la faculté d'attirer l'attention de la Commission sur des points particuliers et la prier de proposer l'adoption d'une norme. A noter que le traité instituant une Constitution pour l'Europe prévoyait un mécanisme limité d'initiative citoyenne par le biais d'un droit de pétition.

[31] *«La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres».*

[32] Office de Lutte Anti-Fraude, il organise la coopération policière et douanière pour protéger les intérêts financiers de la Communauté.

La Commission dispose d'un droit d'initiative exclusif dans cette matière, relevant jusqu'alors du troisième pilier.

Enfin, et de manière générale la mise en œuvre des politiques élaborées dans le cadre de la PESC ou de la CPJP peut nécessiter l'adoption d'une norme communautaire. Ce cas de figure illustre les incohérences et les lourdeurs du système normatif de l'ELSJ. Ainsi, la mise en œuvre des positions communes 2001/930/PESC et 2001/931/PESC qui organisent, à la suite de résolutions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) le gel des avoirs des organisations terroristes, a nécessité l'adoption de règlements communautaires[34].

En deuxième lieu, la compétence communautaire en matière pénale a été justifiée à titre incident par le juge communautaire. Ainsi, la célèbre jurisprudence de la CJCE dans l'affaire *COSTA c. ENEL* en 1964 (aff. C-6/64) consacre le principe de primauté du droit communautaire sur les droits nationaux[35], en se basant sur l'effet utile des dispositions du traité et sur le principe de coopération loyale.

Le premier pilier peut donc avoir une incidence indirecte sur le droit pénal des Etats membres qui devra alors se mettre en conformité avec le droit communautaire. L'arrêt de la CJCE du 19 janvier 1999 *Procédure pénale c. DONATELLA CALFA* (aff. C-348/96) vient illustrer cette situation, la Cour y affirme en effet que «*si, en principe, la législation pénale relève de la compétence des Etats membres, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire impose des limites à cette compétence, une telle législation ne pouvant en effet restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire*» (§17).

Il semble bien que la Cour ait franchi un pas supplémentaire le 13 septembre 2005 qui pourrait amener à l'instauration d'un véritable droit pénal communautaire. Cette affaire Commission c. Conseil (aff. C-176/03) concernait un conflit de compétence entre le Conseil et la Commission à propos d'une décision-cadre adoptée par le Conseil sur la répression pénale des atteintes au droit de l'environnement protégé par la Communauté. La décision-cadre prévoyait une liste d'infraction dont les Etats devaient prévoir la répression en organisant des sanctions pénales. La Commission avait, dès 2001, proposé l'adoption d'une directive[36] couvrant ce domaine, mais celle-ci n'avait jamais été adoptée. La Commission, soutenue par le Parlement, arguait que les articles 1 à 7 de la décision-cadre auraient dû être juridiquement basés sur les articles 2, 174 et 175 du TCE. Parce qu'il s'agissait d'assurer la protection du droit communautaire de l'environnement, la directive, instrument

[33] cf. Partie II.
[34] Cf. également le binôme décision-cadre/directive déjà mentionné dans XXX relatif à l'aide à l'entrée, le transit et au séjour irrégulier : la directive définit ces notions, et la décision-cadre prévoit leur pénalisation.
[35] La primauté consiste non seulement en l'obligation faite aux États d'abroger leur législation domestique contraire à des normes communautaires, mais encore à ne pas prendre de mesures allant à l'encontre de droit de la Communauté.
[36] JOCE C 180 E, 26 juin 2001

communautaire par excellence, est le plus adéquat pour assurer la promotion des objectifs de la Communauté[37] Le Conseil affirmait que l'existence de dispositions spécifiques en matière pénale au titre VI du traité de l'Union européenne écartait la compétence de la Communauté pour ériger une réglementation répressive. Le Conseil fonctionne ici dans une stricte logique intergouvernementale, il n'admet pas qu'il puisse y avoir un transfert implicite de compétence à la Communauté en matière pénale. L'enjeu est de taille et concerne la possibilité d'une pénalisation du droit communautaire pour garantir les intérêts qu'il protège : les effets d'une décision-cadre sont en effet moindre que ceux d'une directive[38].

La Cour en l'espèce décide d'annuler le texte. Elle rappelle les articles 47 et 29 du traité sur l'Union qui affirment d'une part que la mise en place d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice se constitue «*sans préjudice des compétences de la Communauté européenne*[39]» et qu' «*aucune disposition du* [TUE] *n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou affectés*[40]». Cet article 47 empêche que des dispositions issues du traité sur l'UE empiètent sur les compétences de la Communauté. Le Conseil a donc a débordé le champ de sa compétence. La Cour valide l'attraction du droit pénal par le droit communautaire au nom du principe d'effectivité : le droit communautaire doit pouvoir organiser lui-même sa propre protection en organisant, à l'encontre des violations qu'il subit, une sanction «*effective, proportionnée et dissuasive*[41]». La CJCE «*ouvre la voie à une harmonisation communautaire du droit pénal*[42]» en étendant la compétence du législateur communautaire au domaine pénal lorsque la mesure envisagée est *indispensable* (§48) pour garantir l'effectivité d'une politique communautaire.

Le doute subsiste néanmoins sur la portée de cet arrêt, à savoir s'il ne s'applique qu'au droit de l'environnement, ou si les mêmes arguments peuvent prévaloir dans d'autres domaines. D'un côté, selon l'article 6 TCE[43], les préoccupations environnementales doivent être intégrées à l'ensemble des politiques communautaires, ce qui justifie la solution de l'espèce et la limite au seul champ du droit de l'environnement. D'un autre côté néanmoins, la Cour affirme au

[37] Dont la protection de l'environnement fait partie intégrante, cf. article 2 TCE.
[38] Contrairement à cette dernière, il n'y pas d'effet direct (article 34 TUE), le recours en manquement n'est pas possible (article 35 TUE) et l'acceptation par les États membres de la compétence de la CJCE en matière préjudicielle est facultative (article 35). D'autre part, le Parlement dispose d'un rôle négligeable de consultation obligatoire (article 39 TUE), et la Commission a un rôle réduit (article 36).
[39] Art. 29 TUE.
[40] Art. 47 TUE.
[41] CJCE 21 septembre 1989 Commission c. Grèce, affaire du *maïs yougoslave*.
[42] HAGUENAU-MOIZARD (C.), «Vers une harmonisation communautaire du droit pénal ?», note sous CJCE 13 sept. 2005, Commission c. Conseil, aff. C-176/03, Revue trimestrielle de droit européen, n°42 (2), avril-juin 2006, pp. 377-389
[43] «*Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable*».

paragraphe 41 que «*la protection de l'environnement est un des objectifs essentiels de la Communauté*», semblant dire par-là même que d'autres *objectifs essentiels* de la CE pourraient justifier pareille solution. La Commission a retenu l'application extensive de cette jurisprudence et se considère désormais compétente, dans les limites fixées par la Cour. Elle a par ailleurs entrepris de demander à la Cour l'annulation d'une décision-cadre relative au renforcement du cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires[44]. L'état du droit sera probablement fixé par la réponse de la CJCE.

La solution la plus claire serait d'utiliser le jeu de la clause passerelle de l'article 42 du traité UE pour «constitutionnaliser» la solution dégagée par la Cour de Justice des Communautés Européennes[45]. Cet article permet de transférer des domaines relavant de la coopération judiciaire et policière en matière pénale du titre VI TUE vers le titre IV du TCE, à l'instar de ce qui s'est passé pour les politiques de visa, d'immigration et d'asile. Cela permettrait réellement de clarifier la situation du droit pénal dans le premier pilier. La logique l'impose, puisque la Commission disposerait enfin du pouvoir d'initier l'adoption d'actes d'ordre répressif, ce qui assurerait l'effectivité et la cohérence du droit communautaire. D'autant plus qu'alors, le Parlement européen pourrait enfin se voir réellement associé au développement de l'espace pénal européen.

B. La codécision, ou comment enfin associer le Parlement à l'espace pénal européen

Le Parlement européen a acquis progressivement un rôle clef dans l'UE. Il est l'institution démocratique de l'Union, composé de représentants de chaque Etat membre, élus au suffrage universel direct depuis 1979. Il a été le bénéficiaire des modifications des traités qui sont venues étendre son pouvoir, et notamment son pouvoir de co-décision. Cette procédure induit un dialogue permanent entre Parlement et Conseil, qui repose sur des négociations et des compromis. C'est l'article 251 TCE qui décrit le processus de codécision.

Le Parlement rend un avis sur une proposition de la Commission ; le Conseil statue à la majorité qualifiée. Trois choix s'offrent à lui. Il peut approuver tous les amendements de l'avis, et arrêter la proposition de l'acte ainsi amendée ou non par le Parlement. En cas de désapprobation, le Conseil adopte une position commune. Sont alors transmis au Parlement européen les motivations du Conseil et de la Commission. Il doit ensuite se prononcer dans les trois mois. S'il approuve la

[44] Recours C-440/05 contre la décision-cadre 2005/667/JAI du 12 juillet 2005.
[45] Rés. N°560 de l'Assemblée Nationale française, JORF 30 mars 2006
[46] Composé de membres ou représentants du Conseil et du Parlement européen
[47] L'éducation, la culture, la santé, le marché intérieur, la lutte contre les discriminations, le droit d'établissement, la politique d'asile...

position commune ou s'il ne se prononce pas, l'acte est réputé arrêté conformément à la position commune. A l'inverse, s'il la rejette (à la majorité absolue), l'acte est réputé non adopté. Enfin, il a la possibilité de proposer à la majorité absolue des amendements, à nouveau présentés au Conseil et à la Commission. Cette dernière rend un avis, et le Conseil a 3 mois pour approuver les amendements à la majorité qualifiée, ou à l'unanimité lorsqu'ils font l'objet d'un avis négatif de la part de la Commission. Dans le cas où il n'approuverait pas tous les amendements, une nouvelle étape s'ouvre. Le Président du Conseil, en accord avec Président du Parlement européen, convoque un Comité de conciliation[46] qui va rechercher un accord sur un projet commun à adopter, à la majorité qualifiée des uns et des autres. Lorsque ces travaux débouchent sur un projet commun, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, et le Parlement, statuant à la majorité absolue des suffrages exprimés, peuvent adopter le texte. Si cette procédure est, certes, très longue - elle peut durer plus d'une année - et particulièrement complexe, elle reste la plus démocratique, dans la mesure où sont représentés et les Etats, et les citoyens.

