

DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT EUROPÉEN

Luigi MOCCIA*

L'article veut réfléchir sur les expressions de « droit communautaire » et de « droit européen », qui sont souvent utilisées comme synonymes, d'une façon générique et sans conscience de leurs implications. En faisant référence aux modèles historiques de « droit uniforme » et après une analyse du passage du processus d'intégration économique à une union toujours plus étroite entre les peuples de l'Europe, l'article arrive à définir le rapport entre l'espace de liberté, sécurité et justice, d'un côté, et l'espace du marché, de l'autre côté, pour se concentrer sur le fondement d'une notion et d'une légitimation unitaire de « droit commun européen », ancrées sur la citoyenneté de l'Union, en tant qu'anneau de jonction entre l'ordre juridique européen entendu comme ordre international (de coopération entre les États membres) et l'ordre juridique européen entendu comme ordre constitutionnel fondé sur la centralité de la personne et formé par des valeurs partagées, qui repose sur les trois piliers de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, de la Convention européenne des droits de l'homme et des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes normatifs généraux de l'Union.

Starting with expressions such as Community law and European law, often used as synonyms in a generic way and without awareness of their implications, passing through, first, a reference to historical patterns of 'uniform law', and, thereafter, an analysis of the change of pace from the economic integration process to an ever closer union among the peoples of Europe, to get furthermore to frame the relationship between the area of freedom, security and justice, on one side, and the internal market area, on the other, the article focuses on the foundation of a unified notion and legitimacy of 'European common law', having its pivot in the Union's citizenship as link between the European order understood as international order (of cooperation between Member States) and the European order understood as constitutional order based on the centrality of the person, and consisting of shared values, which rests on the three pillars, respectively, of the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights, and the

* Professeur à l'Université de Rome III.

constitutional traditions common to the Member States that shall constitute as such general principles of the Union's law.

I. PRÉMISSSES D'ENCADREMENT

En temps de crise, comme celle que l'on est en train de vivre, on craint que l'esprit qui a caractérisé à l'origine la construction européenne s'égaré. Ainsi, tout en soutenant son développement, entre difficultés et incertitudes, et afin de ne pas perdre complètement cet esprit et voir comment celui-ci s'applique au présent et au futur proche de l'intégration européenne, il est utile d'essayer d'opérer une mise en perspective, qui soit aussi en quelque mesure théorique de la thématique du (de un) droit commun européen. En effet, cette dernière peut être regardée comme un possible moyen de déblocage du processus d'intégration. Une réflexion à cet égard me semble utile, en partant de certaines prémisses terminologiques et en même temps conceptuelles à propos de la manière de concevoir le rapport entre le droit communautaire et le droit européen.

Pour le dire à la manière de Winston Churchill – quand il soutenait que les Anglais et les Américains sont deux peuples divisés par une langue commune – je dirais que le droit communautaire et le droit européen sont deux expressions divisées par une référence commune à l'Europe, dans la mesure de la diversité de sens que cela assume respectivement dans l'une et dans l'autre expression.

Sous le profil terminologique, il faut d'abord éclairer le rapport entre droit communautaire et droit européen, étant donné qu'on n'est pas en présence d'une simple hendiadys. En effet, la notion de droit communautaire, facile à définir, résulte en tant qu'associée à une seule entité (source) normative, de matrice institutionnelle européenne, à laquelle on ramène, désormais, un patrimoine normatif (*acquis communautaire*). On ne peut pas en dire autant du droit européen, dont la multiplicité de domaines de pertinence donne à cette expression une portée plus large, susceptible d'inclure le droit communautaire alors que le contraire n'est pas possible.

II. DROIT DE L'EUROPE ET EUROPE DU DROIT

La thèse ou, si l'on préfère, l'hypothèse sur laquelle je voudrais porter immédiatement l'attention est la suivante : dans le cas du droit européen nous sommes – par rapport au droit communautaire – en présence d'un transfert de sens, c'est-à-dire d'un véritable déplacement du champ visuel et

donc d'un décalage sémantique : le droit européen espèce d'un genre de méta-droit qui, comme les expressions « droit transnational » ou « droit global », rentrées dans l'usage courant, touche la notion même de droit dans sa projection extraterritoriale et extra-étatique.

Pour commencer, la raison du *jatus* entre droit communautaire et droit européen peut être ramenée à une approche différente au problème du « droit uniforme »; un problème qui assume de nos jours une importance de loin plus grande que dans le passé.

Cette différente approche peut être synthétisée par l'alternative – pas seulement d'exclusion réciproque, mais aussi de complémentarité – entre deux profils possibles du processus d'intégration/uniformisation-harmonisation du droit au niveau européen. L'un susceptible d'être nommé « droit de l'Europe », l'autre « Europe du droit ». Le premier renvoie à l'actualité du droit qui se forme aux mains de l'Europe unie. Le deuxième, en revanche, renvoie aux expériences qui, outre à avoir trouvé une expression dans des modèles historiques qui peuvent encore aujourd'hui présenter des motifs d'intérêt, se sont enracinées, et de toute manière se reflètent, dans les traditions communes au contexte européen dans son ensemble.

