

UNE EUROPE À DROITS VARIABLES

L'EXPRESSION « Europe à droits variables » doit être tenue pour ce qu'elle est – une commodité de langage ou encore une convention rédactionnelle – tant les phénomènes qu'elle est susceptible de recouvrir sont divers et multiples, à la fois permanents et contingents, et tant leur sélection comporte une part de subjectivité. L'expression évoque *a priori* la pluralité des ordres juridiques européens, conséquence directe de l'histoire politique de la construction européenne, du foisonnement et de la diversité des traités et des organisations internationales qui ont structuré l'espace européen. A cet égard, pendant longtemps, la variabilité des droits applicables à l'Europe fut illustrée par la dichotomie classique entre le droit issu du Conseil de l'Europe, principalement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et le droit communautaire, originaire et dérivé, découlant des traités créant les trois Communautés européennes : opposition bien connue entre un droit international régional, le droit européen *stricto sensu*, toujours marqué par les caractéristiques structurelles du droit international public (aisément repérables à travers le jeu des conventions internationales conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe) et le droit communautaire qui, s'il tire ses origines de traités internationaux, comporte une spécificité irréductible découlant de ses caractères fondamentaux (partage de compétences entre la Communauté et les États, élargissement de l'effet direct, incidences de la primauté de la norme juridique communautaire, intégration aux droits internes des États, développement institutionnel et politique autonome...).

Cette distinction incontestable n'a pas empêché une articulation croissante entre les deux ordres juridiques, après que la Cour de justice des Communautés a admis que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut fournir des indications

sur l'étendue des droits fondamentaux individuels, lesquels font « partie intégrante des principes généraux du droit communautaire » et qu'il lui revient d'en assurer la formulation et d'en contrôler le respect dans les actes des institutions communautaires et dans les actes nationaux d'application du droit communautaire¹. Sans que l'adhésion de la Communauté à la Convention ne soit intervenue, comme le souhaitaient certains dirigeants européens et une fraction de la doctrine, le traité sur l'Union européenne, en l'absence d'un catalogue des droits fondamentaux (suggéré par le Parlement européen), comporte au titre des dispositions communes, un article F §2 :

78 « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] en tant que principes généraux du droit communautaire. » Par ailleurs, l'article K.2, placé dans le titre VI « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », comporte un renvoi explicite à la Convention de 1950.

Précisément, si la variabilité – ou pluralité – des droits applicables a été codifiée par le traité sur l'Union européenne jusqu'à en constituer une caractéristique majeure, les rédacteurs du traité n'en sont pas les initiateurs. Assez tôt, en effet, le développement historique et juridique des Communautés a fait place, à côté du droit communautaire, à des actes relevant du droit international conventionnel, complémentaire au regard du premier et théoriquement plus respectueux de l'autonomie de la volonté, par conséquent de la souveraineté des États. Le traité sur l'Union européenne ne constitue donc pas une rupture sur ce point, il traduit une différence de degré et non une différence de nature.

Remarque sémantique sur la notion de droits variables

L'expression « Europe à droits variables » peut être entendue dans un autre sens si l'on choisit de prendre en considération les droits subjectifs des États membres de l'Union. Sans recouper le concept, plus politique et pédagogique que véritablement technique, d'« Europe à géométrie variable », une telle approche, si elle était retenue, autoriserait des commentaires abondants. En effet, le traité sur l'Union opère une démultiplication, immédiate ou virtuelle, des situations juridiques des États membres. Citons ici, de manière incidente, quelques domaines de cette autre variabilité qui n'entre pas, selon nous, dans le cadre de la présente étude.

En premier lieu, le tableau des engagements communautaires des États

1. Joël Rideau, « La protection des droits de l'homme dans la Communauté européenne », in *Les Droits de l'homme et la nouvelle architecture de l'Europe*, université de Nice, 1991.