La procédure de codécision concerne de plus en plus de domaines[47]. Elle devait, en outre, devenir la procédure législative ordinaire pour adopter les lois européennes, le projet de Traité Etablissant une Constitution pour l'Europe ayant prévu d'y ajouter 34 domaines, et de supprimer la procédure de coopération.

L'extension des prérogatives de la Communauté en matière pénale aurait pour effet de rendre, mécaniquement, le Parlement compétent pour élaborer les normes pénales *nécessaires* et *indispensables* à la mise en œuvre d'une politique communautaire. Elle permettrait par ailleurs une effectivité plus grande de la norme pénale européenne, puisque la CJCE a développé, à propos des actes communautaires, une jurisprudence très extensive. Or le recours au juge est facilité dans le premier pilier où la Commission dispose de nombreux moyens pour faire appliquer le droit de la Communauté. Un juge communautaire qui tente pour l'instant d'assurer une certaine cohérence à ce droit pénal de l'Union.

III. Les Difficultés Du Juge Communautaire A Assurer La Cohérence De L'ELSJ

L'espace pénal européen est jeune, et n'a pas encore rencontré la puissance de la jurisprudence constructive du juge communautaire. En matière pénale, la CJCE commence son travail d'unification et de systématisation de la question pénale, mais son contrôle des normes reste limité et la question se pose de l'absence d'une cour pénale européenne.

A. Le juge communautaire et la cohérence dans la production normative de l'ELSJ

La Cour a commencé un travail de fond dans le développement du l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, d'une part en transposant le principe de loyauté dans le pilier JAI et d'autre part, en essayant de tracer une limite plus nette entre les matières qui relèvent du titre VI et les matières communautaires.

Le principe de loyauté est gravé dans le marbre du pilier communautaire à l'article 10 TCE[48]. Il a servi de base à l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. Avec l'arrêt COSTA c. ENEL de 1964, la CJCE affirme l'existence d'un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres. Cet ordre ne doit pas être contré par une mesure interne, la force contraignante du droit communautaire ne pouvant varier d'un État à l'autre : elle est inconditionnelle. L'arrêt SIMMENTHAL du 9 mars 1978 tire les conclusions de ces affirmations : en vertu du principe de primauté, les dispositions du droit primaire du droit dérivé ont pour effet de rendre inapplicable les dispositions nationales contraires, et d'empêcher l'émergence de nouvelles règles qui leurs seraient incompatibles. Le juge national doit laisser inappliquée toute norme qui serait contraire à celui-ci.

En filigrane, on trouve dans ces arrêts de la CJCE l'utilisation du principe de *l'effet utile* des dispositions normatives primaires et secondaires des traités. Les Etats membres se sont obligés juridiquement par la signature de cette convention internationale particulière et doivent, conformément aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, exécuter leurs obligations de bonne foi. Le principe de l'effet utile du droit dérivé a été largement utilisé par la Cour à propos des directives de l'article 249 TCE. Celles-ci «*lie*[nt] *tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*». Depuis les arrêts SACE de 1970 et VAN DUYN de 1974, la Cour a développé une jurisprudence minutieuse concernant leur applicabilité directe[49], faute d'une transposition intervenue à temps.

[48] «*Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité*».

[49] L'applicabilité directe du droit international signifie que des dispositions d'un instrument supranational va pouvoir créer des droits et des obligations directement sur le chef des particuliers, sans adoption préalable d'un acte de transposition.

[50] Article 249 TCE alinéa 2 : «*La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*».

[51] Article 34 2. b) : «*Les décisions-cadres lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entrainer d'effet direct*»

[52] Il permet à la Commission de saisir la CJCE pour condamenr un État qui n'a pas effectué de mise en conformité de son droit interne avec le droit dérivé de l'Union

[53] Article 1er, alinéas 2 et 3 du TUE.

La jurisprudence de la Cour se justifiait eu égard aux objectifs du traité de Rome et à la méthode employée dès les origines, dépassant le cadre strictement intergouvernemental pour s'engager dans la voie d'une intégration poussée. C'est là toute la différence avec le titre VI du traité sur l'Union européenne, où les Etats ont pris soin de sauvegarder leurs prérogatives régalienne et d'exclure d'emblée, de manière plus ou moins mesurée, les autres partenaires institutionnels.

La question s'est posée de la portée juridique des décisions-cadres de l'article 34 TUE, étant donnée la quasi-identité de rédaction de ce dernier avec l'article 249[50]. Si un effet direct est exclut d'emblée (§2.b)[51], la Cour a eu à se pencher sur la force juridique de cet instrument dans l'arrêt MARIA PUPINO rendu le 16 juin 2005 (aff. C-105/03). Il s'agissait de répondre aux allégations des États italiens et français notamment qui contestaient l'obligation, pour le juge national, d'interpréter le droit interne *à la lumière* des dispositions d'une décision-cadre. Selon eux, nulle part dans le TUE on ne pouvait trouver d'équivalent à l'article 10 TCE. L'enjeu est de taille, puisqu'il n'existe pas de mécanisme de recours en manquement dans le troisième pilier[52].

La Cour rejette cet argument et généralise au pilier CPJP la règle tirée de l'article 10 TCE. La mission de l'UE est de créer une «*union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe*» en organisant «*de façon cohérente et solidaire les relations entre les Etats*»[53]. le principe de coopération loyale des Etats aux objectifs du TUE s'impose de lui-même, car le titre VI ne peut, par son objet, exister sans loyauté des Etats membres. Le principe de coopération loyale emporte comme conséquences pour les Etats membres qu'ils prennent «*toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de leurs obligations au titre du droit de l'Union européenne*». Le juge national a donc l'obligation d'interpréter son droit interne conformément aux décisions-cadres adoptées par le Conseil, dans la limite du principe de non-rétroactivité[54] L'affirmation du principe d'interprétation conforme du droit national *à la lumière* des décisions-cadres permettra de donner un peu de cohésion à l'ELSJ. L'arrêt, rendu deux semaines après les référendums français et néerlandais rejetant le traité établissant une Constitution pour l'Europe, intègre de fait l'article I-5 §2 de ce dernier qui prévoyait l'extension du principe de coopération loyale à l'ensemble du système juridique de l'UE.

La multiplication des bases juridiques dans l'édiction des normes européennes pénales pèse sur l'édification de l'ELSJ. Les modalités offertes dans le pilier communautaire et dans le pilier CPJP diffèrent à la fois quant à l'influence des différents acteurs institutionnels lors du processus décisionnel, mais aussi quant à l'efficacité normative des actes édictés, et la Cour de Justice des Communautés Européennes se voit aujourd'hui confrontée à la première vague du contentieux de l'ELSJ. La dernière évolution en date est celle induite par l'arrêt du 13 septembre

2005 Commission c. Conseil précité. Dans cette décision, la Cour annule une décision-cadre portant sur la répression pénale de comportements prohibés par le droit communautaire de l'environnement. La CJCE estime en effet que ce domaine ressort de la compétence de la CE. Le juge de Luxembourg limite ce principe par deux critères. D'un côté, la mesure en question doit être *nécessaire* pour garantir la pleine effectivité de la norme communautaire. Ce critère se rattache à l'article 5, alinéa 3, du TCE[55] : c'est le principe de proportionnalité. En sus, l'adoption de l'acte communautaire doit être *indispensable*. C'est à travers cet adjectif que la base juridique de l'arrêt rendu par la Cour peut être critiqué, puisqu'il parait acquis que celui-ci fait référence à l'article III-271 alinéa 3 du traité établissant une Constitution pour l'Europe[56]. Le juge communautaire décide une fois encore de passer outre le double référendum négatif français et néerlandais et appuie sa décision sur une application par anticipation de celui-ci. Si du point de vue de l'Europe pénale, on peut saluer cette décision, l'on peut se demander quelle est la légitimé du juge à passer outre des décisions démocratiques.

Le problème de la répartition des compétences opérée par la pillarisation du traité UE s'est également posé dans le cadre d'un litige opposant le Parlement d'un côté, la Commission et le Conseil de l'autre, au sujet de l'accord PNR[57], qui présentait la particularité de relever à la fois du domaine JAI pour son rôle dans la lutte contre le terrorisme, mais aussi du domaine de la protection de la vie privée, en relation avec le pilier communautaire[58]. La convention a été conclue sous la forme d'une décision du Conseil n° 2004/486/CE du 17 mai 2004, fondé sur l'article 95 du TCE[59] et sur la décision n° 2004/535/CE de la Commission constatant l'adéquation des dispositions du traité avec la directive n° 95/46/CE relative à la protection des données personnelles. Le Parlement européen, qui n'a pas été consulté dans le cadre de la procédure ayant abouti à la conclusion de l'accord, a saisi la CJCE car il estime que la base juridique pour conclure aurait dû être l'article 300§3 du traité CE, qui prévoit cette consultation obligatoire du Parlement. Selon lui, la décision d'adéquation de la Commission est nulle, puisque l'accord relève du champ de

[54] Ce qui empêche que cette interprétation conforme n'entraine une aggravation de la loi pénale.