1. Droit de l'Europe

La première approche, avec son profil relatif, à laquelle on peut donner le nom de « droit de l'Europe », est celle reconnaissable dans le droit communautaire. Il s'agit d'une approche qui propose la construction d'un droit européen conçu comme le produit de l'activité d'institutions, d'organes et d'organismes de l'Union (auparavant Communauté) européenne, imposé par telles institutions, organes et organismes, afin d'être introduit dans chacun des États membres tenus de s'y conformer. Ainsi, on donne vie à un phénomène complexe, de plus fruit d'une interaction réciproque entre les droits nationaux et le droit de l'Union (auparavant droit communautaire), ce dernier ayant une valeur supérieure par rapport aux premiers.

Les difficultés liées à ce type d'opération, ayant regard à chaque droit étatique, sont évidentes, car il s'agit d'une opération faite – pour ainsi dire – sur le papier : face à une réalité assez solide des systèmes nationaux. Une réalité, entre autres, où l'unification interne du droit, et spécialement du droit privé, a représenté, historiquement, une des modalités de formation des États modernes, en tant qu'États-nations.

Toutefois, nous ne devons pas néanmoins méconnaître l'incidence des résultats produits par cette approche, en la forme précisément du droit communautaire, c'est-à-dire la promulgation aux mains d'institutions

supranationales de règles contraignantes à la fois pour les États membres et pour leurs citoyens.

Ces résultats peuvent être résumés en deux points clefs.

Un premier point réside dans le phénomène que l'on peut définir de métamorphose constitutionnelle de l'ordre juridique étatique. Avec sa transformation de « national » tout seul à ordre juridique « interne à l'Union » ; en d'autres termes, d'un ordre juridique territorialement fermé à un ordre juridique inséré dans l'espace d'opérativité/effectivité de la normative de l'Union même.

Un deuxième point réside dans le processus d'eupéanisation du droit et des juristes sur le plan national. Un tel processus a commencé à se développer en conséquence de la nature généraliste de plus en plus étendue assumée par l'ordre juridique de l'Union, qui investit tous les domaines de l'ordre juridique interne et qui requiert, donc, une mise à jour continue et un adaptation culturelle et professionnelle au nouveau habitat dans lequel les avocats et les juges sont appelés à opérer. Ceci à plus forte raison dès lors que l'on tient compte, dans le cas de l'administration de la justice, des problématiques liées à la responsabilité de l'État pour violation et/ou inaccomplissement de la normative de l'Union. Sans omettre, bien évidemment, l'impact de la normative européenne sur le syllabus des études juridiques et des cours de formation et/ou de formation continue des avocats et des juges.

2. Europe du droit

Une autre et différente approche, avec son profil propre, est celle qui se préoccupe de rechercher et d'établir des bases communes, ayant une importance à la fois historique-culturelle mais aussi plus spécialement juridique-institutionnelle, qui puissent justifier ou favoriser un rapprochement des ordres juridiques et des législations des États membres, également au niveau de leur juristes, visant la formation d'une communauté juridique européenne effective.

Il s'agit d'une approche qui reflète des positions différentes quant au point de départ. Sans rentrer dans les détails¹, on va rappeler le cadre dans lequel le scénario d'une « Europe du droit » peut s'inscrire.

C'est dans ce scénario que l'expérience du droit commun européen prend corps. Ce phénomène se présente articulé de deux façons principales. D'une façon, selon l'enseignement de Francesco Calasso, il se présente comme unité culturelle et spirituelle du savoir juridique européen (y inclus

¹ À ce propos, cf. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milan, 2005, p. 973 et s. ; *Id.*, *La formación del derecho europeo. Una perspectiva historico-comparada*, Madrid, 2012, p. 353 et s.

sous plusieurs profils celui de la *common law*)². De l'autre, selon l'enseignement de Gino Gorla, comme modèle d'ordre juridique « ouvert », en ce qui concerne ses sources, à savoir, en rapport de communication de la part de ses juristes avec les autres ordres juridiques et leurs juristes³.

Pour fortement résumer, l'Europe du droit représente, au niveau historique, une expérience caractérisée, dans sa globalité, par une culture et une mentalité formées et façonnées, encore en pleine époque moderne, à l'enseigne d'un esprit transnational, qui subordonne la reconnaissance des règles et des principes à l'intérieur de chaque ordre juridique à une concordance ou à une convergence avec les autres ordres juridiques insérés dans l'orbite d'un monde européen communicant. Comme tel caractérisé par la circulation des opinions et des décisions des juristes *forenses* (juges et avocats) auprès des hautes juridictions (les ainsi nommés « grands tribunaux »)⁴. Exemple de cette approche culturelle et professionnelle est le témoignage d'un juriste espagnol (plus précisément catalan) du XVII^e siècle, qui qualifiait d'illibéraux (*illiberales*) les juristes enfermés dans la pratique et dans les lois de leur propre ordre juridique, et de libéraux (*liberales*) ceux qui pratiquent l'ordre juridique ouvert⁵.

III. PHASE « FONCTIONNALISTE » ET PHASE « CONSTITUTIONNELLE » DU PROCESSUS D'INTÉGRATION

Après avoir évoqué ce cadre, utile pour définir les différentes approches (et profils relatifs) au problème de la formation d'un droit uniforme (commun) dans le contexte européen, il faut maintenant regarder le contexte évolutif de l'actuel processus d'intégration, en ce qui concerne l'ordre juridique de l'Union, considéré en soi, et dans ses rapports avec les ordres juridiques nationaux.

Il est connu que ce processus a démarré, au début des années 1950, avec l'idée de Jean Monnet d'une intégration à réaliser progressivement, par étapes, par « l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne » (Déclaration Schuman, 1950). Cette idée a été confirmée dans le Préambule du premier traité communautaire (Ceca, 1951), où on peut lire : « l'Europe ne se

² F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1951.

³ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, 1981, III (*Per un diritto comune europeo*), en particulier chap. 21.

⁴ L. MOCCIA, « Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale », in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2011, p. 779 et s.

⁵ J. PERE FONTANELLA (1575-1649), dans sa compilation de jurisprudence *Sacri regii decisiones Senatus Cathaloniae* (1639), v. L. MOCCIA, *La formación del derecho europeo*, cit., p. 366.

construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait et par l'établissement de bases communes de développement économique ». À suivre, on peut rappeler l'institution, en 1957, de la Communauté économique européenne, avec « la mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté » (Traité CEE, art. 2).

Suite à la secousse historique de la fin des années 1980 (chute du mur de Berlin) on a assisté à la relance du projet européen, dans la perspective d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe ».

À ce propos, il apparaît décisif – en ligne théorique – le changement de pas, anticipé par le Projet de Traité instituant l'Union européenne (rédigé à l'initiative d'Altiero Spinelli au sein du Parlement européen qui approuva le texte en février 1984), et démarré avec le premier Traité sur l'Union (Maastricht, 1992), à travers l'ainsi nommé « traité constitutionnel » (signé à Rome en octobre 2004), successivement avorté, mais presque intégralement repris, dans ses contenus les plus innovants par le Traité de Lisbonne, et qui a été successivement réalisé par la signature de ce même traité en décembre 2007, et donc, avec son entrée en vigueur, en 2009.

Le signe normativement et conceptuellement le plus évident de cette transition réside dans la succession-substitution de l'Union Européenne à la Communauté Européenne (qui a cessé d'exister en tant que telle), par l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne modifiant les précédents traités et qui précisément dispose : « L'Union se substitue et succède à la Communauté européenne ».

Pour avoir une idée du sens de cette substitution il est utile de comparer le profil du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE) avec celui du traité qui l'a remplacé, c'est-à-dire le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), et avec le nouveau Traité sur l'Union (TUE) où on lit la disposition ci-dessus citée (TUE, art. 1).

Le TCE s'ouvrait sous le titre très engagé de « Principes », avec une disposition (art. 2) qui conférait à la Communauté (auparavant Communauté économique européenne : CEE) la mission, plus précisément, d'établir un « marché commun » et en plus une « Union économique et monétaire », par la mise en œuvre de « politiques ou d'actions communes » dans les secteurs et pour les objectifs visés par le traité, y compris « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » (TCE, art. 3, let. *h*). Aux fins énoncées, toujours sous le même titre, l'article 4 du même traité, en prévoyant des actions fondées sur « l'étroite coordination » des politiques économiques des États membres,

rappelle « le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

Le Traité de Lisbonne, dans la partie qui a donné vie au nouveau TUE et dans celle qui forme le TFUE, prend à sa charge, surtout avec ce dernier, l'héritage communautaire, qui était le premier des trois piliers qui constituaient l'architecture de l'Union, jusqu'à leur abolition avec la réforme de Lisbonne⁶. Ceci, toutefois, en remaniant sa structure, en un sens qui n'est pas seulement de révision technique et normative, mais aussi de redéfinition structurelle et conceptuelle. Le résultat consiste, notamment, dans le fait de tracer les contours d'une Union où l'adjectif « européen » vise toujours plus à assumer les caractères identifiant une communauté politique de *cives* (concitoyens) européens, ayant à sa base un principe d'ordre constitutif conçu comme un « droit commun européen ».

On peut identifier dans l'article 2 du nouveau TUE l'architrave de ce nouveau dessin architectonique de l'Union, qui consiste en une réécriture des valeurs et des principes fondateurs dont aujourd'hui le processus d'intégration européenne s'inspire (et doit s'inspirer) :

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Il s'agit d'une norme programmatique, qui consacre toutefois le passage d'une phase *fonctionnaliste* d'intégration, ayant une base économique, par le biais du marché, à une phase *constitutionnelle* d'intégration, ayant une base civique, par le biais des droits.

Dans cette nouvelle phase apparaît sur la scène un personnage qui est, pour ainsi dire, encore en quête d'auteur : le citoyen de l'Union ou, comme il est plus généralement appelé, le citoyen européen. Ce nouveau personnage vient se substituer aux protagonistes bien connus du panorama communautaire, c'est-à-dire les entrepreneurs, les professionnels, les travailleurs et les consommateurs.

En effet, avec l'apparition du citoyen européen une figure conceptuellement unitaire d'une nouvelle subjectivité juridique commence à

⁶ Le « pilier communautaire » était ainsi nommé en raison de la méthode dite « communautaire », ancrée sur les pouvoirs de la Commission européenne (d'initiative législative), du Parlement européen (de participation au processus décisionnel) et de la Cour de justice (de contrôle). Il se distinguait par rapport aux deux autres piliers, celui de la « politique étrangère et de sécurité commune » (Pesc) et celui concernant la « coopération judiciaire et de police en matière pénale » (déjà « justice et affaires intérieures » JAI), qui étaient qualifiés « intergouvernementaux » en raison du poids qui était attribué au Conseil (c'est-à-dire aux gouvernements des États membres) et des limitations des pouvoirs des autres institutions européennes.