a toujours été affecté par le jeu, parfois cumulé, des périodes transitoires consécutives à l'adhésion de nouveaux membres, des dérogations, par définition temporaires, des mesures de sauvegarde. En second lieu, du fait de la non-participation britannique à la nouvelle politique sociale inscrite dans le traité de Maastricht, le protocole social annexé conclu par les Douze autorise onze d'entre eux à conclure un accord qui définit de nouveaux objectifs sociaux dont la mise en œuvre repose sur les mécanismes de gestion institutionnelle de la Communauté (révisés) tout en renvoyant le cas échéant, en ce qui concerne le dialogue social, à d'éventuels accords conclus au niveau communautaire (article 4 §2 de l'accord)¹. On notera ici une rencontre entre les deux définitions de la variabilité : selon les États et selon l'ordre juridique de référence. En troisième lieu, la dernière phase de l'UEM (monnaie unique), compte tenu des critères de convergence économique exigés et des modalités institutionnelles du passage à ladite phase (phase 3) laisse entrevoir, dans l'hypothèse où elle serait effectivement mise en œuvre, une démultiplication de la situation des États : un « noyau dur » central et des États placés selon des orbites variables (dérogations temporaires ? maintien dans le SME ? ou hors SME ?). Il est évident que les protocoles relatifs au Royaume-Uni (clause dite « *opting out* ») et au Danemark (exigence d'un référendum de confirmation), ainsi que la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993² jouent dans le même sens. Du point de vue juridique, il n'est pas sans intérêt d'observer que la variabilité éventuelle des droits des États au sein de l'UEM s'inscrit elle-même dans un système spécifique, différent du système communautaire tant par ses institutions et ses mécanismes de régulation et de contrôle (Banque centrale européenne, formation et rôles du Conseil, nomenclature des actes juridiques...) que par son indépendance à l'égard des institutions communautaires³. Il s'agit d'un « sous-système autonome⁴ », produit de l'insertion, qui n'était pas *a priori* automatique, des dispositions relatives à l'Union économique et monétaire dans le traité révisé sur la Communauté européenne.

79

1. Sur cette question, Brian Bercusson, *The Social Constitution of the European Community*, rapport au colloque de l'AUSE, université de Catania, décembre 1993 (non encore publié).

2. C, II, 2, d2, 4 : « En outre, le protocole sur le passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire reconnaît que l'entrée irrévocable dans la troisième phase est subordonnée à des "travaux préparatoires" des États membres concernés. Ces travaux préparatoires sont également fonction des règles constitutionnelles respectives de chaque État et peuvent y être soumis à une réserve parlementaire... »

3. Jean Boulouis, « A propos des dispositions institutionnelles du traité sur l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 1992, p. 6 et 7.

4. Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, memento Dalloz, 6^e éd. 1993, p. 75.

SUR UNE DUALITÉ ORIGINELLE :
DU DROIT COMMUNAUTAIRE
AU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL

Cette dualité est inhérente à la construction européenne. Dès l'origine, elle a revêtu des formes multiples. Suivant en cela le Répertoire de la législation communautaire, la doctrine, comme la Commission, utilise l'expression « droit complémentaire »¹.

Les précédents : coexistence et concurrence

80 Le traité CEE avait prévu des « décisions » des représentants des États membres réunis au sein du Conseil ou des accords convenus unanimement par les gouvernements. Comme dans l'OCDE, ces « décisions » sont, en droit, des accords interétatiques qui entretiennent avec le droit communautaire des relations d'inégale proximité selon qu'ils constituent une modalité de la législation communautaire (exemple : article 20 du traité CE sur la fixation des droits applicables aux produits sensibles), un mécanisme politique de renvoi au Conseil – à la fois institution communautaire et collègue intergouvernemental (exemples : article 167 sur la désignation des juges et avocats généraux de la Cour, article 216 sur la fixation du siège des institutions communautaires) – ou l'exercice en commun de compétences nationales destiné à prolonger l'efficacité des actions communautaires. On comprend que ces « décisions » et accords, souvent élaborés comme s'il s'agissait d'actes communautaires et bien que, sauf mention expresse, la Cour de justice ne soit pas compétente à leur sujet, sont considérés tantôt comme des accords en forme simplifiée, tantôt comme des accords soumis aux procédures constitutionnelles d'approbation dans chaque État.

Plus largement, la coexistence du droit communautaire et du droit conventionnel international découle des conventions conclues par les États sur la base, notamment, de l'article 220 du traité CE². Ainsi : la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et

1. Il ne sera pas question ici des cas d'application du droit international aux Communautés européennes : application du droit des traités aux traités communautaires, personnalité juridique et conclusion de conventions internationales par la Communauté, renvoi aux principes généraux de droit international ou aux règles de droit international (droit de la mer, commerce international...).

2. Article 220 : « Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :
– la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants,
– l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté,

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, complétée et modifiée par le protocole du 3 juin 1971 (qui instaure une quasi-question préjudicielle en interprétation au profit de la Cour de justice des Communautés) ; la convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales. D'autres conventions, telles la convention relative au brevet européen pour le Marché commun signée à Luxembourg le 15 décembre 1975, ou encore la convention de Rome du 19 juin 1980 (en vigueur depuis 1991) sur la loi applicable aux obligations contractuelles, complétée par deux protocoles du 19 décembre 1988 instituant un recours préjudiciel facultatif au profit de la CJCE, ne découlent pas de l'article 220 du traité, mais complètent les prescriptions et les objectifs du traité.

