



HAL
open science

La disparition du troisième Pilier de l'Union européenne dans le projet de Constitution pour l'Europe

Sophie Perez

► **To cite this version:**

Sophie Perez. La disparition du troisième Pilier de l'Union européenne dans le projet de Constitution pour l'Europe. Perspectives internationales et européennes, 2006, 2. halshs-03279212

HAL Id: halshs-03279212

<https://shs.hal.science/halshs-03279212>

Submitted on 15 Jul 2021

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.

La disparition du troisième Pilier de l'Union européenne dans le projet de Constitution pour l'Europe

Sophie Perez

Maître de Conférences à l'Université de Nice Sophia Antipolis

Le projet de constitution a pour conséquence d'offrir un cadre juridique commun à l'Union européenne. Pour les matières qui, dans les Traités actuels se trouvent relever des deuxième et troisième pilier, cette nouveauté est un indéniable progrès. En effet, la construction en Pilier est le résultat d'un compromis entre la logique de l'intégration et le maintien de domaines réservés pour les États membres, désireux de sauvegarder leurs prérogatives pour les questions relevant de leur souveraineté. C'est l'insertion par le Traité de Maastricht des questions qui, en raison de leurs particularités (sécurité intérieure, politique étrangère, défense), étaient jusqu'alors considérées comme des compétences exclusives des États qui a justifié la construction de l'actuelle Europe des Piliers. Le premier, originaire, relevant du droit communautaire général et les deux autres obéissant à des procédures décisionnelles et des actes juridiques différents, s'apparentant d'avantage à de la coopération intergouvernementale¹. Pourtant, ce cloisonnement des compétences et des procédures ne tient pas compte du caractère transversal des différentes matières traitées. Il existe bien en effet une interdépendance entre les relations extérieures du premier pilier et la politique étrangère du deuxième, mais aussi bien sur entre la libre circulation des personnes du premier et la justice et les affaires intérieures du troisième. C'est la raison pour laquelle, les différentes révisions des traités depuis Maastricht ont eu tendance à atténuer le manque de rationalité de ces répartitions, compréhensibles au regard des réticences étatiques mais parfaitement artificielles. Pour le troisième Pilier, l'évolution la plus notable fut sa communautarisation partielle par le Traité d'Amsterdam. Cependant, l'objectif de l'actuel titre IV TCE (visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) et celui du titre VI TUE (coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal) relève bien du même objectif, c'est à dire la constitution d'un Espace de Liberté et de Justice (ELSJ) au sein de l'Union. Seul le type de normes et les procédures adoptées dans les deux piliers différent : d'ordre administratif dans le premier et d'ordre répressif dans le troisième. Présentée comme une avancée dans la mesure où elle devait permettre l'application de l'efficace méthode communautaire au lieu du *no man's land* juridique que fut le résultat de la « première version » du troisième pilier, cette communautarisation partielle ne pouvait avoir que des effets limités. Ainsi, elle permettra l'adoption d'actes obligatoires dans le troisième pilier, mais elle ne sera pas suffisante pour mettre véritablement en œuvre un droit pénal commun au sein de l'ELSJ, pas plus qu'elle ne parviendra à palier le manque d'efficacité de la coopération judiciaire dans l'Union malgré certains progrès comme l'élaboration du mandat d'arrêt européen².

¹ Pour un exposé exhaustif de l'enchevêtrement des procédures communautaires et de celles qui relèvent du droit international, dans le cadre de la JAI, voir, Marie Gautier, « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 35.

² Voir sur ce thème : O' Keeffe, *Recasting the third pillar*, *Common market law review*, 1995, 893. M. Lepoivre, *Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la CIG de 1996*, C.D.E., 1995, p. 324. J.P. Jacqué, *Affaires intérieures et justice quelques réflexions*, in *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne*, éd. C. Juglar, 1996, p.339. H. Labayle, *Rapport sur le troisième pilier*, in *Rapports du groupe français d'études pour la CIG* (sous la dir. de Ph. Manin), éd. Pedonne, 1996. D. Vignes, *Plaidoyer pour le troisième pilier*, RMCUE, 1996, p. 273. F. Dehousse, L. Van Den Hende, *Plaidoyer pour la réforme du troisième Pilier*, RMCUE, 1996, p. 714. H. Labayle, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *le Traité d'Amsterdam*, ouvrage précité, plus particulièrement p. 156 et s. Voir également, du même auteur, *La libre circulation des personnes, dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, AJDA 1997, p 923 et *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, *Revue Europe*, mars 1998, p 4.

Ainsi, le fait que dans le projet de Constitution un seul chapitre (chapitre IV, du titre III « espace de liberté de sécurité et de justice ») réunisse désormais les deux existants actuellement dans deux traités différents aurait pu être une avancée décisive. Malheureusement, il ne s'agit en réalité que d'une avancée limitée. En effet, pas plus que dans d'autres domaines, le projet de Traité constitutionnel ne bouleverse les équilibres actuels au sein de l'ELSJ car il ne confère pas de nouvelles compétences à l'Union et n'apporte aucun élément véritablement novateur. Ses dispositions doivent se lire davantage comme une confirmation et un approfondissement des changements effectués par le passé que comme une révolution³. En fait, les objectifs affichés par l'Union depuis le traité d'Amsterdam se retrouvent simplement dans un titre commun, celui du Chap. VI de la partie III, au lieu de figurer dans les articles 29 TUE et 61 TCE comme c'est le cas à l'heure actuelle. La description faite de la nature des compétences de l'Union est simplement plus précise, puisque l'article I-14 décrit l'Espace comme une compétence partagée c'est-à-dire un domaine dans lequel l'Union pourra adopter des mesures d'harmonisation législative et pour lesquels les États membres demeurent compétents tant que l'Union n'est pas intervenue. Cependant, la lecture de ces dispositions générales doit se faire en parallèle avec les nombreuses dérogations visant, au nom de la flexibilité, à garantir aux États membres un certain nombre de domaines réservés.