[55] *«L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité».*

[56] *«Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, la loi-cadre européenne peut établir des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions dans le domaine concerné».*

[57] *Passenger Name Record.*

[58] Il s'agissait d'obliger les compagnies aériennes à transmettre des données personnelles concernant leurs passagers au bureau des douanes états-uniennes.

[59] *«Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur».*

la sécurité et du droit pénal, et dans ce cas, la directive 46/95 est inapplicable. La nullité de la décision de la Commission emporte logiquement celle de la décision du Conseil portant conclusion de l'accord.

La Cour, par un arrêt du mai 2006 Parlement c. Conseil et Commission (aff. C-317/04) annule la décision de la Commission en constatant que l'article 3§2 de la directive 46/95 exclut de son champ d'application les titres V et VI du traité sur l'Union européenne. Elle fait ici prévaloir le but de l'accord en cause, à savoir la lutte anti-terroriste, sur la nature des données, et l'entité chargée de les transmettre, en l'occurrence les compagnies d'aviation civile pour réfuter l'applicabilité de la directive. La décision de conclusion est annulée subséquemment.

La Cour est ainsi amenée à garantir la répartition des compétences au profit du troisième pilier, suivant en cela un jugement du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes[60] qui avait affirmé le principe selon lequel la lutte contre le terrorisme ne pouvait être rattaché à aucun des objectifs assignés à la Communauté européenne affirmés par les articles 2 et 3 du TCE.

B. Les incohérences dans la mise en place du principe de reconnaissance mutuelle

Les limites de la compétence du juge communautaire se font sentir au sein de l'ELSJ. Si la jurisprudence intégrative des magistrats de Luxembourg a joué un rôle décisif dans l'essor du principe de reconnaissance mutuelle, son rôle dans la protection des droits fondamentaux et le développement de la fonction protectrice du droit pénal processuel européen reste extrêmement limité.

En 1999, le sommet de Tampere a décidé de faire du principe de la reconnaissance mutuelle la pierre angulaire de la construction de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice. Le Conseil, dans ses conclusions, a alors élaboré un programme d'action visant à la mettre en œuvre, et l'on ne peut que constater que, les attentats terroristes aidant, il semble être l'aspect le plus approfondit de la CPJP, ce qui n'est pas sans lien avec le rôle décisif de la CJCE dans sa mise en œuvre du principe.

La décision de s'orienter vers le principe de reconnaissance mutuelle lors du sommet de Tampere a illustré l'échec, du moins provisoire, du *corpus juris*[61]. Si elle ne va pas aussi loin que l'idée d'un parquet européen au plan de l'intégration, elle présente de réels progrès concernant le dépassement de la souveraineté nationale. Il s'agit de passer d'un stade de simple coopération à l'idée d'un espace

[60] TPICE 21 septembre 2005 YASSIN ABDULLAH KADI c. Conseil et AHMED ALI YUSSUF et AL BAARAKAT INTERNATIONAL c. Conseil, aff. T-315/01 et T-306/01, voir infra.

[61] Ce concept, issu d'un travail universitaire de 1997 prévoyait l'instauration, dans le cadre limité de la fraude aux intérêts financiers de la communauté, d'un parquet européen ayant une compétence dans la phase initiale d'enquête. Ce concept, qui aurait pu par la suite être étendu à l'ensemble de la matière pénale européenne n'a pas retenu l'attention des États membres lors du Conseil JAI finlandais.

pénal commun : permettre la libre circulation des décisions judiciaires entre les Etats membres dans une exception appliquée au principe de territorialité de la loi pénale.

Par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, les Etats acceptent que soit appliquée, sur leur territoire, une décision émise par les autorités judiciaires d'un autre Etat membre de l'Union ; on judiciarise la procédure d'entraide, en ne faisant plus intervenir les autorités politiques de l'État. La coopération judiciaire se fait alors de façon directe, de juge à juge.

Le premier instrument adopté dans le cadre du principe de reconnaissance mutuelle a été la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Ce mandat vient remplacer la procédure d'extradition entre les Etats membres. L'Etat de réception du mandat ne peut refuser de l'exécuter que pour des motifs limités[62]. La différence, fondamentale au regard de l'édification de l'espace pénal européen, avec la procédure d'extradition réside dans le fait que l'exigence de double incrimination[63] est supprimée pour une liste de 32 infractions[64], dont le terrorisme. Son abandon constitue un réel dépassement de la souveraineté nationale, même s'il n'est pas sans poser problème. Cela revient à considérer que ces 32 infractions sont des infractions européennes : le comportement en cause va produire des effets à l'échelle de l'Union, elles existent, au moins par leurs effets, sur l'ensemble des territoires des Etats membres. Elle obligera à terme les Etats membres, alors même que leur droit ne proscrivait pas un des 32 comportements en cause, à les définir dans leur droit pénal interne. La suppression de la double incrimination pose également le problème de la légalité des délits et des peines, puisqu'une personne pourra être arrêtée et remise à un Etat pour un comportement qui n'était pas criminalisé dans l'Etat de réception du mandat d'arrêt européen. Une fois encore, les contraintes engendrées par la voie empruntée entraînent l'UE vers un droit de plus en plus répressif.

[62] En cas d'amnistie dans l'État requérant, de risque de non-application de *non bis in idem*, de non respect du délais de prescription, de non respect du principe de territorialité, ainsi si le délit a été commis dans l'État d'exécution par exemple.

[63] La double incrimination signifie que l'État à qui l'extradition est demandée peut refuser de livrer la personne au motif que l'acte à cause duquel celle-ci est poursuivie (ou a été condamnée) n'est pas prohibé dans son droit national.

[64] Participation à une organisation criminelle, terrorisme, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie, trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs, corruption, fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, blanchiment du produit du crime, faux monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro, cybercriminalité, crimes contre l'environnement, y compris le trafic illicite d'espèces animales menacées et le trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées, aide à l'entrée et au séjour irréguliers, homicide volontaire, coups et blessures graves, trafic illicite d'organes et de tissus humains, enlèvement, séquestration et prise d'otage, racisme et xénophobie, vols organisés ou avec arme, trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et oeuvres d'art, escroquerie, racket et extorsion de fonds, contrefaçon et piratage de produits, falsification de documents administratifs et trafic de faux, falsification de moyens de paiement, trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance, trafic illicite de matières nucléaires et radioactives, trafic de véhicules volés, viol, incendie volontaire, crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, détournement d'avion/navire, sabotage.

La CJCE a, dès 2003, consacré le principe de reconnaissance mutuelle dans un arrêt GOZUTOK et BRUGGE (aff. C-187/01 et C-385/01). Première décision rendue sur la base de l'article 35 du traité sur l'Union européenne, et première interprétation de la Convention d'application des Accords de Schengen (CAAS), elle concerne le principe *non bis in idem*. Le requérant était poursuivi en Allemagne et en Belgique pour les mêmes faits. Les poursuites prennent fin par la conclusion d'une transaction pénale dans l'un des deux Etats, et il s'agissait de savoir quelle devait être la position de l'autre Etat. La Cour applique le principe *non bis in idem* en l'espèce : l'ELSJ implique une confiance mutuelle dans les systèmes répressifs nationaux, chaque Etat doit dès lors accepter la pleine et entière application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même les solutions dégagées seraient différentes. La Cour réitère cette jurisprudence dans l'affaire MIRAGLIA (CJCE 10 mars 2005, aff. C-469/03), toujours en relation avec le principe *non bis in idem*[65]. L'extinction de l'action publique s'impose aux autres Etats membres, quelque soit son origine. Enfin, la Cour a eu à préciser, toujours à propos du principe *non bis in idem*, ce qu'il fallait entendre par «*mêmes faits*». Dans l'arrêt de la CJCE du 9 mars 2006 VAN ESBROEK (aff. C-436/04), la Cour était en effet saisie du recours d'un individu poursuivi en Belgique pour exportation de stupéfiant après avoir été condamné et avoir purgé sa peine en Norvège pour importation des mêmes substances. La Cour, prenant appui sur le droi tà la libre circulation rejette une interprétation trop stricte de la notion de «mêmes faits» en rappelant qu' «*en raison de l'absence d'harmonisation des législations pénales nationales, un critère fondé sur la qualification juridique des faits ou sur l'intérêt juridique protégé serait de nature à créer autant d'obstacles à la liberté de circulation dans l'espace Schengen qu'il existe de systèmes pénaux dans les Etats contractants*».

On ne peut que se satisfaire de cette analyse lucide du juge communautaire sur l'état du droit de l'espace pénal européen. Si le principe de reconnaissance mutuelle peut utilement faire avancer l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice de l'Union, celui doit nécessairement être accompagné d'une harmonisation plus poussée.

Conclusion

Les contraintes induites par l'organisation institutionnelle de l'Espace pénal européen pèsent sur le mécanisme de production des normes. La méthode intergouvernementale montre ses limites et sa propension à donner un caractère sécuritaire à l'Europe. La multiplication des textes applicables amène une lourdeur procédurale, avec l'implication de différents acteurs institutionnels, qui n'ont pas toujours des vues concordantes quant aux buts de la politique pénale. L'obsolescence de la division en pilier se fait largement sentir, et accentue les contraintes du

processus de production normative. Le choix de s'orienter vers la reconnaissance mutuelle et mettre en place une libre circulation des décision judiciaires devra nécessairement s'accompagner d'une harmonisation, sous peine de consacrer les différences existente ou pire, de tirer vers le haut l'aspect répressif du droit pénal européen.

