

**L'« AGENCIARISATION » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE
LES CENTRES DE GESTION DE CRISE (*HOTSPOTS*), ILLUSTRATION D'UN DROIT
« NÉOMODERNE » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE**

Pierre BERTHELET¹

La politique migratoire européenne est le témoin d'un phénomène observé dans d'autres domaines de la construction européenne, à savoir l'agenciarisation². Mis en évidence en sciences politiques, mais aussi en droit³, il se traduit par une place accrue des agences dans le système institutionnel, ainsi que par l'élaboration de modes de régulation juridique dérogatoire au droit commun, c'est-à-dire en marge du processus décisionnel classique.

Le constat initial est l'implication de nombreuses agences en matière de politique migratoire européenne, qu'elles soient spécialisées dans ce domaine ou non⁴. Diverses agences sont en effet à l'œuvre en liaison avec d'autres instances avec lesquelles elles se coordonnent. S'opère un processus de réticulation marqué par une complexification institutionnelle, c'est-à-dire une multiplication des acteurs, tant européens (Coordonnateur pour la lutte antiterroriste, Europol, l'Agence des droits fondamentaux (FRA), l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM), le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), le réseau européen des migrations (REM), etc.) que nationaux, brouillant la distinction traditionnelle en droit entre la décision (Union) et l'exécution (État membre). Le phénomène de polycentrisme institutionnel, mis en évidence par les travaux relatifs à la gouvernance⁵, se caractérise par une complexification juridique (prolifération du « petit droit »⁶ produit, le cas échéant, par les agences elles-mêmes, et multiplication des formes de régulation atypiques).

¹ Docteur en droit, chercheur associé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

² H.C.H. HOFMANN, A. MORINI, « Constitutional Aspect of the Pluralisation of the EU Executive through “Agencification” », *European Law Review*, vol. 37, 2012, p. 419-443.

³ Par exemple : M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne et gouvernance européenne », in J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, coll. Études de l'IREDE, 2002, p. 43-78 ; R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de “l'agencisation” de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », in Collectif, *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges Claude Blumann*, Paris, LGDJ, 2015, p. 693-707 ; O. DUBOS, « Les agences décentralisées : catégories juridiques et méandres de la gouvernementalité dans l'Union », in B. BERTRAND (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 127-148 ; É. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 57, n° 3, 2017, p. 457 et s.

⁴ E. GUILD, « The complex relationship of asylum and border controls in the European Union », in V. CHETAIL, P. De BRUYCKER, F. MAIANI, (dir.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, p. 41.

⁵ R. RHODES, « What is new about governance and why does it matter ? », in J. MAYWARD, A. MENON (dir.), *Governing Europe*, Oxford, OUP, 2003, p. 61-73.

⁶ S. GERRY-VERNIÈRES, « Délimitations : les figures du “petit droit” », in E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit & Science Politique, 2016, p. 95-107.

L'objectif de cet article est d'illustrer, à travers l'exemple des centres de gestion de crise, ou *hotspots*, la manifestation de ce polycentrisme institutionnel. L'établissement de ces centres est effectué sur la base de l'art. 78 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui dispose qu'« au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés ». Suite à la crise migratoire de 2015, le Conseil européen a décidé, le 23 avril 2015, d'apporter une réponse commune sous la forme de répartition d'urgence entre États membres d'une partie des demandeurs d'asile. Le principe de cette répartition, dénommée « relocalisation », a été validé par un autre Conseil européen, celui des 25 et 26 juin 2015. Quant aux *hotspots*, ils constituent un moyen de concentrer les capacités disponibles de l'Union, en particulier celles des agences européennes pour venir en aide aux États en première ligne. Une note explicative de la Commission précise à ce propos qu'il s'agit de plates-formes d'aide multi-agences, fonctionnant selon une approche de soutien à la fois globale et ciblée : globale en prenant en compte tous les aspects du processus de relocalisation, de l'enregistrement du migrant à l'audition en vue de la sélection des migrants éligibles au programme de relocalisation, en passant par la coordination des opérations de retour lorsque leur demande d'asile est jugée infondée, et ciblée dans la mesure où il s'agit d'un appui localisé (au sein des centres) autour d'opérations préalablement définies⁷.

Ces *hotspots*, chargés de gérer la crise générée par l'afflux massif de migrants clandestins, sont un exemple du phénomène d'agenciarisation. Ils illustrent aussi les procédés issus de la nouvelle gouvernance à l'œuvre. Agenciarisation et nouvelle gouvernance ne sont pas incompatibles, bien au contraire. L'agenciarisation est en effet un phénomène qui s'inscrit au sein d'un mouvement plus vaste, celui de polycentrisme institutionnel, qui est lui-même englobé dans le processus de nouvelle gouvernance (I). La multiplication des techniques dérivant de cette nouvelle gouvernance dans le domaine migratoire, inhérente à ce processus de polycentrisme institutionnel, est un « phénomène dans le phénomène »⁸ de mutation de la méthode communautaire – une méthode non pas dépassée, mais réinventée⁹, car ayant absorbé certaines techniques issues de la nouvelle gouvernance –, caractérisée par la création de structures assurant un mécanisme de coordination verticale (entre l'Union et les États membres à travers des enceintes rassemblant des experts nationaux) et de coordination horizontale entre les institutions européennes¹⁰.

7 Commission européenne, note explicative de l'approche « Hotspot », 2015, <<http://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>>.

8 M. BLANQUET, « L'appropriation par la Communauté européenne des impératifs de sécurité », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ? (actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006)*, Paris/Toulouse, LGDJ/Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 216.

9 R. DEHOUSSE, « Conclusion: Obsolete or Obsolete? », in R. DEHOUSSE (dir.), *The « Community Method », Obsolete or Obsolete?*, Londres, Palgrave, coll. Palgrave Studies in European Union Politics, 2011, p. 199-226.

10 M. SCHAPIRO, « Independent agencies », in P. CRAIG, G. De BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 119.

Sur le plan juridique, le droit dit « néomoderne »¹¹ apparaît comme l'expression singulière de la nouvelle gouvernance (II). En ayant recours abondamment au droit mou, celle-ci questionne la normativité classique et les *hotspots* constituent un exemple. Cependant, et c'est toute la spécificité du droit néomoderne, *hard* et *soft law* s'articulent pour assurer une réponse la plus efficace aux objectifs fixés dans le cadre des politiques menées. En effet, il convient de noter que les dynamiques institutionnelles relatives à la nouvelle gouvernance et des formes de régulations juridiques atypiques émergentes ne doivent pas occulter des modes d'action plus classiques concernant la politique migratoire européenne. L'hypothèse émise dans cet article a trait au fait que cette théorie du droit néomoderne offre une grille d'analyse pertinente pour comprendre, dans la formulation de la réponse à la crise initiée par un afflux massif de migrants aux frontières extérieures de l'Union, non seulement le recours régulier à la *soft law* et le choix du polycentrisme institutionnel, mais aussi l'usage non négligeable d'une régulation plus traditionnelle. Le droit néomoderne, en tant que droit constitutif de la politique migratoire européenne, combine en effet cette régulation traditionnelle fondée sur le respect des procédures décisionnelles prévues dans le droit primaire à une régulation plus atypique, en marge de telles procédures décisionnelles.

Les *hotspots* constituent à cet effet une forme de régulation juridique innovante fondée sur du droit mou dans un environnement juridique composé de droit contraignant. À cet égard, la souplesse juridique de ces *hotspots*, visant à alléger le poids généré par les flux de migrants qui exercent une pression forte sur les régimes d'asile des pays de première ligne, permet d'adapter la réponse de l'Union en fonction des besoins du moment. La vocation de tels *hotspots* est réévaluée selon des considérations postérieures à leur création. Ainsi, d'autres objectifs, notamment la lutte contre la fraude documentaire et celle contre les passeurs, viennent ajuster les missions de ces centres de gestion de crise. Or, ces impératifs, tout comme les différents objectifs poursuivis par la politique migratoire européenne, requièrent une réponse appropriée et le droit est un moyen d'y parvenir. Le droit de la politique migratoire, en tant que droit néomoderne, assure l'ajustement des mesures déployées à ces objectifs politiques. Pour autant, ce droit néomoderne, en tant qu'ensemble de régulation juridique dynamique, n'est pas un outil servile. Droit et politique interagissent, si bien que les politiques publiques s'insèrent dans le cadre d'un système de normes juridiques qu'elles concourent à façonner.

I. L'encastrement du phénomène d'agenciarisation dans la dynamique globale de la nouvelle gouvernance

La politique migratoire européenne est marquée par un rôle prééminent des agences européennes. Il est possible de citer dans ce « bouquet d'agences »¹², CEPOL, EU-Lisa, Frontex, Eurojust et Europol. Il importe de mentionner également comme agence JAI, FRA et EASO. La construction européenne se caractérise à cet égard par un phénomène d'« agencification »¹³, c'est-à-dire l'émergence de

11 C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 26, 1999.

12 M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, p. 102.

13 Sur ce concept, voir C. POLLIT, K. BATHGATE, J. CAUFIELD, A. SMULLEN, C. TALBOT, « Agency forever ? Analysis of an international policy fashion », *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol. 3, n° 3, 2001, p. 271-290.

nouvelles agences comme mode de gouvernance de l'Union européenne. Ce recours aux agences est l'expression d'un polycentrisme institutionnel (A). La mécanique européenne tend à devenir désormais extrêmement décentralisée¹⁴. Ce mouvement d'agenciarisation correspond dès lors à une forme de gouvernance décentralisée. Les *hotspots* illustrent ce polycentrisme institutionnel prenant les traits d'une gouvernance en réseau (B).

A. Le polycentrisme institutionnel ou la manifestation d'une gouvernance en réseau

Le droit européen connaît une multiplication des textes instituant de nouvelles agences et étendant les compétences de celles existantes. Or cette évolution s'inscrit dans la perspective de l'approfondissement de l'intégration européenne. L'Union étend sa sphère de compétence en matière d'exécution matérielle. Elle le fait par le truchement de ces agences européennes dont le nombre est croissant. Quant aux agences compétentes en matière migratoire, à l'instar des agences européennes en général, elles témoignent d'une transfiguration inédite de l'action communautaire. La centralisation de l'action opérationnelle dans le chef de celles-ci marque l'immixtion progressive et constante du droit communautaire dans l'exécution matérielle des règles législatives¹⁵.

Les agences européennes effectuent à cet égard une « captation des compétences »¹⁶ nationales, offrant à l'Union des compétences d'exécution directe. Et une telle captation est progressive, de même que l'autonomie qu'elles acquièrent. Elle s'opère de manière incrémentale, par « petits pas »¹⁷, en écho à l'approche néofonctionnaliste de l'intégration européenne. L'évolution progressive de Frontex vers un Corps européen de garde-frontières, fondé sur un règlement de septembre 2016¹⁸, est une illustration caractéristique des avancées¹⁹. Le règlement instituant ce Corps apporte peu d'innovation²⁰. Il s'inscrit dans une logique de gestion des frontières qu'il contribue à faire perdurer. Il reste qu'il constitue, de par certaines modifications substantielles au regard des textes précédents, un pas supplémentaire dans le processus d'intégration²¹. De surcroît, il offre de nouvelles marges de manœuvre pour permettre à Frontex, à l'image d'Europol en matière policière, de renforcer sa place centrale dans le projet de gestion intégrée des frontières extérieures²².

14 J.-L. SAURON, « Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif, 2^e éd., 2014, p. 401.

15 C'est d'ailleurs la thèse centrale d'Yves Pascouau : Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, n° 34, 2010, p. 665.

16 M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON, *op. cit.*, p. 103.

17 P. HOBGING, *The tools called to support the « delivery » of freedom security and justice : a comparison of border security systems in the EU and in the US*, Études du Parlement européen, DG des politiques internes, Département C, 2009, p. 4.

18 Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil (JOUE n° L 251 du 16 septembre 2016, p. 1).

19 P. DE BRUYCKER, « The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic », *European Papers*, vol. 1, n° 2, 2016, p. 559-569, <<http://europeanpapers.eu/fr/e-journal/european-border-and-coast-guard-new-model-built-old-logic>>.

20 H. ROSENFELDT, « Establishing the European Border and Coast Guard: all-new or Frontex reloaded? », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 octobre 2016, <<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/10/establishing-european-border-and-coast.html>>.

21 J. RIJPMAN, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Études du Parlement européen, DG des politiques internes, Département C, 2016, p. 5.

22 D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 57, n° 3, 2017, p. 437 (p. 10 du doc. en ligne à l'adresse : <http://www.dalloz.fr/>).

Ce mouvement de captation se caractérise aussi par une mutation du processus décisionnel de l'Union. L'importance prise par les agences de l'Union correspond à une transformation de l'action publique. Celle-ci suit de nouvelles finalités et de nouveaux objets, ce qui conduit l'Union à se doter de nouveaux outils²³. La transformation de cette action serait la traduction d'un glissement du mode de gestion politique sous la forme du gouvernement à celui de la gouvernance²⁴. Et un tel mouvement est observable depuis la fin des années 1990 à l'échelle de l'Union, caractérisé par l'émergence de structures disposant d'un certain degré d'indépendance vis-à-vis des institutions européennes²⁵. L'autonomisation s'opère alors par l'extension des compétences opérationnelles de ces agences. Dans son livre blanc du 25 juillet 2001, la Commission a promu le rôle des agences comme moyen d'améliorer la mise en œuvre du droit de l'Union. Celles-ci présentent un ensemble d'avantages. Elles permettent notamment d'accroître la visibilité de l'Union, de « donner chair »²⁶ à son action et de renforcer la légitimité de son intervention en créant des pôles d'expertise.

Inspirées de la théorie du New Public Management (NPM)²⁷ exerçant une « influence grandissante »²⁸ sur la régulation juridique européenne, les agences européennes seraient une nouvelle forme de pilotage de l'action publique sous un prisme libéral, caractérisé par davantage de délégation et d'autonomie des structures. Ce mouvement d'agenciarisation correspondrait dès lors à une forme de gouvernance décentralisée. Dans cette optique, la construction européenne ne constitue pas une entité surplombante des États. Elle les pénètre en altérant leur composition²⁹. Ce processus d'hybridation Union-État se caractérise par le développement de réseaux. Rompant avec l'approche classique du transfert vertical des compétences, cette conception réticulaire signifie un transfert horizontal de compétences par l'entremise d'agences disposant d'un degré d'autonomie élevé. Ces agences interviennent dans le champ de l'exécution matérielle, qui est un domaine traditionnellement dévolu aux États. Dans cette perspective d'autonomie marquée des structures européennes, les agences européennes possèdent davantage de prérogatives tout en s'affranchissant de la tutelle des États membres³⁰.

23 M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne et gouvernance européenne », *op. cit.*, p. 52.

24 R. DEHOUSSE, « Regulation by Network in the European Community : the Role of European Agencies », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 246-261 ; J. CHEVALLIER, « Agencification et gouvernance », in Conseil d'État, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, Rapport public du Conseil d'État, Études et documents, n° 63, 2012, p. 239-250.

25 E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *op. cit.*, p. 60.

26 I. MULLER-QUOY, « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », in J.-F. COUZINET (dir.), *op. cit.*, p. 16.

27 Voir à ce propos C. HOOD (1995), « The «New Public Management» in the 1980s : Variation on a Theme », *Accounting, Organization and Society*, vol. 20, n° 2-3, p. 93-109 ; T. CHRISTENSEN, P. LÆGREID (dir.), *New Public Management. The Transformation of Ideas and Practice*, Aldershot, Ashgate, 2001 ; J. A. G. EWALT, « Theories of Governance and New Public Management: Links to Understanding Welfare Policy Implementation », Document préparé pour la présentation de la Annual Conference of the American Society for Public Administration, Newark, 12 mars 2001, <<http://unpan1.un.org>> ; B. PETERS, « Nouveau Management Public », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2^e éd., 2006, p. 306-312. Pour une bibliographie complémentaire, voir A. VAN WAEYENBERGE, *Les nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Larcier, coll. Études, 2015, p. 65, note n° 292.

28 A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 65.

29 Frontex en est une illustration : « Le recours à une agence investie de missions à la fois de coordination et de substitution, de nature à la fois indépendante et intergouvernementale, dotée d'un corps de fonctionnaires à la fois européens et nationaux, est une illustration de la recherche d'un modèle hybride d'administration qui ne soit ni pleinement directe ni totalement indirecte, engendrant une forme complexe de confusion entre les niveaux nationaux et européen dans l'exercice des fonctions exécutives » (É. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *op. cit.*, p. 3 du doc. en ligne à l'adresse : <http://www.dalloz.fr/>).

30 J.-F. COUZINET, « Agences et compétences des États et de l'Union », in J.-F. COUZINET (dir.), *op. cit.*, p. 36.

Les agences apparaissent comme des « outils d'externalisation maîtrisée »³¹ destinés à dépasser les cloisonnements sectoriels. En effet, elles s'inscrivent dans des réseaux administratifs sectoriels composés d'administrations nationales et européennes³². Leur développement est alors, pour certains auteurs, l'expression d'une forme de réseaux d'administrations coordonnées³³, voire la manifestation d'une forme de gouvernance multiniveaux³⁴.

En suivant l'analyse d'Adam Svendsen, il est possible de considérer que la coopération policière est la manifestation de cette gouvernance multiniveaux³⁵. Europol constitue à ce propos l'illustration d'un réseau d'administrations policières coordonnées à l'échelle de l'Union. La complexité de l'office européen de police tient au fait qu'elle se trouve au centre d'un réseau complexe de renseignement³⁶. Si la question de son statut est clarifiée, au sens où il s'agit d'un organisme dont le régime est aligné sur celui des autres agences européennes, il est possible de considérer, au regard du point de vue développé par Mathieu Deflem, que Europol est moins un organe supranational, qu'un réseau coopératif international chargé de coordonner les autorités policières des États membres³⁷. Un certain degré d'intergouvernementalisme est conservé, mais l'opposition traditionnelle entre méthode communautaire et méthode intergouvernementale est rejetée. Une telle opposition n'apparaît en effet plus pertinente pour rendre compte des rapports étroits entre ces autorités nationales entre elles et avec les agents d'Europol, en premier lieu les analystes de l'office.

Si la coopération policière apparaît comme la manifestation d'une gouvernance multiniveaux, dans la mesure où différents réseaux se superposent et s'enchevêtrent, il en est de même concernant l'Europe du renseignement. Il s'agit d'une mosaïque de réseaux, composée d'un grand nombre d'accords qui se superposent et d'entités dont les collaborations sont fluctuantes³⁸. Les efforts menés après les attaques du 11 septembre ont consisté à structurer les différents réseaux à travers différents procédés comme l'envoi et l'échange d'officiers de liaison, l'élaboration de *task forces* et la signature d'accords interagences³⁹. Or c'est exactement cette même démarche que l'on retrouve concernant les *hotspots* : il s'agit d'une gestion concertée d'un problème donné à travers des actions en commun et une coordination mutuelle accrue visant à fluidifier cette collaboration ainsi que le partage de renseignement. Ces *hotspots* apparaissent comme un exemple de ce phénomène de polycentrisme institutionnel.

31 M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 49.

32 *Ibidem*, p. 59 ; M. SCHAPIRO, « Independent agencies », in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (dir.), *op. cit.*, p. 119 ; E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *op. cit.*, p. 54.

33 R. RHODES, « What is new about governance and why does it matter ? », in J. MAYWARD, A. MENON (dir.), *Governing Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 61-73.

34 L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level governance and European integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001 ; « Types of Multi-Level Governance », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n° 3, Paris, 2002.

35 M. DEN BOER, « Toward a governance model of police cooperation in Europe: The twist between networks and bureaucraties », in F. LEMIEUX (dir.), *International police cooperation. Emerging issues, theory and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010, p. 46.

36 A. D. M. SVENDSEN, « On a "continuum with expansion" ? Intelligence cooperation in Europe in the early 21st century », in S. LÉONARD, C. KAUNERT (dir.), *European security, terrorism and intelligence: tackling new security challenges in Europe*, Londres, Palgrave MacMillan, 2013, p. 202.

37 M. DEFLEM, « Europol and the policing of international terrorism : Counter-terrorism in a global perspective », *Justice Quarterly*, vol. 23, n° 3, septembre 2006, p. 340.

38 A. D. M. SVENDSEN, *op. cit.*, p. 201.

39 P. GILL, « Les nouveaux développements des réseaux de sécurité et de renseignement », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE (dir.), *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve du terrorisme*, Paris, La Découverte, coll. Cahiers libres, 2008, p. 109.

B. Les *hotspots* comme illustration d'une forme de gouvernance polycentrique

Les *hotspots* sont un exemple de projet concret mis en œuvre dans le cadre de la politique migratoire européenne, au sein duquel se déroule la coordination entre certaines de ces agences. Pour approfondir les propos introductifs à ce sujet, l'approche dite « hotspot » consiste à instaurer des centres de crise destinés à identifier, parmi les ressortissants de pays tiers, ceux ayant besoin d'une protection internationale spécifique. Plus exactement, la Commission souligne qu'elle entend, avec ces dispositifs, concrétiser le mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile⁴⁰. Les *hotspots* visent donc à participer à la mise en œuvre d'un programme de relocalisation avancé par le Conseil européen des 27 mai 2015 et du 9 septembre 2015. Il s'agit d'apporter une réponse à une situation d'urgence à laquelle doivent faire face la Grèce et l'Italie. Ce programme, dont les *hotspots* apparaissent comme une modalité de réalisation, est destiné à rendre effectif le principe de solidarité tel qu'évoqué à l'art. 80 TFUE. Un tel programme a pour objectif d'assurer la relocalisation de 40 000 ressortissants syriens et érythréens arrivés sur les côtes grecques et italiennes.

L'approche *hotspot* a été évoquée par la Commission dans son agenda sur les migrations de 2016. Elle a été mentionnée auparavant dans une étude de faisabilité⁴¹. Selon Lilian Tsourdi, pour la première fois, un cadre collaboratif a été clairement établi dans le domaine migratoire⁴². Au-delà, les *hotspots* constituent un maillon essentiel de la gestion de la crise migratoire observée en Méditerranée centrale et orientale en 2015 et en 2016. Concrètement, les agences impliquées dans ce dispositif sont amenées à apporter un soutien aux autorités nationales, notamment en matière d'identification des personnes ayant besoin d'une protection : des agents d'EASO facilitent le processus d'examen de la demande d'asile déposée par les ressortissants de pays tiers arrivant sur le sol européen. Ils assurent l'entretien des requérants et prennent part au processus de relocalisation. Quant aux agents de Frontex, ils réalisent les opérations de filtrage, le contrôle des documents, de même que le relevé des empreintes digitales et l'enregistrement, ainsi que la coordination des opérations de retour des demandeurs d'asile déboutés. Pour ce qui est d'Europol, il participe à l'identification des filières de passeurs de migrants à travers les auditions menées et les renseignements collectés *in situ*. En parallèle, l'office a lancé, en février 2016, son centre de lutte contre le trafic de migrants (European Migrant Smuggling Centre (EMSC)) visant à centraliser ces renseignements aux fins d'appui fourni aux États membres dans leurs enquêtes contre ces filières. De tels renseignements alimentent également la production analytique mise à leur disposition, dans le but d'obtenir une image globale des phénomènes et des groupes criminels à l'œuvre.

Les représentants des agences concernées sont présents dans les différents *hotspots* créés, de même que dans le centre de coordination, l'EU Regional Task Force (EURTF). Deux d'entre eux ont été mis en place, l'un en Italie (Catane) et l'autre au Pirée (Grèce). Outre les membres de Frontex, d'EASO

40 Commission européenne, Factsheet « The hotspot approach to managing exceptional migratory flows », 8 September 2015.

41 Unisys, *Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Union* ESBG, Final Report, Version 3.00, 16 June 2014.

42 L. TSOURDI, « Hotspots and EU Agencies: Towards an integrated European administration ? », *Eumigrationlawblog*, 26 janvier 2017, <<http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>>.

et d'Europol, des représentants des autorités italiennes ainsi qu'une autre agence européenne sont présents. Il s'agit de l'unité de coopération judiciaire Eurojust. Cette dernière a nommé des points de contact dédiés au sein de chaque centre de gestion de crise⁴³. Le rapport annuel d'activité de cette agence, publié en 2016, souligne à ce sujet que celle-ci soutient les États membres confrontés au défi de l'afflux de migrants aux frontières dans le cadre de leurs activités menées au sein de ces *hotspots*. L'appui est apporté *via* leurs bureaux nationaux (National Desks) de l'unité de coopération judiciaire. Ainsi, il existe des contacts étroits menés entre les autorités nationales impliquées et les représentants de l'agence déployés physiquement, mais aussi entre elles et le quartier général (QG) desdites agences. Par exemple, la collaboration entre ces autorités et Europol s'opère par le canal des Unités nationales Europol (UNE), qui assurent la liaison entre les bureaux de l'office Europol et ces autorités nationales.

Cette collaboration verticale, c'est-à-dire entre agences et autorités nationales, se double d'une collaboration horizontale, à savoir entre agences elles-mêmes, et ce, en vertu des divers accords signés entre elles. Il s'agit en effet d'une collaboration inter-agences destinée à appuyer les administrations nationales. Sur le plan juridique, les *hotspots* reposent un texte non contraignant, à savoir la note explicative précitée émise par l'une des directions générales de la Commission européenne, la DG Home, le 15 juillet 2015, les principes ayant été réitérés par la suite dans une annexe d'une communication de la Commission⁴⁴. À l'époque, le Commissaire européen à l'immigration a fait parvenir une feuille de route aux deux pays concernés, la Grèce et l'Italie, cette feuille ayant été élaborée avec le soutien de Frontex et EASO notamment.

Ces efforts semblent payer si l'on en croit la Commission. Outre la réduction du nombre de migrants arrivés sur les côtes européennes, elle note que « des progrès significatifs ont été accomplis pour ce qui est d'éliminer les principaux goulets d'étranglement mis en évidence par le passé »⁴⁵. Ces agences ont notamment pris part à la réunion *ad hoc* des points de contact nationaux relative à la relocalisation, qui a eu lieu à Rome le 15 septembre 2016. La coordination se réalise à ce sujet entre les agences, mais pas seulement. Elle implique la Commission ainsi que les États membres. Ainsi, concernant la relocalisation, un travail de coordination multilatérale a été mené entre les autorités italiennes et Europol, qui ont conclu un accord au sujet des contrôles de sécurité complémentaires mis en place lors du mécanisme de relocalisation. L'objectif était d'assurer une fluidité de ce mécanisme (par exemple garantir une réponse rapide des États membres aux demandes de relocalisation) en préservant un niveau de sécurité élevé⁴⁶. Concrètement, il s'agit d'inclure Europol dans le processus d'échange des empreintes digitales et dans les entretiens de sécurité supplémentaires (ainsi qu'EASO par ailleurs, pour l'organisation d'entretiens destinés à identifier certains motifs invoqués de nature

43 M. CONINSX, « Eurojust, une réponse judiciaire plus solide que jamais de l'Union européenne », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, vol. 38, n° 4, 2016, p. 78.

44 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, « On the frontline: the hotspot approach to managing migration », Parlement européen, Étude, PE 556.942, mai 2016, p. 26.

45 Communication de la Commission du 28 septembre 2016 intitulée « Sixième rapport sur la relocalisation et la réinstallation » (COM (2016) 636), p. 5. Ce constat a été réitéré par la Commission dans son bilan sur l'agenda européen des migrations (communication du 29 septembre 2017 (COM (2017) 558)).

46 Communication de la Commission du 8 décembre 2016, intitulée « Huitième rapport sur la relocalisation et la réinstallation » (COM (2016) 791), p. 13.

à entraîner l'exclusion du bénéfice de la protection). Cette coordination de grande ampleur, qui déborde le seul cadre de la coordination interagences, est l'illustration que la nouvelle gouvernance et ses techniques ont pénétré, en partie du moins, la politique migratoire européenne.

II. Le droit néomoderne, expression singulière de la nouvelle gouvernance

Les *hotspots* constituent une illustration de la nouvelle gouvernance (A). Celle-ci renvoie à l'idée d'intégration européenne dans la perspective de pouvoirs partagés, d'interdépendance et de coordination, bien plus que la souveraineté et la hiérarchie⁴⁷. Elle correspond aussi à des régulations juridiques atypiques. Cette régulation diversifiée tend à battre en brèche l'approche du droit européen qui appréhende le droit comme un ensemble hiérarchisé et articulé autour de l'impératif de cohérence interne⁴⁸. Les *hotspots* sont donc un exemple de ce droit de la nouvelle gouvernance. Il est possible d'aller plus loin dans l'analyse en considérant qu'ils incarnent, ou incarneraient, puisque c'est l'hypothèse avancée, un droit européen de facture néomoderne.

A. Les *hotspots*, exemple de la nouvelle gouvernance européenne

Le recours à des agences dans le domaine de la politique migratoire européenne constitue une caractéristique de la nouvelle gouvernance. Cette dernière insiste sur l'importance de la *soft law* dans le processus décisionnel, sur la volonté de consensus et de coordination, sur le partage d'expérience et sur le traitement pragmatique des problèmes⁴⁹. Elle est fondée sur les préceptes de la gouvernance : un pilotage multi-acteurs et multiniveaux notamment⁵⁰. Quant à la MOC (méthode ouverte de coordination), elle est archétypique de la nouvelle gouvernance. Toutefois, ses idées ont largement dépassé le périmètre de la MOC, à savoir les domaines socio-économiques, pour s'étendre à d'autres politiques de l'Union⁵¹. Il est possible de considérer en effet que le phénomène de *governance turn* dépasse le champ couvert par la stratégie de Lisbonne, tel que défini par le Conseil européen en 2000, pour s'étendre à de nouvelles sphères, en particulier la politique migratoire.

La nouvelle gouvernance se manifeste donc par une multiplicité d'acteurs. Or, la politique migratoire européenne est caractéristique, à travers les *hotspots*, de cette nouvelle gouvernance à l'œuvre. Outre les agences européennes précitées ainsi que les autorités nationales compétentes, il est possible de mentionner l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR) dont certains représentants sont dépêchés sur place. Ces deux organismes ont également participé à cette réunion *ad hoc* des points de contact

47 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 73-76.

48 S. DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Travaux du CERIC, 2007, § 45.

49 I. BRUNO, S. JACQUOT, L. MANDIN, « L'europanisation saisie par son instrumentation : benchmarking, gender mainstreaming et MOC... boîte à outils ou boîte de Pandore ? », in B. PALIER, Y. SUREL *et al.* (dir.), *L'Europe en action. L'europanisation dans une perspective comparée*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2007, p. 195.

50 J.-P. GAUDIN, « La gouvernance, nouvelle conception du pouvoir ? », in J.-V. HOLEINDRE (dir.), *Le pouvoir. Concepts, Lieux, Dynamiques*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 354.

51 C. SCOTT, « Governing without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », *European Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2009, p. 164.

nationaux relative à la relocalisation, qui s'est tenue à Rome le 15 septembre 2016. Les institutions européennes sont parties prenantes au processus. Cette réunion a été présidée conjointement par elle ainsi que les autorités italiennes.

Une telle multiplication des acteurs s'illustre dans le contexte dans lequel est mise en œuvre cette politique. En effet, la gestion des *hotspots* ne s'effectue pas en vases clos. Divers acteurs sont amenés à interagir, par exemple le Coordinateur européen pour la lutte antiterroriste ou bien l'OTAN. Des collaborations ont lieu en Méditerranée orientale notamment : des forces navales nationales assurent, depuis février 2015, des patrouilles en mer Égée pour apporter un soutien dans la gestion de la crise des réfugiés et lutter contre l'immigration clandestine. Frontex collabore avec ces forces navales ainsi que les capacités de l'Atlantique nord mobilisées dans le cadre de cette opération, ou bien en réalisant un échange de renseignement aux fins de lutte contre les passeurs. Un protocole d'accord a d'ailleurs été signé en mars 2016 entre l'OTAN et Frontex qui, au demeurant, fournit une assistance technique à la Grèce dans le cadre de l'opération Poséidon. Cette opération Poséidon correspond à une opération conjointe à large spectre visant à la fois à lutter contre le trafic de migrants, mais aussi le trafic d'armes et de faux documents. Elle est menée en complément à une opération spécifique de l'OTAN, *Sea Guardian* ayant été lancée quant à elle le 8 novembre 2016. Une coopération Frontex-OTAN a lieu en matière d'échange de renseignement, contribuant à réduire le nombre de flux de migrants et à désorganiser les filières de passeurs clandestins⁵².

La nouvelle gouvernance implique par définition de nombreux protagonistes, y compris des organismes et pays tiers. Elle se fonde, comme il l'a été dit, sur un pilotage multi-acteurs certes, et mais aussi multiniveaux. Il s'agit de faire en sorte que les acteurs concernés se coordonnent effectivement. Sur le terrain, cet effort est réalisé par les représentants des agences dans les différents *hotspots*. Une coordination est effectuée à l'échelle nationale au sein de l'EURTF. Il s'agit de compléter par des mécanismes de coordination informelle au sein de chacun des *hotspots*. Il n'existe pas à proprement parler de lien de subordination hiérarchique. Ainsi, chaque agence s'efforce de collaborer avec les autres, soit de manière informelle, soit dans le cadre des accords interagences. C'est le cas du protocole d'accord existant, régissant la coopération entre Eurojust et Frontex permettant notamment l'échange d'informations. Une telle collaboration est réalisée de manière bilatérale ou bien à un niveau supérieur, en vertu du plan d'action de 2013 relatif à une coopération entre elles dans le domaine JAI, et des priorités communes définies à cet effet⁵³.

À l'échelle institutionnelle, la Commission – dans le cadre de son agenda sur les migrations, ou dans sa communication instituant un programme européen spécifique en matière de retour⁵⁴ – ou bien le Conseil – dans le contexte des conclusions qu'il adopte, par exemple celles du 10 mars 2016 concernant la lutte contre les filières de migrants clandestins – dressent un cadre général au sein

52 M. E. ARGANO, « A stronger NATO means a stronger Europe. Sea Guardian and Operation Sophia together », EU LOGOS, 15 novembre 2016, <<https://europe-liberte-securite-justice.org/2016/11/15/a-stronger-nato-means-a-stronger-europe-sea-guardian-and-operation-sophia-together/>>.

53 Respectivement doc. du Conseil du 7 février 2013, n° 5022/13 et doc. du Conseil 9 février 2015, n° 5946/15, JAI 66, COSI 18.

54 Communication de la Commission du 9 septembre 2015, intitulée Plan d'action de l'UE en matière de retour (COM (2015) 453).

duquel opèrent ces agences. Les institutions européennes fournissent les orientations nécessaires à leur action. Pour reprendre l'exemple des conclusions de mars 2016, le Conseil invite « à renforcer leur coopération, en mettant plus particulièrement l'accent sur la synergie des activités de toutes les agences concernées et sur l'échange d'informations, par le recours au groupe de contact des agences de l'UE sur le trafic de migrants (en particulier Europol, Eurojust, Frontex, la FRA, le CEPOL et l'EASO) »⁵⁵. Toutefois, l'élaboration de ces textes se réalise avec le concours des agences qui sont consultées, ou bien qui élaborent des rapports, par exemple les rapports d'analyse de risque sur la base desquels sont définies ces orientations.

Ces textes élaborés à l'échelle de l'Union destinés à conférer aux agences les orientations nécessaires à leur action constituent des documents programmatifs sécants. Les travaux menés dans les différents cadres, fraude documentaire, lutte antiterroriste, relocalisation, interopérabilité, ne sont en effet pas cloisonnés, au contraire. Ainsi, est-il de l'agenda européen sur les migrations, du plan d'action renouvelé en matière de retour et du plan d'action contre la fraude documentaire.

Les *hotspots* apparaissent, quant à eux, comme un microcosme cristallisant les préoccupations exprimées dans ces divers documents : faire face à l'afflux de migrants, assurer efficacement le retour des migrants devant être éloignés et lutter davantage contre le trafic de documents de voyage. La complexité de la politique migratoire tient au fait que ces documents de programmation tendent à se combiner. Ils se chevauchent et la question de la consultation systématique des fichiers JAI aux frontières extérieures de l'Union est un exemple. Le plan d'action renouvelé pour le retour préconise que les États membres saisissent immédiatement dans le SIS tous les titres de séjour ayant été retirés ou invalidés⁵⁶. Le plan d'action en matière de lutte contre les faux documents préconise, lui aussi, l'enregistrement systématique de tous les documents volés, perdus, détournés ou invalidés dans le SIS et suggère en outre, l'alimentation systématique des bases de données d'Interpol dans ce domaine (base SLTD). Or, cette suggestion fait elle-même écho aux travaux en matière d'interopérabilité des systèmes d'information JAI. Basée sur un constat du Conseil européen de décembre 2015, cette réforme de l'architecture européenne existante en matière de gestion de l'information a été lancée par une communication d'avril 2016⁵⁷. Elle entend résorber le phénomène de fragmentation des systèmes d'information JAI et faciliter l'emploi de ceux-ci par les services nationaux utilisateurs, notamment leur consultation simultanée. Sont concernés par la réforme engagée, le SIS II dont la refonte est lancée, le système PNR fondé sur la directive éponyme⁵⁸, DubliNet, le système d'entrée/sortie (EES) et le système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS). Les grandes lignes de ce projet opérationnel visant à surmonter le cloisonnement des différents systèmes d'information, dont seulement une partie a été évoquée, ont été validées par le Conseil lors de sa session du 9 juin 2017⁵⁹.

55 Doc. du Conseil du 10 mars 2016, n° 6995/16, p. 10.

56 Communication de la Commission du 2 mars 2017 relative à une politique de l'Union européenne plus efficace en matière de retour (COM (2017) 200).

57 Communication de la Commission du 6 avril 2016 intitulée « Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité » (COM (2016) 205).

58 Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière (JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 132).

59 Doc. du Conseil du 1^{er} juin 2017, n° 9448/17.

Cependant, ces travaux menés en matière d'interopérabilité tels que présentés ci-dessus ont un impact concret, en particulier dans le cadre des activités des *hotspots*, par exemple pour identifier plus rapidement des demandeurs d'asile considérés comme à risque pour la sécurité et l'ordre public⁶⁰. Ces différents textes évoqués sont porteurs d'agendas spécifiques qui s'entrecroisent. Il existe une diversification des priorités, en même temps que les textes programmatifs qui les évoquent. Il existe de surcroît des effets de convergence des agendas qui brouillent les frontières entre politiques, et qui se répercutent sur ces documents programmatifs, chacun évoquant le même sujet, mais sous des angles spécifiques, reflets de préoccupations propres. Par exemple, les thématiques relatives à la politique migratoire sont régulièrement abordées dans l'agenda terroriste, en particulier dans des conclusions du Conseil adoptées le 20 novembre 2015⁶¹. À la suite des attentats terroristes à Paris de novembre 2015 et de Bruxelles 2016, la Commission a constaté, dans un rapport d'avril 2016, relatif à la mise en œuvre de son agenda sur les migrations, que des terroristes sont (ou étaient supposés être) entrés clandestinement sur le territoire de l'Union en se mêlant au flux de migrants en ayant recours à des faux documents⁶². Ce constat l'a amené à préconiser d'une part, un travail plus approfondi d'EASO concernant les entretiens menés avec les demandeurs d'asile, et d'autre part, le contrôle systématique des bases de données. Une telle préconisation, qui consiste à faciliter les recherches simultanées dans le SIS et la base SLTD, fait écho à des mesures figurant dans d'autres documents programmatifs, en premier lieu ceux concernant l'interopérabilité des systèmes d'information.

Tous ces documents programmatifs sont interconnectés et les mesures préconisées pour la réalisation des objectifs fixés pour chacun d'eux interfèrent entre elles. Ces mesures, très diverses, revêtent parfois une dimension pragmatique, au sens où leur mise en œuvre ne requiert pas l'adoption d'un acte juridique. Certaines d'entre elles impliquent parfois seulement l'adoption de droit mou. Ainsi en est-il justement des *hotspots*⁶³.

La complexité de l'appréhension de la politique migratoire européenne réside dans le fait qu'elle est composée, en partie du moins, des actions concrètes et des normes de *soft law* qui se superposent.

60 En effet, les centres de gestion de crise s'apparentent à des centres de tri destinés à répartir les migrants en fonction de diverses catégories : migrants économiques à expulser, « authentiques » réfugiés à protéger et criminels ou terroristes potentiels à identifier et à surveiller (J. RIJMA, *The proposal for a European Border and Coast Guard*, op. cit., p. 9-10).

61 Doc. du Conseil du 25 novembre 2015, n° 14406/15. Il est ainsi préconisé « dans le contexte de la crise migratoire qui sévit actuellement, [de] procéder à l'enregistrement systématique, y compris au relevé d'empreintes digitales, des ressortissants de pays tiers entrant illégalement dans l'espace Schengen, qu'il s'agisse de migrants ou de demandeurs de protection internationale, effectuer des contrôles de sécurité systématiques en utilisant les bases de données pertinentes, en particulier le SIS II, les bases de données d'Interpol, le VIS et les bases de données policières nationales, avec l'appui de Frontex et d'Europol, et faire en sorte que les "hotspots" soient équipés des technologies appropriées. Europol déploiera des agents invités dans les "hotspots" à l'appui du processus de filtrage, notamment en renforçant les contrôles de sécurité secondaires » (p. 3 du document).

62 Un tel constat conduit Europol à étendre ses capacités existant en matière migratoire, au terrorisme. La collecte de renseignement, notamment celle effectuée dans les *hotspots*, est utile pour lutter contre les filières de passeurs de migrants, mais aussi à des fins de lutte antiterroriste. Le coordinateur pour la lutte antiterroriste écrit à cet égard : « même si les frontières ne constituent qu'une partie de la solution en matière de sécurité, les lacunes dans le contrôle aux frontières entraînent des lacunes en matière de sécurité. L'émergence des combattants terroristes étrangers en tant que risque majeur pour la sécurité a fait ressortir la menace transfrontière et l'importance particulière de procéder à des vérifications complètes et efficaces aux frontières, y compris sur les citoyens de l'UE. Cela s'ajoute à des préoccupations plus générales selon lesquelles la lutte contre le terrorisme a été entravée par la capacité des terroristes à frapper par-delà les frontières, mettant en lumière les lacunes dans l'échange de renseignements essentiels » (doc. du Coordinateur pour la lutte antiterroriste intitulé : « Mise en œuvre du programme en matière de lutte contre le terrorisme défini par le Conseil européen » (doc. du Conseil du 20 décembre 2016, n° 14260/16)).

63 « Pour gérer correctement ces flux migratoires d'une ampleur exceptionnelle, il est impératif de réaliser des actions prioritaires dans cinq grands domaines : établir des centres de crise fonctionnels, mettre en œuvre le programme de relocalisation, garantir le retour effectif des migrants qui n'ont pas droit à une protection internationale, améliorer la gestion des frontières et créer des capacités d'accueil suffisantes et appropriées » (p. 2 du rapport d'avancement du 15 décembre 2015 sur la mise en place des centres de crise en Grèce (COM (2015) 678)).

C'est le cas de ces programmes d'action prenant la forme de réseau de documents programmatifs. La complexité de ce droit réticulaire serait une manifestation tangible de l'existence d'un droit néomoderne à l'échelle de l'Union.

B. Les *hotspots*, illustration d'un droit européen de facture néomoderne

Les *hotspots* reposent, on l'a vu, sur du droit mou. Une étude du Parlement européen fait remarquer qu'il n'existe pas de cadre juridique spécifique concernant ces centres de gestion de crise⁶⁴. Cette observation peut surprendre d'emblée, dans un domaine entièrement communautarisé. La propension au droit mou, qui rappelle les premières heures de la politique migratoire européenne sous l'empire du traité de Maastricht, peut néanmoins s'analyser au regard des thèses relatives à la nouvelle gouvernance. Jörg Monar note dans le domaine JAI en général, et en matière migratoire en particulier, un mouvement de flux et de reflux. D'un côté, il est possible d'observer, avec la communautarisation des piliers, une extension de la méthode communautaire à l'ensemble de la politique migratoire. De l'autre, il est possible de constater le mouvement inverse, à savoir une gouvernance alternative, qui tend à supplanter la méthode communautaire⁶⁵.

Or, la nouvelle gouvernance n'est pas un épiphénomène. Elle tend au contraire à constituer un mouvement majeur de la construction européenne. En tant que modèle alternatif, elle concurrence la méthode communautaire en constituant un laboratoire produisant des instruments juridiques innovants⁶⁶. Cependant, comme le note Arnaud Van Waeyenberge, la nouvelle gouvernance altère profondément la méthode communautaire en transformant sa substance. Autrement dit, les instruments et les modes de gouvernance élaborés en marge des traités se diffusent progressivement au sein de la méthode communautaire. Le clivage entre l'ancienne gouvernance et la nouvelle tend à se brouiller⁶⁷. Autrement dit, des techniques issues de la nouvelle gouvernance se mêlent à celles issues de l'ancienne, rendant le paysage juridique complexe à appréhender.

La politique migratoire européenne illustre ce phénomène. Elle s'apparente à un enchevêtrement de normes de droit non contraignant qui interagissent avec des normes de droit contraignant. Cette étude du Parlement européen observe ainsi que le déploiement des agents d'EASO et de Frontex destiné à fournir un soutien opérationnel aux autorités nationales est déterminé par les règlements respectifs des deux organismes. Les *hotspots* ne sont donc pas régis uniquement par du droit mou. À ce propos, les procédures sont mises en œuvre en vertu de normes de droit contraignant, qu'elles soient européennes (par exemple les directives européennes relatives au droit des réfugiés, notamment celles relatives aux procédures et à l'accueil⁶⁸) ou de droit national (une

64 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, *op. cit.*, p. 29.

65 J. MONAR, « Deviations from and Alternatives to Community Method in Justice and Home Affairs », in R. DEHOUSSE (dir.), *The « Community Method »*, *op. cit.*, p. 132.

66 A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 27.

67 I. TÖMMEL, A. VERDUN (dir.), *Innovative Governance in the European Union: The Politics of Multilevel Policymaking*, Boulder, Lynne Rienner publishing, 2009.

68 Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (JOUE L 180, 29.6.2013, p. 60) ; directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (JOUE n° L 180 du 29 juin 2013, p. 96).

décision ministérielle grecque précise ainsi les modalités de la gestion journalière des *hotspots*). Cependant, il importe de noter que le droit contraignant est périphérique au sein de cet environnement juridique où se juxtaposent *hard* et *soft law*. Les deux cohabitent donc, mais, fait remarquable, la *soft law* n'est pas seulement complémentaire ou précurseur à la *hard law*. L'une et l'autre sont mises sur le même plan de manière à remplir les objectifs fixés dans le cadre de la politique migratoire européenne. Cette coexistence *hard* et *soft law* est l'illustration du phénomène constaté par François Ost et Michel Van De Kerchove : « traditionnellement, écrivent-ils, et en dépit des multiples limites que nos ordres juridiques ont toujours imposé au principe de la séparation des pouvoirs, s'est développée une conception essentiellement hiérarchique, linéaire et arborescente de la structure d'un système juridique. Largement intériorisée tant par les gouvernants que par les gouvernés cette conception a traditionnellement dominé – et domine souvent encore – la pensée juridique dans ses formes d'expression les plus diverses »⁶⁹. Or, notent-ils toujours, « sans jamais effacer entièrement l'horizon d'attente suscité par le modèle pyramidal ni infirmer radicalement la validité d'un tel modèle, comme certains l'ont suggéré, il apparaît clairement que les difficultés déjà observées n'ont fait que s'accroître au fil du temps et que la simplicité de ce modèle ne lui permet pas de rendre compte à lui seul de la complexité toujours croissante de la réalité juridique ».

La politique migratoire européenne illustre cet enchevêtrement d'un droit qui, sans être complètement horizontal, n'est plus entièrement vertical. S'opèrent en effet des phénomènes de « bouclages étranges » mis en évidence par ces deux auteurs, où le cadre juridique d'intervention des agences, comme Frontex, déterminé par un règlement de 2004 (tel que modifié par un règlement de 2011)⁷⁰, et à présent par le règlement de septembre 2016, est défini par un texte de *soft law*, en l'occurrence l'*IPCR concept note* qui lui-même, a vocation à compléter un texte de droit contraignant⁷¹. Ainsi que le fait remarquer une communication de la Commission, la crise migratoire a conduit à l'activation, le 9 novembre 2015, du dispositif intégré de l'UE pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR). Des « tables rondes » ont été mises en place, conformément au *Concept note*⁷². Or, ces tables rondes convoquées par la présidence du Conseil sont destinées à évaluer les faiblesses des dispositifs en place et les moyens d'y remédier, notamment les *hotspots*. C'est dans ce cadre qu'a été évoquée la question des contrôles de sécurité dans les *hotspots* impliquant le rôle de Frontex en la matière⁷³.

69 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, 2000, p. 1-92.

70 Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (*JOUE* n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1) ; règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (*JOUE* n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 1).

71 Respectivement doc. du Conseil du 24 mai 2012, n° 10207/12 et décision 2014/415/UE du Conseil du 24 juin 2014 concernant les modalités de mise en œuvre par l'Union de la clause de solidarité (*JOUE* n° L 192 du 1^{er} juillet 2014).

72 Voir p. 5 du *Concept note*.

73 Communication de la Commission du 14 septembre 2016 intitulée « Accroître la sécurité dans un monde de mobilité : améliorer l'échange d'informations dans la lutte contre le terrorisme et renforcer les frontières extérieures » (COM (2016) 602), p. 4.

Cet entrelacement de droit mou et de droit dur illustre les « bougés de la pyramide » tels que mentionnés par François Ost et Michel Van De Kerchove. Elle reflète aussi une normativité juridique qui tend à devenir plurielle⁷⁴. Dans son analyse de l'État post-moderne, Jacques Chevallier décrit le phénomène d'éclatement de la régulation juridique. Ce mouvement d'horizontalisation, lié à cette évolution vers un droit pluraliste, traduit l'idée que le schéma moniste ne rend plus compte de la réalité juridique actuelle⁷⁵. Un tel modèle du droit, distinct du droit traditionnel classique, se retrouve de diverses manières : propension pour l'élaboration de documents incitatifs, production immodérée d'actes hors nomenclature, interconnexion de textes de *soft law* (cf. réseau de documents programmatifs), disparition de la phase de la conception et de l'exécution, et surtout, production normative en marge des processus traditionnels, c'est-à-dire prévus par les traités.

La transposition de l'État post-moderne à l'Union européenne apparaît pertinente au regard des thèses relatives à la nouvelle gouvernance. Émergent des régulations juridiques qui ne correspondent plus aux paradigmes explicatifs usuels et qui s'écartent de la logique juridique classique⁷⁶. Ces régulations juridiques atypiques sont caractéristiques du droit dit « néo-moderne », transposition à l'échelle de l'Union du paradigme de l'« État incitateur ». Il s'agit d'un droit finalisé, c'est-à-dire orienté vers des objectifs de politique publique. Il correspond au droit de l'État propulsif. Ingénieur du social, écrit Charles-Albert Morand, ce type d'État se caractérise par une action qui elle-même, se singularise par sa forte teneur en *soft law*. La politique migratoire européenne est un exemple de forte concentration de *soft law*. Le droit mou, dont le volume est notable, est destiné à établir des programmes eux-mêmes nombreux.

Les institutions européennes tendent à définir les modalités de la politique dans ce domaine sous la forme de droit non contraignant. Il en est de même pour les orientations fixées concernant l'activité des agences. Les documents balisant leur action peuvent être considérés comme étant du droit mou. Les *hotspots* sont, eux aussi, l'illustration de cette régulation juridique mise en place à partir de normes de droit non contraignant.

Ces normes, qui s'imbriquent elles-mêmes dans d'autres, en premier lieu celles établissant différents programmes d'action, qu'il s'agisse de ceux ayant trait à la relocalisation, à la lutte anti-terrorisme ou à la lutte contre la fraude documentaire, sont consubstantielles au droit néomoderne. Autrement dit, le droit élaboré dans ce domaine illustre cet « État incitateur » existant à l'échelle européenne, dont la régulation juridique, de nature incitative, vise à réaliser des programmes finalisés, car orientés vers des buts définis par des politiques publiques⁷⁷.

74 Voir J. COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 13-22.

75 J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société – série politique, 3^e éd., 2008, p. 123.

76 D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013, p. 254.

77 C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 71-75.

Pour autant, et la remarque est d'importance, le droit contraignant trouve droit de cité dans la politique migratoire européenne. La permanence de *hard law*, abondante au demeurant, illustre une certaine résistance à ce phénomène d'érosion de la normativité traditionnelle. L'expansion de la normativité innovante, composée d'instruments qui ne relèvent pas de la nomenclature officielle de l'art. 288 TFUE trouverait ainsi une limite. Pour reprendre l'exemple des *hotspots*, la production de *soft law* ne doit pas masquer l'existence en arrière-plan, d'un droit contraignant, en premier lieu la décision du 22 septembre 2015. Ce texte, à l'origine du processus de relocalisation, souligne qu'« en vue de mettre en œuvre le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités, et compte tenu du fait que la présente décision constitue une nouvelle évolution des politiques dans ce domaine, il convient de veiller à ce que les États membres [...], assurent la relocalisation, depuis l'Italie ou la Grèce, de demandeurs ayant manifestement besoin d'une protection internationale »⁷⁸. Une telle décision revêt un caractère cardinal au sens où elle définit un ensemble de principes et procédures à suivre. Ainsi en est-il en matière de sécurité, puisqu'« il y a lieu de prendre en considération la sécurité nationale et l'ordre public tout au long de la procédure de relocalisation, jusqu'au transfert effectif du demandeur »⁷⁹.

Le droit contraignant est employé, et même largement. Cependant, il est sur-déterminé, car les normes juridiques constituent un moyen pour atteindre le résultat voulu par la politique migratoire européenne. Cette décision du 22 septembre 2015 doit se comprendre dans une telle perspective. Son adoption vise à concrétiser les orientations prises par le Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, estimant qu'au regard de l'urgence de l'époque, un mécanisme de relocalisation temporaire était nécessaire.

La politique migratoire européenne mêle donc *hard* et *soft law*, selon des proportions diverses. Le recours à l'un ou à l'autre se fait en fonction des avantages comparés. Par exemple, concernant les *hotspots*, les institutions européennes ont privilégié le droit mou. Stéphane Gerry-Vernières note que ce petit droit, qui est un droit en marge du système officiel, présente certaines qualités⁸⁰. Ce sont précisément ces qualités, en particulier l'absence de contraintes formelles, qui ont été retenues pour la création des *hotspots*.

Le droit fait partie de la « boîte à outils » des institutions européennes en quête du « bon instrument »⁸¹. Pour comprendre la manière dont ces *hotspots* sont élaborés, il convient de se départir de la vision formaliste du droit. Les institutions européennes, en quête de l'instrument le plus pertinent, ont eu recours, le cas échéant, à un droit non officiel, c'est-à-dire non répertorié dans la nomenclature officielle. Il est possible de reprendre à cet égard les réflexions de Jean-Claude Thoenig qui note l'hétérogénéité de l'action normative. Celle-ci est susceptible de prendre autant la forme d'un système d'ordre sanctionné par le haut, mais pas toujours. Cependant, note-t-il encore,

78 Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (*JOUE* n° L 248 du 24 septembre 2015).

79 Considérant 36 de la décision.

80 S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, p. 26.

81 P. LASCOUMES, L. SIMARD, « L'action publique au prisme de ses instruments », *Revue française de science politique*, vol. 61, n° 1, 2011, p. 8.

cette hétérogénéité est voulue par les acteurs qui voient dans le droit, qu'ils modèlent à l'envi, une ressource mobilisable davantage qu'une contrainte⁸². Le droit contraignant constitue à ce propos un levier parmi ceux existants pour parvenir aux objectifs fixés dans le cadre des politiques menées par l'Union européenne, en particulier la politique migratoire. Cette latitude est de nature à expliquer la variété des modes de gouvernance. La régulation juridique est diversifiée, car ces modes de gouvernance de l'action publique sont eux-mêmes pluriels⁸³. Bien entendu, la régulation juridique employée et composée de droit mou n'est pas dépourvue d'inconvénient. Les *hotspots* illustrent à ce sujet les problématiques soulevées par le recours au droit non contraignant. Si d'un côté, cette régulation composée de *soft law* présente l'avantage de la souplesse, elle possède, en parallèle, l'inconvénient, dans une certaine mesure, de l'opacité, notamment sur la manière dont le droit européen et le droit national s'articulent⁸⁴.

Cette diversification de la régulation juridique doit être mise en perspective avec un autre phénomène, à savoir une évolution de la rationalité juridique. Pour comprendre cette évolution, il importe de revenir sur la logique qui sous-tend la gouvernance, à savoir la procéduralisation de l'action publique. Le changement de rationalité se caractérise par l'abandon du formalisme, ou du moins, l'abandon de celui-ci lorsqu'il n'est plus utile pour remplir des objectifs qui sont extra-juridiques. La rationalité moderne, expliquent Jean De Munck et Jacques Lenoble, correspondait à un modèle selon lequel le processus de légitimation s'opérait à travers le respect de procédures préétablies⁸⁵. La rationalité post-moderne rejette, quant à elle, cette vision figée où la forme préexiste au fond. La forme est évolutive. Elle est en mutation constante, en s'adaptant à son environnement. L'élément central réside dans le processus d'apprentissage. Ces deux auteurs appellent « procéduralisation cognitive », l'instauration de mécanismes de nature à établir des procédures d'apprentissage visant à gérer des contextes de rationalité limitée. La légitimité des normes de droit adoptées ne dépend plus du respect des règles (par exemple, le droit entendu dans sa conception formaliste), mais elle est fonction de procédures souples, flexibles car ajustables en fonction des circonstances. Les normes de droit sont adoptées selon des procédures malléables, au gré des objectifs poursuivis. Leur légitimité est alors indirecte, car elle est fonction de leur capacité à répondre au mieux à ces objectifs. Autrement dit, le droit est soumis à l'impératif d'efficacité et sa légitimité est jaugée à sa performance, c'est-à-dire son aptitude à parvenir à remplir de manière efficace de tels objectifs⁸⁶.

82 J.-C. THOENIG, « L'usage du concept de régulation », in J. COMMAILLE, B. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, vol. 24, 1998, p. 38.

83 L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, « Les nouveaux modes de gouvernance », in R. DEHOUSSE (dir.), *Politiques européennes*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 410.

84 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, « On the frontline: the hotspot approach to managing migration », Parlement européen, Etude, PE 556.942, mai 2016, p. 29.

85 J. DE MUNCK, J. LENOBLE, « Les mutations de l'art de gouverner », in O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS, J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Bruxelles, Commission européenne, coll. Les Cahiers de la cellule de prospective, 2001, p. 42.

86 Sur cette question de l'efficacité, voir notamment M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012 et notamment R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 295-330.

Quant au droit mou, il constitue, dans ce contexte, un moyen particulièrement approprié pour mettre en œuvre la réponse souhaitée face à une situation donnée. Libéré du carcan rigide de procédures codifiées ayant trait à son mode d'élaboration, il assure la fluidité des politiques dont il est un instrument privilégié. Ces politiques, mises en œuvre au moyen du droit, sont modifiées au fil du temps, en fonction de la situation. Le retour d'expérience sert de base à l'ajustement des objectifs et l'élaboration de nouveaux moyens. En matière migratoire, les rapports sur la relocalisation et la réinstallation font un panorama des avancées effectuées, et dressent un bilan du fonctionnement des *hotspots* en particulier. Au regard des informations reçues, de nouvelles mesures sont préconisées, comme un renforcement de la coopération interagences des dispositifs de sécurité, pour reprendre un exemple déjà mentionné. Toujours dans cette optique de retour d'expérience, les enseignements tirés de la pratique des *hotspots* ont conduit la Commission à présenter fin 2017, des lignes directrices les concernant, comprenant un modèle de procédures standards destinées à être appliquées en cas de nouvel afflux massif.

Ce mouvement de bouclage réflexif permanent n'est pas sans rappeler la conception du droit de Niklas Luhmann et de Günther Teubner : le droit interagit avec son environnement, politique en premier lieu, et, en fonction des stimuli reçus ainsi que par effet de rétroaction, il tend à se recomposer en permanence⁸⁷. Le droit néo-moderne, tel que défini par Charles-Albert Morand, prend en considération ce processus systémique de *feed back*. Les normes juridiques ne fonctionnent plus d'après un modèle phénomène linéaire et déductif, mais selon un mouvement d'ajustement constant à la lumière duquel les procédures d'adoption sont flexibles et ce, en vue de répondre au mieux aux stimuli politiques, à savoir les réorientations constantes des buts fixés par les politiques publiques⁸⁸. Le droit, au service du système politique, permet d'apporter la réponse adéquate. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'adoption de droit contraignant a lieu. Les institutions peuvent y avoir recours en cas de besoin. Elles peuvent aussi procéder à un panachage en combinant *hard* et *soft law*. Cette inventivité mène à des modes d'action publique innovants et à des régulations juridiques inédites. Les *hotspots* sont précisément une illustration de ces modes d'action publique novateurs créés à partir de *soft law* pour répondre à des objectifs de politique publique. Pour autant, les institutions, désireuses de parvenir efficacement aux buts qu'elles se sont fixés, n'hésitent pas à avoir recours en parallèle, à du droit contraignant. Une telle composition droit contraignant-non contraignant, dont les proportions varient selon la période et le domaine concerné, est le reflet de cette mutation que connaît à l'heure actuelle le droit européen, du moins certains pans de celui-ci.

* * *

87 N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, n° 31, 1986, p. 163-188 ; G. TEUBNER, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in Collectif, *Philosophie du droit et droit économique, Mélanges Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 309-329.

88 C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 93.

Les *hotspots* sont l'expression d'une reconfiguration actuelle de la normativité juridique⁸⁹. La normativité traditionnelle n'est pas abandonnée, mais elle est concurrencée par une normativité hétérodoxe. Le défi auquel l'observateur est confronté est de parvenir à dissocier l'une et l'autre. Tout comme la nouvelle gouvernance et la méthode communautaire s'interpénètrent, il existe des liens étroits entre ces deux types de normativité. Cependant, les théories classiques du droit, en particulier celle du formalisme juridique, ne parviennent pas à rendre compte de l'état d'une partie du droit européen dont la rationalité tend à évoluer profondément. La politique migratoire européenne est, à cet égard, le reflet de ce changement. Le droit néomoderne de cette politique correspond en effet à un droit finalisé : assurer la relocalisation des demandeurs d'asile, gérer les flux migratoires, lutter contre la fraude documentaire, les réseaux criminels et le terrorisme notamment. Il paraît donc difficile de faire abstraction de la dimension politique du droit. Le droit est employé au sein des politiques, dont il est l'instrument. Cependant, l'inverse est également vrai. Ce dernier permet le pilotage de ces politiques publiques et il constitue même un instrument privilégié⁹⁰. Comme le note Danièle Bourcier, de telles politiques sont appliquées dans le cadre d'un système de normes⁹¹. Sa métaphore est pertinente pour rendre compte d'une normativité juridique qui tend à être un « droit système » en écho à la théorie décrite par Luhmann, et non pas un « système droit », en référence à celle dépeinte par Kelsen. Dans le contexte de la nouvelle gouvernance, qui implique une multitude d'acteurs, à l'image de fourmis formant une colonie, l'ordre s'élabore par la mise en place d'une régulation juridique, mais cette régulation est dynamique. Une telle colonie tend à surmonter le désordre en coordonnant l'action de chacun de ses membres. Le mouvement de l'horloge vient, quant à lui, perturber cet effort de régulation. Cependant, les membres de cette colonie, par effet de rétroaction, parviennent à réguler le désordre généré. À l'instar de la colonie de fourmis en question, le droit, en tant que système, est perturbé par certains événements, par exemple un afflux migratoire massif de migrants, ou des vagues terroristes de grande ampleur. Néanmoins, le désordre est régulé à travers la mise en place de nouveaux dispositifs innovants qui viennent réagencer ce système, au sens de « droit système » passablement complexe⁹², au sein desquels les normes ne sont plus organisées de manière hiérarchique, mais de façon enchevêtrée, donnant ce sentiment à l'observateur de la politique migratoire européenne, même chevronné, d'un droit parfois opaque et souvent incohérent.

89 Sur cette évolution de la normativité, voir F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2012.

90 Voir à ce sujet P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, décembre 1993, p. 1-45.

91 D. BOURCIER, « Régulation juridique, complexité et sérendipité », in D. BOURDIER, R. BOULET, P. MAZZEGA (dir.), *Politiques publiques. Systèmes complexes*, Paris, Hermann, 2012, p. 32.

92 Voir notamment A.-J. ARNAUD, « Vers un processus de décision complexe en droit », in D. BOURCIER, J.-P. MACKAY (dir.), *Lire le droit : langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 1992, p. 155-163 et L. BASLÉ, « L'État surmené entre l'indécidable et l'ingouvernable : une perspective luhmanienne », in D. BOURDIER, R. BOULET, P. MAZZEGA (dir.), *op. cit.*, p. 49-70.