De ce fait, la simplification du cadre juridique ne pouvait signifier la communautarisation de l'ensemble des matières visées par l'actuel titre IV TUE, pas plus que l'abandon de certaines procédures dérogatoires du droit communautaire général actuellement en vigueur dans le premier et le troisième pilier. Pour les matières qui relèvent du troisième pilier, on retrouve donc à peu près la même différenciation que dans les traités actuels : les procédures décisionnelles varieront en fonction de l'action envisagée et les procédures intergouvernementales (exigence de l'unanimité par exemple) n'ont pas disparues. Il s'agit en fait d'une nouvelle façon de concilier les méthodes communautaires avec les mécanismes de coopération, particulièrement dans les cas où une collaboration opérationnelle au niveau de l'Union sera nécessaire. Seul le vocabulaire a changé. Par exemple, la mise en œuvre de tâches "législatives" ou de tâches "opérationnelles" de l'Union ne se fera pas de la même façon. Cette expression des rapporteurs de la Convention respecte en réalité l'ancienne frontière entre communautarisation et coopération intergouvernementale : ce qui relève de la législation au sens où l'ont entendu les rapporteurs (instruments juridiques; procédures législatives) sera aligné, dans une large mesure, sur les procédures générales du droit communautaire mais la collaboration opérationnelle des États en matière pénale sera toujours gouvernée par des procédures similaires à celles qui existent aujourd'hui. De même, toutes les institutions de l'Union européennes n'interviendront pas de la même façon selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre domaine, comme cela se passe à l'heure actuelle. L'exercice des compétences selon la « méthode communautaire » (le monopole de l'initiative de la Commission, la décision à la majorité qualifiée au sein du Conseil, la codécision entre ce dernier et le Parlement, et le contrôle de la Cour de justice) souffre en effet de nombreuses exceptions dans le Chapitre IV. De plus, les positions dérogatoires du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark ne sont en rien affectées par le projet.

Ainsi, les changements s'inscrivent bel et bien dans la continuité et malgré un socle commun et l'on peut se demander si l'efficacité de l'Union sera nécessairement améliorée du fait de la disparition du troisième pilier, tant les progrès réalisés paraissent relatifs.

³ Voir, P. Magnette, « La constitutionnalisation des traités européens, Forces et limites de la méthode conventionnelle. », in *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne* (ss la coordination de O. De Schutter et P. Nihoul, Ouvrage publié à l'occasion du 10e anniversaire du JTDE, De Boeck et Larcier, Bruxelles 2004, p. 50 et s.

I. Disparition du troisième pilier et attribution des compétences de l'Union : un compromis difficile entre la volonté d'unification et les exigences de la flexibilité

L'article III-257, section I du Chap. IV, reprend en les renforçant, les thèmes déjà abordés par les traités actuels, conformément à cette volonté d'unification de leur cadre juridique. Il précise que l'Espace est fondé sur « le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». On peut rapprocher ces dispositions du premier article de la partie I qui indique que la Constitution procède à la fois de la volonté des citoyens et de celle des États, posant le principe de la double légitimité de l'Union, à la fois Union des citoyens mais aussi (et surtout) des États membres qui continuent à attribuer les compétences dévolues à l'Union.

L'article I-11 du projet de Constitution précise en outre que « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union ». En vertu de ce principe, l'Union agit dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans la Constitution pour atteindre les objectifs qu'elle établit. Toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient donc aux États membres.

1. Une tentative de clarification et d'approfondissement des compétences dans un cadre juridique unifié

Sans pour autant ajouter des domaines supplémentaires de compétence pour la création de l'ELSJ, le projet procède à quelques approfondissements, notamment pour la liberté de circulation, en consacrant par exemple le principe d'une « politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres », alors que le droit actuellement applicable, (l'article 63 § 1 et § 2 TCE) ne prescrit que l'adoption de règles minimales. L'article III-266 qui le remplace prévoit donc la mise en place d'un système européen d'asile, comprenant un statut uniforme d'asile et de protection subsidiaire et un système commun de protection temporaire. Par ailleurs, une base juridique spécifique est introduite pour permettre à l'Union européenne de coopérer avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire.

L'article III-267 précise dans son paragraphe 1^{er} le contenu de la politique commune d'immigration qui comprendra trois volets : une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans les États membres, et une lutte renforcée contre l'immigration illégale. Au paragraphe 2, une base juridique spécifique est introduite en matière de lutte contre la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants⁴.

L'étendue de la compétence de l'Union en ce qui concerne la coopération judiciaire dans le domaine pénal, est assez strictement encadrée. Deux conditions alternatives ont en effet été retenues par l'article III-271. L'Union sera compétente lorsque l'infraction sera à la fois particulièrement grave et qu'elle aura une dimension transfrontière (résultant de son caractère, de ses incidences ou d'un besoin particulier de la combattre sur des bases communes), soit lorsque le rapprochement des législations s'avère indispensable pour assurer la mise en oeuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation. Les infractions répondant au premier critère sont répertoriées dans une liste contenue dans cet article, qui n'est pas exhaustive puisque le Conseil peut l'élargir par une décision prise à l'unanimité sous réserve de l'accord du Parlement européen.

⁴ Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur, 2004, p.203.

Le deuxième critère correspond à une revendication ancienne de la Commission qui a donné lieu à des conflits avec le Conseil à propos des bases juridiques de certaines initiatives, notamment en matière de protection de l'environnement par le droit pénal⁵.

Enfin, en ce qui concerne la lutte contre la fraude, la Constitution conserve dans son article III-415 le libellé de l'article 280 du traité CE. Cependant, il supprime la dernière partie du paragraphe 4 qui disposait que « les mesures contre la fraude et la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres ». Ce changement devrait permettre à l'Union de se doter des instruments juridiques en matière pénale nécessaires pour protéger ses intérêts financiers, mais il faut lire ces dispositions en tenant compte de l'article III-274 qui limite considérablement la possibilité pour l'Union de se doter d'un parquet européen compétent pour la lutte contre la fraude aux intérêts financiers des Communautés en subordonnant cette création à une décision prise à l'unanimité.

Ces extensions relatives des compétences n'ont pas eu non plus pour conséquence la suppression du domaine réservé des États.

2. Une confirmation et un approfondissement des domaines réservés aux États membres

Tout d'abord, l'article III-262 pose le principe, déjà contenu dans les traités actuels à l'article 33 TUE, selon lequel le chapitre IV ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.

Mais les articles qui fondent une compétence approfondie de l'Union contiennent eux aussi des articles dérogatoires ou faisant référence à des protocoles ayant pour effet de la restreindre. Ainsi, l'article III-267 déjà cité, fait référence à une déclaration annexée à la Constitution qui précise que, au cas où un projet de loi ou de loi-cadre européenne, fondée sur le paragraphe 2 de cet article, porterait atteinte aux aspects fondamentaux du système de sécurité sociale d'un État membre, notamment pour ce qui est du champ d'application, du coût ou de la structure financière, ou en affecterait l'équilibre financier, les intérêts de l'État devront être dûment pris en considération. D'autres dispositions permettent également aux États membres de déroger aux dispositions générales en matière d'immigration. Au paragraphe 3 de l'article III-267, une base juridique spécifique a été introduite pour permettre à l'Union de conclure avec des pays tiers des accords de réadmission. Ces accords étaient déjà possibles sur la base de l'article 63 § 3 TCE, certains ayant déjà été conclus. L'article III-257 § 4 permet également à l'Union d'intervenir pour des mesures visant à l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur le territoire des États membres. Cependant, ses compétences pour ces deux points seront limitées à des actions d'encouragement et d'appui, toute mesure d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres étant expressément exclue. Enfin, dans le même article, il est précisé que le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers à la recherche d'un emploi salarié ou non salarié n'était pas affecté.