Le traité instituant une Constitution pour l'Europe aurait permis des avancées en matière pénale, mais naïf serait celui qui aurait vu en lui la panacée. Supprimer la division en pilier constituait déjà un premier pas. Le passage à la majorité qualifiée pourrait en être un autre, puisqu'il symboliserait l'abandon de la souveraineté étatique absolue en matière pénale. Il faudra de toute façon attendre la probable rédaction d'un «traité simplifié», proposition soumise par N. Sarkozy et qui semble être globalement acceptée par les autres partenaires Européens.

Partie 2 : L'Harmonisation du Régime Juridique de l'Eloignement des Etrangers : Un Durcissement du droit National.

Le terme « étranger » vient du latin *extraneus, extra* signifiant « dehors » et représente ce qui n'est pas d'ici, ce qui est différent au groupe, mal connu, incompréhensible...

Dans la plupart des droits nationaux, l'étranger est donc défini comme étant l'individu qui n'a pas la nationalité de l'État concerné, soit qu'il soit de nationalité étrangère, soit qu'il n'ait pas de nationalité[66]. Cette distinction entre résidents d'un même État permet à ce dernier de leur appliquer des règles différentes.

Selon la théorie traditionnelle, l'État se compose d'un *territoire*, d'une *population* et d'un pouvoir, l'étranger s'insère dans la *population*, dont il est un élément particulier, et il se trouve sur le *territoire* de l'État concerné. Il a dès lors été admis que l'État, exerçant sa souveraineté territoriale, puisse contrôler la population étrangère et mettre en place un régime juridique spécifique[67]. Le droit des étrangers est alors un droit d'exclusion, ce sujet bénéficiant de moins de droits que le national. Mais c'est également un droit d'intégration, l'étranger répondant à un statut : en tant que sujet de droit du pays concerné, il est un membre de la société nationale, bénéficiant de droits et libertés minimum.

Face à la construction de l'UE, les États membres ont cependant accepté de restreindre leur compétence en matière d'asile et d'immigration, et de transférer

[65] Elle y affirme que l'article 54 CAAS, qui prévoit la mise en œuvre de ce principe, «*a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres, ne peut utilement contribuer à la réalisation complète de cet objectif que s'il est également applicable à des décisions mettant définitivement fin aux poursuites pénales dans un État membre bien qu'elles soient adoptés sans l'intervention d'une juridiction et ne prennent pas la forme d'un jugement*» (§48).

[66] Définition consacrée par le droit français : art L 111-1 du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et des Demandeurs d'Asile (Ceseda).

[67] La compétence étatique pour élaborer ce statut a été consacrée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), chaque Etat ayant le droit « *de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux* », CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume Uni, A. 94.

une parcelle de leur souveraineté. L'émergence d'une telle réglementation commune remonte à la création de l'espace « Schengen », supprimant les contrôles aux frontières intérieures. L'accord Schengen[68] a d'ailleurs été intégré dans l'UE par un protocole adjoint au traité d'Amsterdam, qui a communautarisé les questions relatives à l'asile, au franchissement des frontières extérieures de l'Union et à l'immigration[69] et consacré l'existence de l'ELSJ.

Cependant, et pour parvenir à une politique uniforme, des normes identiques doivent être appliquées au sein de cet « espace » communautaire[70]. L'UE souhaite en effet voir émerger un statut identique pour les « étrangers » au sens communautaire, c'est-à-dire les ressortissants d'Etats tiers, population qu'elle doit contrôler, afin de protéger la sécurité interne de l'UE, et ses propres ressortissants : les « citoyens de l'UE ». Là encore, la dialectique entre un intérieur et un extérieur[71] s'installe, avec la volonté d'un éloignement[72] plus efficace des étrangers indésirables dans leur pays d'origine.

Une véritable coopération entre États en matière d'éloignement s'est donc avérée nécessaire. Elle est cependant apparue comme assez délicate, du fait de comportements souverainistes de certains d'entre eux. Un amalgame entre menace et immigration, issu du « nouveau concept européen de sécurité »[73], a en effet induit des revendications croissantes de la part des États[74] d'une certaine sécurisation de l'immigration. Il y aurait là une « *une politique du « déni » qui puise sa force dans le mythe de la souveraineté, du contrôle des frontières et dans les rhétoriques qui y sont associées sur le péril que courent l'État, la Société et le politique avec la globalisation, l'immigration, l'ouverture en général* »[75].

Nous pouvons alors nous interroger sur les répercussions que peut avoir la construction d'un régime migratoire supranational sur les régimes juridiques nationaux (notamment français) de l'éloignement des étrangers. Et dès lors, dans

[68] Accord du 14 juin 1985, suivi d'une convention d'application du 19 juin 1990 entrée en vigueur en 1995

[69] Nouveau titre IV aux articles 61 et suivants du TCE : Les domaines relatifs à l'asile et à l'immigration passent alors dans le premier pilier. Ce passage n'est cependant que progressif, la Commission n'ayant le monopole sur les propositions qu'au bout de cinq ans, cette phase étant terminée depuis le 1er mai 2004.

[70] Nouveau concept juridique, qui conduit à revoir celui de souveraineté ; à titre d'exemple, le Conseil Constitutionnel français, par une décision du 19 novembre 2004, DC N° 2004-505, avait estimé que l'instauration d'un futur espace de liberté, de sécurité et de justice portait atteinte à la souveraineté de l'Etat.

[71] Cette séparation à un échelon supra-national peut être rapprochée du droit de la Grèce antique. D'après la théorie des cercles concentriques, ce droit opérait une séparation entre deux types d'étrangers : le métèque, d'une part, soit le Grec mais appartenant à une autre cité, et le barbare, d'autre part, soit celui qui n'est pas Grec. Cette distinction entre « étrangers de l'intérieur et de l'extérieur » se retrouve au plan européen, avec l'apparition, depuis Maastricht, d'une nouvelle catégorie d'étrangers privilégiés : le citoyen européen.

[72] L'éloignement se définit comme une mesure prise par les autorités de police des étrangers et qui oblige l'étranger qui en est l'objet à quitter le territoire. Cette définition englobe classiquement deux mesures : la reconduite à la frontière et l'expulsion.

[73] Définit en introduction générale.

[74] États s'exprimant par le biais de chaque Ministre au sein du Conseil de l'Union.

[75] D. BIGO, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », (*in*) BIGO D., Sécurité et immigration, *Cultures et conflits* n°31-32, 1998, http://www.conflits.org/document539.html, p. 24.

quelle mesure les fondements de ce nouvel espace européen induisent-ils un durcissement du droit national, notamment aux fins d'harmonisation des régimes juridiques des États membres en matière d'éloignement ?

Pour répondre à cette question, il nous faudra tout d'abord étudier le processus d'incorporation du « laboratoire Schengen » au droit interne, et ses conséquences (I), pour ensuite examiner le second axe d'harmonisation dans lequel l'Union s'est engagée (notamment avec les traités de Maastricht et d'Amsterdam) afin d'amener les États à appliquer le maximum de normes identiques au sein de l'ELSJ (II).

I. L'intégration du «Laboratoire Schengen» au droit français: un régime plus severe que le droit commun de l'Eloignement

Comme nous l'avons vu, l'acquis Schengen a été intégré dans l'UE depuis le Traité d'Amsterdam. Du fait de ses dispositions, une nouvelle procédure d'éloignement a été instituée au sein des droits nationaux, et notamment français[76]. Nous pouvons la qualifier de dérogatoire au droit commun de l'éloignement (A) du dans la mesure où il se base sur un fichage informatique, mis en place spécialement dans ce cadre, et répondant à un souci de « sécurisation » européenne. Elle ne sera pas sans induire une réaction jurisprudentielle, le juge administratif se posant en tant que gardien du bien fondé de l'inscription au SIS[77] (B).

A. Un droit dérogatoire aux procédures d'éloignement de droit commun :

Le déclenchement de cette procédure d'éloignement induit l'application de règles administratives particulières (1), qui imposent qu'un contrôle rigoureux soit effectué quant à l'existence de décision exécutoire sur laquelle se base l'inscription au SIS (2).

1. Les règles administratives applicables à la « reconduite Schengen » :

L'intégration de la « reconduite Schengen » aux droits nationaux[78] a été qualifiée par beaucoup d'auteurs de véritable nouveauté[79] dans la mesure où cette procédure permet au juge national d'examiner l'existence des signalements (au SIS) aux fins de non-admission pris par une autorité administrative ou juridictionnelle d'un autre État.

[76] Loi n° 92-190 du 26 février 1992, portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO 29 février 1992.

[77] Un système d'information a, en effet, été mis en place pour échanger des données concernant l'identité des personnes recherchées, placées sous surveillance ou jugées «indésirables» dans « l'espace Schengen » : le système d'information Schengen (SIS), composé d'un système central installé à Strasbourg et de systèmes nationaux, « reflets » de la base centrale, implantés dans chaque pays.

[78] En droit français : article L531-3 alinéa 1er du Ceseda.

[79] AUBIN E., « note de jurisprudence sous TA Lyon, 6 avril 1995, M. Vasile Ciuciu et Melle Citadela Ciuciu », *RDP*, 1996, p. 1457-1485.

En droit français, cette reconduite est dite dérogatoire, mais est surtout beaucoup moins protectrice. Le Conseil d'Etat, dans un avis de 1996[80], a, en effet, refusé d'appliquer les modalités de recours de droit commun[81] permettant aux étrangers de bénéficier des garanties qui en sont issues, et, notamment, l'effet suspensif.