Cette coexistence peut, dans certains cas, conduire à une hésitation dans le choix des instruments et à une concurrence entre les dispositifs communautaires et les mécanismes conventionnels complémentaires. Cette question fait *a priori* l'objet d'un encadrement, tant par les dispositions générales du traité (article 5 CE : « [Les États] s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »), que par la jurisprudence de la Cour sur la compétence communautaire exclusive ou sur les références au droit communautaire dans l'interprétation des conventions conclues sur la base de l'article 220¹.

Cependant, le doute peut subsister. Ainsi, dès 1973, un projet de convention sur la fusion de sociétés rattachées à des États membres différents avait été élaboré, selon les termes de l'article 220. N'ayant pas abouti, le projet a été abandonné et remplacé par la troisième directive (directive 78/855/CEE du 9 octobre 1978) et surtout par la proposition de dixième directive sur les fusions transfrontalières, encore bloquée (comme la société européenne) par des divergences sur la participation des travailleurs.

Dans certains cas, il a fallu procéder à un arbitrage, que certains jugent artificiel², afin d'éviter des recouvrements, voire des contradictions.

-
- la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays à pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes,
 - la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. »

1. Cf. la jurisprudence citée et commentée par Joël Rideau et J.-L. Charrier, *Code de procédures européennes*, Litec, 1990, p. 356 s.

2. Voir les observations critiques de Jean Bigot sur l'exclusion de l'assurance européenne du champ de la convention de Rome du 19 juin 1980 (précitée) et sur les techniques adoptées dans les directives communautaires d'harmonisation, in *L'Internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 70.

Le cas de « l'espace judiciaire européen » est exemplaire. D'une part parce qu'il anticipe certains développements du traité sur l'Union européenne (cf. *infra*), d'autre part parce que les projets pouvaient s'inscrire, sur le plan institutionnel, soit dans le cadre du droit communautaire (article 100 sur l'harmonisation, article 235, article 56 sur le régime des ressortissants étrangers en matière de police), mais de manière fragile et artificielle, soit dans le cadre de la coopération politique, mais sur la base d'une unanimité des États membres¹.

*L'Acte unique européen :
le communautaire et l'intergouvernemental*

82 L'Acte signé à Luxembourg les 14 et 28 février 1986 est dit « unique » parce qu'il regroupe en un seul texte des dispositions communautaires portant révision des traités d'une part, et un article 30 portant codification de la coopération politique européenne, lequel aurait pu donner lieu à la conclusion d'un traité distinct soumis aux règles du droit international public (et bien que ses dispositions soient peu contraignantes). Cette concentration rédactionnelle, outre qu'elle tirait les conséquences du système concret de coopération politique tel qu'il s'est développé depuis 1970 (et surtout depuis 1974 avec la création du Conseil européen), anticipait sur un point essentiel l'esprit et la structure du traité de Maastricht sur l'Union européenne. En effet, du passé l'Acte unique conserve le caractère ambigu du Conseil européen² qui, désormais élargi au président de la Commission, demeure l'organe suprême de la coopération politique européenne tout en jouant un rôle *de facto* dans le fonctionnement de la Communauté, surtout dans les hypothèses de crise ou de blocage du processus décisionnel. Autre passerelle : les institutions communautaires sont associées selon des modalités particulières à la coopération politique qui dispose également d'organes spécifiques (comité politique, groupes de travail, secrétariat).

Par ailleurs, en étendant la coopération aux aspects politiques et économiques de la sécurité, dans le respect des compétences de l'OTAN et de l'UEO, l'article 30³ anticipait la définition de la « politique étrangère et de sécurité commune » dans le traité de 1992.

La distinction, ainsi constitutionnalisée, entre la coopération intergou-

1. Sur cette problématique, qui reste encore actuelle, cf. E. Crabit, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, thèse pour le doctorat en droit, Presses universitaires de Bordeaux, 1988.

2. Béatrice Taulègne, *Le Conseil européen*, PUF, 1993, p. 97 s.

3. L'article 30 ayant épuisé sa vocation a été abrogé par le traité sur l'Union européenne.

vernementale et les politiques communautaires ne doit pas masquer les trois rapprochements suivants.

En premier lieu, l'interaction entre ces deux voies d'action est particulièrement sensible en ce qui concerne, par exemple, les sanctions qui relèvent à la fois de la politique internationale et de la politique commerciale commune, comme l'illustrent les sanctions prises à l'encontre de l'Irak.

En second lieu, le champ de la coopération intergouvernementale s'est élargi à plusieurs points de vue. Dans le domaine de la politique étrangère, par définition. Mais également dans des domaines placés à la confluence des affaires dites « intérieures » et des affaires dites « internationales » : à cet égard, la coopération intergouvernementale a débordé le cadre de la stricte coopération politique, elle est à l'origine des dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la coopération dans les affaires intérieures (pas seulement intérieures !) et la justice.