D'autres articles font des références explicites à des domaines réservés des États membres. Par exemple, l'article III 265 - 3, indique que la compétence de ces derniers concernant la délimitation géographique de leurs frontières, conformément au droit international demeure entière. Le protocole n° 21 sur les relations extérieures des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures prévoit également que « les dispositions sur les mesures relatives au franchissement des frontières extérieures prévues à l'article II-265,

⁵ Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur, 2004, p.204-205. Voir également, l'argumentation développée par la Commission dans CJCE, 27 octobre 1992, Allemagne/Commission aff.C-240/90, Rec. p. I-5383.

paragraphe 2 point b) de la Constitution ne préjugent pas de la compétence des États membres de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers, pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union et les autres accords internationaux pertinents », et une déclaration annexée à l'acte final (déclaration n° 25) vient confirmer la compétence générale des États membres en matière de conclusion d'accords internationaux (pour autant qu'ils soient conformes au droit de l'Union).

Même limitation générale ce qui concerne les opérations menées par ces derniers pour la sauvegarde de leur sécurité intérieure. Ainsi, demeure la réserve de l'article III-377, qui reprend les limitations actuelles de l'article 68-2 TCE et 35-5 TUE, prévoyant tous deux que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur « *les mesures relevant d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre pour le maintien de l'ordre public, et la sauvegarde de sécurité intérieure, lorsque ces actes relèvent du droit interne* ». Pourtant, conformément au nouveau cadre juridique, le contrôle des actes pris par l'Union au sein de l'Espace devrait être assuré par la Cour de justice, (dont les compétences ne seront plus limitées comme à l'heure actuelle à des questions préjudicielles dans le premier et troisième pilier (qui permet aussi des recours accessibles aux États et à la Commission pour contrôler la légalité des décisions et des décisions cadres). Il s'agit là de réserves « naturelles », déjà utilisées largement dans les traités actuels et dans le projet de constitution pour l'ELSJ et que l'on retrouve dans le projet de façon récurrente⁶.

Il faut encore ajouter à ces dérogations de droit commun, les dérogations spécifiques dont bénéficient certains États dans les traités actuels et dont ils continueront à bénéficier si la Constitution entre en vigueur. Celles-ci ont été en effet reconduites à l'identique, simplement adaptées au nouveau cadre juridique, en application des protocoles annexés à la Constitution. Ainsi, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark bénéficieront de situations dérogatoires tout comme c'est le cas aujourd'hui dans les traités CE et UE. Les protocoles relatifs à l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union, ainsi que ceux fixant des régimes spéciaux resteront donc applicables⁷.

Ces trois États, farouches opposants du processus Schengen et de la communautarisation lors des négociations du traité de Maastricht avaient en effet défendu des conceptions un peu différentes lors des négociations du traité d'Amsterdam.

Le Danemark, qui a finalement décidé d'adhérer (en 1996) à Schengen s'est opposé à sa communautarisation par une clause d'*opt-out*. À ce jour, il ne participe donc pas aux décisions

⁶ L'article III-256 en matière d'énergie fait en effet référence à La déclaration n° 22 annexée à la Constitution qui précise que cet article n'affecte pas le droit des États membres de prendre les dispositions nécessaires afin d'assurer leur approvisionnement énergétique dans les conditions prévues par l'article III-131, c'est-à-dire en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face à des engagements contractés en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale.

⁷ Pour une analyse particulièrement exhaustive de ces protocoles dans les Traités actuels, voir S. Marciali, La Flexibilité du droit de l'Union européenne, Thèse en droit de l'Université de Nice-Sophia Antipolis sous la direction de J. Rideau, 20 décembre 2002, spécialement pp. 372-424. Également H. Labayle, la libre circulation des personnes dans l'Union européenne de Schengen à Amsterdam, AJDA déc. 1997, p. 932. ainsi que Instruments et procédures de l'ELSJ : quelques réflexions critiques, Europe, janvier 2003, pp.3-8. V. K. Hailbronner et C. Thiery, Schengen II and Dublin : responsibility for asylum application in Europe, Common Market Law review, 1997, p. 957. B. Van Simaey, J-Y Carlier, le nouvel espace de liberté de sécurité et de justice, in Le traité d'Amsterdam, espoir et déceptions, Collection de l'Institut d'études européennes, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 227-291. F. Tuytschaever, Differentiation in European Union Law, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 80. A. G. Toth, The legal effects of the Protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in T. Heukels, N. Blokker, M. Brus (dir.), The European Union after Amsterdam, A legal analysis, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 227-252. Y. Gautier, "Le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne", Revue Europe, août-septembre 1998, pp. 4-6. E. Briobasia, Différenciation et avant-garde au sein de l'Union européenne, bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam, CDE 2000, n°5-6, pp. 59-115.

prises dans le cadre du titre IV CE, sauf en ce qui concerne la politique des visas. Il se réserve cependant la possibilité d'adhérer à certaines des décisions prises, dans un délai de six mois suivant leur adoption. Mais même dans cette hypothèse, son ralliement aux textes adoptés s'effectuera non dans le cadre communautaire, mais par l'incorporation de ces dispositions dans son ordre juridique interne, c'est à dire comme s'il s'agissait de normes de droit international. La situation de l'Irlande et de la Grande-Bretagne traduit une opposition encore plus radicale. En effet, les deux Etats se sont dégagés grâce aux différents protocoles les concernant de toutes les dispositions concernant la suppression des contrôles aux frontières intérieures⁸. Comme le Danemark, mais selon des modalités un peu différentes, ces deux Etats peuvent cependant "notifier par écrit au président du Conseil, dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative en application du titre IV CE, son souhait de participer à l'adoption et à l'application de la mesure proposée, à la suite de quoi cet Etat y est habilité"⁹.

Enfin, l'Irlande comme le Danemark se réservent la possibilité de renoncer à tout ou partie du protocole, tandis que la Grande-Bretagne ne l'envisage pas.

La Convention n'ayant pas examiné ces protocoles, la Conférence intergouvernementale s'est chargée de les adapter au nouveau cadre constitutionnel. Loin d'atténuer les effets des dérogations, celles-ci ont été intégralement maintenues et même étendues. Ainsi, le champ d'application du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande au sujet des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à l'égard de la coopération judiciaire en matière civile concernera également la coopération policière, en ce qui concerne les mesures portant sur la collecte, le stockage, le traitement, l'analyse et l'échange des informations entre les autorités nationales compétentes.