Pour justifier ce choix, le Conseil s'appuie sur les travaux préparatoires de la loi de 1992 et sur le terme « d'office », n'impliquant pas le recours à la procédure protectrice de l'article L512-2. Ce choix apparaît cependant comme critiquable dans la mesure où l'étranger qui fait l'objet d'une telle reconduite n'aura généralement pas le temps de contester l'arrêté en cause, et, s'il le peut, les autorités ne sont pas contraintes d'attendre le prononcé du jugement pour procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement. L'absence d'effet suspensif peut donc conduire à des situations dans lesquelles une mesure d'éloignement est exécutée sur la base d'un arrêté illégal, annulé plus tard par le juge administratif. Les garanties octroyées par la CEDH, telles les dispositions relatives au droit de la défense, semblent donc être laissées de côté. La Cour européenne[82] et le Conseil d'Etat[83] estiment, en effet, que le contentieux classique de la reconduite à la frontière ne porte pas atteinte à l'article 6 de la CEDH, garantissant le droit à un procès équitable, contentieux inexistant dans le cadre de la reconduite Schengen.

Cependant, et si la reconduite Schengen obéit à des règles dérogatoires de celles du droit commun de l'éloignement, elle reste une décision administrative qui peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[84] selon la procédure de droit commun. Lorsque la personne qui en fait l'objet a le temps d'introduire une requête, le juge administratif doit, en effet, s'assurer que l'arrêté de reconduite à la frontière est légal.

2. Le contrôle de légalité de l'arrêté de reconduite

Comme le souligne le Commissaire du Gouvernement L. Helmlinger[85], si ces arrêtés préfectoraux de reconduite sont fondés en droit sur les dispositions du dispositif Schengen, les motifs de faits ne relèvent pas de l'application de ces textes

[80] Avis rendu par le CE, 10ème et 7ème section réunies *Lautaru*, le 22 mai 1996, req. n° 176895, Commissaire du gouvernement, Mme DENIS-LINTON, AJDA n° 9, 1996, p. 703 ; JULIEN-LAFERRIERE F., « Les décisions de reconduite d'office à la frontière ne peuvent faire l'objet que d'une demande d'annulation devant le juge de droit commun statuant selon la procédure ordinaire », D, 1997, Sommaires commentés, p. 51 ; CELERIER T., « La Convention de Schengen et la reconduite à la frontière », *LPA*, 9 septembre 1996, n° 109, p. 648 ; AUBIN E., « note », *LPA*, 28 octobre 1996.

[81] Article L512-2 du Ceseda : compétence du Tribunal Administratif ou du magistrat délégué pour statuer seul et dans les 72h sur le recours en annulation des arrêtés préfectoraux de reconduites à la frontière.

[82] Cour EDH, 5 octobre 2000, Maaouia c/ France, req n° 39652/98.

[83] CE, 20 octobre 1999, Chihab, req. n° 202232.

[84] Le recours pour excès de pouvoir se définissant comme un « recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e édition, Presses universitaires de France, Paris.

mais de l'arrêté lui-même. Le juge administratif peut donc se livrer à un contrôle d'une décision de reconduite prise sur la base de ces dispositions.

Ce contrôle doit tout d'abord porter sur les vices propres de la décision de reconduite Schengen, à savoir, relatifs à sa forme, la procédure qu'elle emprunte et son bien fondé. Concernant l'inscription au SIS qui fonde l'arrêté préfectoral, ensuite, le juge administratif doit en premier lieu, et logiquement, s'assurer de son existence. Il examine ensuite son objet, qui doit consister en une interdiction permanente et définitive du territoire de l'État qui y a procédé. Enfin, son caractère exécutoire doit être démontré.

Cette interprétation « *stricte et sévère, mais justifiée* »[86] semble cependant découler logiquement de l'article 96 de la Convention de Schengen, qui impose que « *les décisions sur la base desquelles le signalement est inscrit [soient] prises dans le respect des règles de procédure prévues par la législation nationale, les autorités administratives ou les juridictions compétentes* ». Un contrôle identique, à savoir de l'existence, la nature et le caractère exécutoire de la décision de non-admission inscrite au le SIS, est d'ailleurs effectué dans le cadre d'un refus de visa motivé par celle-ci[87]. La Convention de Schengen réserve, en outre, la possibilité à chaque État de déroger à la règle selon laquelle un signalement leur interdit en principe d'autoriser l'entrée ou le séjour de l'intéressé sur son territoire, pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou tenant à ses obligations internationales[88]. La décision de reconduite à la frontière prise sur la base d'un signalement doit donc faire l'objet d'une appréciation particulière de la situation de la personne par le préfet. Enfin, comme toute décision d'éloignement, le juge administratif pourra vérifier la légalité de la décision accessoire fixant le pays de destination de l'étranger reconduit.

Ces compétences s'inscrivent donc dans le cadre des règles qui fondent classiquement la compétence du juge administratif, soit un contrôle de l'exactitude matérielle des motifs de fait. Le juge administratif, s'adaptant au dispositif Schengen, se livre néanmoins à un contrôle assez poussé des décisions de reconduites prises par les préfets, contrôle d'autant plus nécessaire du fait du caractère expéditif de ce type de reconduite. L'action des préfets doit en effet être strictement encadrée puisque tout arrêté de « reconduite Schengen » est en principe exécuté d'office, la personne étant effectivement éloignée avant même de savoir si cette décision était légale ou non. L'efficacité de ce contrôle en est, de plus altérée.

[85] Cf. conclusions sous l'affaire *Ciuciu* TA Lyon, 6 avril 1995, M. Vasile Ciuciu et Melle Citadela Ciuciu, req. n° 9501291 et n° 9501292 ; Conclusion du Commissaire du Gouvernement, Laurence Helmlinger, *AJDA*, 20 septembre 1995, p. 648-652 ; GUIMEZANES N., note *JCP*, éd. G., n° 25, 22450, p. 242-244 ; AUBIN E., « note de jurisprudence sous TA Lyon, 6 avril 1995, M. Vasile Ciuciu et Melle Citadela Ciuciu », *RDP*, 1996, p. 1457-1485.

[86] F. JULIEN-LAFERRIERE, « note », *D.*, 1996, Sommaire commenté, p. 103.

[87] CE, 9 novembre 1998, *M. Bafandi*, req. n° 186082

[88] Articles 5-2 et 25 de la Convention de Schengen.

A cela s'ajoute une grande insuffisance, dans la mesure où seule la décision française de reconduite est examinée par le juge, sans que le soit le bien fondé de l'inscription au SIS. Procéder à un tel examen risquerait cependant de heurter un principe fondamental pour les États : celui de souveraineté. Le contrôle du juge dans le cadre de ce « contentieux Schengen » reste donc limité.

B. Le contrôle limité du juge administratif dans le cadre du contentieux Schengen :

D'après l'article 1er de la Convention de Schengen, le ressortissant d'Etat tiers admissible est celui « *qui n'est pas ressortissant d'un état membre et qui n'est pas signalé* ».. L'article 96§2 de la CAAS définit une catégorie harmonisée de cet étranger « *virtuel* »[89] signalé aux fins de non-admission, et pose ainsi une reconnaissance mutuelle des motifs de signalement[90].

Ces normes sont cependant insuffisantes dans la mesure où elles ne s'accompagnent d'aucune définition harmonisée de l'ordre public, de la sécurité ou de la sûreté nationale, et des différentes mesures d'éloignement des États membres. L'interprétation des motifs diffère donc d'un État à un autre et des divergences dans la définition de l'étranger indésirable subsistent. En effet, « *l'harmonisation des consultations masque l'extrême disparité des logiques nationales d'inscription des signalements au sein du SIS* »[91]. Pour palier à ce problème, il existe en France un contrôle *a posteriori* du bien fondé du signalement (1) qui ne peut cependant pas s'apparenter à un contrôle de légalité de la décision nationale d'un autre État membre fondant l'inscription au SIS (2).

1. Le contrôle *a posteriori* des motifs de signalement aux fins de non-admission

L'examen par le juge administratif d'une décision prise par une autorité étrangère est, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, une procédure nouvelle[92]. Le juge administratif pose, en effet, sa compétence pour examiner les motifs de signalement au SIS dès les affaires *Igel* et *Ciuciu*, précitées. C'est donc lui qui va apprécier le dispositif conventionnel et examiner le signalement des autorités des

[89] CORRADO L., L'intégration de Schengen dans l'Union Européenne : problèmes et perspectives », *RMCUE*, n° 428, mai 1999, p. 346 et s.

[90] Ceux-ci sont au nombre de quatre : lorsque l'étranger menace l'ordre public, la sécurité ou la sûreté nationale d'un État membre ; lorsqu'il a été condamné pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ; lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves ; lorsque l'étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement non rapportée ni suspendue comportant ou assortie d'une interdiction d'entrée, ou le cas échéant de séjour, fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers.

[91] BIGO D. et GUILD E., « Désaccord aux frontières et politique des visas : relation entre Schengen et l'Union », Culture et Conflits, n° 49/50, 2003.

[92] M. GAUTIER, « Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen », *Revue mensuelle Jurisclasseur Droit Administratif*, mai 2005, p. 7-11.

autres États membres[93]. Pour ce faire, il peut demander au Ministre des Affaires Étrangères de lui communiquer tous les éléments relatifs à l'inscription au SIS et les indications relatives à l'autorité qui a procédé au signalement[94].

Ce contrôle a cependant soulevé des interrogations du point de vue du droit international. Comme le souligne très justement le Commissaire du Gouvernement Martin-Laprade, le juge administratif est le juge de droit commun de l'administration et refuse traditionnellement de juger de la légalité des actes des autorités étrangères et des organisations internationales[95]. Il pose donc ici une exception selon laquelle il peut se prononcer « *sur le bien fondé d'une décision administrative d'inscription au SIS, fût-elle prise par une administration étrangère, dès lors qu'elle est détachable d'un acte juridictionnel* »[96].