83

En troisième lieu, dès la mise en œuvre de l'Acte unique, il apparut clairement que les moyens pour réaliser ses objectifs relevaient à la fois des instruments normatifs communautaires et de la coopération intergouvernementale. La Commission, qui dans son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur (COM [85] 310 final) avait initialement pris parti en faveur d'une conception large de l'action communautaire, a dû tenir compte des réticences des États s'agissant notamment des mesures de police à l'égard des ressortissants non communautaires. Ainsi, elle a renoncé à élaborer une proposition de directive en matière d'asile... d'où la convention de Dublin du 15 juin 1990 « relative à la détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile ». De même, la question des armes à feu est-elle régie à la fois par la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 (articles 77 à 91) et par la directive n° 91-477 du 18 juin 1991¹ dont les contenus sont très proches.

LES ACCORDS DE SCHENGEN : UN INSTRUMENT VOUÉ A L'EFFECTIVITÉ OU UN MODÈLE DE TRANSITION ?

La question mérite d'être posée, compte tenu des reports successifs qu'a connus l'application des accords de Schengen pour les neuf pays signataires, alors que dans la Convention d'application il était stipulé que « [elle] ne sera mise en vigueur que lorsque les conditions préalables à l'application de la

1. JOCE, n° L 256, 3 septembre 1991.

Convention seront remplies dans les États signataires et que les contrôles aux frontières extérieures seront effectifs ». Elle doit l'être également au regard de la notion de « droits variables » et de la continuité manifeste qui relie les accords de Schengen au traité sur l'Union européenne.

Un système conventionnel extracommunautaire

84 Il n'est pas question, dans le cadre de cet article, de traiter de manière exhaustive du contenu et de la portée des accords de Schengen, à savoir l'accord du 14 juin 1985 et la Convention d'application du 19 juin 1990, d'autant que la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991, puis celle du 13 août 1993 et la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 ont alimenté les débats juridiques et politiques en France¹. L'accord initial prévoyait, outre des mesures de court terme, des mesures applicables à long terme qui appelaient une convention complémentaire d'application (142 articles, un acte final, plusieurs déclarations).

Si la libre circulation des ressortissants communautaires avait connu de grands progrès du fait de la jurisprudence de la Cour de justice et de la législation communautaire, l'objectif fixé à l'article 8 A du traité par l'Acte unique européen (« espace sans frontières intérieures » et « libre circulation des personnes ») impliquait une clarification des compétences. Une déclaration générale annexée à l'Acte unique précisait que les États membres conservent le droit de prendre des mesures en matière d'immigration, de lutte contre le terrorisme, la criminalité, le trafic de drogue. Une seconde déclaration, émanant des gouvernements des États membres, indiquait que les États coopèrent en ces domaines et en ce qui concerne l'entrée, la circulation et le séjour des ressortissants des pays tiers, sans préjudice des compétences de la Communauté. Les accords de Schengen ont été élaborés entre 1984 et 1990 afin de répondre à ce défi, les États ayant marqué leur volonté de ne pas être dessaisis de leurs compétences politiques en matière d'affaires intérieures, parallèlement à l'élaboration et à la mise en œuvre de l'Acte unique. L'objet des accords porte donc sur le libre franchissement des frontières intérieures (par les ressortissants des États membres dès 1985,

1. Citons, pour les seuls accords : « Les accords de Schengen : abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques », colloque IEAP, Éd. A. Pauly, 1993 ; B. Neel, « L'Europe sans frontières intérieures : l'accord de Schengen », *AJDA*, 1991, p. 659 ; D. Bigo, *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Éd. Complexe, 1992 ; P. Weckel, « La Convention additionnelle à l'accord Schengen », *RGDIP*, 1991, p. 405 ; L.-E. Pettiti, « Accords de Schengen », *Répertoire de droit communautaire*, août 1993 ; H. Blanc, « Schengen : le chemin de la libre circulation en Europe », *Revue du Marché commun*, juillet 1991.

puis par les personnes, quelle que soit leur nationalité, en 1990) et sa contrepartie, le renforcement des contrôles aux frontières extérieures. Cet objectif fondamental est appuyé sur une série de dispositions : harmonisation des politiques de visa et coordination du traitement des demandes d'asile, échange d'informations par le fichier Schengen, coopération policière (pouvant entraîner une poursuite transfrontalière, sous conditions et dans certaines limites), coopération douanière et coopération judiciaire (incluant l'extradition). Compte tenu de la prégnance légitime des droits nationaux tant en ce qui concerne les règles de fond que les règles de procédure, compte tenu également des contraintes découlant des conventions internationales existantes¹, les États ont choisi de mettre en œuvre un système conventionnel, donc des instruments de droit international public, dont ils conserveraient la maîtrise plus sûrement que dans le cadre communautaire². La méthode retenue marquait la limite de l'extension des compétences communautaires et visait à freiner le zèle de la Commission. Mais les accords ne sont pas, pour autant, sans liens avec le droit communautaire.