En ce qui concerne le protocole sur la position du Danemark, « l'opt-out » a été maintenu, mais dans la mesure où la méthode communautaire classique fait l'objet d'une extension, à certains domaines de la coopération judiciaire pénale et de la coopération policière, les dispositions du protocole ont été étendues à ces domaines. Cependant afin d'« encourager » le Danemark à renoncer à l'opt-out, une annexe a été établie avec un régime intermédiaire entre le opt-out et l'application intégrale du droit de l'Union permettant à cet État de choisir l'application d'un système d'opt-in calqué sur le régime applicable au Royaume-Uni et à l'Irlande¹⁰.

Ces nombreuses restrictions auront bien évidemment une incidence sur l'effectivité et l'efficacité de l'action communautaire dans cet Espace qui n'est décidément pas commun à tous les États et dans lequel le poids de leurs intérêts particuliers demeure un vecteur inquiétant de paralysie.

II. Disparition du troisième pilier et exercice des compétences de l'Union au sein de L'ESLJ : un compromis difficile entre les exigences de démocratie et les impératifs d'efficacité

Les compétences exercées par l'Union au sein de l'ESLJ seront tout d'abord encadrées par un certain nombre d'exigences d'ordre général qui entourent les actions de l'Union, quelque soit le domaine dans lesquels elles sont exercées. Il s'agira tout d'abord d'une exigence de conformité aux valeurs et aux principes mentionnés aux articles I-2 et I-3, consacrés aux objectifs de l'Union. Parmi les objectifs figure, comme c'est le cas à l'heure actuelle celui

⁸Protocole sur l'application de certains aspects de l'article 7 A du traité instituant la Communauté européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande. Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

⁹Article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

¹⁰ Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur, 2004, p.186.

d'offrir aux citoyens « un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures ». Parmi les principes, certains sont issus de l'actuel article 6 TUE et des articles 12 et 13 du TCE comme l'interdiction des discriminations, certains sont nouveaux tels que : les droits des personnes appartenant à des minorités, le pluralisme, la tolérance, la justice, la solidarité.

De même, l'article I-5-1. précise que « L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. »

Ce principe de respect des fonctions essentielles de l'État figure déjà à l'article 33 du TUE, mais le maintien de l'intégrité territoriale a été ajouté et il est à l'origine de quelques-unes des dérogations aux procédures de droit commun contenues dans le Chap. IV.

En ce qui concerne les droits de l'homme, l'article I-9 indique que l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II. Ces droits tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Enfin, l'article I-10 mentionne le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres parmi les droits attachés à la citoyenneté.

Plus spécifiquement, l'article III-257 précise que l'ELSJ est fondé sur « le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». Les mots « Liberté, sécurité et justice » sont dotés d'un contenant plus explicite et donnent indéniablement une orientation plus politique de l'Union, rendu possible par la disparition de cette architecture hybride. Il consacre également le principe d'une « politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres ». Il inscrit, enfin, dans la Constitution, le principe de « reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires », qui avait été érigé comme la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire, tant en matière pénale, qu'en matière civile, par le Conseil européen de Tampere, d'octobre 1999, même s'il s'agit surtout de l'officialisation d'un principe qui étaient depuis le début des années 2000 consacré dans la législation communautaire et par la Cour de justice¹¹.

Enfin, l'exercice des compétences dans le Chapitre IV est également subordonné au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. L'article I-11 précise en effet que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Mais les institutions de l'Union appliquent aussi le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité et les parlements nationaux veillent au respect de ce principe conformément à la procédure prévue dans ce protocole. Si ce principe n'est pas nouveau, la référence au protocole et au contrôle des parlements nationaux l'est, de même que l'importance de la prise en compte du niveau régional et local pour justifier l'action de l'Union¹².

¹¹ Voir, Décision cadre du 13 juin 2002 relative au Mandat d'arrêt européen, J.O.U.E. L 190, p. 1, voir également CJCE, 11 février 2003, Gözütok et Brügge, aff. Jointes 187/01 et 385/01, Rec, p. I-1345.

¹² Voir, H. Bribosia, Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la constitution européenne, Revue du Droit de L'Union européenne, 1/2005, pp. 25-52.

1. Une base juridique unique, mais des procédures toujours différenciées selon les domaines d'action

Dans le projet de traité constitutionnel, l'unité de la base juridique des actes est assurée par l'article III-158 du projet qui, sous réserve du respect des droits fondamentaux déjà évoqué, permet à l'Union de réaliser l'ensemble des objectifs de l'espace. Cette unité concerne l'ensemble des compétences de l'Union, c'est à dire, les politiques liées aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, à la coopération judiciaire en matière civile, la coopération judiciaire en matière pénale, ainsi qu'une coopération administrative transversale pour l'ensemble de ces domaines¹³. Il s'agit d'une conséquence directe de la suppression des piliers mais aussi d'une réponse aux critiques formulées à l'encontre des difficultés que la division en Pilier peut, et a déjà entraîné quant au choix de la base juridique des actes.

L'unification des actes et de leur base juridique

La panoplie d'actes actuellement utilisés dans le troisième pilier (positions communes, décisions, décisions-cadres, conventions) disparaît donc pour être remplacée par des lois et des lois-cadres adoptées par le biais de la procédure législative ordinaire (co-législation du Parlement et du Conseil des ministres et contrôle de la Cour de justice), et sous le contrôle de la Cour de justice. La principale nouveauté réside donc dans la possibilité d'adopter des actes législatifs ordinaires, au lieu d'actes obligatoires spécifiques au troisième pilier. Ces décisions et décisions cadres ont pourtant été adoptées en grand nombre depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et ont permis une amélioration notable de la coopération judiciaire dans le domaine pénal¹⁴. Mais loués au départ pour leur efficacité, ils se sont parfois révélés peu fiables, tout d'abord parce que la prise de décision à l'unanimité a eu pour effet de ralentir considérablement leur élaboration, mais surtout parce que ce mode d'adoption a parfois conduit à un appauvrissement des textes. Ainsi, ce qui apparaissait comme une évolution majeure du troisième Pilier n'aurait abouti qu'à une harmonisation « à droit constant » (les Etats membres parviennent à adopter un texte qui ne les obligera à aucune modification de leur législation) ou « en trompe-l'œil » (le texte comporte de multiples dérogations ou options). Certains ont même évoqué un droit mou, presque virtuel, où l'affichage politique l'emporte souvent sur l'énoncé d'un contenu normatif¹⁵.

L'efficacité de ces instruments est également en cause. L'absence d'effet direct des décisions cadres et des décisions diminue en effet considérablement leur effectivité, compte tenu du fait

¹³ Voir B. Nascimbene, *L'Espace de Liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne*, in « Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne, sous la direction de Lucia Serena Rossi, Bruylant, 2004, p. 277.