Cette solution apparaît, en outre, assez logique dans la mesure où, comme l'avaient souligné les Commissaires du Gouvernement Hubert en 1998 sous l'affaire *Bafandi*[97] et Martin-Laprade, la combinaison des articles 111 et 116 de la Convention de Schengen permettent de demander au juge français une indemnisation du préjudice résultant d'un signalement irrégulier d'un autre État. Il serait donc absurde de réparer les conséquences d'un signalement irrégulier sans que la légalité de ce dernier ne soit examinée a priori. Cette solution n'en est pas moins audacieuse, dans la mesure où le seul juge compétent pour examiner la légalité d'une décision étrangère est, en principe, celui de l'État ayant produit le signalement.

Une autre alternative s'offre alors au requérant, qui peut préalablement saisir la juridiction de l'État responsable du signalement pour qu'elle se prononce sur la légalité de celui-ci, pour ensuite saisir la juridiction française afin d'obtenir réparation. Cette dernière interprétation semble cependant contraire à l'esprit de la Convention de Schengen qui a, selon Marie Gautier[98], pour objectif de faciliter le règlement de ce type de litige. C'est une question d'efficacité de la protection de l'étranger.

Il faut enfin souligner que cette interprétation française du dispositif Schengen n'a pas encore été confirmée par la CJCE. En effet, l'affaire Forabosco est intervenue après l'intégration du dispositif Schengen au sein de l'UE, et peu après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam mais avant que la France n'ait déclaré accepter

[94] Compétence confirmée par le Conseil d'Etat : CE, 9 novembre 1998, *M. Bafandi*, req. n° 186082 ; CE, 9 juin 1999, *Mme Hamssaoui*, req. n°190344 ; CE, 6 décembre 2002, *Bolatdemirci*, 200898.
[95] CE, 22 juillet 1994, *Chambre nationale du transport aérien*, Lebon, tables p. 1208 ; CE, 29 décembre 1997, *Tharel*, Lebon, p. 625 (refus d'accès au fichier d'Interpol).
[96] MARTIN-LAPRADE B., *op. cit.*, p. 725 et s.
[97] HUBERT P., conclusions sous l'arrêt Bafandi, non publiées mais reprises dans l'article de Marie Gautier, *Op. Cit.*, p. 9.
[98] M. GAUTIER, « Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen », *Op. Cit.* p. 7.

la compétence de la Cour dans le cadre du troisième pilier. La question de la conformité du droit français au droit communautaire sur ce point reste donc en suspens.

En procédant au contrôle de ces motifs de signalement, le juge administratif ne fait, cependant, qu'appliquer le droit de l'UE. Il ne procède, en effet, qu'au contrôle des motifs du signalement. Si ce motif est considéré comme conforme au regard des critères énoncés par article 96§2 de la Convention d'Application des Accords de Schengen, il refuse de se prononcer sur la légalité de la décision à la base de ce signalement, et donc de se poser en juge de droit étranger.

2. Le refus de contrôler la légalité d'une décision étrangère

Si le juge administratif est en principe incompétent à l'égard des actes édictés par d'autres États, il peut cependant arriver qu'une convention internationale lui attribue compétence[99]. C'est le cas dans le cadre du contentieux Schengen mais celle-ci est limitée par les termes de la Convention. Le juge administratif ne peut donc aller plus loin que ce qu'elle implique nécessairement et ne peut examiner que les moyens tirés de la violation directe des prescriptions conventionnelles par la mesure de signalement.

Si un contrôle de régularité de l'inscription au SIS ne pose pas de problème lorsque l'inscription émane de la France[100], il soulève néanmoins beaucoup de difficultés lorsqu'il émane d'une autorité étrangère. Quelle est, en effet, la marge de manœuvre dont dispose le juge en cas de décision nationale illégale fondant une inscription au SIS? Sur ce point, le Commissaire du Gouvernement Helmlinger[101] sous l'affaire *Ciuciu* (précitée) donne une solution très claire :

> *Nous ne pensons pas qu'il soit envisageable, en l'état actuel de la structuration de l'espace juridique européen, que vous puissiez contrôler, par voie d'exception, la légalité d'une décision prise par une autorité étrangère et nous avouons bien prosaïquement le frisson qui nous saisi si, demain, il nous fallait être prêts à connaître et à mettre en œuvre le droit administratif allemand, belge ou espagnol.*

Le Conseil d'Etat a confirmé cette solution et s'est jugé incompétent pour opérer un tel contrôle[102].

Si cette solution semble découler et de la logique, et de la pratique, elle pose néanmoins une réelle difficulté: une décision nationale illégale fondant une inscription au SIS vicie et le signalement et les mesures qui en découlent dont

[99] CHAPUS R., Droit administratif général, tome 1, LGDJ, 2001, 15ème édition, p. 746.
[100] Comme en témoigne l'affaire suivante : CE, 30 avril 2004, n° 221951, *Mamadou X.*
[101] Helmlinger L., *op. Cit.*
[102] CE, 23 mai 2003, M. Catrina, req. n° 237934, *AJDA* 2003, p. 1576.

l'éloignement et le requérant se trouve, en pratique, face à un déni de justice. Car si les requérants peuvent essayer de déclencher une double procédure, cette démarche s'avère très lourde.

Nous pouvons dès lors nous interroger sur la compatibilité de ce dispositif avec le droit à un recours effectif reconnu par la CEDH. La Cour EDH, à la suite de la Commission, a, en effet, reconnu à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement le droit à un recours effectif devant une instance nationale, tel que consacré par l'article 13 de la CEDH. Ce droit impose, selon la Cour, non seulement que soit examinée la légalité formelle de l'arrêté d'expulsion, ainsi que le bien fondé du grief tiré de la violation de la Convention, mais également la possibilité de surseoir à l'exécution de la décision d'expulsion[103]. La privation d'une telle garantie, issue de la mise en œuvre des normes communautaires, semble ainsi faire prévaloir l'aspect « Europe forteresse » sur les droits fondamentaux de l'étranger. Cette procédure expéditive se justifie, en effet, par les soucis étatiques de sécurisation de l'espace de libre circulation, au détriment des garanties offertes aux étrangers en instance d'éloignement.

Cette difficulté devra, cependant, être impérativement résorbée par le législateur communautaire, qui doit, en principe respecter les droits garantis par la CEDH. Dans l'attente d'un débat sur ce point au sein de l'UE, certains auteurs, dont M. Gautier, proposent d'instaurer une question préjudicielle transnationale. Elle permettrait au juge interne, lors d'un jugement mettant en cause une inscription au SIS, d'interroger le juge de l'État dont elle est issue et d'examiner la légalité de la décision sur laquelle elle se fonde. En cas d'irrégularité, l'inscription en cause et toutes les décisions qui en découlent, dont un arrêté de reconduite à la frontière, pourraient alors être annulées par ce premier juge[104]. Pour que cette procédure soit efficace, son organisation au niveau de l'UE serait toutefois nécessaire.

Parallèlement à la création de cette « reconduite Schengen », des mesures communautaires relatives à l'harmonisation des législations des États membres concernant leurs mesures d'éloignement ont été adoptées. Cependant, et du fait notamment du mode de prise de décision, ces impératifs d'harmonisation induisent bien souvent un durcissement de la législation française.

[103] Cour EDH, 15 novembre 1996, Chahal c/ Royaume-Uni, JCP G, 1997, p. I-4000, n°9, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 11 juillet 2000, Jabari c/ Turquie.

[104] Solution qui s'accorderait, de plus, parfaitement avec la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a récemment accepté de répondre à une question préjudicielle émanant d'une juridiction suisse CE Ass., 27 octobre 2000, *Bfg Bank Luxembourg*, Rec. CE, 2000, p. 471.

[105] Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative *à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers*, JOCE n°L 142 du 2 juin 2001, donnant suite à l'initiative française du 20 juillet 2000, JOCE C 243, 24 août 2000.

[106] Livre vert relatif à *une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, 10 avril 2002, COM (2002), 175 final, Bruxelles, p. 12-19.

II. Un durcissement des règles internes ordonné par les impératifs d'harmonisation

Une des motivations premières pour la mise en place d'une harmonisation des décisions d'éloignement est, là encore, la volonté de restreindre les flux dans un souci de lutte contre l'immigration clandestine, grâce à une exécution plus efficace des mesures d'éloignement. Le mode d'action le plus efficace demeurant la reconnaissance mutuelle, une directive sera adoptée en 2001[105], et reste, en l'état actuel de la législation communautaire, l'instrument de référence. Une telle reconnaissance mutuelle ne concerne, cependant, que les *procédures* d'éloignement (A).

Une harmonisation des législations des États membres relatives aux *mesures* d'éloignement reste cependant un objectif que l'Union s'est fixé et qui sera concrétisée à travers deux instruments communautaires majeurs. Un Livre Vert[106], tout d'abord, fixe les objectifs à atteindre en matière de retour. Une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*[107] a, ensuite, été présentée par la Commission le 1er septembre 2005. Ces instruments visent la mise en place d'un réel statut de la sortie de l'étranger, via une harmonisation, non plus des *procédures* mais des *normes*. Cependant, en analysant de plus près ces instruments, nous ne pouvons que constater qu'ils envisagent la création d'un statut particulièrement sévère concernant la sortie des étrangers en situation irrégulière, notamment au regard du droit français (B).