85

Des liens avec l'ordre juridique communautaire

Il a déjà été dit que l'accord de Schengen, signé le 14 juin 1985, et la Convention d'application du 19 juin 1990 visaient à la création d'un espace au sein duquel les personnes circuleraient librement, la suppression des contrôles aux frontières intérieures devant se traduire par un renforcement des contrôles aux frontières extérieures de « l'espace Schengen ». Quel espace ? Au mieux l'espace communautaire, au moins une partie de l'espace communautaire. Deux articles de la Convention d'application doivent être cités à cet égard. L'article 1^{er} définit comme « étranger toute personne autre que les ressortissants des États membres des Communautés européennes ». C'est l'une des raisons essentielles du recours à un système conventionnel et à la coopération intergouvernementale (encore que – nous l'avons vu – la même méthode doit s'appliquer en ce qui concerne le terrorisme, la criminalité, la drogue, les trafics internationaux, quelle que soit la nationalité des personnes concernées). L'article 140 dispose que :

1. Ainsi la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, modifiée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967, ou les conventions européennes et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950.

2. L'article 100 A du traité CEE (introduit par l'Acte unique) avait précisé que, par dérogation au vote à la majorité qualifiée, l'harmonisation des législations nationales en matière de libre circulation des personnes ne pourrait intervenir que par des mesures prises par le Conseil à l'unanimité.

« Tout État membre des Communautés européennes peut devenir partie à la présente Convention. L'adhésion fait l'objet d'un accord entre cet État et les parties contractantes. Cet accord est soumis à ratification, approbation ou acceptation par l'État adhérent et chacune des parties contractantes. »

L'espace Schengen est donc un club fermé et non extensible. On sait que neuf sur douze États y ont adhéré, y compris la Grèce dont l'adhésion avait suscité des doutes. Le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ne sont pas entrés dans le club pour des raisons de sécurité bilatérale, ou du fait de l'appartenance à l'Union nordique pour ce dernier pays.

Si le lien géopolitique est clair, la relation avec le droit communautaire est plus subtile. Deux périodes doivent être distinguées : le droit communautaire antérieur au traité de Maastricht (que nous retiendrons à cette place) et le droit originaire tel que modifié par ledit traité (que nous examinerons plus loin).

La Convention d'application du 19 juin 1990 établit en son article 134 un principe de primauté selon lequel « les dispositions de la présente Convention ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire¹ ». De plus, l'article 142 dispose que si des conventions venaient à être conclues par les Douze en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures, les dispositions des accords de Schengen pourraient être révisées.

Par ailleurs, certains textes du droit dérivé ont été adoptés dans la ligne des accords de Schengen : le règlement du Conseil du 19 décembre 1991² et la directive du Conseil du 18 juin 1991, précédemment signalée³.

Enfin, faute de directive, les travaux du « groupe ad hoc immigration » ont conduit à l'élaboration de la convention de Dublin qui fut signée le 14 juin 1990 par les douze États membres, soit en parallèle avec la Convention d'application de Schengen, dont l'objet principal est d'établir

1. L'un des moyens invoqués par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel français était que la Convention serait contraire au droit communautaire. Dans sa décision n° 91-294.DC du 25 juillet 1991, le Conseil constitutionnel leur a opposé l'article 134 et sa jurisprudence constante selon laquelle il n'examine pas la conformité d'un traité à un autre traité. Cf. François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 6, 1991 ; Jacques Robert, « Les accords de Schengen », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 1992.

2. Le règlement n° 3925/91 du Conseil du 19 décembre 1991 applique aux contrôles des bagages (aérien et maritime) les principes de la Convention. *JOCE*, n° L 374 du 31 décembre 1991.

3. La directive n° 91-477 du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes découle de la même inspiration. Cf. note 1 p. 83.

des critères objectifs afin de déterminer quel sera l'État responsable de l'examen de la demande d'asile présentée auprès de l'un des États membres de la Communauté ; les mécanismes du traitement de la demande sont très proches de ceux établis dans les accords de Schengen pour les demandes présentées sur le territoire de l'une des parties¹.

Une translation dans le traité sur l'Union européenne

Sans anticiper les observations qui seront présentées plus loin quant au traité sur l'Union européenne, il convient de noter combien les accords de Schengen ont pesé sur son contenu et sa méthode, à tel point que l'expression désormais classique, le « laboratoire Schengen », revêt aujourd'hui une signification nouvelle depuis que les finalités des accords ont été reprises dans le texte du traité de Maastricht. Cette reprise – une véritable translation – apparaît tout autant dans les dispositions matérielles du traité que dans la méthode dominante, le recours à la coopération intergouvernementale².