émerger. Elle est caractérisée par la titularité des droits, dont elle jouit au dehors et/ou au delà de la sphère étatique, dans une dimension spatiale et non territoriale. Il s'agit d'une dimension qui n'est plus liée uniquement à des qualifications professionnelles, de travail ou qui ont un relief dans le marché intérieur, mais qui se réfère directement à la « personne » elle-même dans son individualité. Comme on le lit dans le Préambule à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Union, étant fondée sur les valeurs indivisibles et universelles de la dignité humaine, de la liberté, de l'égalité et de la solidarité, aussi bien que sur le principe de démocratie et sur le principe d'État de droit, « met la personne au centre de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, sécurité et justice ».

D'ailleurs, on peut noter aussi que l'objectif de la création d'un « espace de liberté, sécurité et justice » a été introduit dans le Traité d'Amsterdam (signé en 1997). Cet objectif se substitue, soit du côté de sa plus large dénomination, que de sa portée plus articulée, à la notion de « justice et affaires intérieures » introduits par le Traité de Maastricht (signé en 1992). Comme l'a souligné le Conseil européen de Tampere (15-16 octobre 1999), l'Union se propose à ces fins de concilier le droit de circuler librement dans l'Union avec un niveau élevé de protection et de garanties juridiques pour tous (ses citoyens).

Une impulsion ultérieure, visant à requalifier fonctionnellement et conceptuellement cet espace comme notion clef du passage de la Communauté à l'Union européenne, a été imprimée par le processus de constitutionnalisation commencé aux débuts du nouveau siècle, qui, après la faillite du déjà mentionné « traité constitutionnel », s'est enfin arrangé à Lisbonne, avec la signature du traité relatif qui reconnaît à la Charte européenne des droits fondamentaux « la même valeur juridique que les traités » (TUE art. 6, § 1), tout en engageant aussi l'Union à adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.

IV. LA « CITOYENNETÉ COMMUNE » (CONCITOYENNETÉ) EUROPÉENNE ENTRE MARCHÉ INTERNE ET ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

À la lumière de cette reconstruction, on arrive à apercevoir un autre nœud problématique de la relation entre droit communautaire et droit européen, qui concerne notamment la base juridique du (d'un) droit de matrice institutionnelle européenne, et de sa notion.

Ceci signifie que n'importe quelle synthèse à ce sujet ne peut que se référer à un cadre de valeurs, de principes et de règles capables de tenir

ensemble la *notion* et aussi la *légitimation* d'une idée de droit supra et transnational, ayant une valeur de « droit commun » pour les Pays membres et leurs ressortissants, en leur qualité aussi de « citoyens européens ».

Depuis les débuts du processus d'intégration, cette question, en ce qui concerne plus spécifiquement les matières et les activités de nature privée, c'est-à-dire inhérentes aux relations interindividuelles, a été liée, principalement, à l'espace de circulation des entrepreneurs, des professionnels et des travailleurs, des capitaux, des marchandises et des services, dans une optique de marché. Cela veut dire que la base juridique a été individualisée par l'instauration et le fonctionnement en termes d'efficience du marché intérieur. Ce n'est pas par hasard si c'est spécialement le droit de la consommation à avoir mis en route une riche activité de législation communautaire d'harmonisation-uniformisation, dans le domaine des rapports entre les personnes privées.

Le type de raisonnement qui est, encore de nos jours, mis en lumière est, plus au moins, le suivant. Parmi les objectifs de l'Union il y a celui de l'instauration du marché interne, ainsi que l'article 3 du Traité sur l'Union Européenne l'a fixé. Cet objectif est aussi rappelé par l'article 26 TFUE et, par renvoi, par l'article 114 du même traité. Ce dernier article autorise, pour le « fonctionnement du marché intérieur », l'adoption de « mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives ». Il s'en suit l'opportunité, si non la nécessité, d'une intervention de l'Union, qui s'expliquerait dans le respect du principe de subsidiarité, du moment que ces mêmes différences profondes qui existent au niveau national, seraient un obstacle à un fonctionnement efficient du marché intérieur, et devraient donc être éliminées au niveau de l'Union ou, de toute manière, elles devraient être aplanies et redimensionnées, par le biais d'interventions d'harmonisation, étant justifiées, au moins en abstrait, par un principe d'efficience du marché.

Par conséquent, on peut parler d'une ligne consolidée de politique législative visant à développer, sous la forme spécifique du droit communautaire, ce que l'on peut appeler en réalité un *droit européen du marché*.

Sans vouloir approfondir ultérieurement ce sujet, il faut tout de même observer que cette ligne a produit dans le temps une tendance marquée aussi bien vers la division en secteurs (fragmentation) des interventions, que vers la recherche de solutions techniques à l'enseigne d'une convergence plus étroite entre les ordres juridiques des États membres, en l'absence toutefois d'un tableau de valeurs, principes et règles capables de tenir ensemble la notion et la légitimation d'une idée de droit sur et transnational, ayant la valeur de droit commun aux Pays membres. Il s'agit d'une piste qui a conduit à envisager de nombreuses initiatives de formation d'un « droit privée européen », jusqu'à

caresser l'idée de rédiger un véritable « code civil européen »⁷. Ces initiatives se sont néanmoins avérées plus au moins réussies ou, selon le point de vue choisi, elles ont failli à leur objectif.

Le point qui mérite d'être souligné est donc le suivant : un droit européen du marché ne permet pas d'arriver à une notion unitaire de droit européen, même dans le domaine des rapports de droit privé.