A. La reconnaissance mutuelle : une harmonisation des procédures

Si la reconnaissance mutuelle permet une exécution effective des mesures d'éloignement sur le territoire de la Communauté, elle n'aboutit, cependant, qu'à une harmonisation des procédures, comparable à une mesure de coopération de police entre les Etats telle l'extradition. En effet, cette méthode permet de faire exécuter l'éloignement par un Etat membre, autre que celui qui a édicté la mesure d'éloignement.

La directive de 2001 a donc dû définir ce qu'elle entendait par la notion « mesure d'éloignement », définition particulièrement laconique (1), permettant différentes interprétations selon les États. Les garanties entourant cette procédure sont, de plus, particulièrement succinctes et insuffisantes, notamment au regard du droit français (2).

1. Une définition minimale des « mesures d'éloignement »

La directive distingue deux types de mesures qui se rapprochent des procédures françaises d'expulsion et de reconduite à la frontière. Elle souffrent cependant toutes deux d'un manque de précision évident dans leur contenu.

Concernant l'expulsion, tout d'abord, l'article 3§1 a) de la directive de 2001 indique que la mesure d'éloignement peut être fondée « *sur une menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationale* ». Or, cette notion n'est pas clairement définie par le droit communautaire. Il n'est donc pas certain que tous les États l'interprètent de façon identique. Une mesure d'éloignement prononcée par un État membre sera dès lors considérée comme légale et exécutée d'office par les autorités françaises, alors même que, dans une même situation, l'étranger concerné ne se serait pas vu opposer une telle mesure en France[108].

La même remarque peut être faite concernant la gravité de l'atteinte à l'ordre public, à la sécurité et à la sûreté nationale. La directive pose en effet deux hypothèses dans lesquelles une mesure d'éloignement peut être prononcée, dont celle selon laquelle la menace résulte d'une « *condamnation du ressortissant de pays tiers par l'État membre auteur pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an* »[109]. En droit français, cette assimilation entre condamnation pénale et menace pour l'ordre public n'est pas admise par le Conseil d'Etat, qui considère que « *les condamnations pénales commises par un étranger ne sauraient à elles seules justifier légalement une mesure d'expulsion* »[110]. Or, et face à cette définition générale, les États membres risquent d'aboutir à une acception large des hypothèses d'expulsion[111]. Là encore, le droit communautaire permet qu'une mesure semblable à l'extradition soit exécutée par les autorités françaises alors qu'elle se fonde uniquement sur l'existence d'une condamnation pénale.

Cette même logique peut être appliquée à la reconduite à la frontière. L'article 3§1 b) de la directive retient le cas où ce « *ressortissant fait l'objet d'une décision d'éloignement fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers* ». La définition française est quant à elle beaucoup plus précise dans la mesure où sont énoncés les cas de non-respect de la réglementation[112]. Or ces hypothèses ne seront pas forcément considérées comme

[107] Proposition de directive MEMO/05/288 du Parlement européen et du Conseil *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* présentée par la Commission le 1er septembre 2005.

[108] Il en va d'ailleurs de même pour la date de l'appréciation du caractère actuel de la menace considérée, qui peut varier d'un Etat à un autre.

[109] Article 3§1)a) alinéa 1 de la directive.

[110] CE, 25 janvier 1977, Ministre de l'Intérieur c/ Dridi, *Rec.* CE, p. 38

[111] C'est d'ailleurs déjà le cas, notamment en France : alors que l'expulsion ne concernait que les étrangers qualifiés d'espions, de terroristes ou de trafiquants de drogue (ancien article 26 de l'ordonnance de 1945 créé en 1981), elle s'étend aujourd'hui aux viols et « attitudes violentes et à l'asocialité » : CE, 23 décembre 1987, Tahraoui, rec. CE, p. 430.

entraînant une mesure d'éloignement dans un autre pays et l'éloignement pourra être exécuté alors qu'il se base sur une décision étrangère plus sévère.

Ces lacunes soulignent l'objet de la directive, qui n'est pas d'harmoniser les motifs d'expulsion mais de parvenir à une reconnaissance mutuelle pour une exécution la plus rapide et efficace possible. L'absence de références aux droits substantiels, et les faibles garanties entourant cette procédure, confirment cette approche.

2. La reconnaissance mutuelle des mesures d'éloignement : une procédure expéditive

Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, issu de la directive de 2001, a été intégré par la loi du 26 novembre 2003 *Relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*[113]. Une seconde reconduite d'office est dès lors instituée.

Un recours contre une décision de reconduite à la frontière basée sur ce fondement est néanmoins possible. Il est en effet prévu par la directive de 2001, mais de façon très succincte puisque ni son délai, ni sa nature ne sont précisés. Elle ne mentionne pas le sursis à exécution et ne consacre aucun droit particulier à l'étranger pour qu'il puisse se défendre quand une mesure d'éloignement est prononcée à son encontre. Cette absence de précision peut justifier le choix du législateur d'insérer un second paragraphe à l'article L531-3, relatif initialement à la seule reconduite Schengen, afin de voir appliquer à cette procédure le même régime contentieux. Or, et comme nous l'avons vu dans le cadre de la reconduite Schengen, une reconduite d'office retire les garanties traditionnellement accordées aux étrangers en instance d'éloignement, et, notamment l'effet suspensif.

Les droits substantiels de l'étranger, ressortissant d'Etat tiers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement fondée sur une mesure prononcée à son encontre dans un autre Etat membre, ne sont, de plus, qu'évoqués succinctement. Seuls l'article 3 alinéa 2 de la directive et le préambule, qui mentionnent, respectivement, le nécessaire respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et la CEDH (les articles 3 et 8 notamment), traitent de cette question.

Ces références correspondent, en droit français, aux garanties contre l'expulsion. L'article L 521-2 du Ceseda énumère en effet six catégories d'étrangers

[112] L'article L511-1 retient 8 cas précis dans lesquels l'autorité administrative compétente peut, par arrêté motivé, décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière.

[113] Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO du 27 novembre.

[114] Sous réserve que leurs comportements ne sont pas de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes.

protégés contre cette mesure[114]. Au niveau européen, en revanche, il n'existe aucune harmonisation relative à ces catégories d'étrangers protégés. Les seules références au respect des droits et libertés fondamentales et à la CEDH ne sont, en effet, pas suffisantes, et aucune disposition communautaire contraignante n'oblige à modifier les législations en ce sens. Nous pouvons dès lors nous interroger sur la réaction que doivent avoir les autorités françaises lorsqu'elles sont confrontées à un étranger protégé par le droit français mais qui est sous le coup d'une mesure d'éloignement de la part d'un autre État membre. Faut-il malgré tout procéder à son éloignement?

Ces différentes lacunes, issues de l'harmonisation minimale, illustrent bien les résistances des souverainetés et les disparités existantes dans les États membres concernant la sortie des étrangers: ils n'avaient donc pas une réelle volonté de former un statut commun de la sortie de l'étranger à cette époque.

Cette construction reste malgré tout un objectif que l'Union se donne, et auquel prend part la France. Elle n'est cependant pas sans induire un certain durcissement des normes nationales.

B. Vers une harmonisation sévère du régime juridique de l'éloignement

Le Livre Vert relatif à *une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier* de 2002 fixe comme objectif à l'UE de mettre en place des normes communes afin de parvenir à une véritable harmonisation des législations en e matière d'éloignement[115]. C'est sur cette base qu'une proposition de directive sera présentée par la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les *normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour* en 2005[116]. Ces instruments laissent présager un certain durcissement du régime juridique de l'éloignement en France, tant en ce qui concerne les mesures en elles-même (1), que la procédure contentieuse étant ouverte à leurs encontre(2).

1. Vers un durcissement des mesures d'éloignement

Le Livre Vert sur le retour des personnes en séjour irrégulier a pour principal objectif de lancer un débat sur la nécessité d'une politique commune en matière de retour des personnes en séjour irrégulier dans l'Union. Des règles communes doivent être instaurées pour « *l'expulsion, la rétention et l'éloignement* »[117] avec comme objectif de créer des procédures plus efficaces en prenant exemple sur les pratiques réputées « *les meilleures révélées dans les États membres* »[118].

[115] Livre vert , *op. cit.*, p. 12-19.
[116] *Op. Cit.*
[117] Livre Vert, *op. cit.*, p. 12.
[118] *Ibid*, p. 12.

Cet instrument ne propose, cependant, pas de règles réellement innovantes concernant les procédures d'éloignement. Il se contente, en effet, de rappeler les dispositions de la directive de 2001 en précisant que des motifs légaux d'expulsion plus détaillés pourraient être définis à un niveau communautaire. Il donne, à cet effet, quelques pistes : des « *motifs impérieux fondés sur l'existence d'un danger exceptionnel* » pouvant être insérés dans la liste des motifs d'expulsion. Cette disposition est une conséquence des attentats du 11 septembre 2001 et de la peur des États face au terrorisme. Les États membres sont dès lors encouragés à « *retenir d'autres raisons impérieuses comme, la menace à la sécurité nationale ou publique* »[119] pour éloigner des étrangers dangereux pour la nation. Ces dispositions ont directement influencé le législateur national, comme en témoigne l'article L521-3 du Ceseda[120], qui pose un nouveau motif d'expulsion : l'atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, les activités à caractère terroristes et les actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes.

Ce Livre Vert suggère, en outre, de nouvelles limites aux décisions d'éloignement. Des restrictions pourraient être aménagées quand l'étranger fait l'objet d'un éloignement pour motif grave, qui devrait faire « *l'objet d'une évaluation approfondie et être dûment motivé dans la décision d'expulsion* », en tenant compte de la situation individuelle de l'étranger « *au regard des droits de l'Homme et de la proportionnalité de la mesure* »[121], dispositions renvoyant principalement à la jurisprudence de la Cour EDH en matière d'éloignement.