87

En ce qui concerne les dispositions matérielles, le traité sur l'Union comporte un article 100 C, inscrit dans le traité CE, donc dans le champ du droit communautaire, sur la politique commune des visas (cf. *infra*) ; dans le traité, comme dans les accords, des dérogations afin d'assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité sont autorisées pour ceux des États membres ou parties qui devraient y recourir³.

Afin d'assurer la fiabilité des contrôles aux frontières extérieures, la Convention d'application de Schengen visait à organiser une coopération entre les services de police et un Système d'information Schengen (SIS), ainsi qu'un système d'entraide judiciaire en matière pénale destiné à compléter certaines conventions conclues précédemment sous l'égide du Conseil de l'Europe, telles la Convention européenne d'entraide judiciaire

1. On sait que le droit d'asile et les « accords européens » ont provoqué un débat en France, au lendemain de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, et entraîné une révision de la Constitution. Pour une vue d'ensemble, lire Y. Gautier, « Les accords de Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe*, n° 12, décembre 1993. L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., Sirey, p. 827 s.

2. Cf. S. Pailler, *Les Implications de la convention additionnelle à l'accord de Schengen du 14 juin 1985 sur le traité d'Union européenne en matière de libre circulation des personnes*, mémoire pour le DEA de droit communautaire, Bordeaux, 1993.

3. Des différences notables aussi. En premier lieu, à compter de 1966, le traité sur l'Union autorise le vote du Conseil à la majorité qualifiée. En second lieu, le Parlement européen est consulté ; on sait que celui-ci avait manifesté des réticences face aux accords de Schengen. Enfin, le traité sur l'Union ne fait pas la distinction entre visas de court ou de long séjours, alors que, dans la Convention d'application de Schengen, les visas de longue durée restaient sous juridiction nationale.

du 20 avril 1959, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées. D'autres dispositions intéressent le trafic de stupéfiants. L'ensemble de ces dispositions se retrouve mentionné parmi les questions d'intérêt commun dans le titre VI du traité sur l'Union européenne.

La principale continuité de Schengen à Maastricht réside sans nul doute dans le titre VI qui instaure des mécanismes de coopération intergouvernementale institutionnalisée, en quelque sorte renforcée. Cette continuité est affirmée à l'article K.7 selon lequel :

« Les dispositions du titre VI ne font pas obstacle à l'institution ou au développement d'une coopération plus étroite entre deux ou plusieurs États membres, dans la mesure où cette coopération ne contrevient ni entrave celle qui est prévue au présent titre. »

88

C'est dire que l'hypothèse d'une translation pourrait être confirmée dans les faits, en fonction du comportement des États. Si les inquiétudes que suscite auprès de chacun d'entre eux un traitement commun des problèmes de sécurité intérieure demeurent très fortes, surtout dans un contexte international incertain, cette hypothèse n'est pas exclusive d'autres formules qui consisteraient à mettre en œuvre cumulativement les accords de Schengen avec ceux des États qui y consentiraient (et qui seraient jugés capables d'en appliquer la totalité des prescriptions) et une coopération renforcée, entre tous les États, selon les termes du titre VI du traité sur l'Union, plus ambitieuse dans ses objectifs à long terme, mais plus graduelle dans ses réalisations. La variabilité des droits induit un paradigme de complexité, qui est depuis les origines au cœur de la construction européenne.

LE TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE OU LA CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS VARIABLES

Dans les lignes qui précèdent, on a insisté sur le passage de Schengen vers la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures. Il convient de clore cette étude par un retour sur les techniques et l'esprit du traité sur l'Union européenne.

Un système dual et différencié

Le traité de Maastricht amplifie et constitutionnalise, dans la ligne de l'Acte unique, les tendances lourdes de la construction européenne qui consistent à associer la méthode de l'intégration communautaire et la méthode

de la coopération intergouvernementale. Comme l'indique l'article A du traité :

« L'Union est fondée sur les Communautés européennes complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité. »

La théorie dite des « trois piliers » a fait l'objet d'abondants commentaires¹. Si la « politique étrangère et de sécurité commune » (« 2^e pilier » de l'Union) marque un réel élargissement par rapport à la coopération politique européenne, notamment en ses dispositions – empreintes de virtualités et de prospective – relatives à la sécurité², ses méthodes ne sont pas en rupture avec les pratiques issues de la coopération intergouvernementale : prévalence du Conseil européen qui fixe les orientations générales, suivi assuré par le Conseil qui, après concertation, définit des positions communes et décide, à l'unanimité, des actions communes (quitte à autoriser, toujours à l'unanimité, l'adoption à la majorité qualifiée de certaines mesures d'application), maintien du comité politique composé des directeurs des affaires politiques, organe intergouvernemental par nature.