En effet, il apparaît évident qu'une telle base, c'est-à-dire le marché, peut valoir dans le cas du droit des contrats, ayant regard surtout aux rapports commerciaux, sociétaires, et plus généralement patrimoniaux, mais elle peut être difficilement choisie comme fondement d'une notion unitaire de droit européen dans d'autres domaines du même droit privé (famille, successions, responsabilité, moyens de protection juridique), que dans d'autres matières (droit public, administratif, pénal, et ainsi de suite).

Il y a donc l'exigence d'un regard global⁸ qui puisse conduire à identifier ce que j'ai ailleurs appelé, avec référence à l'institution de la citoyenneté européenne, le cœur fédéral de l'Union, qui a relief sur le terrain de la légitimité même de l'Union, et qui devient ici le cœur du problème de la formation du (d'un) droit européen.

À ce sujet, ne semble pas envisageable, au niveau conceptuel, un droit européen, conçu d'une façon unitaire, qui ne soit pas avant tout et surtout un « droit des citoyens » – un *ius civium*, au niveau européen, capable de se dévouer corps et âme à cette figure de sujet à l'échelle européenne, en la revêtant d'une forme de subjectivité juridique qui enrichit et complète celle nationale.

Ceci d'autant plus à la lumière d'une jurisprudence consolidée de la Cour européenne de justice qui voit dans la citoyenneté de l'Union un *status* destiné à devenir le « statut fondamental des citoyens des États membres »⁹, tout en précisant aussi, avec une relative autonomie conceptuelle, en tant que possible limite au pouvoir de l'État d'interférer avec sa jouissance, à travers la

⁷ On peut renvoyer aux contributions publiées in L. MOCCIA (ed.), *European Private Law* et not., O. LANDO, *European Private Law: Why, How, What and Who?*, p. 1 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, *The Europeanisation of Private Law: Problems and Perspectives*, p. 11 et s. ; H.-W. MICKLITZ - N. REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" – Too Broad or not Broad Enough?*, p. 21 et s. ; Ch. C. WENDEHORST, *The 'Legal Basis' of European private Law in the Light of EU Constitutionalisation*, p. 33 et s. ; L. MOCCIA, *European Law: from 'Market' to 'Citizenship'*, p. 47 et s.

⁸ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo, etc.*, cit., spécialement p. 771 et s.

⁹ CJCE, 20 sept. 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Racc. p. I-6193, n. 31. Dans le même sens : 17 sept. 2002, C-413/99, *Baumbast*, Racc. 2002, p. I-7091, n. 82 ; 19 oct. 2004, C-200/02, *Zhu*, Racc. 2004, p. I-9925, n. 25 ; 20 mai 2010, C-56/09, *Zanotti*, n. 68.

privatisation de la citoyenneté nationale¹⁰, le caractère de *status* ayant un relief direct, dans tous les cas où il y aurait une raison de craindre qu'une personne puisse être privé (par son propre État d'appartenance) de la jouissance substantielle des droits liés au *status* de citoyen de l'Union¹¹.

Aussi, sur le chemin vers un droit européen, on rencontre deux différents domaines de compétence de l'Union et des espaces normatifs relatifs : le marché intérieur, d'un côté (où l'on inclut la protection des consommateurs); l'espace de liberté, sécurité et justice, de l'autre. De sorte que, la question qui se pose est alors la suivante : dans quel rapport sont ces deux espaces normatifs, et quelle importance assument-ils, respectivement, sur le plan de la (d'une) notion unitaire de droit européen ?

V. LES TROIS PILIERS DU DROIT EUROPÉEN

Afin d'essayer de répondre, il est possible de se poser encore une autre question, d'un ton en quelque sorte rhétorique, mais qui nous sert à identifier l'enjeu : le principe d'efficience du marché peut-il constituer le juste titre pour fonder les actions de l'Union, actions qui sembleraient plutôt soulever une exigence de légitimation de l'Union même à agir dans des domaines où on est en présence d'une caractérisation identitaire plus forte des législations nationales, en termes de traditions juridiques divergentes ? En d'autres termes : est-il possible d'invoquer un principe, si pas alternatif, au moins complémentaire, capable de donner une signification unitaire à la notion de droit européen ?

À ce propos, il semble utile de développer ici les observations suivantes.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice est prévu par le traité dans une position qui précède, normativement, celle du marché. En effet, dans la liste des objectifs de l'Union, celui de la création d'un espace de citoyenneté commune (TUE, art. 3, § 2 : « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures ») précède celui de l'établissement d'un marché intérieur, où, en revanche, la libre circulation des marchandises, des capitaux et des services est assurée (TUE, art. 3, § 3).

Cela va sans dire, que même dans le cas de la libre circulation des marchandises, capitaux et services, ce sont justement les droits des

¹⁰ CJCE, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern* ; et v. L. MOCCIA, « Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione », in *ID.* (ed.), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milan, FrancoAngeli, p. 165 et s.

¹¹ CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, C 34/09 et v. L. MOCCIA, « La cittadinanza nella prospettiva della federazione europea », in *La cittadinanza europea*, 2/2011, part. p. 53 et s.

personnes qui relèvent du point de vue juridique. Pour le dire à la manière de Karl Marx : les marchandises ne vont pas seules sur le marché ; encore moins les capitaux et les services.