Enfin, des exemples de mesures à insérer sont présentés, comme la protection « des ressortissants de pays tiers qui sont nés dans un État membre et n'ont jamais vécu dans le pays d'origine dont ils ont la nationalité »[122].

La proposition de directive présentée par la Commission le 1er septembre 2005, comporte, elle aussi, des dispositions plus sévères en matière d'éloignement des étrangers qu'en droit français. Elle est en effet censée s'appliquer « *aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, c'est-à-dire a) qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 de la convention d'application de l'accord de Schengen, ou b) dont le séjour sur le territoire d'un État membre est irrégulier pour d'autres raisons.* »[123]. L'article L511-1 du Ceseda énumère quant à lui neuf hypothèses dans lesquelles un étranger est susceptible d'être reconduit à la frontière, en plus des reconduites d'offices

[119] *Ibid*, p. 14.
[120] Acien article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, introduit par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *JO*, 27 novembre 2003.
[121] *Ibid*, p. 14-15.
[122] *Ibid*, p. 14.
[123] Article 2 alinéa 1 de la proposition de directive.

précédemment étudiées. Le droit français est beaucoup plus précis sur ce point, et, dès lors, plus protecteur. Cette harmonisation minimale, très vague, n'imposerait cependant pas une modification du droit français à cet égard. Elle permettrait cependant toute évolution dans un sens plus restrictif.

Ce même constat peut être fait concernant le statut des personnes en cours de renouvellement de titre de séjour et les personnes en cours de demande de titre de séjour. Les articles 7 et 8 de la proposition de directive précisent, en effet, que l'État membre « *s'abstient de prendre une décision de retour* » dans de telles situations. La directive laisse donc entendre que ces personnes peuvent être en séjour irrégulier, alors qu'en droit français, elles se voient normalement remettre un récépissé et sont donc en situation régulière.

Enfin, l'article 5 de cette proposition prévoit que les Etats « *tiennent dûment compte* » lors de sa transposition des relations familiales, de la durée du séjour, des liens familiaux, culturel, et sociaux dans le pays d'origine; l'article 6 alinéa 4 prévoit quant à lui qu'aucune décision de retour ne peut être prise si elle contrevient aux obligations découlant des droits fondamentaux, notamment de la CEDH, à l'éducation ou au regroupement familial. La Cour EDH[124] a, en effet, affirmé le principe que l'éloignement d'un étranger d'un pays où vivent des membres proches de sa famille peut porter atteinte à son droit à la vie familiale et constituer une violation dans son article 8, principe qui peut néanmoins s'effacer devant des nécessités de contrôle de l'ordre public[125]. En France, les catégories protégées contre la reconduite à la frontière et contre l'expulsion sont décrites aux articles L 521-2 et L 521-3 du Ceseda. Or, et du fait du manque de précision des textes communautaires, qui ne fixent aucune autre garantie minimale, un durcissement du droit interne est autorisé, voir légitimé. La dernière Loi de 2006 relative à l'immigration et à l'intégration en est un bon exemple puisqu'elle supprime la protection issue de la présence habituelle sur le territoire français.

Mais ce durcissement du droit français est surtout visible concernant la procédure contentieuse et le droit au recours ouvert à l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement.

2. Les recours contre les mesures d'éloignement : une harmonisation inachevée

Une droit à un recours de la décision d'éloignement est prévu par les textes communautaires. Le Livre Vert indique, en effet, que les personnes en séjour irrégulier doivent avoir des possibilités suffisantes d'introduire un recours devant un tribunal pendant la procédure de retour, et mentionne, à cet égard, l'article 6

[124] Cour EDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, *Op. Cit.*
[125] *Idem.*

de la CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, qui « *garantissent le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.* ». Il n'évoque, cependant, que la possibilité éventuelle de conférer un effet suspensif au recours introduit contre une mesure d'éloignement[126].

La proposition de directive de septembre 2005 rend compte de ces objectifs puisque son article 12 précise que les États doivent veiller à ce qu'un recours effectif soit disponible. Elle va même plus loin, et indique clairement que ce recours peut être suspensif ou, à défaut, peut conférer le droit de demander le sursis à exécution de la décision d'éloignement.

En France, en revanche, cette garantie est affirmée avec plus de certitude puisque le droit commun de l'éloignement connaît une procédure d'urgence, systématique et suspensive pour contester la légalité d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière devant la juridiction administrative[127].

En outre, la nouvelle loi de 2006 instituant une nouvelle « *obligation de quitter le territoire français* », semble avoir été directement influencée par cette proposition de directive qui dispose dans ses articles 6 et 7 que « *La décision de retour est rendue par décision ou acte distinct ou en même temps que la décision d'éloignement* ». La décision de retour et la décision d'éloignement peuvent donc être prises dans un seul et même acte, devant préciser le délai d'exécution et le pays de retour.

En effet, le nouvel article L511-1 I du Ceseda fusionne l'invitation à quitter le territoire, auparavant susceptible d'un recours gracieux et/ou hiérarchique, d'une part et d'un recours contentieux auprès du tribunal administratif d'autre part, et l'arrêté de reconduite à la frontière, mesure d'éloignement contraignante qui pouvait faire l'objet de la procédure d'urgence sus-mentionnée[128]. La nouvelle loi bouleverse totalement cette logique qui permettait une véritable prise en compte de la situation des personnes[129]. Dans trois hypothèses de départ[130], l'administration peut assortir sa décision de refus ou de retrait d'une obligation de quitter le territoire français; l'étranger disposant d'un délai d'un mois pour quitter le territoire volontairement. En revanche, passé ce délai, cette décision vaut mesure d'éloignement contraignante et c'est cette obligation de quitter le territoire qui fera l'objet du recours. Le délai pour l'introduire est cependant très bref, du fait

[126] Selon les termes du Live Vert « *On pourrait envisager de conférer un effet suspensif au recours introduit contre une mesure d'éloignement* ».
[127] Articles L512-2 à 5 du Ceseda ; cette protection est néanmoins exclue pour les hypothèses de reconduite d'office, étudiée ci-dessus, et de remise d'office, comme nous le verrons ci-après.
[128] Recours contentieux devant le tribunal administratif dans un délai de 48 heures s'il est notifié en main propre, et de 7 jours s'il est notifié par voie postale, ce recours étant suspensif de l'exécution de la reconduite.
[129] Quant à leur droit au séjour dans un premier temps, quant à leur souhait de repartir volontairement dans un second temps, et enfin, quant aux conséquences d'un retour forcé au regard du respect de leurs droits fondamentaux.
[130] Refus de délivrance d'un titre de séjour, refus de renouvellement et retrait d'un titre de séjour ou d'un récépissé de demande de titre de séjour ou d'une autorisation provisoire de séjour, sauf lorsque la mesure est motivée par une menace à l'ordre public.

de la fusion d'un délai de deux mois (contre le refus de séjour) et d'un délai de 7 jours (contre l'arrêté de reconduite à la frontière) en un délai unique d'un mois. Ce délai est vivement critiqué[131]; il ne laisse pas le temps aux étrangers d'organiser leur défense d'une part, et d'autre part, l'urgence n'étant pas caractérisée[132], rien ne justifie cette exception au délai de recours de droit commun de deux mois. En effet, et d'après l'article L 421-1 du code de justice administrative, la saisine du juge administratif doit avoir lieu dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision administrative individuelle que l'on veut contester.

Ce durcissement évident du droit français démontre une fois de plus les possibles dérives du droit national, autorisées par une harmonisation minimale trop imprécise.

Conclusion

Cette analyse des incidences du droit communautaire sur le régime juridique de l'éloignement des étrangers en droit français nous a permis de montrer les différents enchevêtrements et imbrications de règles nationales et supranationales, relatives au statut des personnes résidant sur le territoire communautaire.

Du fait de la première phase de communautarisation des politiques d'asile et d'immigration (de 1999 à 2004), durant laquelle la plupart des règles en la matière sont adoptées à l'unanimité, une importante masse juridique communautaire s'est constituée. Les Etats, peu enclins à se séparer de leur compétence, ont souhaité faire prévaloir pendant cette période leurs revendications sécuritaires. Les normes communautaires ont, dès lors, induit une emprise de plus en plus importante sur le statut de l'étranger. Or, l'éloignement est la concrétisation des attentes étatiques, à savoir une plus grande sécurisation de leur population, grâce à une politique de retour efficace des « indésirables ». Les dispositions mises en place en la matière sont donc plus restrictives que le droit interne existant, notamment français. Ce régime migratoire supranational émergent souffre, en effet, de négociations difficiles, les résistances manifestées par certains États ayant énormément influencé le contenu des actes.

Nous ne pouvons que regretter cette approche, reflétant une certaine fermeture de l'Europe sur elle-même, qui ne peut lui être, à terme, que préjudiciable, notamment dans un objectif de création d'une véritable identité européenne. Car un « *peuple qui renferme son droit, et notamment la partie qui est relative aux*

[131] Cimade, *Analyse du projet de loi relatif à l'immigration et à l'intégration*, 31 mai 2006, www.cimade.org; Uni(e)s contre une immigration jetable, *Analyse du projet de loi modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 3ème édition, 5 juin 2006, www.contreimmigrationjetable.org.

[132] En effet, l'obligation de quitter le territoire n'est exécutoire que dans un délai d'un mois.

[133] C. DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit*, éd. Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1844, p. 419.

étrangers, dans le cercle étroit de ses intérêts immédiats et matériels, se ferme à lui-même la route vers le progrès : car le droit d'un peuple est un des éléments les plus importants de sa civilisation »[133].

***