89

Plus original est le « 3^e pilier » de l'Union sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. L'article K.1 du traité donne la liste des questions d'intérêt commun qui lui correspondent³, liste

1. Citons Jean-Louis Quermonne, *Le Système politique européen*, Montchrestien, coll. « Clefs/Politique », 1993, p. 119. Jean Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Montchrestien, 4^e éd, *in fine*. Philippe Manin, *Les Communautés européennes. L'Union européenne*, Pedone, 1993, notamment p. 45 s.

2. Article J.4 : « La politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union européenne, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune. »

3. Article K.1 « ... questions d'intérêt commun » :

1^o La politique d'asile ;

2^o Les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des États membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement ;

3^o La politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des pays tiers :

a) Les conditions d'entrée et circulation des ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres ;

b) Les conditions de séjour des ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres, y compris le regroupement familial et l'accès à l'emploi ;

c) La lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers de ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres ;

4^o La lutte contre la toxicomanie dans la mesure où ce domaine n'est pas couvert par les points 7, 8 et 9 ;

5^o La lutte contre la fraude de dimension internationale dans la mesure où ce domaine n'est pas couvert par les points 7, 8 et 9 ;

6^o La coopération judiciaire en matière civile ;

largement inspirée par les exigences de l'achèvement du marché intérieur, les aspirations à un espace de sécurité en Europe, la pression des problèmes de l'immigration et, comme nous l'avons dit, le précédent des accords de Schengen¹. La coopération intergouvernementale qu'il instaure est assez proche de celle applicable à la politique étrangère et de sécurité commune. Ainsi un Comité de coordination composé de hauts fonctionnaires est-il institué en parallèle du Comité politique. La coopération procède également par voie de positions communes et d'actions communes (avec le même assouplissement majoritaire au niveau de leur application).

90 Quelques différences valent d'être soulignées. En premier lieu, le Conseil européen n'est pas mentionné, et donc son influence ne peut s'exercer que de manière médiate par le jeu de l'article D du traité qui lui permet de fixer les impulsions et grandes orientations de l'Union *in globo*. Il s'agit, peut-être, d'une attitude de prudence vis-à-vis de questions très sensibles politiquement (immigration, coopération policière, coopération judiciaire). En second lieu, l'article K.3 autorise le Conseil à établir des conventions soumises à ratification – ou approbation – dans chaque État membre. Ces conventions, plus précises que celles prévues à l'article 220, pourront comporter une clause attributive de compétence à la CJCE afin de les interpréter et les appliquer, et permettront, une fois adoptées, que soient prises des mesures d'application à la majorité des deux tiers des parties contractantes.

Ainsi le recours au droit complémentaire conventionnel est-il réévalué².

7° La coopération judiciaire en matière pénale ;

8° La coopération douanière ;

9° La coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale, y compris, si nécessaire, certains aspects de coopération douanière, en liaison avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'information au sein d'un Office européen de police (Europol).

1. Lire l'étude très complète de Henri Labayle, in *Les Accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne* (dir. M.-F. Labouz), Centre de droit international de Nanterre, Montchrestien, 1992, p. 147-177.

2. On peut penser que, éventuellement, la référence introduite par l'article 53.1 de la Constitution française lors de la révision du 25 novembre 1993 pourrait trouver d'autres cas d'application que les seules conventions de Schengen et de Dublin :

« La République peut conclure avec des États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. »

Sous le bénéfice de ces rapides observations, tout paraît opposer le « 1^{er} pilier » du traité sur l'Union européenne qui relève de l'ordre juridique communautaire, et donc du contrôle de la Cour de justice des Communautés, et les deux autres « piliers » qui, placés en dehors de l'ordre juridique communautaire, et donc du contrôle juridictionnel de la Cour (hormis l'exception signalée plus haut), relèvent de la coopération intergouvernementale élargie. Pourtant, cette opposition n'est pas aussi tranchée, elle laisse une place à des configurations complexes, faites d'interactions, plus ou moins limitées, ou d'alternatives purement et simplement. C'est un autre aspect de la variabilité des droits.

Les limites de la différenciation

Elles découlent du cadre institutionnel dit « unique » (expression assez contestable) et des îlots de communautarisation qui s'articulent avec la coopération intergouvernementale.