Mais surtout, l'arrêt révolutionnaire (*Van Gend en Loos*) de février 1963 – par lequel la Cour de justice de Luxembourg a reconnu que les citoyens sont titulaires des droits leur étant garantis par l'ordre juridique (à l'époque communautaire, désormais) de l'Union – est toujours là pour nous rappeler, avec son originalité, le potentiel d'un ordre juridique comme celui de l'Europe unie. Loin de s'épuiser en une forme d'organisation internationale, fondée sur le principe d'égalité souveraineté des États membres en tant que « seigneurs des traités » (une égalité, par ailleurs, seulement nominale en ce qui concerne les décisions)¹², cet ordre juridique a assumé, et est en train d'assumer de manière exponentielle, une valeur constitutionnelle sur le plan, précisément, d'une pleine titularité des droits et des devoirs garantis aux sujets ressortissants de l'Union européenne (personnes physiques et morales), au même titre que les États, conformément à l'innovant contenu de l'article 9 du TUE par lequel le titre relatif aux « Dispositions relatives aux principes démocratiques » de l'Union débute¹³. Cet article a consacré le fondement de légitimation démocratique de l'Union, en disposant que « les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen ». Bien que les États membres soient représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, à leur tour démocratiquement responsables devant leurs parlements nationaux ou devant leurs citoyens (TUE, art. 10, § 2). En lisant cette disposition, il ne nous échappera pas que le nom de « citoyen », dans la contiguïté juridique-sémantique de citoyens « européens » et « nationaux » en même temps,

¹² On fait référence au système dit de « pondération des voix », selon lequel, dans le Conseil de l'Union et dans le Conseil européen, où les États (et leurs gouvernements) sont représentés, les voix de chacun État membre n'ont pas le même poids, mais ils sont pondérés en raison du nombre des habitants (avec une correction en faveur des États les moins peuplés) ; sans préjudice de la possibilité d'un État membre de demander que soit vérifiée l'autre condition qu'une telle majorité soit l'expression des États qui couvrent au moins 62% de la population totale de l'Union. Ce système, qui a été progressivement affiné à cause des nouveaux États membres, sera substitué par le système de la « double majorité », introduit par le Traité de Lisbonne. Selon ce nouveau système il faut en principe (et sauf cas particuliers) les voix favorables de 55% des États membres (avec un minimum de 15), pour couvrir au moins 65% de la population européenne. Il deviendra opératif à partir du mois d'octobre 2014 (sauf une période transitoire jusqu'au 31 mars 2017, durant laquelle chacun État pourra demander l'application de la méthode de la pondération des voix).

¹³ « Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Pour une interprétation des implications de cet article, cf. L. MOCCIA, « Cittadinanza e democrazia nell'Europa in crisi: quale via all'Unione politica », in *La cittadinanza europea*, 2/2012, p. 35 et s.

ouvre et referme le circuit de la représentation politique au niveau de l'Union.

Il s'en suit que la notion de citoyenneté européenne, symboliquement mise à la tête des principes de vie démocratique de l'Union, devient l'anneau de jonction idéal entre l'ordre européen, en tant qu'ordre juridique international, lié à la logique des intérêts généraux négociés diplomatiquement, et l'ordre européen en tant qu'ordre constitutionnel, lié à la logique des intérêts communs délibérés démocratiquement.

Cela dit, afin de fournir un cadre de référence et de donner un aperçu global à la thématique, il en résulte évidemment que l'espace de liberté, sécurité et justice et celui du marché intérieur (ou marché unique), visant le même citoyen européen, se présentent, avant toute chose, comme des espaces normatif proches entre eux, ou bien strictement liés, sur lesquels l'Union est appelée à intervenir, en tant qu'objectifs fondamentaux de sa propre action.

Où réside alors le sens de la priorité que le texte du Traité attribue à l'un (espace de liberté, sécurité et justice), par rapport à l'autre (marché intérieur) ? La question s'impose d'autant plus si l'on considère que la raison du rapprochement des législations nationales est présente tant dans le cas du marché, que dans l'espace de liberté, sécurité et justice. En outre, il faut aussi considérer que dans le cas de l'espace de liberté, sécurité et justice un autre principe s'ajoute, c'est-à-dire celui de la reconnaissance mutuelle des décisions, qui fait à son tour émerger les aspects relatifs à l'équivalence et à la compatibilité des différents systèmes juridiques nationaux dans un cadre de traditions, règles et principes (au moins potentiellement) « communs » aux Pays de l'Union.

À ce propos, le point à souligner est que la raison du rapprochement revêt un relief différent, dans l'un et l'autre espace. En ce sens que cette raison trouve son fondement dans un différent titre ou, mieux encore, dans un différent modèle d'intégration.

En effet, le trait identifiant et qui caractérise le plus dans une optique européenne l'espace de liberté, sécurité et justice, se trouve dans le fait que celui-ci doit être réalisé « dans le respect des droits fondamentaux » aussi bien que dans le respect « des différents systèmes et traditions juridiques des États membres » (TFUE, art. 67).

Imaginer en termes de diversité les deux espaces normatifs, respectivement du marché intérieur et de la citoyenneté commune (concitoyenneté) européenne, ne signifie toutefois pas les imaginer de manière antagoniste ou en contradiction, mais plutôt d'une manière complémentaire, car le présupposé implicite des traités est sans doute que le fonctionnement du marché doit respecter les droits fondamentaux. D'ailleurs, dans l'espace-marché aussi les traditions juridiques nationales

peuvent jouer un rôle décisif en tant que facteurs d'élaboration, par le biais de l'œuvre de la doctrine et surtout de la pratique jurisprudentielle, de principes communs, ayant comme tels la valeur de principes généraux de l'ordre juridique de l'Union. À défaut d'une lecture comme celle qu'on vient de proposer et qui essaye de considérer dans une façon complémentaire les deux espaces (marché et citoyenneté), il y aurait une asymétrie incongrue, qui porterait atteinte à la cohérence et à l'efficacité des actions de l'Union, auxquelles ses institutions sont tenues (TFUE, art. 13).

Il est désormais possible de résumer et de préciser ultérieurement nos arguments.

Il semble évident que l'espace de liberté, sécurité et de justice, en tant qu'espace de citoyenneté commune, revêt un relief juridique prééminent et absorbant par rapport à l'espace, sans frontières internes, où l'objectif du marché intérieur se réalise. En définitive, il s'agirait de deux espaces qui sont entre eux coextensifs, quoique n'étant pas superposés, en raison de leur dénominateur commun qui est la citoyenneté européenne en tant que forme de subjectivité juridique qui complète, en s'y ajoutant, la citoyenneté nationale.

Le sens le plus authentique de cette co-extension de l'espace de marché dans celui plus large et complexe de liberté, sécurité et justice, en tant qu'espace de « citoyenneté commune » apparaît à la lecture dudit Préambule de la Charte européenne des droits fondamentaux, où l'on affirme la centralité de la personne pour les finalités, les politiques et les domaines de compétence et, plus généralement, pour l'action entière de l'Union.

Il s'agit d'une affirmation de principe, qui identifie clairement en la citoyenneté européenne le paramètre de référence de l'articulation plurielle de l'ordre juridique ; cela n'étant plus confiné dans son propre territoire, mais ouvert à l'espace européen de liberté, sécurité et justice dans lequel la plénitude de subjectivité juridique des citoyens des Pays membres de l'Union se réalise, en une dimension, précisément, qui n'est plus seulement nationale mais européenne.

De là découle la notion unitaire de droit européen.

L'ordre juridique national, en tant qu'ordre juridique intégré par le droit de l'Union, cesse d'être un ordre juridique fermé, pour s'ouvrir à la dimension de la participation à l'ordre juridique européen : où européen signifie en même temps de l'Union et de la communauté des ordres juridiques des Pays membres.

Cette métamorphose de l'ordre juridique national, depuis très longtemps en cours (comme on l'a déjà précédemment précisé)¹⁴, en tant qu'ordre juridique qui devient interne à l'Union, consiste donc en une

¹⁴ V. *supra*, II,1.

transformation d'un ordre juridique fermé à l'intérieur des frontières territoriales à un ordre juridique ouvert et donc communicant, dans le contexte de l'ordre supranational de l'Europe unie¹⁵.

L'ordre juridique européen est l'ordre au sein duquel le principe de légalité s'affirme sur le plan européen, c'est-à-dire une *rule of law* de rang européen, qui (selon l'art. 6 TUE) s'appuie sur trois piliers :

- la *Charte des droits fondamentaux de l'Union* (Charte de Nice de 2000) ;
- la *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention de Rome de 1950);
- les *traditions constitutionnelles communes* aux pays membres et les principes qui en découlent en tant que *principes généraux* de l'ordre juridique de l'Union.

VI. RÉFLEXIONS CONCLUSIVES

C'est donc ici, à l'intersection entre l'ordre juridique « constitutionnel » de l'Union, fondé sur lesdits trois niveaux de sources normatives (et bien entendu jurisprudentielles), et les ordres juridiques nationaux, dans les relations avec l'Union et, par son intermédiaire, entre les ordres juridiques mêmes, que le saut d'horizon sémantique se produit ; et c'est ainsi que le « droit communautaire » – officiellement fait taire avec la suppression de la Communauté Européenne et la substitution intégrale de cette dernière par l'Union – change de peau dans le nouveau corps du droit de l'Union aperçu comme un facteur fort d'un nouveau droit commun européen pris dans sa globalité. De fait, avec ce passage, l'expression « droit européen » semble destinée non seulement à supplanter celle de droit communautaire, mais encore plus à représenter, par rapport à cette dernière, un saut de qualité qui correspond au dépassement de la phase fonctionnaliste de l'intégration économique, vers une phase constitutionnelle d'intégration normative, où se détachent les éléments suivants, ayant la valeur de principes généraux de l'ordre juridique de l'Union, à savoir : *a*) la centralité de la personne ; *b*) le modèle européen de société ouverte et inclusive ; *c*) l'espace de liberté, sécurité et justice (absorbant et, de toute manière, prioritaire par rapport au marché intérieur) ; *d*) la construction d'un espace judiciaire européen, en tant qu'authentique espace de justice, où faire valoir ses propres droits partout dans l'Union. Il s'agit d'éléments pouvant tous être rapportés conceptuellement à la « citoyenneté européenne », en tant que nouveau

¹⁵ V., *amplius*, L. MOCCIA, « Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica », in *La cittadinanza europea*, 1/2012, p. 31 et s.

paradigme de citoyenneté plurielle ; c'est-à-dire une citoyenneté articulée sur différents niveaux d'effectivité réciproquement liés, en passant de la dimension territoriale étatique à celle de l'espace commun européen dans lequel se manifeste l'action de l'Union ayant comme centre de référence la personne.

Dans le cadre de valeurs et principes, droits et garanties juridictionnelles, qui remplissent de contenu normatif et, en même temps, définissent des situations de subjectivité juridique ayant un relief au sein de l'ordre juridique européen.

Dans ce sens, se réalise le passage d'un droit européen (auparavant communautaire) du marché à un plus structuré droit européen de citoyenneté : où par « droit européen » on peut entendre un droit – ayant une valence avant toute chose constitutionnelle – « commun » aux ressortissants des États membres et de leurs ordres juridiques internes *à la* et, à certains égards, *de la* Union. En effet, concernant ces ordres juridiques, l'ordre juridique de l'Union se présente non pas comme distinct et isolé, mais comme une partie intégrante des ordres juridiques mêmes, visant à impliquer et en même temps favoriser l'intégration des ordres juridiques nationaux dans la sphère d'action de l'ordre juridique de l'Union. Il s'agit d'une intégration en un ordre juridique européen commun, ou bien, si l'on préfère, en un ordre juridique européen de droit commun à ses concitoyens, étant citoyens de l'Union même.

Le modèle de droit commun des siècles passés (esquissé en précédente)¹⁶ trouvait un terrain fertile de rencontre et de dialogue entre juristes libéraux dans les droits naturels (*iura naturalia*)¹⁷, précurseurs des modernes droits de l'homme, et aujourd'hui devenus droits fondamentaux de la personne. De nos jours, le nouveau *ius commune* européen apparaît destiné à se développer surtout sur le terrain des principes et des valeurs et, par conséquent, des droits fondamentaux qui en sont l'expression, avec les devoirs de conduite correspondants, des autorités publiques et des particuliers qui doivent se conformer à ces principes.

En définitive, l'idée d'inscrire ce droit européen dans la dimension plurielle de la citoyenneté nationale et européenne à la fois, au lieu de la dimension unificatrice du marché, peut contribuer à établir un meilleur équilibre entre unité et diversité et elle permet aussi de synthétiser les tendances à l'unification (uniformisation) et celles à la conservation des diversités et spécificités nationales et locales, conformément à un modèle d'ordre juridique intégré multiniveau (local, national et européen). Un

¹⁶ V. *supra*, II, 2.

¹⁷ G. GORLA, « *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del Principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, en AA.VV.* », *Diritto e potere nella storia europea*, Florence, 1982, p. 629 et s.

modèle qui rappelle à nouveau celui représenté par le droit commun (*ius commune*) en relation de complémentarité (et subsidiarité) avec les droits particuliers (*iura propria*). Il s'agit d'un modèle qui apparaît adéquat ou de toute manière utile à soutenir, dans la complexité du phénomène de l'intégration européenne, l'exigence d'une plus grande uniformité, en tant que facteur et condition d'enracinement et de développement, sur le plan social et culturel, outre que juridique-institutionnel.

Donc, on peut en tirer la conclusion suivante.

Nos sociétés sont de plus en plus plurielles dans leur articulation et leur composition.

De nos jours le pluralisme juridique devient à nouveau actuel et il implique un pluralisme des sources, et donc des systèmes de règles et des niveaux correspondants de normativité.

La perspective qui semble se profiler à l'horizon européen est celle d'une perte de cohérence et d'unité, aussi bien au sein des ordres juridiques nationaux qu'au sein même de l'ordre juridique de l'Union, en faveur d'éléments de fragmentation et de dispersion (et avec un risque intrinsèque de contradictions et de contrastes).

Alors, une réponse ne peut que venir, sur le plan spécifique des règles et de solutions communes, par le biais d'une convergence d'opinions à l'intérieur d'un cadre partagé de valeurs et des principes qui peut trouver son point de force dans la citoyenneté de l'Union en tant que « citoyenneté des citoyens »¹⁸.

La réflexion sur la citoyenneté, en tant qu'épine dorsale de l'idée même d'une communauté politique, peut aider donc à développer une notion authentique de droit européen commun, ayant un caractère à la fois supra et transnational, mais aussi – on pourrait ajouter – interculturel ; ceci étant vrai dès lors qu'on considère le phénomène de la présence grandissante dans le tissu économique et social dans beaucoup de pays de l'Union de groupes de populations provenant des ainsi nommé Pays tiers, avec les problématiques liées à leur inclusion/intégration, à la lumière du principe, d'une part de l'interdiction de tout forme de discrimination, plus particulièrement fondée sur la race, l'origine ethnique, la langue ou la religion, en plus d'autre part du principe du respect de la diversité culturelle, religieuse et linguistique. C'est-à-dire un droit qui soit l'expression d'une communauté de valeurs effective, comme un terrain solide sur lequel trouver des points d'équilibre entre l'universel et le particulier, entre ce qui est européen et ce qui est local.

Bien entendu, à condition d'une effective réalisation d'un modèle européen de société, ouverte et inclusive, respectueuse de ces valeurs et de ces principes qui fondent la primauté du droit (*rule of law*), en tant que

¹⁸ L. MOCCIA, *Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica*, cit., p. 42.

contrepoids au pouvoir politique (législatif et du gouvernement). Un modèle qui, outre l'œuvre responsable de juristes conscients de leur propre rôle, et pour cela, toujours plus européens dans leur formation et professionnalisme, demande surtout la conduite et le soutien des forces publiques et des mouvements d'opinion susceptibles de promouvoir la diffusion et l'acceptation, afin de souder l'ensemble de l'apparat de l'ordre juridique européen sur la base d'un consensus et d'une participation des citoyens de l'Union, par l'intermédiaire de ses institutions représentatives (le Parlement européen), aussi bien dans les formes participatives prévues par les dispositions relatives aux principes démocratiques du TUE, qui, pas par hasard, s'ouvrent (comme on l'a déjà souligné)¹⁹ avec le rappel formel à la (notion de) citoyenneté européenne.

¹⁹ *Supra*, dans le texte et dans la note 13.