¹⁴ Voir, décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'Euro (JO L 140, p. 1), modifiée par la décision-cadre 2001/888/JAI, du 6 décembre 2001 (JO L 329, p. 3) ; la décision-cadre du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (JO L 149, p. 1) ; la décision-cadre du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JO L 182, p. 1). La lutte pénale contre le terrorisme a fait également l'objet de la décision-cadre du 13 juin 2002 (JO L 164, p. 3), et la lutte contre la traite des êtres humains celui de la décision-cadre 2002/629/JAI, du 19 juillet 2002 (JO L 203, p. 1). Par ailleurs, la protection des victimes dans les cas d'immigration illégale est abordée dans la décision-cadre 2002/946/JAI, du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. La décision-cadre 2003/568/JAI, du 22 juillet 2003 harmonise les législations nationales afin de d'incriminer la corruption dans le secteur privé (JO L 192, p. 54). Enfin, la défense pénale face aux attaques visant les systèmes d'information est régie par la décision-cadre 2005/222/JAI du 24 février 2005 (JO L 69, p. 67).

¹⁵ Assemblée Nationale, *Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, Rapport d'information du 13 juillet 2004, n°1730, sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne* (COM [2004] 334 final/E 2587 p. 1, déposé par M. Christian Philip, Député.

que les transpositions tardives ou incomplètes ne peuvent être véritablement sanctionnées. La difficile transposition du mandat d'arrêt européen illustre cette faiblesse¹⁶.

De même, l'antagonisme entre le pouvoir des États membres dans le troisième pilier, et celui de la Commission dans le premier a été accentué par la faiblesse de la frontière existant entre incrimination et sanction. À l'heure actuelle en effet, la Communauté est compétente pour imposer aux États membres d'incriminer certains comportements dans les matières relevant du premier pilier, mais les sanctions de ces comportements ne peuvent être prises que dans le cadre du troisième pilier. Il est possible que la Communauté élabore des directives impliquant des sanctions pénales de la part des États membres dans domaines relevant de sa compétence¹⁷, mais l'adoption de sanctions pénales relève du troisième pilier, sous la responsabilité du Conseil et doivent être adoptées sur la base de l'article 34 TUE. Cependant, l'adoption d'une décision cadre implique que l'acte sera insusceptible d'effet direct et qu'il ne pourra pas faire l'objet d'un recours en manquement prévu à l'article 226 CE en cas de mauvaise ou d'absence de transposition. Ces considérations expliquent que la Commission ait souvent tendance depuis quelques années à fonder les incriminations pénales sur le premier pilier (article 175 TCE) parce qu'elle constitue une action communautaire. Sensible à ses arguments, la Cour de justice semble également considérer que la compétence communautaire puisse fonder la possibilité d'imposer aux États membres une harmonisation pénale dans certains domaines¹⁸. Ainsi, par exemple, en matière d'environnement, elle a jugé que la Communauté disposait d'un pouvoir de sanction qui l'habilite à harmoniser les réglementations nationales et que «*compte tenu du renforcement constant des compétences communautaires en matière de protection de l'environnement*», il convenait de «*reconnaître à la Communauté la faculté d'exiger des États membres une réponse pénale sanctionnant certains comportements nocifs pour la planète*»¹⁹. Ainsi, l'avancée que constitue l'unification des actes et de leur base juridique dans le projet de Constitution, doit être relativisé, mais à priori, la suppression des Piliers et par conséquent celle des décisions et les décisions cadres évitera à l'avenir ce genre de conflit. Elle aura également pour effet de supprimer les conventions troisième pilier qui sont restées le plus souvent lettre morte faute de ratification par les États membres²⁰.

Le maintien de procédures différenciées

Logiquement, l'unification des actes aurait du aboutir à l'unification de leur procédure d'adoption. Une lecture rapide du projet de constitution semble donner raison à cette version : la procédure législative ordinaire, où la Commission européenne dispose du monopole de l'initiative et où le Conseil statue à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement

¹⁶ Voir, I. Jégouzo, *Le mandat d'arrêt européen : premier pas d'un espace judiciaire européen en matière pénale*, RAE –L.EA, 2003-2004/3, P ; 247.

¹⁷ CJCE, Commission/Grèce, 21 septembre 1989, aff. 68/88, rec. p.2965, que l'État membre en cause a manqué à ses obligations, entre autres, pour ne pas avoir engagé de procédures pénales ou disciplinaires contre les personnes qui ont participé à la réalisation ou qui ont couvert certaines opérations qui ont permis d'échapper au paiement des prélèvements agricoles dus sur certains lots de maïs importés d'un pays tiers en mai 1986.

¹⁸ CJCE, 27 octobre 1992, Allemagne/Commission aff.C-240/90, Rec. p. I-5383. Dans cet arrêt, la Cour se fondant sur une jurisprudence antérieure, habilite la Communauté, dans le domaine de ses attributions, (en l'occurrence, il s'agissait de politique agricole commune), à édicter des sanctions applicables par les autorités nationales à l'encontre des opérateurs économiques qui se sont rendus coupables de fraude (points 11 à 13). Même solution dans un arrêt du 13-09-2005, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne C-176/03. Voir également, les Conclusions de l'avocat Général Damasco Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 26 mai 2005 dans la même affaire.

¹⁹ CJCE, 13-09-2005, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-176/03, nep.

²⁰ Sur vingt-deux conventions et protocoles, six seulement sont entrés en vigueur, avec un délai moyen de ratification d'environ quatre à cinq ans. Cet instrument est supprimé dans la Constitution mais il n'est plus utilisé de toute façon.

européen, semble en effet d'application dans le Chapitre IV. Mais nous verrons que cette procédure touche essentiellement des domaines relevant de l'actuel premier pilier (visas, asile, immigration) et non de la coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal. Ainsi, dès l'article III-264, on peut constater que le droit d'initiative au sein de l'Espace reste partagé entre la Commission et les États membres pour les textes relatifs à la coopération policière et à la coopération judiciaire en matière pénale. Toutefois, alors que, actuellement, chaque État membre peut proposer une initiative, cet article introduit un seuil d'un quart des États membres. L'origine de l'initiative entraînera aussi des conséquences sur les règles de vote au sein du Conseil : Lorsque le Conseil ne statuera pas sur proposition de la Commission, la majorité qualifiée sera fixée à au moins 72 % des États membres représentant au moins 65 % de la population, lorsqu'il s'agira d'adopter une proposition de la Commission européenne, la majorité qualifiée sera constituée par 55 % des États membres représentant au moins 65 % de la population de l'Union. Outre le fait que cette modification ne simplifie guère une procédure déjà complexe, il se peut aussi qu'elle aboutisse à une diminution du nombre des initiatives de la part des États membres.

L'extension de la procédure législative ordinaire pour les domaines couverts par l'actuel chapitre IV TCE

Les domaines actuellement couverts par le premier pilier ont assez largement bénéficié de l'unification des procédures. Les articles III-265 et III-266 constitueront donc une base juridique générale permettant l'adoption d'un acte par le Conseil statuant à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen et sur proposition de la Commission, pour toute mesure nécessaire pour l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures, ainsi que pour les questions touchant au droit d'Asile. L'article III-265 reprend les dispositions de l'article 62 TCE, relatives à la libre circulation des personnes en regroupant, en particulier, les dispositions relatives aux visas, qui étaient auparavant scindées pour tenir compte de leurs différentes modalités d'adoption. Alors que ces mesures ne relèvent actuellement que partiellement de la procédure de codécision, cet article prévoit qu'elles relèvent désormais en totalité de la procédure législative ordinaire, où le Conseil statue à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen. En outre, la Commission européenne ne sera plus tenue d'examiner toute demande d'un État membre et l'étendue du contrôle de la Cour de justice ne sera plus limitée.

En ce qui concerne l'objectif de l'élaboration d'un système intégré de gestion des frontières extérieures, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'une complète nouveauté. En effet, cet objectif a déjà été fixé par le Conseil européen de Séville, les 21 et 22 juin 2002. À la suite de ce Conseil européen et de celui de Thessalonique, des 19 et 20 juin 2003, la Commission européenne a d'ailleurs proposé la création d'une agence européenne chargée de la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, sur la base de l'article 66 TCE. De plus, pour ces matières, le Conseil statue, depuis le 1er mai 2004, à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen en vertu de l'article 67 du traité instituant la Communauté européenne et du protocole relatif à cet article annexé au traité de Nice²¹.

La politique commune d'immigration prévue à l'article III-267 est elle aussi soumise au même régime de droit commun ce qui constitue une avancée par rapport au droit actuel. Pour cette matière en effet, le Conseil statue aujourd'hui à l'unanimité et le Parlement européen est simplement consulté. L'article 67 § 2-2 TCE et la déclaration n° 5 relative à cet article est cependant applicable à ce domaine, mais contrairement à ce qui se passe pour le franchissement des frontières, il n'a pas fait l'objet d'une décision du Conseil. De même, la

²¹ Voir F-X Priollaud, D. Siritzky, La Constitution européenne, Textes et Commentaires, La Documentation Française, Paris, 2005, p. 289.

Commission européenne ne sera plus tenue d'examiner toute les demandes d'un État membre et le contrôle de la Cour de justice ne sera plus limité.

Enfin, l'article III-269 maintient, comme c'est le cas à l'heure actuelle, une procédure différente pour les mesures relatives au droit de la famille qui restent soumises à l'unanimité au sein du Conseil et à la consultation du Parlement européen. Le système dérogatoire est néanmoins un peu assoupli : l'article prévoit la possibilité de passer à la règle de la majorité qualifiée au sein du Conseil avec la codécision du Parlement européen pour certains aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière, par une décision du Conseil prise à l'unanimité sur proposition de la Commission.

On le voit, pour ces questions, les pouvoirs de l'Union n'ont pas fondamentalement évolué par rapport aux Traités actuels.

La persistance de procédures dérogatoires pour la coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal

On peut déplorer avoir à formuler les mêmes remarques en ce qui concerne la coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal, dans la mesure où l'Union aurait pu accroître son efficacité si ces questions avaient pu bénéficier de la procédure législative ordinaire, nonobstant les dérogations de compétence précédemment évoquées.

Tout d'abord, l'ancienne distinction entre les matières relevant du premier pilier et celles relevant du troisième perdure. Nous l'avons vu, seul le cadre juridique et le vocabulaire change. Il y aura désormais « les dispositions relatives à l'exercice des compétences opérationnelles entre les autorités nationales et celles relatives aux interventions sur le territoire d'un autre État membre ». Schématiquement, les premières obéiront à la procédure ordinaire, alors que les autres resteront soumises à la règle de l'unanimité²². Mais il est vrai cependant que pour certaines matières relevant de la coopération judiciaire en matière pénale, la procédure ordinaire sera applicable à certaines conditions, ce qui aura pour effet d'accroître la complexité de la prise de décision. Alors que l'Union souffre d'un déficit particulier dans ce domaine et que seule une harmonisation pénale suffisante pourra fonder un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice, la prise de décision en la matière est strictement conditionnée. Tout d'abord, elle doit être destinée à faciliter la reconnaissance mutuelle, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière. De plus, elle doit tenir compte des différences entre les traditions et les systèmes juridiques des États membres. Par ailleurs, il s'agit bien, comme c'est le cas aujourd'hui, de fixer des règles minimales, ce qui n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes. Si toutes ces conditions sont remplies, le recours à des lois-cadres selon la procédure ordinaire est alors possible mais seuls trois domaines sont mentionnés : l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres, les droits des personnes dans la procédure pénale et les droits des victimes de la criminalité. Si l'Union désire augmenter sa capacité d'action, une « clause passerelle » a été introduite qui prévoit que d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale pourront être ajoutés à ces domaines par une décision du Conseil prise à l'unanimité

²² Article III-271 -1. La loi-cadre européenne peut établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines de criminalité sont les suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision européenne identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

après approbation du Parlement européen...c'est-à-dire au moyen de la très classique procédure intergouvernementale.

Bien que ces changements soient d'une ampleur plus que modérée, ils ont été contesté par certains Etats membres, le Royaume-Uni en particulier, lors de la Conférence intergouvernementale. Il a donc été finalement décidé, à titre de compromis, d'assortir ce passage à la majorité qualifiée d'un mécanisme de « frein » et d'« accélérateur » en matière de rapprochement des législations pénales.

La procédure « frein » ou «emergency brake» prévoit que, lorsqu'un État membre estime qu'un projet de loi ou de loi-cadre porte atteinte aux aspects fondamentaux de son système judiciaire pénal, il peut saisir le Conseil européen afin d'interrompre la procédure législative ordinaire. Après une discussion et dans un délai de quatre mois, le Conseil européen a le choix entre renvoyer le projet au Conseil et redémarrer la procédure ordinaire ou demander, soit à la Commission soit au groupe d'États membres qui ont présenté le projet, d'en introduire un nouveau. Si, au bout de quatre mois d'inactivité du Conseil européen sur le projet initial ou de douze mois de discussions au Conseil sur un nouveau, la loi ou la loi-cadre n'a pas encore été adoptée, un tiers des États membre peut déclencher une coopération renforcée. La procédure est simplifiée, puisque l'autorisation préliminaire prévue par les règles générales est réputée comme accordée automatiquement.

En contrepartie, une « clause d'accélérateur » a été prévue, qui assouplit le recours aux coopérations renforcées pour mettre en œuvre une proposition ainsi rejetée. Si le Conseil européen n'a pas agi dans le délai de quatre mois prévu ou si le nouveau projet déposé n'a pas été adopté dans un délai de douze mois, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée sera réputée accordée dès lors que le seuil d'un tiers des Etats membres est atteint (une décision du Conseil des ministres, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, n'étant plus requise).

C'est la même procédure que l'on retrouvera pour la mise en œuvre du droit pénal matériel, c'est-à-dire pour l'établissement de règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions. L'article III-271 opère une description plus détaillée que dans le traité actuel des motifs pouvant donner lieu à des actes de l'Union : « *le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée* ».

Enfin, l'article III-272 du traité constitutionnel constitue la base juridique spécifique à la prévention de la criminalité. Cet article prévoit la possibilité d'adopter des mesures d'encouragement et de soutien, sans pour autant mettre en œuvre un rapprochement des dispositions législatives et réglementaires.

Le moins que l'on puisse dire de ces dispositions est que l'emprise étatique sur le futur droit pénal de l'Union ne s'est en rien relâchée et que la complexité entourant l'adoption de ces actes unifiés est bien plus importante que lorsqu'il s'agissait des décisions et des décisions-cadres. C'est logique parce que leur adoption aura des implications juridiques plus importantes, mais c'est un peu comme si les États reprenaient d'une main ce que l'autre a donné... La capacité opérationnelle de l'Union obéit à la même logique, dans le troisième pilier elle était inexistante, dans le chapitre IV du projet de Constitution, elle devient embryonnaire...

2. Le renforcement relatif de la capacité opérationnelle d'Europol et d'Eurojust et la perspective (éloignée) d'un parquet européen

C'est l'article III-276t article qui décrit les compétences dévolues à l'office européen de police Europol. Le paragraphe 2 prévoit qu'une loi européenne en détermine la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches (qui peuvent comprendre la collecte, le

stockage, le traitement, l'analyse et l'échange des informations, transmises notamment par les autorités des États membres ou de pays en instance tiers). C'est un progrès dans la mesure où l'acte constitutif d'Europol est actuellement une convention « troisième pilier », qui ne peut être modifiée que par des protocoles adoptés à l'unanimité par le Conseil après consultation du Parlement européen et soumis à la ratification de tous les États membres.

Le texte du projet constitutionnel prévoit également la possibilité pour l'office de coordonner, d'organiser et de réaliser des enquêtes et des actions opérationnelles, menées conjointement avec les autorités compétentes des États membres ou dans le cadre d'équipes d'enquête conjointes, le cas échéant en liaison avec Eurojust. Ainsi, Europol pourra exercer des actions opérationnelles mais avec des limites posées au paragraphe 3 : D'une part, toute action de cette nature devra être menée en liaison et en accord avec les autorités du ou des États membres dont le territoire est concerné. D'autre part, l'application de mesures de contrainte relèveront exclusivement des autorités nationales compétentes.

De même, les compétences d'Eurojust pourront être renforcées. La loi européenne pourra selon l'article III-273, lui conférer le pouvoir de déclencher et de coordonner des poursuites (alors qu'Eurojust ne peut actuellement que demander aux autorités nationales de le faire). À l'exception du droit d'initiative, qui reste partagé entre la Commission et les États membres selon les dispositions de l'article III-264 de la Constitution, la procédure législative ordinaire, où le Conseil statue à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen, sera donc d'application. L'article III-276 paragraphe 1, relatif à ses missions prévoit en effet que la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches d'Eurojust soient fixés par une loi européenne (actuellement, il s'agit d'une décision prise à l'unanimité par le Conseil après consultation du Parlement européen)²³. Elles pourront également comprendre la résolution des conflits de compétence entre les autorités nationales chargées des poursuites, impliquant, le cas échéant, leur dessaisissement. En revanche, en matière de déclenchement des poursuites, les pouvoirs d'Eurojust demeurent inchangés avec simplement un pouvoir de proposition ce qui nuit considérablement à son efficacité. De même, la déclaration n° 23 annexée à la Constitution précise que la loi européenne qui organisera les nouveaux pouvoirs d'Eurojust concernant le déclenchement d'enquêtes pénales devra tenir compte des règles et pratiques nationales des États membres.

Enfin, au paragraphe 2, il est précisé que, dans le cadre des poursuites, les actes officiels de procédure judiciaire seront accomplis par les agents nationaux compétents, sans préjudice de la transformation éventuelle d'Eurojust en Parquet européen, conformément à l'article III-274 de la Constitution. Cet article rend enfin possible la création d'un Parquet européen à partir d'Eurojust mais la subordonne à une décision du Conseil statuant à l'unanimité après approbation du Parlement européen. En outre, la compétence de ce Parquet virtuel est d'ores et déjà limitée à la protection des intérêts financiers de l'Union, même si le Conseil européen peut adopter une décision pour étendre les attributions de ce Parquet à la lutte contre la criminalité grave ayant une incidence transfrontalière, là encore la décision ne pouvant se prendre qu'à l'unanimité après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission. Ces dispositions, qui reflètent une fois de plus l'impuissance de l'Union à se doter d'un instrument efficace contre la fraude aux intérêts financiers des Communautés sont presque scandaleuses. Depuis des années en effet, les avancées dans ces domaines restent nettement insuffisantes alors que les premières réflexions sur la nécessité de créer un espace judiciaire européen ont été menées dans le but de lutter contre ce phénomène²⁴. Dans la

²³ Décision du Conseil d'instituer Eurojust, JOCE du 6.3.2002, L 63, p.2.

²⁴ Revue Justice, Juillet 1997, n° 153, entretien avec M. Delmas-Marty, p 3. Voir également, Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, sous la direction de M. F. Delmas Marty, éd Economica, p 10 et s. Voir également, Pierre Fauchon, délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport n°L 352, 1996/1997: La réforme du 3ème Pilier de L'UE, vers la construction d'un espace judiciaire européen, p 2 et s.

mesure ou l'institution d'un ministère public européen avait déjà été fermement écartée à Nice par de nombreux États, on ne peut qu'être très pessimiste sur une création dépendant de l'unanimité.

Si l'efficacité du projet reste encore à améliorer, voire à prouver, la disparition du troisième pilier aura tout de même pour effet d'améliorer la cohérence de l'action de l'Union. Il était en effet primordial de répondre aux allégations d'un déficit démocratique particulièrement important dans ce domaine, notamment depuis l'insertion des accords de Schengen dans les traités. À cet égard, l'instauration d'un contrôle démocratique revêtait pour les membres de la Convention « *une importance capitale* »²⁵. Ainsi ont-ils eu à cœur d'organiser la participation des Parlements nationaux, en vue de tenir compte des caractéristiques spécifiques du domaine de la police et du droit pénal. Le contrôle du Parlement européen et la subordination de l'action de l'Union dans ce domaine au respect des droits fondamentaux sous le contrôle de la Cour de justice y contribueront également.

3. Le renforcement du contrôle des actes par la Cour et les Parlements nationaux

D'une façon générale, la Constitution opère on l'a vu, une uniformisation des systèmes de protection juridictionnelle sur la base du système communautaire. L'obligation de protection des droits fondamentaux s'impose à l'ensemble des institutions et organes de l'Union, avec comme conséquence que, contrairement à ce qu'il se passe actuellement dans le cadre du troisième Pilier, aucun acte ne pourra échapper à un contrôle juridictionnel.

Ce contrôle devra cependant s'effectuer conformément à l'article III-257 qui fait référence aux principes de subsidiarité et de respect des traditions et systèmes juridiques des États membres, de solidarité dans le domaine de la politique commune en matière d'asile, d'immigration et des frontières extérieures et de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et civile. Enfin, la Cour devra également tenir compte des dispositions de la CEDH et veiller au respect des droits fondamentaux inscrits dans la Charte. Cependant, on l'a vu, certains mécanismes restrictifs tels que ceux actuellement prévus aux articles 35 TUE et 68 TCE ont été maintenus. Selon l'article III-238 « *dans l'exercice de ces compétences concernant les dispositions des sections 4 (coopération judiciaire en matière pénale) et 5 (coopération policière) du chapitre IV du titre III concernant l'espace de sécurité et de justice, la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opération menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre pour le maintien de l'ordre public, et la sauvegarde de sécurité intérieure, lorsque ces actes relèvent du droit interne* ». Les actes relevant du droit national dans ces domaines continueront donc d'échapper à la compétence de la Cour et demeureront de la compétence des juridictions nationales. Le projet précise également, à l'article III-274, que pour les actes pris en application d'espace de liberté de sécurité et de justice, la Cour, saisie d'un renvoi préjudiciel lorsqu'une personne est détenue, devra cependant « statuer dans les plus bref délais ».

En ce qui concerne les Parlements nationaux, leur rôle est étendu et précisé dans les articles I-42 et III-259 qui leur donnent un véritable droit de regard sur le respect du principe de subsidiarité par l'Union. En effet, ils pourront exercer leur contrôle sur la totalité des actes pris en application de la Constitution, donc à fortiori dans ceux adoptés dans le cadre du Chapitre IV de la partie III. Ils auront également un contrôle direct sur les activités d'Europol, en association avec le Parlement européen.

Dans le système actuel, les parlements nationaux ne participent à l'adoption des normes applicables que par l'intermédiaire de la ratification nationale des « conventions troisième

²⁵ CONV 426/02 fer/jcc 1/ La Convention Européenne/Le Secrétariat Bruxelles, le 2 décembre 2002 (03.12) (OR. en) CONV 426/02, WG X 14, p. 1.

pilier »²⁶. Cet instrument juridique ne figurant plus dans la Constitution, trois mesures permettent aux parlements de continuer à jouer un rôle et de contrôler la mise en œuvre de cette politique. À priori, il s'agit bien d'un renforcement de leur position dans ce domaine. Tout d'abord, il existera une possibilité de recours au « mécanisme d'alerte précoce » en matière de subsidiarité, qui peut être déclenché par un quart d'entre eux.

Il sera également instauré une participation au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, ce qui représente une nouveauté. Enfin, le projet prévoit une procédure d'information sur la teneur et les résultats du mécanisme d'évaluation mutuelle (« examen par les pairs »), menée en collaboration avec la Commission. L'article III-260 prévoit en effet l'application d'un mécanisme déjà mis en pratique avec succès ces dernières années, et qui permet de suivre la mise en œuvre concrète au niveau opérationnel des politiques de l'Union par les autorités policières et judiciaires, tout en favorisant dans le même temps la reconnaissance mutuelle entre les États membres. Les parlements nationaux seront à l'avenir toujours tenus au courant des travaux du Comité en matière de sécurité intérieure, ce dernier étant, dans une certaine mesure le successeur du fameux « comité 36 », qui tient son nom du numéro de l'article du traité sur l'Union européenne qui l'a institué. Il est prévu par l'article III-261 que sa mission évolue dans le sens d'une limitation : chargé aujourd'hui de contribuer à la préparation des travaux du Conseil dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, il ne s'occupera dans l'avenir que des travaux de promotion et de renforcement de la coopération opérationnelle entre les autorités compétentes en matière de police et de sécurité intérieure.

Le bilan de ces dispositions constitutionnelles est sans doute décevant. Alors que les prochaines années seront cruciales pour le processus d'intégration européenne en matière pénale, ce projet n'apporte pas grand chose de concret pour améliorer une coopération judiciaire et policière dans le domaine pénal qui est déjà largement en retard sur les pratiques criminelles. Il faut croire que les nombreux événements qui ont mis en évidence l'urgence pour les États membres d'une amélioration qualitative de leur capacité d'action contre la puissante criminalité organisée, qui, depuis des années et dans de nombreux domaines (du commerce de la drogue au blanchiment de capitaux, en passant par le terrorisme) se jouent des frontières nationales, n'auront pas suffi²⁷. La constitutionnalisation elle-même y est peut-être pour quelque chose. En effet, entourer l'action de l'Union du respect d'un certain nombre de principes se conçoit aisément mais il y en a peut-être trop : démocratie et équilibre institutionnel, transparence et sécurité juridique, efficacité et effectivité, subsidiarité et proportionnalité, autonomie et flexibilité...leur application se fait nécessairement au détriment les uns des autres dans la mesure où ils sont parfois antagonistes²⁸. Dans le domaine de l'harmonisation pénale par exemple, leur strict respect peut confiner à la paralysie alors que la recherche de l'efficacité aurait dû être privilégiée.

²⁶ J.-M. Bockel, Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne n° 1690, p. 77 et s et voir également, Conseil de l'Union européenne, Note du Comité 36 au Coreper, 11 novembre 1999, EJM 17, CRIMORG 155, COPEN 51).

²⁷ Voir notamment Antonio Di Pietro, Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil relative à l'échange d'informations extraites du casier judiciaire COM(2004)0664 – C6-0163/2004 – 2004/0238(CNS).

²⁸ Voir, Koen Leenerts et Marlies Desomer, La recherche d'un équilibre pour l'Union, « La constitutionnalisation des traités européens, Forces et limites de la méthode conventionnelle. », in Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne (ss la coordination de O. De Schutter et P. Nihoul, Ouvrage publié à l'occasion du 10e anniversaire du JTDE, De Boeck et Larcier, Bruxelles 2004, p. 54.