91

Le « cadre institutionnel unique » signifie que les institutions de l'Union sont communes aux « trois piliers » (à l'exception de la Cour de justice). Le Conseil européen définit les orientations générales de l'Union (*idem* dans le champ de la politique étrangère et de sécurité). Le Conseil arrête des positions communes et adopte des actions communes dans les deux volets de la coopération. Le Parlement est, dans ces domaines, tenu informé et consulté. Le COREPER doit articuler ses travaux avec ceux du Comité politique¹ et ceux du Comité de coordination composé de hauts fonctionnaires. Assez singulière est la position de la Commission : si elle est associée aux travaux dans les deux volets de la coopération, son pouvoir d'initiative est limité. En matière de politique étrangère et de sécurité, elle dispose de l'initiative à l'égal de chaque État membre ; elle ne l'exercera qu'avec une certaine prudence. En matière de justice et d'affaires intérieures, le pouvoir d'initiative de la Commission est également partagé avec celui des États, sauf en ce qui concerne les coopérations judiciaire, douanière et policière où elle ne dispose de ce pouvoir. Moins que d'un cadre institutionnel unique, il s'agit plutôt d'une participation des institutions communautaires à la coopération intergouvernementale, ou d'une mise à disposition des institutions communautaires².

Les rédacteurs du traité n'ont pas voulu purger les deux volets de

1. Cf. la déclaration annexe (n° 28) sur ce point.

2. En novembre 1993, le Conseil a adopté la dénomination, plus englobante, de Conseil de l'Union européenne, et la Commission (des Communautés) celle de Commission européenne.

coopération de toute communautarisation. La politique commune des visas a été inscrite dans le corps du traité CE (révisé) au chapitre sur le rapprochement des législations. L'article 100 C prévoit que, à compter du 1^{er} janvier 1996, la liste des pays dont les ressortissants doivent être munis d'un visa sera arrêtée par le Conseil à la majorité qualifiée (et non plus à l'unanimité comme dans la période précédente) sur proposition de la Commission¹. Avant la date du 1^{er} janvier 1996, en cas d'urgence, le Conseil peut, sur recommandation de la Commission, et à la majorité qualifiée, rendre obligatoire l'obtention d'un visa pour une période maximale de six mois. En dehors de l'hypothèse d'urgence, le Conseil peut, toujours à la majorité qualifiée, élaborer un modèle type de visa. Lors de la négociation du traité, il avait été proposé d'étendre l'article 100 C aux règles régissant le franchissement des frontières extérieures et les conditions d'entrée et de circulation des ressortissants des pays tiers, en l'assortissant du vote à l'unanimité au sein du Conseil. Le Royaume-Uni s'y était alors opposé² ; la question fut inscrite dans le « 3^e pilier ».

A cette communautarisation effective s'ajoute la communautarisation virtuelle qui découle de l'article K.9, puisque le Conseil, à l'unanimité, peut décider l'applicabilité de l'article 100 C à des actions relevant de certains domaines de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures³ et fixer les règles de votation qui s'y attacheraient. Il est intéressant de remarquer qu'il s'agit des six domaines dans lesquels la Commission partage le pouvoir d'initiative avec les États membres.

Un ultime aspect de la variabilité des droits – objet de cette étude – découle de l'inspiration qui a régi la rédaction de l'article N : une conférence sera réunie en 1996 pour examiner dans quelle mesure, selon les termes de l'article B auquel il est renvoyé, « les politiques et les formes de coopération instaurées par le traité pourraient être révisées en vue d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires ». L'intention stratégique est claire : faire passer à terme certains domaines de la coopération intergouvernementale dans le champ des compétences communautaires.

1. Cette disposition (art. 100 C §3) a été jugée par le Conseil constitutionnel français comme étant de nature à affecter les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » en sa décision n° 92-308 du 9 avril 1992

2. Yves Doutriaux, *Le Traité sur l'Union européenne*, Armand Colin, 1992, p. 230.

3. Il s'agit de la politique d'asile, du franchissement des frontières extérieures, de la politique d'immigration, de la lutte contre la toxicomanie, la fraude internationale et de la coopération judiciaire en matière civile, soit les domaines 1 à 6 énumérés dans l'article K.1.

L'Union européenne n'a pas fini de connaître des pas en avant, des *stop and go*, des pas en arrière.

R É S U M É

Si la construction européenne s'appuie largement sur l'ordre juridique communautaire, elle n'exclut pas des emprunts substantiels et procéduraux au droit international public. Cette double approche suggérée par les traités de base, institutionnalisée par l'Acte unique européen, a été constitutionnalisée par le traité sur l'Union européenne avec la distinction du « pilier » communautaire et de la coopération gouvernementale, distinction qui comporte de nombreuses limites, interactions et altérations. A la lumière de cette dualité, l'auteur s'interroge sur les accords de Schengen, leur genèse, leur avenir éventuel au regard des dispositions sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures.