



*Conférences de l'IREDIÉS /
IREDIÉS Conference Paper
n° 1 /2019*

L'EUROPE A L'EPREUVE DES CRISES

Colloque du 21 octobre 2016

Vincent BASSANI, Laurence BURGORGUE-LARSEN (DIRS.)

Ces textes peuvent être téléchargés à des fins de recherche uniquement. Toute reproduction additionnelle à d'autres fins, sur format papier ou électronique, requiert le consentement des auteurs et des éditeurs.

En cas de référence ou citation, les auteurs, éditeurs, le titre, l'année et le numéro des *Conférences* de l'IREDIÉS doivent être mentionnés.

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the authors.

If cited or quoted, reference should be made to the full name of the authors, the title, the IREDIES *Conference papers* series, the year, the issue number and the publisher.

Sommaire

Introduction	p. 5
<i>Laurence BURGORGUE-LARSEN, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, IREDIES - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne</i>	
Les crises dans l'histoire de la construction européenne, de 1950 à nos jours : comparer pour comprendre.....	p. 7
<i>Sylvain KAHN, Professeur agrégé au sein du master affaires européennes et du département d'histoire à Sciences Po</i>	
L'Europe et la nécessité d'un nouveau récit politique	p. 19
<i>Thierry CHOPIN, Directeur des études de la Fondation Robert Schuman, Professeur associé à l'European School of Political and Social Sciences (ESPOL), Université catholique de Lille et expert associé au Centre de recherches internationales (CERI) de Sciences Po</i>	
L'impact des crises sur l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice	p. 29
<i>Vincent BASSANI, Doctorant en droit international et européen à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne, IREDIES - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne</i>	
Les droits des individus à l'épreuve des crises. La modulation des garanties conventionnelles	p. 81
<i>Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges - Membre de l'Institut de Droit européen des droits de l'Homme (IDEDH) de l'Université de Montpellier</i>	
L'Europe à l'épreuve des crises. La modulation des garanties nationales	p. 93
<i>Vanessa BARBE, Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans</i>	

Introduction

*Laurence BURGORGUE-LARSEN, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, IREDIES -
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Ce numéro spécial des *Conference Papers* de l'IREDIÉS n'aurait pas pu exister sans l'engagement, la ténacité et le professionnalisme de Vincent BASSANI. Alors qu'il dirigeait l'Association des étudiants du Master II « Droits de l'homme et Union européenne » de l'Ecole de droit de la Sorbonne – il eut l'idée, avec certains de ses camarades de promotion, d'organiser une journée d'étude sur « *L'Europe à l'épreuve des crises* ». Il ne ménagea pas ses efforts pour penser le programme, contacter les conférenciers et mener à bien l'organisation matérielle de la conférence. Ce numéro lui doit tout.

Le thème de la crise coulait de source. L'Union européenne démontre – depuis plusieurs années désormais – qu'elle n'est plus le théâtre du compromis, des apaisements, de la responsabilité, mieux de la cohésion, de la prospérité, de la progression. Elle est traversée par des crises protéiformes, à la fois externes et internes, économiques et politiques, sociales et environnementales, morales et territoriales, qui n'ont de cesse de miner le projet intégratif pensé au sortir de la II^{ème} guerre mondiale. Bien que l'Europe n'ait eu de cesse de se construire à la suite de crises, elle a toujours su rebondir et aller de l'avant ; en somme, elle sut à chaque fois se renouveler. La confiance finissait toujours par l'emporter sur la défiance. Or, Sylvain KAHN, avec l'incontournable regard de l'Historien, explique parfaitement en quoi le moment que nous vivons n'est pas tout à fait comme les autres. La crise est « inédite » car elle est multiple, elle se déploie dans différents registres : son ampleur et sa profondeur n'ont jamais été aussi majeurs et ce sont « deux conceptions de l'Union » qui s'affrontent : l'une issue des Lumières, l'autre provenant de l'illibéralisme. Dans un tel contexte, où les soubassements politiques et philosophiques de la construction communautaire sont profondément ébranlés, il est impératif qu'un « nouveau récit » se mette en place. Thierry CHOPIN rappelle que le récit de la paix et du marché ne font plus mouche et estime qu'il est grand temps qu'un « discours régalien » se mette en place, seul à même de répondre véritablement aux attentes des citoyens et à faire face aux défis sécuritaires et géopolitiques qui menacent l'Union.

En attendant que les dirigeants nationaux, de concert avec les représentants institutions européennes, s'engagent dans ce qui devrait être une mutation radicale de l'Union, les communications de Vincent BASSANI, Jean-Pierre MARGUENAUD et Vanessa BARBE présentent les conséquences des crises dans de multiples champs juridiques. *L'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice* a été choisi par Vincent BASSANI qui livre une analyse méticuleuse. Cette dernière démontre que le système Dublin est à « bout de souffle ». Or, ses limites ne sont ni plus ni moins celles des Etats membres, incapables de penser le présent, et surtout l'avenir, à travers un mécanisme tout à la fois responsable et humaniste. L'anticipation n'est pas à l'ordre du jour, alors que le défi démographique en provenance du continent africain est immense. De leur côté, Jean-Pierre MARGUENAUD et Vanessa BARBE ont appréhendé les politiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme d'un côté et des juges allemand et français de l'autre afin d'analyser la manière dont le(s) juge(s) appréhendent la manière dont les droits des individus peuvent et doivent être préservés en période de crise. La crise économique et la crise terroriste démontrent de façon nette – qu'en parallèle de la désintégration lente de l'Union européenne – l'atteinte aux droits des personnes n'en est pas moins tout aussi réelle, ce qui assombrit considérablement le tableau d'ensemble.

Les crises dans l'histoire de la construction européenne, de 1950 à nos jours : comparer pour comprendre

*Sylvain KAHN, Professeur agrégé au sein du master affaires européennes et du département
d'histoire à Sciences Po*

La crise actuelle de l'UE est inédite en raison de la simultanéité de trois registres de crise. Cette crise est, en effet, politique et démocratique depuis 2005, économique et sociale depuis 2008, géopolitique depuis 2011. Cette simultanéité est en soi problématique, et démultiplie l'ampleur et le rayonnement, la profondeur et l'extension de la crise.

Cette caractéristique multiregistre de la crise présente en fait la spécificité en comparaison des crises précédente de l'UE : échec de la CED en 1954 ; crise de la chaise vide en 1966 ; crise des années 1970 consécutive à la fin de Bretton Woods, aux chocs pétroliers et à la politique européenne du Royaume-Uni (1971 à 1984). La crise ouverte en 2005 a fait entrer l'Europe dans une crise de défiance. Face à ces défis graves et simultanés, de plus en plus de citoyens et d'acteurs se demandent : les institutions européennes sont-elles le problème ou la solution ?

La brève histoire de la construction européenne est classiquement narrée comme une succession de crises et de relances. La période de crise ouverte en 2005 et toujours en cours tranche donc aussi par l'échec des tentatives de relances. En effet, chacune des crises passées fut suivie d'un nouveau départ ; ainsi, chaque séquence de crise et de relance a témoigné d'une territorialité communautaire approfondie, d'une densité territoriale plus grande ; il convient également de constater que ces séquences de crises et de relances incluent toutes (sauf une, la première) une extension du territoire communautaire. Ainsi, la littérature scientifique a pu exprimer que les approfondissements de la construction européenne – entendus comme l'extension du domaine des compétences de l'Union européenne – s'articulent avec les élargissements de celle-ci.

Or, en plus du caractère multiregistre de la crise, en soi inédit, les caractères de la crise contemporaine de l'Union européenne sont au nombre de trois : un rétrécissement inédit du territoire de l'UE, la contestation (remise en cause) de certains aspects de la mutualisation

territoriale, et des approfondissements de la construction européenne qui n'embrayent pas sur une relance.

Pour prendre la mesure des caractères inédits de la crise contemporaine de l'UE, cet article rappellera et comparera de façon synthétique les épisodes de crises précédents qui ont jalonné la brève histoire de la construction européenne.

(1) La première de ces crises a été celle de la communauté européenne de défense (CED) en 1954 : la CED échoue car l'un des pays fondateurs de la CECA, la France, décide de ne pas ratifier ce projet de communauté européenne de défense après en avoir été l'instigatrice. Ce « *Jour le plus noir de l'Europe* » selon le mot de Konrad Adenauer, a pourtant été suivi de « la relance de Messine » (un sommet des six ministres des affaires étrangères) qui, de fil en aiguille, déboucha sur le traité de Rome instituant la CEE en 1957.

Ce faisant, cette séquence instaura une ligne de partage des eaux entre les compétences régaliennes *de facto non communautarisables* et tous les autres types de politiques publiques qui l'étaient au sein des six pays de l'époque. De fait, cette ligne des compétences régaliennes n'a été franchie qu'avec le traité de Maastricht au début des années 1990. Dans les années 1950 et 1960 le territoire national est en France perçu comme un sanctuaire ; la désacralisation de celui-ci, ou sa laïcisation, est partielle. Les majorités parlementaires françaises, issues du suffrage universel, si elles insèrent avec l'OTAN le territoire français dans une alliance militaire forte, refusent que des régiments et des armes des Etats alliés y stationnent. D'autre part, une partie très active des élites dirigeantes de la France ne souhaite pas mutualiser le territoire de l'empire colonial de la France, qui est traditionnellement un théâtre de pouvoir politique et militaire pour l'armée française. La CECA et la CEE mutualisent les territoires nationaux pour tout ce qui concerne la reconstruction et la modernisation du tissu économique et la prospérité de la société, et même l'encadrement de la société. Cette communautarisation des territoires nationaux ignore scrupuleusement la défense, la monnaie et la police qui restent des juridictions nationales.

(2) La crise de la chaise vide, en 1965, est une crise politique institutionnelle : la France cesse de participer à la vie politique communautaire ; elle parvient ainsi à bloquer tout accroissement des compétences supranationales de la CEE (comme la levée d'un impôt ou un budget voté par le parlement), y compris le passage au vote à la majorité qualifiée en conseil des ministres pourtant prévu dans le traité de Rome. De fait, la déclaration de Luxembourg,

qui clôt cet épisode en janvier 1966, a entériné la possibilité du droit de veto par un Etat-membre et la majorité qualifiée n'a été mise en pratique qu'au tout début des années 1980. Cette crise a été suivie en 1969 par la relance de La Haye, un sommet des chefs d'Etat et de gouvernement lançant un premier projet d'union économique et monétaire censée prendre corps en 1980, une coopération en politique étrangère, et les négociations d'élargissement au Royaume-Uni, à l'Irlande, au Danemark et à la Norvège, devenu effectif pour les trois premiers en 1973.

Ainsi, ce qui est alors présenté par l'exécutif communautaire comme une extension des compétences de la CEE, prévoyant la mutualisation monétaire des territoires nationaux, va de pair avec une extension du territoire communautaire. Ce premier élargissement témoigne de la force d'attraction de la mutualisation territoriale à l'œuvre dans l'euphorie communautaire. En effet, il importe de souligner que la signature du traité d'adhésion de ces quatre pays appartenant à l'espace d'extension de la révolution industrielle et de la société de consommation – et, s'agissant du Royaume-Uni, au cœur de cet espace – se fait au détriment d'une autre euphorie, à savoir la zone de libre-échange. L'Association européenne de libre-échange cesse d'être une alternative à la CEE du jour où trois de ses membres dont le plus important – le Royaume-Uni – la quitte pour cette Europe communautaire. Les trois membres en question demandent donc à intégrer ce paradigme de la mutualisation territoriale et de la souveraineté supranationale que l'AELE, à l'image de toutes les associations régionales et de tous les processus de régionalisation à l'œuvre dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, ignore. Et les demandes de dérogation ou d'exemption négociées sur des sujets divers par les gouvernements britanniques dès l'entrée du Royaume-Uni dans la CEE ne changent pas ce fait – il est important ici de ne pas voiler les faits ni par un européisme méthodologique ni par un nationalisme méthodologique.

(3) La crise des années 1970 fut une crise monétaire : face à la destruction unilatérale par les Etats-Unis, en 1971, du système monétaire international de Bretton Woods datant de 1944, les Européens, plongés dans la tourmente bientôt aggravée par le choc pétrolier, sont minés par leurs divergences. Ce n'est qu'en 1978 qu'ils s'accordent sur la mise en place d'un système monétaire européen dont les effets furent rapidement éprouvés. Une crise budgétaire, provoqué par les Britanniques, prend cependant le relais à partir de 1979. La CEE tourne toujours, mais au ralenti. Cette crise de langueur prend fin en 1984 avec la relance du sommet de Fontainebleau. Lors de celui-ci, les Dix se mettent d'accord sur de nouveaux mécanismes budgétaires comprenant une augmentation globale du budget de la CEE, une baisse relative

du financement de la PAC et de la contribution britannique, un financement idoine pour accompagner l'élargissement à l'Espagne et au Portugal qui se trouve du coup débloqué, la nomination de Jacques Delors au poste de président de la Commission européenne, et la perspective d'un achèvement du marché commun. Cette relance déboucha deux ans plus tard sur la signature d'un nouveau traité qui approfondit considérablement la logique du traité de Rome ayant institué la CEE : l'acte unique européen (AUE).

Avec ce traité, les Etats-membres font disparaître la matérialité de leurs frontières entre eux pour les biens et les services, accentuant spectaculairement la mutualisation de leurs territoires au sein du territoire communautaire. Et c'est bien en réaction à cette perspective que les dirigeants politiques, économiques et syndicaux nommaient « Europe 92 une Europe sans frontière », que les ministères régaliens de l'intérieur et de la défense de quelques Etats-membres conçurent la convention de Schengen étendant à certains aspects régaliens de la souveraineté la mutualisation territoriale à l'œuvre dans l'intégration communautaire.

Ces approfondissements de l'intégration européenne ont été de pair, cette fois encore, avec une extension du territoire communautaire à l'Espagne et au Portugal, c'est-à-dire à deux pays et sociétés qui, sitôt sortis de la dictature, souhaitèrent rejoindre à leur tour ce paradigme de la mutualisation territoriale.

(4) Au tournant des années 1990, la communauté européenne fait face à un défi géopolitique : les conséquences de la chute du rideau de fer. Ce défi n'a pas provoqué de crise de la construction européenne, il a été relevé non sans brio s'agissant de la chute du communisme et de l'empire soviétique ; il ne l'a pas été s'agissant de la guerre en ex-Yougoslavie, marquée par une impuissance velléitaire d'européens divisés durant quatre années (1991-1995). En réponse à ce défi, le traité de Maastricht instituant l'Union européenne approfondit et consolide cette construction, notamment par la mutualisation de compétences régaliennes et donc, à nouveau, du territoire européen. C'est fort de cet ancrage que les dirigeants et les représentants nationaux s'accordent sur un processus d'élargissement territorial considérable de l'UE aux nombreux pays qui candidatent simultanément : les Etats neutres d'une part et les Etats à l'est de l'ancien rideau de fer d'autre part ; et qu'ils sont enfin capables de se fixer un cap et de se doter d'une politique civilo-militaire dans la région de l'ex-Yougoslavie, non sans réussite depuis plus de quinze ans.

Il convient de noter que la décision de substituer aux monnaies nationales une monnaie européenne, qui témoigne du dynamisme du processus de mutualisation territoriale, est légèrement antérieure à l'effondrement soudain du bloc de l'est. La force de ce paradigme est

soulignée par le fait que les sociétés des pays de l'ex-empire soviétique souhaitent l'adhésion à l'UE dans le même temps où leurs Etats recouvrent leur indépendance et/ou leur souveraineté.

Pour autant, l'extension de l'espace de la mutualisation territoriale est un phénomène subtil, équivoque voire réversible. En témoigne le fait que la société norvégienne décide une deuxième fois, vingt-deux ans après 1972, de ne pas ratifier le traité d'adhésion signé par son gouvernement, ce qui témoigne à la fois des limites de l'attraction de ce paradigme de mutualisation territoriale et du fait que son succès repose sur l'adhésion qu'il suscite – ce qui veut dire qu'il peut tout aussi bien refluer que s'étendre. En témoigne aussi le fait que trois Etats membres de l'UE refusent de faire de leur territoire national un morceau du territoire de l'euro, c'est-à-dire de l'union économique et monétaire (UEM). Le Royaume-Uni puis le Danemark ont obtenu au début des années 1990 d'être exempté *ad vitam aeternam* de cette obligation à terme contractée par tout Etat membre de l'UE, tandis que la Suède l'a obtenu à titre provisoire.

Pour autant, dans les années 1990, la tendance est à l'attraction pour la mutualisation territoriale et à son renforcement comme à son extension. En effet, la grande majorité des Etats membres se presse de se conformer aux critères de Maastricht pour pouvoir substituer l'euro et la BCE à leur monnaie et leur banque centrale nationale. Si onze Etats sur quinze ont constitué le territoire de l'euro dès 1999, ce dernier comprend les territoires de dix-neuf Etats (sur vingt-huit membres de l'UE) en 2016 ; avec ceux-ci, il convient d'inclure, suite à des accords internationaux, ceux d'Andorre, de San Marin, de Monaco et du Vatican ; ainsi que ceux de Monténégro et du Kosovo, où l'euro est utilisé *de facto* comme monnaie ; et même, dans une certaine mesure, ceux de Suisse et du Lichtenstein, car l'euro y est accepté comme moyen de paiement en espèce et en carte bancaire.

D'autre part, dans les années 1990, l'UE a signé un accord d'union douanière avec Andorre, Saint-Marin et la Turquie, et un accord bilatéral avec la Suisse, qui fut lui-même approfondi en 2004, par lequel celle-ci incorpore plusieurs des politiques publiques communautaires au même titre que les Etats membres de l'UE.

Enfin, trois des quatre Etats de l'AELE mutualisent leur territoire avec ceux des Etats-membres de l'UE dans le cadre bien circonscrit de l'espace Schengen et de ses politiques publiques – Norvège, Islande, Lichtenstein.

(5) 2005 marque le retour à une situation et une période de crise, toujours en cours : les Français et les Hollandais rejettent par référendum le traité instituant une Constitution pour l'Europe (TCE), plongeant l'UE dans une crise politique et démocratique inédite.

Le TCE procédait d'une démarche politique originale. A peine adopté et signé en décembre 2000 et février 2001, le traité de Nice, censé réformer les mécanismes institutionnels de la vie politique européenne pour une UE – à 30 Etats membres, avait été jugé insatisfaisant. Une expression était employée pour désigner le scepticisme ou la critique qu'inspirait l'élaboration de ce nouveau traité et le fonctionnement de l'Union européenne : le déficit démocratique. Décidée au sommet de Laeken (2001), la Convention pour l'Europe a été un moment long et intense de résorption de ce déficit par une autre pratique démocratique de la construction européenne. De nombreux acteurs et chercheurs considéraient qu'avec le processus d'élaboration du nouveau traité par une Convention et non par la seule conférence intergouvernementale (CIG), on substituait une légitimité démocratique à la traditionnelle légitimité diplomatique. De fait, le projet de traité rédigé par cette convention et transmis aux Etats membres, le fameux traité instituant une Constitution pour l'Europe, l'a été dans la transparence, dans la sphère publique, et par une agora composée des parlementaires européens et nationaux, des gouvernements et de la commission, associant les corps intermédiaires et les acteurs organisés de la société civile.

Bien que 18 Etats sur 25 aient eux, en date de 2005, ratifié ce traité, le choc fut immense et le processus de ratification suspendu. L'adoption, quatre années plus tard, du traité de Lisbonne, quasi identique, par voie parlementaire (sauf en Irlande), confortent ceux pour qui l'Europe se construit contre la souveraineté populaire, est un argument incontestable. Mais il est tout aussi incontestable que le rejet par deux Etats membres ne délégitime pas la ratification des dix-huit autres, dont deux par référendum (l'Espagne et le Luxembourg). On n'a pas encore trouvé l'agencement qui permettrait de mettre en œuvre une démocratie vécue comme telle à l'échelle de l'UE, car un nombre encore important de citoyens européens pensent et vivent l'expression démocratique seulement dans un cadre national et/ou se représente la source de la souveraineté du peuple dans une communauté nationale – sans parler ici de ceux pour qui la démocratie ne peut s'exprimer que sous d'autres formes que la démocratie représentative.

(6) La crise actuelle, une crise multiregistre sans relance qui génère et oppose deux conceptions de l'UE : cette crise s'est confirmée depuis par la montée de partis politiques non seulement souverainistes et eurosceptiques, mais aussi populistes – c'est-à-dire très critiques à l'encontre de la démocratie représentative et de l'Etat de droit – et xénophobes.

Ces valeurs de la droite extrême colorent de plus en plus les positions et les programmes des partis classiques et des gouvernements nationaux. En Hongrie, le premier ministre Viktor Orbán cherche à définir une doctrine à cette inflexion de l'idéologie et des politiques des partis conservateurs. Il théorise ainsi la « démocratie illibérale » dans laquelle, selon lui, l'universalité des droits de l'homme, les fondements de l'Etat de droit et les ressorts de la démocratie représentative sont relativisés, tandis que la construction européenne devrait être détournée au profit de la préservation de ce que Viktor Orbán nomme la civilisation européenne – c'est-à-dire une représentation géopolitique selon laquelle le territoire européen est le produit de la chrétienté et doit protéger les Européens des influences et des intrusions de l'islam et des populations étrangères. Or, le gouvernement de Viktor Orbán et son parti, la Fidesz, bénéficie au Parlement européen comme au Conseil, depuis son installation en 2010, de la complaisance du Parti populaire européen dont la Fidesz est membre.

Dans le projet européen illibéral aussi, l'union fait la force. Mais c'est une union d'européens qui se défie du « non-européen » au motif qu'il corromprait une identité et une démographie européennes fantasmatiquement menacées : le commerce international, la pauvreté, les migrants, les Roms, les Musulmans, les Juifs, l'individualisme, les libertés, l'esprit critique. A ce jour, la xénophobie actuelle en Europe se porte surtout sur ceux qu'elle considère comme des étrangers non européens et des étrangers à l'Europe. Il prend, non le visage d'une hiérarchisation et d'un projet d'asservissement des peuples et des nations caractéristiques du nationalisme, mais celui d'une séparation rigoureuse d'avec l'Autre. La colonisation et la guerre de conquête ont cédé la place à l'entre soi.

Or, l'entre soi se définit par un territoire à plusieurs échelles dont l'une est clairement, comme chez les démocrates et la géopolitique kantienne, le « territoire » européen, c'est-à-dire ce territoire partiellement mutualisé entre Européens, par des politiques communes et la circulation organisée, facilitée, des flux de biens, de services et de personnes. Mais cette mutualisation territoriale version Orbán ne puise pas dans les principes kantien et des Lumières ; elle ne s'embarrasse pas d'une norme politique démocratique, libérale et humaniste commune à l'organisation de l'espace des sociétés ; ni d'une concurrence non faussée et régulée par le droit comme principe d'organisation du territoire ; elle promet une

vision ségrégée, oligarchique et oligopolistique, ploutocratique et népotique, de l'espace comme du territoire.

Pour ces souverainistes du 21^{ème} siècle que sont Orban et ses émules – dont Fico en Slovaquie est la version de gauche et le trio Kaczynski-Duda-Szydlo en Pologne la version ultra-conservatrice – l'attachement exclusif au principe de souveraineté nationale se décline à géométrie variable : il est convoqué lorsqu'il s'agit de protéger l'absence de pluralisme, de concurrence, de contre-pouvoirs, d'opposition et de débat ; il ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'insérer le territoire national dans cet auto-empire européen sans centre dominateur ni (sauf, hélas, la Grèce !) périphéries dominées qui permet d'être défendu face à un reste du monde dangereux et de développer l'économie. Pas plus qu'eux, les Le Pen en France, Wilders aux Pays-Bas, Petry en Allemagne, Hoffer en Autriche ou Salvini en Italie ne prônent la fin de l'UE¹. Il s'agit de détourner la construction européenne au profit de leur projet autoritaire et xénophobe, l'UE devenant une arme dans une vision géopolitique non pas kantienne du monde mais huntingtonienne du choc des civilisations. La crise migratoire révèle la prégnance et l'utilisation par plusieurs partis qui gouvernent ou qui aspirent à le faire d'une représentation ethnique et essentialiste de la nation, et culturaliste de l'Union européenne – celle-ci devant être mise au service d'une solidarité des nations européennes et de leur capacité à rester ethniquement homogène, face au multiculturalisme et aux mouvements migratoires.

Aucun des approfondissements de la construction européenne décidés depuis (TSCG, MES²) n'a embrayé sur une relance de la construction européenne. Les divergences de vue et les insatisfactions au sein des européens sont pour l'instant telles, qu'aucune de ces avancées politico-institutionnelles n'a fait l'effet d'une de ces fameuses relances (Messine 1956, La Haye 1969, Fontainebleau 1984) caractéristiques de l'histoire des crises de la construction européenne.

Au contraire, c'est la crise qui s'est approfondie avec la contestation ou la remise en cause de certains aspects de la mutualisation territoriale : des partis qui prônent la fin de l'euro ont une audience croissante, tandis que, notamment, les gouvernements de quatre Etats s'affranchissent de l'espace Schengen en rétablissant unilatéralement des frontières en dur et un accès très sélectif à la circulation sur leurs territoires. Enfin, si le territoire de l'UE s'est

¹ Respectivement dirigeant du Front national, du PVV (Parti pour la liberté), de l'AfD (Alternative pour l'Allemagne), du FPO (Parti de la liberté) et de la Ligue du nord.

² Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de 2012 et couramment appelé pacte budgétaire européen ; le mécanisme européen de stabilité, mis en place la même année, en est l'instrument permanent de gestion des crises des dettes souveraines du type de celles apparues en 2010.

étendu par incorporation d'un vingt-huitième territoire national, celui de la Croatie, en 2013, la crise est accentuée par un rétrécissement annoncé inédit du territoire de l'UE depuis le vote par référendum d'une majorité de britanniques pour la sortie du Royaume-Uni de l'UE (le *Brexit*, 2016). La dynamique d'attractivité et d'élargissement du territoire communautaire s'est également ralentie voire enrayée en raison de la décision du gouvernement islandais de retirer, en 2015, sa candidature six ans après l'avoir posée ; du fait ensuite du gel *de facto* du processus d'adhésion de la Turquie dont la majorité parlementaire et une grande partie de la société n'adhère pas aux paradigmes de la mutualisation territoriale et du post-nationalisme ; et par le fait enfin que l'accord d'association entre l'UE et l'Ukraine a déclenché une tension très forte avec la Russie – celle-ci pratiquant des incursions hostiles, illégales et cachées sur le territoire européen, sans parler de l'annexion de la Crimée et de la guerre qu'elle livre dans l'est de l'Ukraine – dont l'une des conséquences est de compliquer et de ralentir considérablement l'incorporation du territoire ukrainien dans le système territorial communautaire. Dans le même ordre de faits, le gouvernement et le parlement suisses ont officiellement retiré la demande d'adhésion de leur pays à l'UE – celle-ci étant caduque depuis plus de vingt ans, la portée de ce retrait est symbolique.

Présentement, la mutualisation territoriale qui caractérise ce projet fondamentalement géographique qu'est la construction européenne est donc partiellement contestée et remise en cause. En témoignent particulièrement, donc, le Brexit, mais aussi : le refus des gouvernements de Hongrie, Pologne, Slovaquie et République tchèque de respecter la décision prise à la majorité qualifiée sur la répartition des demandeurs d'asile en 2015 ; les dérogations temporaires mais reconduites à la libre circulation au sein de l'espace Schengen par le rétablissement de la matérialité des frontières et leur durcissement sous forme de clôtures ; mais aussi la mise sous tutelle du territoire grec dans le cadre des trois plans d'aides conditionnelles octroyés par l'UE ; ainsi que les tentatives des gouvernements illibéraux post-démocratiques de Hongrie et de Pologne pour s'abstraire ou contourner les règles de l'Etat de droit et d'une concurrence non-faussée qui régissent en commun l'ensemble du territoire européen et donc le territoire de chaque Etat-membre.

Conclusion

L'inscription de la crise actuelle de l'UE dans l'histoire des crises de la construction européenne débouche sur la conclusion qu'il y a aujourd'hui deux projets de construction européenne : l'un issu des Lumières, qui existe depuis les années 50, et que le discrédit du nationalisme en Europe a rendu possible et étayé. Il est la matrice de cette entité territoriale inédite qu'est l'UE, dans laquelle les pays et les peuples, se situant sur un plan d'égale dignité, mutualisent les problèmes à résoudre et les solutions. L'autre s'inscrit dans la tradition européenne des anti-Lumières : il est au pouvoir en Hongrie avec Orban, en Pologne avec le PiS, c'est la démocratie illibérale ; il prospère sur l'idée que cette construction européenne des origines est devenue non pas la solution, mais le problème à résoudre, notamment en clôturant ce territoire au motif que des menaces violentes et géopolitiques pèsent sur lui.

Cette entreprise de dévoiement de l'entité territoriale européenne fait partie de cette crise qui a également stoppé net la convergence vers le haut des territoires européens. Depuis 2008, le registre financier et économique de cette crise (la crise des dettes souveraines) a rouvert la disparité nord-sud alors que la disparité est-ouest n'était pas résorbée. Les menaces sur la cohésion entre un centre dynamique et des périphéries qui se sentent dominées mettent sous tension les institutions et la vie politique communes.

Cette mise en perspective par l'histoire permet de rendre compte du caractère spécifique de la crise actuelle de l'Union européenne. En effet, la crise présente, ouverte en 2005, réside dans la contestation du caractère mutualisé de la souveraineté territoriale communautaire. La crise actuelle est très différente de toutes les crises qui l'ont précédée ; d'ailleurs la crise d'aujourd'hui est la première crise territoriale de la construction européenne ; c'est pourquoi elle est perçue comme une crise existentielle.

Bibliographie

1. AGLIETTA M. (2015), « Monnaie et souveraineté : comment compléter l'euro ? », in *La BCE peut-elle sauver l'Europe ?*, *L'économie politique*, n° 66, pp. 28-41.
2. BERTONCINI Yves, CHOPIN Thierry, DULPHY Anne, KAHN Sylvain, MANIGAND Christine (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Paris, A. Colin, 2008, 512 p.
3. GERBET Pierre, BOSSUAT Gérard, GROSBOIS Thierry (dir.), *Dictionnaire historique de l'Europe unie*, Bruxelles, A. Versailles, 2009, 1213 p.
4. GRIN Gilles, « 1985, *annus miserabilis* de l'Europe : le programme d'achèvement du marché intérieur et la relance de la construction européenne », *Relations internationales*, n° 118, 2004, pp. 215-227.
5. KAHN Sylvain, *Histoire de la construction de l'Europe depuis 1945*, Paris, PUF, 2011, 326 p.
6. KAHN Sylvain, « La crise grecque et les troubles de la mémoire européenne », *Esprit*, décembre 2010, pp. 114-125.
7. KAHN Sylvain, *Géopolitique de l'Union européenne*, Paris, Armand Colin, 2007, 128 p.
8. KAISER Wolfram and VARSORI Antonio (ed), *European Union history: themes and debates*, New-York, Palgrave Mac Millan, 2010, 268 p.
9. LAGROU Pieter, « la crise européenne », in MAGNETTE Paul, WEYEMBERGH Anne (dir.), *L'Union européenne : la fin d'une crise ?*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2008, pp. 15-24.
10. LOTH Wilfried (dir.), *Crises and compromises, the European project, 1963-1969*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 538 p.
11. LUDLOW Piers N. (dir.), *The European Community and the Crises of the 1960s. Negotiating the Gaullist Challenge*, Londres, Routledge, 2005, 269 p.
12. MAGNETTE Paul, *Au nom des peuples : le malentendu constitutionnel européen*, Paris, Ed. du Cerf, 2006, 159 p.
13. RUPNIK Jacques, « Régression post-démocratique en Hongrie », *Esprit*, mai 2013, pp. 109-117.
14. STRASSEL Christophe, « La crise de l'euro : une crise de la souveraineté européenne », in *Economie et géopolitique*, 2013, *Hérodote*, vol. 4, n° 151, pp. 12-38.
15. VAN DER HARST Jan, « The 1969 Hague Summit: a new start for Europe? », *Revue d'histoire de l'intégration européenne*, vol. 9, n° 2, 2003, pp. 5-9.
16. VAN MIDDELAAR Luuk, *Le passage à l'Europe, histoire d'un commencement*, Paris, Gallimard, 2012, 480 p.

17. ZAKARIA Fareed, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, n° 99, 1998, pp. 17-26.

L'Europe et la nécessité d'un nouveau récit politique

Thierry CHOPIN, Directeur des études de la Fondation Robert Schuman, Professeur associé à l'European School of Political and Social Sciences (ESPOL), Université catholique de Lille et expert associé au Centre de recherches internationales (CERI) de Sciences Po

Introduction

Les défis majeurs auxquels les Européens sont confrontés – terrorisme, crise migratoire et, sur un autre registre, « Brexit » et montée des populismes anti-européens – appellent à repenser et à relancer la construction de l'Europe unie. Ces différents défis ne doivent pas être traités séparément, de manière fragmentée, mais au contraire mis en perspective et abordés de manière articulée. Ils mettent tous en jeu la capacité des Européens à être unis face à la succession des crises qu'ils doivent affronter. Or, cette unité ne va pas de soi aujourd'hui et bien au contraire, des tensions politiques très fortes menacent la cohésion et la stabilité de l'Union européenne.

La construction européenne semble en effet directement menacée : en tant qu'espace sans frontière interne, elle fait craindre la contagion des crises de la périphérie (géographique ou économique) vers le cœur de l'Union sans avoir les moyens suffisants d'y répondre et d'assurer une réponse collective et solidaire. La *Pax Europaea*, qui a valu à l'Union européenne le prix Nobel, n'assure pas pour autant la paix sociale face à la crise économique, la sécurité intérieure face au terrorisme ou la protection des frontières extérieures. La perception de cette incapacité de l'Union à défendre ses membres, à l'exception du domaine monétaire, la situe à l'opposé des modèles des autres fédérations ou confédérations, où elle fonde au contraire l'identité collective et la légitimité politique des institutions communes. Sans surprise, les citoyens se tournent vers les Etats, pourtant souvent affaiblis économiquement et politiquement, parce qu'ils concentrent encore l'essentiel des fonctions régaliennes et de protection des citoyens. Pourtant les enquêtes d'opinion montrent que c'est sur ces sujets que les citoyens européens souhaitent une action plus forte au niveau européen.

Dans ce contexte, les développements qui suivent tentent : tout d'abord, d'analyser la « polycrise » européenne actuelle (selon le mot de Jean-Claude Juncker, Président de la Commission européenne) à partir d'une usure des récits et du discours politiques qui ont justifié et légitimé jusqu'à une date récente la construction européenne aux yeux des

citoyens ; ensuite, de définir les conditions pratiques d'un renouvellement du discours et du projet politiques européens visant notamment à lui donner les moyens de répondre aux attentes des Européens en matière économique, de politiques de sécurité et de garantie de l'Etat de droit.

§ 1. L'usure des récits européens

A. « L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises » (Jean Monnet). Une théorie toujours valable ?

La notion de crise n'est pas nouvelle dans la construction européenne. Les soixante ans qui ont marqué l'histoire de l'Union européenne ont été constamment jalonnés de crises. Il n'est jamais inutile de se remémorer l'échec en 1954 de la Communauté européenne de défense, la crise de la Chaise vide en 1965 qui s'est traduit par un retrait français du Conseil pendant six mois, ou encore l'imbroglio agro-budgétaire des années 80 symbolisé par les revendications du Premier ministre britannique Margaret Thatcher.

La caractéristique de l'Union européenne est d'avoir toujours su surmonter ces crises en ayant recours à deux ressources clés : la négociation et le compromis. On oublie trop souvent cette valeur ajoutée de l'Union européenne qui est la capacité de ses Etats à surmonter des différences non plus par la guerre mais par le compromis.

Les théoriciens néo-fonctionnalistes de la construction européenne ont conceptualisé les cycles de crise en montrant qu'ils étaient consubstantiels au projet de la construction européenne¹. En outre, Johan P. Olsen a montré que, historiquement, les échecs des ambitions « constitutionnelles » de l'Europe (du Congrès de La Haye au projet Spinelli) n'avaient pu être surmontés qu'en recourant à l'approche fonctionnaliste (avec la CECA, le traité de Rome et l'Acte unique en particulier)².

Il est frappant de constater que les analyses et les scénarios de sortie de crises depuis plus de 10 ans portent encore aujourd'hui l'empreinte de cette théorie.

Selon cette lecture, on a pu envisager que l'échec du « traité constitutionnel » en 2005 pouvait être surmonté en renouant le fil de la logique fonctionnelle « classique » : il suffirait de concevoir et mettre en œuvre des projets pour garantir l'adhésion populaire à l'Union. Il s'agit là d'un discours encore dominant, dont on trouve des expressions exemplaires, tant sur

¹ S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2010, 483 p.

² J. P. OLSEN, « Coping with Conflict at Constitutional Moments », *Industrial and Corporate Change*, vol. 12, n° 4, 2003, pp. 815-842.

le plan académique³ que sur le plan politique dans les mois qui ont suivi les référendums négatifs en France et aux Pays-Bas⁴ ou encore dans le contexte de la crise de la zone euro⁵.

Dans cette perspective, les analyses récentes conduisant à favoriser une intégration plus forte de la zone euro reposent en effet le plus souvent sur ce type de logique fonctionnaliste. L'argument consiste à souligner que la volonté de créer un véritable marché unique a eu des implications sur la décision de mettre en place une monnaie unique et, sous l'effet de la crise, l'union monétaire produit des effets d'engrenage qui doivent conduire à « approfondir » l'Union économique et monétaire (UEM) en mettant en place une union budgétaire et économique avec une solidarité financière et une véritable union bancaire⁶.

Or, les crises récentes ont pris une autre tournure dans l'Union européenne. Elles ne sont plus le simple résultat de difficultés institutionnelles à propos de telle ou telle politique sectorielle. Elles se singularisent d'abord par leur nombre et par leur intensité ; en outre, elles portent sur les fondements mêmes de l'Union européenne ; et convergent *in fine* vers une « crise de sens » du projet européen lui-même.

B. Une « crise » de légitimité sans précédent. La paix, le marché et après ?

Pour comprendre cette crise de l'Union européenne, il faut d'abord renouer le fil de sa construction et de ses récits fondateurs qui épuisent aujourd'hui leurs effets. C'est en effet d'abord l'usure des récits qui ont légitimé la construction européenne que met en lumière la « crise »⁷ actuelle de l'Union européenne⁸.

La construction européenne a d'abord réalisé un travail de rédemption après le suicide collectif des deux guerres mondiales et de sublimation des rivalités politiques nationales par le rejet de la logique de puissance ce qui a conduit à la stabilisation et la pacification du

³ R. DEHOUSSE, *La fin de l'Europe*, Hachette, Paris, 2006, pp. 91-92 et pp. 159-160 ; O. COSTA, P. MAGNETTE, « How the EU Could Overcome the Current Constitutional Crisis? », *Garnet Policy Brief*, n° 4, mai 2007, pp. 1-9.

⁴ Par exemple dans les discours prononcés par José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, à l'Assemblée nationale française (le 24 janvier 2006), ou encore par Tony Blair, Premier ministre britannique, à l'Université d'Oxford (le 2 février 2006).

⁵ Cf. le discours d'Hermann Van Rompuy, alors Président du Conseil européen, à l'Institut d'études politiques de Paris (le 21 septembre 2010).

⁶ Voir par exemple Mario Draghi, Président de la Banque centrale européenne, « Europe's Pursuit of a 'More Perfect Union' », Harvard Kennedy School, 9 octobre 2013.

⁷ Hannah Arendt définit la notion de « crise » comme une situation sans précédent, introduisant une rupture avec un passé qui ne fournirait plus les ressources pour penser le présent et s'orienter dans l'avenir, in *Between Past and Future* (1954). De son côté, Gramsci ajoutait « et dans cet interrègne naissent les monstres » : « La crisi consiste appunto nel fatto che il vecchio muore e il nuovo non può nascere : in questo interregno si verificano i fenomeni morbosi più svariati », in *Quaderni dal carcere (quaderno 3)*, édition critique de l'Institut Gramsci, Turin, 1975, p. 311. On pourra lire aussi avec profit sur cette notion, l'article de Claude LEFORT, « L'imaginaire de la crise », in *Commentaire*, n° 79, automne 1997, pp. 525-536.

⁸ T. CHOPIN, J.-F. JAMET, C. LEQUESNE, *L'Europe d'après*, Lignes de repères, Paris, 2012, 99 p.

continent. Dans ce processus d'unification, l'économie a joué le rôle majeur, particulièrement après le rejet en 1954 de la Communauté européenne de défense (CED) par la France qui l'avait pourtant initiée. L'économie a d'abord été instrumentale : dans le projet de Robert Schuman, les « solidarités de fait » créées par le marché intérieur devaient créer des intérêts économiques communs décourageant le chacun pour soi et permettant de surmonter les nationalismes. Sous le parapluie de l'OTAN, le discours européen pouvait en outre jouer sur le rôle mobilisateur de la menace soviétique et du « sens de l'histoire », celui de la réunification du continent. Cette période s'est achevée au début des années 1990 avec la « fin de l'histoire »⁹ proclamée à la chute du bloc communiste.

Une deuxième période a de fait commencé légèrement avant grâce à l'initiative de Jacques Delors appuyé par Mitterrand et Kohl. Après la paix et l'unification, l'idée était que la prospérité et la solidarité devaient guider l'adhésion des Européens au projet de la Grande Europe. Au début des années 1990, après la paix et la réconciliation, l'économie n'était plus instrumentale et est devenue le cœur du discours européen avec le marché unique – le plus grand marché mondial – et l'euro comme éléments structurants. Les résultats sont là : jamais l'Europe n'a été aussi libre et aussi riche dans son histoire, car jamais l'Europe n'a été aussi peu soumise à la logique des rapports de force en son sein. Cette situation, c'est largement à l'expérience de l'intégration que l'Europe la doit.

Pourtant, cette logique s'est brisée sur la crise financière et économique et ses conséquences sociales et politiques. En effet, si les marchés ne tablent plus sur une explosion de la zone euro, sous l'effet du double engagement des Etats et de la Banque centrale européenne, il semble que cette logique de légitimation rencontre ses limites. Il n'est pas certain en effet que l'économie puisse continuer à jouer le rôle unificateur qui a été le sien depuis les débuts de la construction européenne. L'une des leçons de la crise grecque – et de la menace d'un « Grexit » –, c'est que l'économie ne rapproche plus nécessairement mais divise et est devenue un espace d'expression de rapports de force politique nationaux. La dynamique de l'intégration économique, si elle est nécessaire, ne s'accompagne plus nécessairement d'un accroissement de la coopération entre les Etats et l'interdépendance économique, soulignée par la crise, s'accompagne aujourd'hui d'un retour des logiques de rapports de force.

Enfin, les logiques de concurrence et de compétition peuvent dans certains cas aller de pair avec le retour des passions nationalistes à l'échelle européenne, comme à l'échelle

⁹ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992, 418 p.

mondiale, à tel point que la question se pose de savoir si l'équation libérale selon laquelle le « doux commerce » est un « facteur de paix » est toujours valide¹⁰.

C'est dans un tel contexte qu'un renouvellement du discours et du projet européens face aux crises actuelles est nécessaire.

§ 2. Redéfinir un récit européen face aux crises actuelles

A. L'Union européenne au défi d'un nouveau projet collectif

L'Union européenne est menacée. La crise financière et économique et ses conséquences sociales et politiques ont montré les fragilités de la zone euro. Les défis majeurs auxquels les Européens sont confrontés – terrorisme, crise migratoire, « Brexit », montée des populismes et des extrémismes – exposent les faiblesses de l'Union et mettent tous en jeu la capacité des Européens à être unis face à la succession des crises qu'ils doivent affronter. Partout, les partis populistes et extrémistes tentent d'exploiter ces fragilités pour les aggraver au lieu de les résoudre, en vue de favoriser le repli national. Or, ce repli ne saurait apporter la solution à des phénomènes qui dépassent les nations : il n'arrêterait pas l'afflux des migrants, il ne répondrait pas aux fragilités économiques et il ne mettrait pas un terme aux attentats terroristes. Faute de pouvoir blâmer Bruxelles, les populistes s'en prendraient alors à nos voisins européens, renouant l'histoire peu glorieuse des nationalismes européens.

Dans un tel contexte, la construction européenne ne pourra se poursuivre sans de profondes réformes¹¹. L'Union telle qu'elle a été construite, guidée par l'objectif de la liberté des échanges tout en limitant autant que possible les partages de souveraineté, ne peut apporter la protection que les Européens attendent. Si l'Union européenne dispose d'un certain nombre d'instruments pour assurer la régulation des marchés (notamment au travers de ses prérogatives en matière de concurrence, de réglementation du marché intérieur et en matière monétaire), force est aussi de reconnaître ses faiblesses dans plusieurs domaines régaliens. En particulier, sa capacité à contribuer à la stabilisation des cycles économiques dans le domaine budgétaire, ou encore son rôle dans le maintien de la sécurité et de l'Etat de droit (par exemple la lutte contre la corruption, l'anti-terrorisme, la défense ou la protection des frontières de l'Union) sont très limités. Les institutions européennes se sont ainsi trouvées

¹⁰ P. MARTIN, T. MAYER, M. THOERING, « La mondialisation est-elle un facteur de paix ? », in D. COHEN et P. ASKENAZY (dir.), *27 questions d'économie contemporaine*, Paris, Albin Michel, 2008, pp. 89-123.

¹¹ T. CHOPIN et J.-F. JAMET : « L'avenir du projet européen », *Question d'Europe* n° 399, Fondation Robert Schuman, juillet 2016, et « Comment répondre aux attentes des Européens ? », *Commentaire*, Vol. 3, n° 155, 2016, pp. 503-512.

fort dépourvues face à la crise économique et à la demande d'un renforcement de l'Etat de droit et des politiques de sécurité. Il n'est dès lors pas étonnant que de nombreux partis protestataires soient aussi critiques vis-à-vis de l'action européenne qu'ils ne le sont vis-à-vis des politiques nationales.

B. L' « Europe régaliennne » : un nouveau discours politique pour l'Union ?

Répondre à la crise européenne actuelle suppose de porter un message politique clair sur ce qui peut fonder l'Europe et sa légitimité face aux défis actuels. Cela suppose de répondre aux questions suivantes : quels sont les objectifs collectifs de l'Europe ? Quels sont les biens communs qui requièrent une action commune ? Dans le domaine économique, sous l'effet de la crise de la zone euro, les Européens ont découvert qu'un déficit grec était aussi un déficit européen ; et, au-delà de la monnaie, la stabilité financière s'est peu à peu imposée comme un bien commun à protéger dès lors que la crise de l'un de ses membres peut menacer la stabilité de l'ensemble de la zone euro.

Mais cette réflexion dépasse le seul champ économique ; par exemple, sous l'effet de la crise migratoire, les gouvernements et les opinions publiques ont aussi découvert qu'une frontière nationale, en Grèce ou en Italie, constituait un segment des frontières extérieures communes de l'UE, dont la protection est un enjeu commun pour tous les Etats membres. Ce questionnement concerne aussi les facteurs essentiels de la puissance comme les politiques de sécurité.

La question fondamentale et la première priorité est de retrouver le sens de ce qui nous rassemble. C'est la question des objectifs communs. Quels sont les objectifs que nous sommes prêts à partager ? Il est question de terrorisme : qui peut être contre la lutte contre le terrorisme ? Qui ne voit pas la dimension transfrontalière du terrorisme actuel ? Qui ne reconnaît pas que les problèmes d'évasion fiscale sont des facteurs de décrédibilisation de la classe politique ? Il est donc possible d'identifier des intérêts communs auxquels les citoyens puissent adhérer.

Dans la période actuelle, l'Europe doit pouvoir porter un discours régalien pour répondre aux attentes des citoyens en termes de sécurité, attentes qui sont parfaitement légitimes et il faut y répondre¹². A défaut, le niveau européen n'a pas de réponse à apporter sur ces grands sujets, en particulier la sécurité, qui sont au cœur des préoccupations des citoyens. Ce projet d'une Europe régaliennne semble avoir des justifications solides.

¹² T. CHOPIN, « Pour une Europe régaliennne », *Le Monde*, 30 juin 2016.

Tout d'abord, les enjeux internationaux mettent en jeu la capacité collective des Européens à répondre à des transformations géopolitiques mondiales qui les affectent tous : la question des flux migratoires et les enjeux de sécurité liés au terrorisme, mais aussi la lutte contre le réchauffement climatique et les négociations commerciales sont autant de questions qui engagent les intérêts collectifs des Européens. De ce point de vue, les sujets régaliens permettent de répondre à la question de l'identité, car les aborder permet généralement d'identifier un dedans et un dehors. Or l'identification d'un dehors peut permettre de renforcer la cohésion interne. La dynamique consécutive au référendum britannique l'illustre d'ailleurs : le fait que les vingt-sept aient à négocier avec ce qui sera à terme un pays tiers tend à les unir. En outre, les enquêtes réalisées à la suite du Brexit, de même que le résultat de l'élection présidentielle autrichienne, au terme d'une campagne où la question de l'appartenance à l'Union européenne a été centrale, suggèrent que les opinions publiques sont devenues plus favorables à la participation à cette Union¹³.

Une deuxième justification de cette Europe régaliennne vient de l'économie. L'un des fondements de la puissance régaliennne est la capacité à lever l'impôt. Or l'érosion de celle-ci par l'évasion, la fraude ou l'optimisation fiscale est au cœur des débats. C'est aussi un enjeu de justice sociale. Le soutien très large dont la Commission européenne a bénéficié dans l'affaire Apple souligne que la demande est forte dans ce domaine et qu'il est possible d'aller de l'avant. Le fait que la Commission européenne puisse tenir tête à Apple, un géant économique et financier, répond à une attente en matière fiscale et ne serait pas possible au niveau national¹⁴. Cela parle aux citoyens. Lorsque le niveau européen a un pouvoir fort qui correspond à des objectifs partagés par les citoyens, ceux-ci ont plutôt tendance à soutenir une telle approche, même quand elle est perçue comme allant contre la souveraineté d'un Etat, puisqu'il s'agit en l'occurrence d'une aide d'Etat.

Ce discours sur l'Europe régaliennne peut permettre de déplacer le débat sur la souveraineté. Une Europe régaliennne, c'est effectivement une Europe qui renforce la souveraineté de la puissance publique, que celle-ci s'exerce au niveau national ou au niveau européen. Et, selon notre modèle démocratique et libéral, tant l'Union européenne que les Etats nationaux ont pour justification de protéger la sécurité de leurs citoyens, leur sécurité physique mais aussi économique, tout en donnant le plus grand espace possible à la liberté individuelle. C'est cet équilibre qu'il faut trouver.

¹³ Enquête de la Fondation Bertelsmann, « Brexit has raised support for the European Union », 21 novembre 2016.

¹⁴ E. COHEN, « L'affaire Apple ou les vertus de l'Europe par l'exemple », *Telos*, 2 septembre 2016.

C. Le besoin d'un « discours de la méthode »

La question de la méthode est clairement indissociable de la volonté politique. Même s'il faut partir d'une volonté sincère d'évoluer à vingt-huit ou vingt-sept autant que faire se peut, force est de reconnaître – c'est l'histoire même de l'Union européenne – qu'il faut toujours apporter la preuve de la validité de certaines initiatives avant que certains souhaitent s'y joindre. Tous les Etats n'étaient pas présents dès le départ. C'est cette capacité d'initiative pour répondre de façon innovante aux attentes des citoyens qu'il faut développer, particulièrement dans les domaines régaliens¹⁵, et il nous semble que, sur ce point, le dialogue franco-allemand a un rôle à jouer, ne serait-ce qu'en raison du poids des deux pays au sein de l'Union et plus encore dans la zone euro.

La dissonance entre la zone euro et le reste de l'Union est aujourd'hui moins forte, semble-t-il, en tout cas sur les sujets régaliens : il existe aussi une attente des pays hors zone euro sur ces sujets. Par ailleurs, après le référendum britannique, le chevauchement des deux est plus grand et il est donc peut-être devenu moins important de développer des instruments spécifiques à la zone euro. Enfin, il faut également être clair, quand on démarre des projets européens, sur le fait que l'on est prêt à les mener à terme car il n'y a rien de pire que de se retrouver au milieu du gué, à cause d'instruments qui ne sont pas à la hauteur, après avoir créé des attentes.

Il est notable que les sujets régaliens sont un sujet sur laquelle la voix de la France peut être légitimement forte, à la fois compte tenu de sa puissance militaire et diplomatique, de la reconnaissance de son expertise (par exemple en matière fiscale) ou encore de la solidarité européenne vis-à-vis des attaques terroristes dont la France est l'objet.

Il semble, par ailleurs, que l'Allemagne est ouverte à des progrès sur ces sujets régaliens, qu'il s'agisse de la défense – Wolfgang Schäuble parlant même d'un budget européen de la défense¹⁶ – de la lutte contre le terrorisme ou des enjeux migratoires¹⁷. En matière de défense : cf. la publication du livre blanc sur la défense de l'été

¹⁵ A. ALESINA et R. WACZIARG, « Is Europe Going too Far? », Carnegie-Rochester Conference Volume, supplement of the *Journal of Monetary Economics*, 1999, pp. 1-45 ; J.-F. JAMET, « The Optimal Assignment of Prerogatives to Different Levels of Governments in the EU », *Journal of Common Market Studies*, vol. 49, n° 3, mai 2011, pp. 563-584 ; B. LERUTH et C. LORD, « Differentiated integration in the European Union: a concept, a process, a system or a theory? », *Journal of European Public Policy*, vol. 22, n° 6, 2015, pp. 754-763.

¹⁶ « Wolfgang Schäuble calls for joint EU defence budget », *Financial Times*, 18 octobre 2016 ; Wolfgang Schäuble : « We must strengthen the EU in those areas where it offers true added value relative to national approaches. Just look at foreign policy or defence. What can an individual country achieve in the areas? », *Spiegel*, 10 juin 2016.

¹⁷ Cf. Discours prononcé par Angela Merkel à Bruxelles le 12 janvier 2017, après avoir reçu un doctorat honorifique de l'Université catholique de Louvain et de l'Université de Gand : « We must hold Europe together now more than at any time in the past; we must make it even better, and bring it closer to the people of Europe

2016 et l'annonce récente par le gouvernement allemand de l'accroissement des dépenses de défense, face au risque d'affaiblissement des liens transatlantiques annoncé par le nouveau président américain, et ce tout en rappelant les valeurs partagées qui fondent la solidarité occidentale¹⁸. Même l'opinion publique semble évoluer dans le sens d'un engagement plus affirmé dans la gestion des enjeux de politique étrangère et de défense. En outre, l'Allemagne s'est montrée favorable à des initiatives en matière de protection des frontières extérieures ou encore de lutte contre l'évasion fiscale. Les sujets régaliens sont donc des thèmes sur lesquels le moteur franco-allemand peut retrouver un fort effet d'entraînement.

Ce projet peut en outre trouver le soutien de pays traditionnellement moins favorables à l'intégration et répond à une demande des européens dans leur ensemble : 82 % d'entre eux attendent une intervention plus importante de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme, 75 % dans la lutte contre la fraude fiscale, 74 % sur la question migratoire, 71 % sur la protection des frontières extérieures et 66 % en matière de sécurité et de défense¹⁹.

Sans entrer dans le détail des formes concrètes que peut prendre l'Europe régaliennne, il faut souligner que des initiatives sont en cours, par exemple, en matière de défense, sur lesquelles le Conseil européen se penche. Sur la base de l'article 86 § 4 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, il serait aussi possible de créer un parquet européen compétent en matière de lutte contre le terrorisme – dans la mesure où celle-ci a une dimension transfrontalière, cela pourrait avoir du sens pour étendre les compétences d'Eurojust. Et si tous les Etats n'étaient pas prêts à faire ce pas, pour expérimenter et montrer la validité d'une telle approche, il serait possible de passer par une coopération renforcée.

again (...). The EU and its member states must also become better at finding compromises and thus achieving better results. Specifically, readiness to compromise is needed on the issues of illegal migration, the fight against international terrorism, and in the field of security and defence policy. »

https://www.bundeskanzlerin.de/Content/EN/Reiseberichte/2017_en/2017-01-12-merkel-in-luxemburg-und-belgien.html.

¹⁸ Cf. Discours prononcé par Angela Merkel suite à l'élection de Donald Trump, le 9 novembre 2016 https://www.bundeskanzlerin.de/Content/EN/Pressemitteilungen/BPA/2016/2016-11-09-statement-merkel-us-wahlen_en.html.

¹⁹ « Les Européens en 2016 », *Eurobaromètre spécial du Parlement européen*, juin 2016.

La construction européenne a trouvé son sens pendant un demi-siècle en ancrant la paix et la démocratie sur le continent et en ouvrant aux entreprises européennes un marché domestique de taille comparable au marché américain. Il faut désormais lui apporter un prolongement politique et externe. L'Union doit se tourner vers un monde qui change rapidement, et s'adapter aux rapports de force politiques mondiaux en mutation.

Qu'il s'agisse du terrorisme islamiste, des changements politiques au Proche et au Moyen-Orient, des tensions récurrentes avec la Russie, notamment à propos de l'Ukraine et de la Syrie, ou des conséquences de la puissance désormais « relative » des Etats-Unis, les Européens font face à une dégradation accélérée des conditions de leur sécurité collective. De la régulation des flux migratoires à la lutte contre le réchauffement climatique ou au renforcement de la sécurité des approvisionnements énergétiques, les enjeux internationaux mettent en jeu la capacité collective des Européens à répondre aux transformations géopolitiques mondiales.

C'est en donnant corps à l'idée qu'elle incarne modèle politique, économique et social proprement européen – conciliant liberté, solidarité, valeurs sources d'identité commune, sécurité et influence internationale – que l'Union européenne pourra trouver une légitimité renouvelée auprès de ses Etats et de ses citoyens. Bien qu'appartenant parfois à des traditions et à des histoires différentes, les pays de l'Union européenne partagent des valeurs, des principes et des intérêts qui les distinguent des autres pays et régions du monde, qu'il s'agisse de la Chine et de la Russie mais aussi des Etats-Unis. C'est parce que l'Union européenne démontrera sans cesse qu'elle met en œuvre des décisions et des politiques conformes à ces principes qu'elle pourra mieux convaincre ses citoyens de son utilité et de sa légitimité pour affronter les défis d'un monde aujourd'hui « globalisé » dont le développement exige une union plus forte des Européens si ces derniers veulent rendre leur modèle « compétitif » dans la concurrence mondiale des modèles de civilisation et d'organisation politique et économique. C'est la condition pour que les Européens puissent être des leaders de la mondialisation économique et géopolitique et non pas de simples acteurs condamnés en permanence à s'adapter à des processus « globaux » qui leur échappent. C'est la condition pour redonner aux européens confiance, fierté et le sentiment de leur liberté.

L'impact des crises sur l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice

Vincent BASSANI, Doctorant en droit international et européen à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne, IREDIES - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne¹

Introduction

« Crise des réfugiés »², crise de la zone euro³, « crise migratoire »⁴, « crise humanitaire »⁵, crise terroriste⁶, « crise humaine » et « crise morale »⁷ : les mots ne manquent pas pour décrire les crises qui frappent l'Union européenne et ses Etats membres depuis plusieurs années. Protéiformes, elles concernent des domaines essentiels : économie, sécurité, immigration. Avec le Brexit, le projet européen lui-même est menacé. Selon Jean-Claude Juncker, l'« Union européenne traverse, du moins en partie, une crise existentielle »⁸. Depuis la signature du traité de Rome en 1957, il semble que jamais l'Union (Communauté jadis) n'a paru si affaiblie. La désunion des Etats membres, leur repli, rendent la situation encore plus complexe.

¹ L'auteur tient à remercier Madame la Professeure Burgorgue-Larsen et Monsieur le Professeur Matringe pour l'opportunité donnée d'écrire cet article, Madame la Professeure Barbou des Places pour ses remarques et conseils lors de la rédaction, ainsi que l'équipe de l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne pour la finalisation de cet article.

² Y. PASCOUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 22 ; C. BILLET, « Approfondissement de la coopération en matière migratoire avec les voisins sur fond de « crise des réfugiés », *RTDE*, 2016, p. 618 ; L. BALMOND, « Les relations entre l'Union européenne et la Turquie et la crise des réfugiés », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 380.

³ Y. PASCOUAU, « Crise des réfugiés » et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 23.

⁴ H. LABAYLE, « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 13 ; Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 26 juillet 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 3.

⁵ Commission européenne, « Revenir à l'esprit de Schengen – Feuille de route », COM(2016) 120 final, 4 mars 2016, p. 9.

⁶ E. GUILD, « Movement of Persons, Security and Asylum in the Schengen Area 2015-16 », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, n° 8, 2016, p. 1.

⁷ C.-A., CHASSIN, « La crise des migrants : l'Europe à la croisée des chemins », *Europe*, n° 3, Mars 2016, p. 21.

⁸ J.-C. JUNCKER, « Discours sur l'état de l'Union 2016 : vers une Europe meilleure - une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend », 14 septembre 2016, p. 1.

Une crise est une « situation de trouble, due à une rupture d'équilibre et dont l'issue est déterminante pour l'individu ou la société »⁹. Ces déséquilibres actuels, variés, affectent l'Union européenne et son droit. Loin d'être épargné, l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), en particulier le système européen commun d'asile (SECA) et l'espace Schengen ont été touchés par les crises terroriste et migratoire. C'est la raison pour laquelle ces deux composantes de l'ELSJ retiendront notre attention.

Instrument juridique créé en dehors de la sphère de l'Union européenne, l'espace Schengen en est devenu aujourd'hui un élément essentiel¹⁰ : l'absence de contrôle aux frontières intérieures¹¹ est désormais fondamentale. Bien que le projet ait vu le jour grâce à des considérations économiques, les répercussions de sa mise en place allèrent bien au-delà. L'espace Schengen fut « un accélérateur et un facilitateur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », constituant « un apport substantiel à la construction européenne et une des grandes avancées de l'Europe »¹². Dans l'esprit des citoyens des Etats membres, la liberté de mouvement est un acquis essentiel.

Conscient qu'un espace sans frontière intérieure nécessite d'homogénéiser les régimes d'asile nationaux, les Etats membres ont confié à l'Union un rôle en la matière. Concomitamment à la création de l'espace Schengen, l'Union développa progressivement ce qu'on appelle aujourd'hui le système européen commun d'asile¹³ qui comprend notamment le statut d'asile et de protection subsidiaire ainsi que les critères et mécanismes de détermination

⁹ <http://www.cnrtl.fr/definition/crise> dernière consultation le 4 juillet 2018.

¹⁰ C'est en 1985 que l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Luxembourg et la Belgique signent l'Accord de Schengen, qui pose le principe de la suppression graduelle du contrôle aux frontières (Accord entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985). Ce principe a été mis en œuvre par la Convention d'application de l'Accord de Schengen signée cinq ans plus tard (Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes). Suite à la participation à l'espace d'un nombre grandissant d'Etats membres, il paraissait de plus en plus nécessaire et naturel que ces instruments relevant du droit international soient intégrés à la construction communautaire. La rencontre entre les accords Schengen et le droit de l'Union européenne eut lieu grâce au traité d'Amsterdam » (H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 9).

Aujourd'hui le principe est garanti par l'article 67 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹¹ Article premier du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

¹² C. ELSEN, « Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne », *ERA Forum*, vol. 12, avril 2011, p. 16.

¹³ La politique d'asile et les règles régissant le franchissement des frontières extérieures par des personnes intègrent le troisième pilier « Justice et affaires intérieures » à travers le traité de Maastricht, en 1992 (article K.1 du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht, le 7 février 1992). En 1999, le Conseil européen de Tampere appelle à la mise en place d'un « régime d'asile européen commun ». L'expression « système européen commun d'asile » apparaît avec le traité de Lisbonne (article 78 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ou de protection subsidiaire¹⁴.

Le système européen commun d'asile et de l'espace Schengen ont vu leur robustesse mise à rude épreuve depuis l'été 2015. Un nombre extraordinaire de ressortissants de pays tiers, « sans précédent depuis la Seconde guerre mondiale », ont afflué vers l'Union européenne¹⁵ parmi lesquels une part conséquente de mineurs¹⁶. En comparaison, les migrations constatées lors du printemps arabe étaient bien moindres. En 2015, on a constaté 1 553 614 entrées illégales dans l'Union, alors que durant la période 2009-2014, ce nombre était de 813 044¹⁷.

La crise migratoire a mis en évidence les « limites structurelles de la politique migratoire de l'Union et des instruments dont cette dernière dispose »¹⁸. Les faiblesses du régime d'asile européen commun ont été révélées¹⁹ et Schengen s'est « rapidement retrouvé sur le banc des accusés » en raison des réactions nationales et des craintes²⁰. On a reproché à l'espace Schengen de faciliter les attentats du fait de la possibilité de voyager entre la grande majorité des Etats membres sans contrôle aux frontières. La problématique du terrorisme va pourtant au-delà des questions relevant de Schengen car une personne peut se radicaliser au sein-même de son Etat²¹. Il n'est donc pas possible de rendre responsable le principe d'absence de frontière entre les Etats membres à des faits qui relèvent de situations internes. D'après la Commission il faut plutôt voir en Schengen une partie de la solution aux crises actuelles²².

L'objet de cette étude n'est pas d'analyser dans quelle mesure chaque crise prise individuellement a eu, ou a pu avoir, des conséquences sur le fonctionnement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Relevant sans doute d'une analyse davantage factuelle que

¹⁴ Article 78 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁵ H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 12 ; Commission européenne, « Revenir à l'esprit de Schengen – Feuille de route », COM(2016) 120 final, 4 mars 2016, p. 2.

¹⁶ En 2015 et 2016, les mineurs représentaient environ 30 % des demandes d'asile dans l'UE ; Commission européenne, « La protection des enfants migrants », COM(2017) 211 final, 12 avril 2017, p. 2.

¹⁷ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 2.

¹⁸ Commission européenne, « Un agenda européen en matière de migration », COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 8.

¹⁹ Commission européenne, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », COM/2016/0197 final, 6 avril 2016, p. 3 ; Y. PASCOUUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 23.

²⁰ Y. PASCOUUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 22.

²¹ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, pp. 8-9.

²² *Ibid.*, p. 13.

juridique, un tel examen serait en outre incertain en raison du nombre de paramètres à prendre en compte, même si des liens de causalité entre certains d'entre eux peuvent être soulignés²³. Sous fond de crise économique, on peut d'ores et déjà souligner que les crises migratoire et terroriste sont celles qui sont les plus liées à l'ELSJ. L'Espace de liberté, de sécurité et de justice a-t-il su résister aux crises qui l'ont frappé ?

Il s'est avéré que le système d'asile élaboré dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et justice a été submergé par la demande des ressortissants de pays tiers. Alors qu'il n'était pas conçu pour répondre à une si forte pression migratoire, le système européen commun d'asile a été déstabilisé par la quantité de demandeurs souhaitant obtenir le droit d'asile et a fini presque paralysé (I). Les déficiences des régimes d'asile des Etats membres de première ligne ont poussé les demandeurs d'asile à traverser l'Union européenne afin de trouver refuge dans certains Etats membres. Chronologiquement, on peut constater que les failles du système européen commun d'asile ont précédé le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures et qu'elles en sont même la cause. En effet, c'est précisément pour empêcher le franchissement de la frontière extérieure commune et endiguer les mouvements secondaires au sein de l'espace Schengen que les Etats membres et l'Union se sont attaqués au problème de la porosité des frontières. On assiste ainsi dans une certaine mesure à un cloisonnement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (II).

I. La saturation du système d'asile de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice

Les centaines de milliers de demandeurs d'asile qui sont arrivés sur le territoire de l'Union européenne ont ébranlé les régimes d'asile de la Grèce et de l'Italie. L'application des règles du système européen commun d'asile n'a été d'aucun secours. Pour soutenir ces Etats et répartir plus équitablement le traitement des demandes d'asile entre les Etats membres, l'Union a mis en place les mécanismes de relocalisation et de réinstallation. Ces dispositifs d'urgence avaient pour objectif de soulager à court-terme la Grèce et l'Italie (A). Les crises ont exacerbé les déficiences structurelles du système européen commun d'asile. Afin d'y remédier sur le long-terme, une refondation d'ampleur est actuellement à l'œuvre en

²³ Tel est le cas du lien entre crise financière et crise migratoire. Les deux Etats membres qui accueillent le plus de migrants et avec la plus grande difficulté, l'Italie et la Grèce, sont dans une situation économique très délicate. Considérablement affaiblis financièrement, ces deux Etats ont le plus grand mal à répondre au défi migratoire. On peut sans doute estimer que ces deux Etats auraient pu accueillir les ressortissants étrangers dans de meilleures conditions si leurs impératifs budgétaires n'étaient pas si rigoureux.

vue de renforcer le système et de lui donner les moyens nécessaires pour mieux fonctionner et faire face aux crises (B).

A. La relocalisation et la réinstallation, soins d'urgence prodigués au système européen commun d'asile

Instruments conçus spécifiquement en réaction à la crise migratoire, les procédures de relocalisation et de réinstallation ont pour ambition de mieux répartir les demandeurs d'asile au sein des Etats membres. L'idée de mettre en place ces mécanismes était séduisante, mais l'on peut regretter que les décisions relatives à la relocalisation et à la réinstallation n'aient pas été suivies pleinement par les Etats membres. Les mots n'ont pas été accompagnés par les actes (1). Outre la non-application de ces mécanismes, certains Etats membres ont même contesté leur validité au regard des traités. Le principe-même de la répartition équitable des demandeurs n'a pas été accepté unanimement. On est en droit de se demander si cette attitude n'est pas contraire aux valeurs de l'Union européenne et si elle ne reflète pas des visions divergentes du projet européen (2).

1. Des mécanismes ambitieux victimes d'une mise en œuvre insuffisante

L'Union européenne a conçu des outils spécifiques pour répondre à la crise migratoire. La relocalisation et la réinstallation ne faisaient pas parties de la panoplie juridique du système européen commun d'asile mais l'impossibilité de se limiter à l'application du droit commun a poussé l'Union dans cette direction. Le point d'équilibre ayant été rompu, les actions entreprises étaient destinées à le retrouver.

Ces mécanismes poursuivent l'objectif de traitement des demandes d'asile et de reconnaissance du statut de réfugié. La relocalisation est « le transfert d'un demandeur du territoire de l'Etat membre [...] responsable de l'examen de sa demande de protection internationale vers le territoire de l'Etat membre de relocalisation »²⁴, tandis que la réinstallation « désigne le transfert de personnes déplacées ayant manifestement besoin d'une protection internationale, d'un pays tiers vers un Etat membre, aux fins d'accorder à ces

²⁴ Article 2, e) de Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156.

personnes une protection contre le refoulement, une admission, un droit de séjour et tous autres droits comparables à ceux octroyés au bénéficiaire d'une protection internationale »²⁵.

Pour réagir au plus vite à l'arrivée massive de ressortissants de pays tiers en Grèce et en Italie à partir de l'été 2015, la directive « protection temporaire » n'a pas été appliquée²⁶. Le Conseil de l'Union européenne a plutôt pris des mesures d'urgence sur le fondement de l'article 78 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²⁷. Le 14 septembre 2015, une première décision a été adoptée, prévoyant la relocalisation de 40 000 personnes²⁸, complétée huit jours plus tard par une deuxième décision qui augmenta le contingent de bénéficiaires de 120 000 personnes²⁹. Temporaire, le mécanisme de relocalisation s'applique pour une durée de deux ans³⁰ à certains demandeurs d'asile seulement, ceux qui en théorie ont le plus de chance de voir leur demande acceptée³¹. Les

²⁵ Recommandation (UE) 2015/914 de la Commission du 8 juin 2015 concernant un programme européen de réinstallation, *JO L 148 du 13 juin 2015*, pp. 32–37, pt. 1.

²⁶ Directive 2001/55 du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *JO L 212 du 7 août 2001*, pp. 12–23. Cette directive « ne constituait pas un instrument opérationnel » car elle ne donne « aucun critère précis de répartition de la charge de l'accueil des personnes à protéger entre les Etats membres » (M. DONY, « Réinstallations et relocalisations : une réponse insuffisante à la crise des réfugiés qui traduit une crise plus profonde de l'Union », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 153).

²⁷ « Au cas où un ou plusieurs Etats 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 Etats membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen ».

²⁸ Article 4 de la décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156. La décision prévoit la relocalisation de 24000 personnes depuis l'Italie et 16 000 personnes depuis la Grèce.

²⁹ Article 4 de la 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, *JO L 248 du 24 septembre 2015*, pp. 80–94. La décision inclue en outre une réserve de 54 000 demandeurs « relocalisables » à partir du 26 septembre 2016.

³⁰ Elles s'appliquent respectivement jusqu'au 17 septembre 2017 et 26 septembre 2017 ; article 13 § 2 de la décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156 et article 13 § 2 de 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, *JO L 248 du 24 septembre 2015*, pp. 80–94.

La Commission a annoncé s'agissant de la deuxième décision (mais le raisonnement est transposable à la première décision) qu'elle ne cesse pas de produire ses effets à compter du 26 septembre 2017. En effet, elle continue de s'appliquer aux demandeurs qui sont arrivés sur le territoire de l'Italie et de la Grèce jusqu'au 26 septembre 2017. Ils pourront donc prétendre à une relocalisation dans un « temps raisonnable après cette date » (Commission européenne, « Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2017) 405 final, 26 juillet 2017, p. 11).

³¹ La relocalisation s'applique aux demandeurs d'asile qui ont une nationalité pour laquelle la part des décisions des autorités des Etats membres accordant une protection internationale est égale ou supérieure à 75 %, favorisant ainsi certains ressortissants d'Etat tiers (article 3 de la décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156).

décisions sur la relocalisation donnent « un contenu concret au principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les Etats membres »³².

Pour secourir la Grèce et l'Italie qui ne pouvaient appliquer le règlement Dublin III³³, il fut décidé d'y déroger³⁴. En effet, le mécanisme de relocalisation écarte la mise en œuvre des critères du règlement permettant de déterminer l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile, en permettant la désignation directe de l'Etat à qui reviendra l'évaluation de la demande. Il était donc acté que dès le mois de septembre 2015, l'application de certaines règles du système européen commun d'asile devait être suspendue dans deux Etats membres. Le système étant inadapté à une telle situation, une correction juridique d'urgence s'est imposée. Celle-ci a été accompagnée par un soutien opérationnel via la mise en place de hotspots³⁵. Centres d'enregistrement et de triage, leur importance ne doit pas être sous-estimée³⁶. Ils permettent aux Etats membres qui sont en première ligne, d'« enregistrer, filtrer et interroger les migrants rapidement, [de] mener à bien les procédures d'asile et à coordonner les opérations de retour »³⁷. La création de ces centres ne peut toutefois pas pallier la lenteur des réactions des Etats destinataires lorsque des demandes de relocalisation leur sont adressées, ou le fait que certains demandent qu'un entretien de sécurité soit systématiquement effectué³⁸, ce qui ralentit le transfert de demandeurs d'asile et maintient la pression sur la Grèce et l'Italie.

Si la résolution de la crise migratoire implique un effort commun, la mise en œuvre nécessaire du principe de solidarité n'empêche pas de s'adapter aux situations propres à chaque Etat membre. Le mécanisme de relocalisation prend en compte les difficultés que peut rencontrer un Etat membre pour accueillir des demandeurs d'asile sur son territoire. Lorsqu'un Etat membre ne peut remplir son obligation d'accueillir des demandeurs d'asile, le Conseil peut décider de suspendre partiellement et temporairement la relocalisation de

³² Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 26 juillet 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 22. Ce principe est inscrit à l'article 80 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³³ Celui-ci sera analysé dans la partie I., B., 1.

³⁴ Considérant 18 de la décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156.

³⁵ Pour une réflexion s'ensemble sur le sujet : J. PETIN, « Les hotspots : une réponse équitable pour une gestion efficace de la crise ? », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *Crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, pp. 127-141.

³⁶ C.-A., CHASSIN, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 3.

³⁸ Commission européenne, « Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'approche des « hotspots » en Grèce », COM(2016) 141 final, 4 mars 2016, p. 10.

demandeurs d'asile vers cet Etat membre³⁹, comme ce fut le cas pour l'Autriche⁴⁰, voire de suspendre totalement l'obligation de relocalisation⁴¹. Ces aménagements soulignent le pragmatisme qui a animé le Conseil lors de l'adoption de cet instrument. La crise migratoire ne justifie pas d'imposer à un Etat membre de respecter le mécanisme alors qu'il est matériellement dans l'impossibilité de le faire.

Souci constant pour l'ordre juridique de l'Union européenne, l'effectivité du droit de l'Union l'est d'autant plus dans un contexte de crise. Pourtant celle-ci a cruellement manqué lors de la crise migratoire, la faute à des Etats membres rétifs. Si en théorie, on pouvait légitimement penser que les décisions prises permettraient de réduire les difficultés des Etats membres concernés, la pratique a montré que le mécanisme de relocalisation a été mis en œuvre de manière très insuffisante, nourrissant certains regrets. L'engagement juridique s'est heurté à la passivité des Etats membres⁴². Les refus de la Pologne, la République-Tchèque et la Hongrie d'appliquer les décisions relatives à la relocalisation expliquent les résultats décevants, mais ce n'est pas la seule raison. Tandis qu'une partie des Etats membres ont rempli leurs obligations⁴³, d'autres encore ne les satisfont pas pleinement⁴⁴. Dans ce contexte,

³⁹ Dans une proportion ne dépassant pas 30 % du contingent qui lui a été attribué – article 4 § 5 de la 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, *JO L 248 du 24 septembre 2015*, pp. 80–94.

⁴⁰ Ayant été en 2015 le deuxième pays de l'Union qui comptait le plus grand nombre de demandeurs de protection internationale par habitant (9 421 demandeurs par million d'habitants), il a été décidé que la relocalisation vers l'Autriche de 1065 demandeurs parmi son contingent soit suspendue jusqu'au 11 mars 2017. Voir en ce sens l'article premier de Décision d'exécution (UE) 2016/408 du Conseil du 10 mars 2016 concernant la suspension temporaire de la relocalisation de 30 % du contingent de demandeurs attribué à l'Autriche en application de la décision (UE) 2015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 74 du 19 mars 2016*, pp. 36–37.

⁴¹ Il s'agit alors d'une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants d'Etat tiers ; article 9 de la Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 239 du 15 septembre 2015*, pp. 146–156 et article 9 de la 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, *JO L 248 du 24 septembre 2015*, pp. 80–94.

Sur ce fondement, la Suède a pu bénéficier d'une exemption totale temporaire de relocaliser des demandeurs d'asile depuis la Grèce et l'Italie : en 2015, la Suède comptait le plus grand nombre de demandeurs de protection internationale par habitant dans l'Union, 11503 par million d'habitants, il a donc été décidé que toutes ses obligations au titre des deux décisions sur la relocalisation de septembre 2015 soient suspendues jusqu'au 16 juin 2017 ; voir en ce sens l'article 2 de la Décision (UE) 2016/946 du Conseil du 9 juin 2016 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de la Suède, conformément à l'article 9 de la décision (UE) 2015/1523 et à l'article 9 de la décision (UE) 2015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 157 du 15 juin 2016*, pp. 23–25.

⁴² Au 7 mars 2018, seulement 33 846 personnes avaient été relocalisées : European Commission, Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council - Progress Report On The Implementation Of The European Agenda On Migration, Annex 4 - Relocations from Italy and Greece by 7 March 2018, COM(2018) 250 final.

⁴³ En juin 2017, la Commission notait que Malte avait relocalisé le nombre demandeurs qui lui avait été attribuée et que la Lettonie, la Norvège, l'Estonie, la Finlande, la Lituanie, le Luxembourg et le Portugal étaient sur la bonne voie ; Commission européenne, « Treizième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM (2017) 330 final, 13 juin 2017, p. 4.

il est difficile pour la Commission de faire respecter pleinement le mécanisme, hormis la menace du recours en manquement.

Malgré les difficultés d'exécution, le système de relocalisation est en voie de pérennisation. La solution temporaire trouvée pour répondre à la crise de l'été 2015 pourrait devenir permanente. La Commission européenne a proposé de modifier le règlement Dublin III pour inclure ce dispositif à titre permanent⁴⁵. Le mécanisme de relocalisation serait déclenché lorsqu'une crise « d'une ampleur telle qu'elle exercerait une pression extrême même sur un régime d'asile bien préparé et performant » aurait lieu. Dans cette hypothèse, la Commission devrait prendre en compte un certain nombre de facteurs pour enclencher le mécanisme correcteur⁴⁶. Comme cela est prévu dans les deux décisions de septembre 2015, le mécanisme correcteur de la proposition ne s'appliquerait qu'aux seuls demandeurs qui ont manifestement besoin d'une protection internationale⁴⁷. La Commission se verrait confier un rôle central⁴⁸, avec un cadre bien moins contraignant que le système actuel où une telle décision et ses modalités sont adoptées par le Conseil de l'Union européenne.

Une deuxième version⁴⁹ de ce mécanisme correcteur⁵⁰ a été présentée dans la proposition de refonte du règlement Dublin III. Il aurait une application mécanique : chaque Etat se verrait attribuer un nombre de référence de demandes d'asile qu'il peut traiter en

⁴⁴ Par exemple s'agissant des relocalisations en provenance d'Italie, la Bulgarie et la Slovaquie appliquent une politique de préférence très stricte, tandis que Chypre, la France et la Lettonie ont cessé de fournir des places pendant plusieurs mois : Commission européenne, « Treizième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2017) 330 final, 13 juin 2017, pp. 6-7.

⁴⁵ L'objectif de la proposition est « de doter l'Union d'un solide mécanisme de relocalisation en cas de crise afin de pouvoir apporter des réponses structurelles efficaces aux situations de crise en matière d'asile » ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme de relocalisation en cas de crise et modifiant le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2015) 450 final, 9 septembre 2015, p. 2.

⁴⁶ Parmi les indicateurs, seraient appréciés : le nombre total de demandeurs d'une protection internationale et d'entrées illégales de ressortissants de pays tiers et d'apatrides au cours des six mois précédant l'adoption de l'acte délégué, l'augmentation de ces chiffres par rapport à l'année précédente sur la même période ainsi que le nombre de demandes par habitant dans l'Etat membre bénéficiant de la relocalisation au cours des 18 mois précédents par rapport à la moyenne pour l'Union ; *Ibid.*, p. 8.

⁴⁷ Pourront bénéficier du mécanisme correcteur les demandeurs d'asile qui ont une nationalité pour laquelle, le taux de reconnaissance du statut de réfugié est supérieur à 75 % ; *Ibid.*, p. 8.

⁴⁸ La Commission, par acte délégué, établirait l'existence d'une situation de crise, déterminerait le nombre de personnes à relocaliser au départ de l'Etat membre concerné, définirait la répartition de ces personnes entre les Etats membres et fixerait la période d'application du mécanisme de relocalisation ; *Ibid.*, p. 9.

⁴⁹ Selon les résultats des débats à propos de la deuxième proposition, la Commission pourrait être amenée à retirer la première ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final, p. 5.

⁵⁰ Les deux mécanismes ont en commun de ne pas permettre aux demandeurs d'asiles de s'exprimer sur le lieu où ils ont l'intention d'être relocalisés, F. MAIANI, « The Reform of the Dublin III Regulation - Study for the LIBE Committee », European Parliament, PE 571.360, June 2016, p. 35.

même temps. Le mécanisme se déclencherait lorsque le nombre de demandes dont l'Etat est responsable serait supérieur à 150 % du nombre de référence⁵¹ qui aurait été fixé par l'Agence de l'Union européenne pour l'Asile⁵². Le Parlement européen n'estime pas opportun de limiter le système de relocalisation à un mécanisme qu'on pourrait qualifier « de crise » ou « d'exception ». Au contraire, l'institution fait preuve d'audace en proposant un mécanisme qui s'appliquerait « à tout moment »⁵³, dès lors que l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile ne peut être déterminé en vertu des critères du règlement⁵⁴. L'avenir nous dira si la relocalisation intégrera effectivement le droit commun européen en matière d'asile et quelle conception sera privilégiée.

Etant donné le manque d'effectivité relevé ci-dessus, si l'on souhaite qu'un mécanisme adéquat et fonctionnel soit conçu, il apparaît essentiel de trouver un moyen de pression sur les Etats pour les contraindre à mettre en œuvre le dispositif. En ce sens, la Commission propose l'adoption d'un article mettant en place une aide financière qui fera probablement l'objet

⁵¹ Article 34 § 2 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM (2016) 270 final.

La Commission des budgets du Parlement européen propose plutôt de fixer le seuil à 100 % pour ne pas laisser peser sur certains membres une charge excessive. En revanche, cette réduction du seuil de déclenchement serait contrebalancée par une « clause de solidarité réciproque » permettant que le mécanisme de correction soit suspendu lorsque l'Etat membre ne s'acquitte pas convenablement de ses obligations concernant la gestion de la frontière extérieure - C. WIKSTRÖM, « Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM(2016)0270 – C8 – 0173/2016 – 2016/0133(COD)) », Parlement européen, A8 – 0345/2017, 6 novembre 2017, p. 144.

⁵² En fonction de leur population totale et de leur PIB ; article 35 § 4 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM (2016) 270 final.

Dans cette deuxième proposition, le mécanisme s'appliquerait à tous les demandeurs d'asile, et pas uniquement à ceux qui ont une nationalité pour laquelle le taux de reconnaissance est supérieur à 75 %.

⁵³ C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 117. On peut également noter que le Parlement européen est d'avis de laisser au demandeur d'asile qui s'est enregistré dans l'Etat membre de première entrée le pouvoir de choisir l'Etat membre vers lequel il sera relocalisé, parmi les quatre Etats membres ayant reçu le moins de demandeurs, ce qui réduirait le risque de mouvements secondaires. Est également proposée la possibilité que les demandeurs d'asile puissent s'enregistrer en tant que groupes de maximum 30 personnes, pour permettre aux demandeurs qui ont créé des liens étroits d'être transférés vers le même Etat membre : C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁴ Par application des chapitres III et IV : le Chapitre III décrit les critères de détermination de l'Etat membre responsable ; le chapitre IV concerne les personnes à charge et la clause discrétionnaire ; C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 94. En l'état actuel, il est toujours possible de déterminer l'Etat responsable par l'application du critère d'entrée dans le premier Etat membre. Le Parlement propose précisément de supprimer ce critère (C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 69), auquel cas il serait effectivement possible qu'on ne puisse déterminer l'Etat membre responsable et que le mécanisme correcteur s'applique automatiquement.

d'après négociations entre les Etats membres⁵⁵. Tout Etat ne participant pas au mécanisme correcteur se verrait obliger de verser une contribution de 250 000 euros par demandeur à l'Etat qui s'acquitte du traitement de la demande à sa place⁵⁶. Ceci dissuaderait les Etats réfractaires à rester passif⁵⁷.

Outre le fonctionnement du mécanisme de relocalisation et son effectivité, la détermination de l'entité qui décide d'activer le mécanisme est cruciale. A l'heure actuelle, c'est le Conseil qui détient ce pouvoir en mobilisant une disposition du droit primaire. Mais la volonté de rendre permanent le mécanisme de relocalisation s'accompagne d'un désir de redéfinir les rôles des institutions impliquées. Dans la première proposition, c'est la Commission qui serait à l'origine de l'activation du mécanisme et l'Agence de l'Union européenne pour l'asile serait un acteur prépondérant⁵⁸ ; dans la seconde, l'activation serait automatique. Les deux propositions ont en commun de ne plus faire appel au Conseil de l'Union européenne. Les Etats membres n'auraient donc plus voix au chapitre. On peut penser que cela découle d'un souhait de communautariser davantage le processus d'activation du mécanisme de relocalisation.

Instrument intimement lié à la relocalisation et participant à l'adaptation du système européen commun d'asile à la crise des réfugiés, le mécanisme de réinstallation a été élaboré par l'Union européenne avant que la crise migratoire n'atteigne son niveau le plus haut. C'est ainsi qu'on pouvait lire dans les conclusions du Conseil du 20 juillet 2015 que les Etats avaient convenu de la réinstallation de 22 504 personnes ayant manifestement besoin d'une

⁵⁵ Il s'agit de l'article 37 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM (2016) 270 final. Le Parlement européen a proposé la suppression de cet article, au motif qu'il serait injuste pour les Etats membres frontaliers que les autres Etats membres puissent se retirer du système et que la rapporteure est contre l'idée qu'un Etat membre puisse payer pour éviter sa responsabilité d'aider les personnes nécessitant une protection internationale (C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 94).

⁵⁶ L'obligation s'imposerait lorsque l'Etat membre concerné déciderait de ne pas participer au mécanisme correcteur pendant une période de douze mois. La Commission des budgets du Parlement européen propose que, pour chaque demandeur qui aurait dû être attribué à un Etat membre, ce dernier verse 350 000 euros sur cinq ans selon la formule suivante : 50 000 euros la première et la deuxième année, 75 000 euros la troisième et la quatrième années, et 100 000 euros la cinquième année et les années suivantes. Dans l'éventualité où un Etat membre ne s'acquitterait pas des sommes dues, alors la Commission pourrait les retenir au titre d'autres fonds de l'Union : C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁷ Dans cette hypothèse, si certains Etats faisaient néanmoins ce choix, les autres Etats membres seraient pénalisés dans une moindre mesure. La somme versée aiderait les Etats membres davantage sollicités. Eu égard aux difficultés de mise en œuvre des deux décisions portant sur la relocalisation, on peut légitimement douter que les Etats souhaiteront conserver cette disposition.

⁵⁸ En effet, le nombre de référence qu'elle attribue à chaque Etat membre deviendrait l'élément déclencheur du mécanisme correcteur. Le Parlement européen propose également de confier à l'Agence la responsabilité du transfert des demandeurs d'asile au titre du règlement Dublin ; C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 118.

protection internationale⁵⁹. Engagement volontaire selon la Commission⁶⁰, le respect de ces conclusions en est d'autant plus tributaire du bon vouloir des Etats ce qui écarte la possibilité d'une procédure de recours en manquement. Néanmoins, la vertu de la réinstallation est de prendre en compte le besoin des demandeurs d'asile depuis le lieu où ils sont situés, leur évitant de risquer leur vie pour déposer leur demande dans un Etat membre de l'Union. Cette mesure permet en outre d'aider indirectement les Etats de première entrée car leurs autorités n'auront pas à suivre la procédure de relocalisation pour ces demandeurs qui seraient arrivés dans l'Union tôt ou tard.

Malgré cette force normative réduite et contrairement à la relocalisation, les Etats membres ont proportionnellement davantage procédé à des réinstallations⁶¹. Comme pour la relocalisation, une proposition d'instauration d'un mécanisme permanent de réinstallation est en cours d'études⁶² qui créerait un Haut-comité pour la réinstallation⁶³.

Au cours de la crise migratoire, la complémentarité matérielle entre la relocalisation et la réinstallation s'est transformée en complémentarité juridique. Les Etats membres se sont vus accorder une certaine souplesse puisqu'ils peuvent satisfaire leur obligation de relocalisation des demandeurs d'asile en admettant des Syriens depuis la Turquie⁶⁴. On peut y

⁵⁹ Résultats de la session du Conseil, 3405e session du Conseil Justice et affaires intérieures, 11097/15, 20 juillet 2015, pp. 5-8.

⁶⁰ Commission européenne, « Premier rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2016) 165 final, 16 mars 2016, p. 20.

⁶¹ En juillet 2017, la Commission notait que 17 179 personnes avaient été réinstallées, soit plus des trois quarts des réinstallations prévues. La participation reste hétérogène puisque neuf Etats n'avaient encore réinstallé personne et certains s'y opposaient totalement. Commission européenne, « Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2017) 405 final, 26 juillet 2017, p. 9 – Actuellement, la Commission appelle les Etats membres à s'engager pour réinstaller 50 000 personnes depuis la Lybie d'ici à mai 2019 (Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 11). On ne peut qu'espérer que les Etats membres prennent plus d'engagements en ce sens vu les exactions dont peuvent être victimes les demandeurs d'asile sur le chemin vers l'Union. Voir par exemple en Lybie le territoire libyen : « Lybie : des migrants vendus aux enchères comme esclaves », *Le Monde*, 15 novembre 2017, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/11/15/libye-des-migrants-vendus-aux-encheres-commme-esclaves_5215509_3212.html, dernière consultation le 4 mars 2018.

⁶² D'après cette proposition, le Conseil pourrait, sur proposition de la Commission, adopter un plan de réinstallation annuel qui comprendrait le nombre total maximum de personnes à réinstaller, des informations sur la contribution des Etats membres au nombre total de personnes à réinstaller, ainsi que les priorités géographiques générales ; article 7 de la Proposition de règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, COM(2016) 468 final.

⁶³ Sa mission serait « d'assurer une orientation politique pour la mise en œuvre du cadre de l'Union pour la réinstallation » ; *Ibid*, p. 15.

⁶⁴ La décision 2016/1754 a modifié la deuxième décision (décision 2015/1601) sur la relocalisation du 22 septembre 2015 afin d'opérer la jonction entre relocalisation et réinstallation. Toutefois, les demandeurs réinstallés ne sont pas déduits du contingent prévu par les conclusions du Conseil 20 juillet 2015 ; article premier de la Décision (UE) 2016/1754 du Conseil du 29 septembre 2016 modifiant la décision (UE) 2015/1601

déceler une incitation à assurer la pleine application des réinstallations au titre de la déclaration UE-Turquie⁶⁵. La relocalisation et la réinstallation semblerait fonctionner selon le principe des vases communicants : la variation des objectifs de l'un influe directement sur l'autre, les deux devant à terme résoudre les difficultés de traitement des demandes de protection internationale, que le demandeur soit sur le territoire de l'Union ou non.

Pour répondre à la crise migratoire, des mesures d'exception ont donc été déployées, illustrant la faillite du système actuel et sa nécessaire modernisation. Malgré un succès en demi-teinte, faute pour les Etats membres d'avoir mis en œuvre de manière convenable les décisions sur la relocalisation et la réinstallation⁶⁶, ces mécanismes pourraient tout de même être intégrés de manière permanente au corpus juridique européen en matière d'asile. Si un afflux de ressortissants d'Etats tiers comparable au pic de l'été 2015 avait lieu, des solutions seraient déjà prêtes. Le système européen commun d'asile pourrait donc mieux y répondre.

Il est difficile de dire si les mécanismes permanents proposés par la Commission seront adoptés. On peut être sûr que les propositions seront contestées, comme certains Etats membres l'ont fait s'agissant du mécanisme temporaire de relocalisation.

2. Une contestation contentieuse inédite du mécanisme de relocalisation

La crise des réfugiés met en lumière les conceptions divergentes sur l'accueil des demandeurs d'asile. La façon de résoudre la crise, le partage de la responsabilité entre les Etats membres ne reçoit pas l'assentiment de tous. Le manque d'implication de certains Etats membres est un facteur d'explication de la difficulté à résoudre la crise des réfugiés. Certains contestent ouvertement les solutions trouvées, allant jusqu'à emprunter la voie juridictionnelle.

En plein cœur de la crise migratoire, la validité du mécanisme de relocalisation a été remise en cause, créant une crise politique. La Slovaquie et la Hongrie ont intenté un recours en annulation à l'encontre de la deuxième décision du Conseil, la décision 2015/1601. Selon le Professeur Labayle, cette contestation collective est une première⁶⁷. Le comportement de ces deux Etats, en opposition totale avec l'esprit de solidarité qui se dégageait de la

instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *JO L 268 du 1^{er} octobre 2016*, pp. 82–84.

⁶⁵ Voir Partie II, B, 1.

⁶⁶ Pour une vision plus critique, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷ H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 14.

décision⁶⁸, peut fournir des inquiétudes quant à la capacité des Etats membres à résoudre des crises qui les touchent tous. Toutefois, on peut tout de même penser que ce recours a eu le mérite de donner à la Cour de justice l'occasion de se prononcer, semble-t-il pour la première fois, sur les potentialités de l'article 78 § 3 TFUE. Par le rejet des recours intentés, la Cour de justice contraint la Hongrie et la Slovaquie à respecter leur obligation de relocalisation, légitimant dans le même temps la décision du Conseil en garantissant sa force normative. S'il est impossible de revenir sur tous les aspects de cet arrêt, certaines questions retiendront notre attention. Une première série de moyens concernait les conditions d'adoption de la décision tandis qu'une autre série tendait à remettre en cause le fond de la décision du Conseil.

La Slovaquie et la Hongrie soutenaient que l'article 78 § 3 TFUE ne pouvait servir de base juridique à la décision car celle-ci serait un acte non-législatif qui dérogerait à plusieurs actes législatifs (en particulier le règlement Dublin). Selon ces deux Etats, seul un acte législatif peut déroger à un autre acte législatif⁶⁹. La Cour de justice a estimé que les mesures provisoires adoptées sur le fondement de l'article 78 § 3 TFUE peuvent déroger à des dispositions d'actes législatifs. Cependant, ces dérogations doivent être encadrées quant à leur champ d'application tant matériel que temporel. Ces mesures ne peuvent donc pas avoir pour objet ou pour effet de remplacer ou de modifier de manière permanente et générale ces actes législatifs⁷⁰, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁷¹.

Le caractère provisoire de la mesure était contesté du fait que les demandeurs d'asile restent sur le territoire de l'Etat d'accueil après la fin de l'application temporelle de la décision⁷² mais la Cour n'a pas souscrit à cette argumentation. Si la durée des effets des mesures de relocalisation devait être prise en compte aux fins de déterminer le caractère

⁶⁸ Certains auteurs estiment que l'arrêt révèle « la perception qu'ont certains Etats membres de l'Union européenne : une organisation au service de leurs intérêts propres, dénuée de dimension solidaire et collective », F. GAZIN, « Recours en annulation contre la décision 'relocalisation' », *Europe*, n° 11, novembre 2017, comm. 403, p. 28.

⁶⁹ CJUE, Gr. Ch., 6 septembre 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 68.

⁷⁰ *Ibid.*, § 78. C'était également l'avis de l'avocat général Bot, voir Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 26 juillet 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, §§ 75-77.

⁷¹ La Cour a considéré que les dérogations prévues par la décision étaient conformes à ces principes car la décision a une durée d'application de deux ans (sous réserve de la prorogation prévue par l'article 4 § 5 de la décision en cas de suspension temporaire des obligations d'un Etat membre), et concerne 120 000 ressortissants, ce qui est un nombre limité ; CJUE, Gr. Ch., 6 septembre 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 80.

⁷² Il était reproché à la décision d'avoir des effets à long terme. En effet, selon ces deux Etats membres, de nombreux demandeurs de protection internationale resteront sur le territoire de l'Etat membre de relocalisation après celle-ci, bien au-delà des 24 mois d'applications prévue par la décision : *Ibid.*, § 98.

provisoire, aucune mesure de ce type ne pourrait être prise sur le fondement de l'article 78 § 3 TFUE, car ces effets sont inhérents à la relocalisation⁷³.

La Slovaquie rejetait le fait que l'arrivée massive de demandeurs d'asile pendant l'été 2015 soit qualifiée de « situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers » au sens de l'article 78 § 3 TFUE⁷⁴. La Cour s'est distancée de l'approche slovaque, estimant qu'est « soudain », un afflux « d'une ampleur telle qu'il était imprévisible, et ce alors même qu'il prendrait place dans un contexte de crise migratoire s'étalant sur plusieurs années, dès lors qu'il rend impossible le fonctionnement normal du système commun d'asile de l'Union »⁷⁵. En l'espèce, la Cour a estimé qu'au vu des statistiques de l'agence Frontex, le Conseil n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en considérant que la forte augmentation de l'afflux de ressortissants de pays tiers, surtout pendant les mois de juillet et août 2015, pouvait être qualifiée d'afflux soudain⁷⁶.

Sur le fond, la Slovaquie soutenait que la décision n'était pas conforme au principe de proportionnalité car elle n'était pas apte à remplir l'objectif poursuivi, soulignant notamment que le peu de relocalisations effectuées serait un indice de l'inaptitude de la décision⁷⁷. Selon la Cour, le nombre peu élevé de relocalisations effectuées ne peut permettre de déduire *a posteriori* que la décision était, dès l'origine, impropre à atteindre son objectif⁷⁸. La Cour en profite pour pointer du doigt le manque de coopération de certains Etats membres⁷⁹. S'agissant plus particulièrement du test de nécessité, la Slovaquie soutenait que des mesures

⁷³ CJUE, Gr. Ch., 6 septembre 2017, *Ibid.*, § 99.

⁷⁴ CJUE, Gr. Ch., 6 septembre 2017, *Ibid.*, § 104. Pour elle, l'afflux de ressortissants de pays tiers ne serait pas « soudain » car les données statistiques montraient pour les années 2013, 2014 et les premiers mois de l'année 2015 que le nombre de ressortissants franchissant les frontières italiennes et grecques était en constante augmentation ; *Ibid.*, §§ 105-106.

⁷⁵ *Ibid.*, § 114. Autrement dit, le contexte de crise migratoire n'empêche pas de considérer que l'afflux est « soudain ». La position de la Cour se justifie parfaitement, car même dans un tel contexte, l'ampleur des flux migratoires n'est pas nécessairement uniforme et les autorités étatiques ne peuvent anticiper des déplacements de ressortissants de pays tiers aussi importants que celui de l'été 2015. En revanche il est plus étonnant de constater que la Cour prend en compte les effets de l'afflux sur le fonctionnement du système d'asile pour apprécier le caractère « soudain », conséquences qui *a priori* ne semblent pas en lien avec le fait que l'afflux n'ait pu être présagé.

⁷⁶ *Ibid.*, §§ 122-123.

⁷⁷ La Slovaquie soutenait également que le mécanisme de relocalisation ne serait pas de nature à remédier aux déficiences structurelles des régimes d'asile grec et italien ; *Ibid.*, § 210.

⁷⁸ *Ibid.*, § 220. On observe ainsi que la Cour de justice analyse le caractère adéquat de la mesure au moment où celle-ci est prise. Par conséquent, il est logique que l'effectivité de la décision n'importe peu car le Conseil ne pouvait prévoir que les Etats membres ne s'y conformeraient que très partiellement. En écartant l'argument relatif à l'état des régimes d'asile grec et italien, la Cour montre également que le test d'aptitude de la mesure ne dépend pas des déficiences qui ont été un des facteurs engendrant l'adoption de ladite mesure. Elle a précisé que même le régime d'un Etat membre n'ayant pas les faiblesses structurelles de l'Italie et de la Grèce aurait été gravement perturbé par l'afflux de migrants au cours de l'année 2015 ; *Ibid.*, § 214.

⁷⁹ *Ibid.*, § 223.

moins contraignantes auraient pu être prises⁸⁰. Pour la Cour, le Conseil était tenu de mettre en œuvre le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les Etats membres, « qui s'impose, en vertu de l'article 80 TFUE, lors de la mise en œuvre de la politique commune de l'Union en matière d'asile »⁸¹. Il ne peut être reproché au Conseil d'avoir imposé un mécanisme de relocalisation contraignant⁸². Comme l'affirme l'avocat général Bot, c'est précisément parce que les Etats n'arrivaient pas à se mettre d'accord entre eux sur une répartition volontaire des demandeurs d'asile qu'il a été décidé d'adopter un mécanisme de relocalisation obligatoire⁸³.

Nul doute que cet arrêt de la Cour de justice fera date⁸⁴. Sous fond de tensions entre Etats membres, cet arrêt démontre que le principe de solidarité ne doit pas être sous-estimé, au contraire les institutions de l'Union sont encouragées à le concrétiser, de manière contraignante si nécessaire. En outre, cet arrêt donne un contenu opérationnel à l'article 78 § 3 du TFUE et fournit de précieux renseignements sur la manière de le mettre en œuvre⁸⁵. Le contentieux relatif au mécanisme de relocalisation n'est pas encore terminé. La Hongrie et la Slovaquie ont fait l'objet d'une procédure en manquement⁸⁶. La Commission a renvoyé ces deux Etats devant la Cour le 7 décembre 2017⁸⁷. Même si la Cour prononce leur condamnation, on peut se demander si la Hongrie et la Slovaquie se mettront en conformité tellement leur opposition au mécanisme de relocalisation est forte.

⁸⁰ Elle donnait pour exemples des mesures telles que la fourniture d'une aide pour faciliter le retour et l'enregistrement ou un soutien financier, matériel, technique et personnel aux régimes d'asile italien et grec ; *Ibid.*, § 232.

⁸¹ *Ibid.*, § 252. Pour une étude approfondie de la mise en œuvre de cet article, voir A. Caiola, « Une base juridique pour la solidarité : l'article 80, seconde phrase, TFUE », *Cahiers de droit européen*, n° 2, 2018, pp. 437-493.

⁸² *Ibid.*, § 253.

⁸³ Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 26 juillet 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 259.

⁸⁴ Toutefois certains auteurs ont pu regretter la sobriété de l'arrêt et « l'absence ou le peu de référence aux valeurs essentielles du projet d'intégration européenne comme la solidarité ou la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers des Etats » : F. GAZIN, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁵ Cet article n'est pas un outil pour prendre des décisions dérogeant de manière permanente au cadre juridique en vigueur et pour être valables sur le long-terme, les décisions doivent être complétées par une modification en bonne et due forme des instruments concernés. En revanche les mesures prises peuvent avoir des effets allant au-delà de la durée d'application de la décision. De surcroît, l'évaluation *a posteriori* de la décision n'est pas un paramètre déterminant pour juger l'aptitude de la mesure à remplir l'objectif qu'elle poursuit et l'article 78 § 3 TFUE permet d'édicter des prescriptions contraignantes à destination des Etats, propre à résoudre effectivement la situation d'urgence constatée.

⁸⁶ La Commission avait décidé d'engager le 14 juin 2017 des procédures d'infraction contre la Hongrie, la Pologne et la République-Tchèque en raison de leur non-respect des obligations en matière de relocalisation. Le 26 juillet 2017, la Commission a adopté des avis motivés à l'encontre de ces Etats ; Commission européenne, « Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2017) 405 final, 26 juillet 2017, p. 12.

⁸⁷ Commission européenne - Communiqué de presse, « Relocalisation : la Commission saisit la Cour de justice d'un recours contre la République tchèque, la Hongrie et la Pologne », IP/17/5002, 7 décembre 2017.

A travers cette contestation, la Hongrie et la Slovaquie remettent en cause la solidarité qui doit souder les Etats membres. L'effort doit être collectif. C'est d'une part le sens du projet européen et d'autre part le devoir des Etats européens à l'égard des demandeurs d'asile conformément à leurs obligations internationales. Certains Etats membres s'alarmeront d'une atteinte à leur souveraineté. Il pourra leur être rétorqué que si la devise de l'Union est « Unis dans la diversité », il faut également être « Unis dans l'adversité », ce qui comprend une certaine part de sacrifice pour le bien commun européen lorsque de telles circonstances l'exigent.

L'arrivée en Europe d'un nombre très important de demandeurs d'asile a ainsi bouleversé le système européen commun d'asile, l'entraînant dans la crise. On peut penser que n'importe quel système d'asile aurait également été inapte à traiter autant de demandes. Le nombre de demandes déposées sur une période aussi resserrée est un facteur indéniable de la crise des réfugiés. Toutefois, la crise ne découle pas seulement de cette circonstance, elle est aussi due à quelque chose de plus profond : l'inadéquation du cadre juridique européen en matière d'asile. La mise en place des dispositifs de relocalisation et de réinstallation est symptomatique de l'impuissance du système d'asile européen à répondre aux besoins des demandeurs d'asile.

C'est pour cette raison qu'au-delà de solutions temporaires, visant à résorber les difficultés à court-terme, une refonte globale du système européen commun d'asile est conduite.

B. La refondation, thérapie du système européen commun d'asile

Preuve que les crises ont révélé l'incapacité du régime d'asile à prendre en charge un nombre si importants de demandeurs d'asile, la Commission a proposé de réviser « tous les instruments juridiques majeurs du régime d'asile européen commun »⁸⁸. Selon ses dires, de la capacité du régime à résister aux crises dépend le succès de la réforme⁸⁹. Par une lecture *a*

⁸⁸ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, pp. 14-15. Selon la Commission, cette réforme doit pondérer au mieux les principes de responsabilité et de solidarité, Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 7.

⁸⁹ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, p. 19.

contrario, le régime actuel n'était pas en mesure de répondre à une arrivée massive de demandeurs d'asile, expliquant une crise telle que celle qui a démarré lors de l'été 2015.

Sur toutes les lèvres lorsqu'il s'agit d'évoquer la crise des réfugiés, le règlement Dublin mérite un traitement particulier. Destiné à déterminer l'Etat membre qui doit examiner une demande d'asile, son application est déterminante pour le bon fonctionnement de l'ensemble du système d'asile. Il n'a pas été à la hauteur de l'ambition qui lui était promise, bien au contraire. Comme nous l'avons vu, son application fut écartée en Grèce et en Italie dès septembre 2015. Impropre à remplir sa mission, la Commission propose donc sa rationalisation (1). Réformer le système Dublin n'a de sens que si les régimes nationaux en matière d'asile sont plus harmonisés. Les crises mettent en exergue ce besoin d'égalité. La répartition des demandeurs d'asile ne doit pas aboutir à une diminution de la qualité du traitement de la demande ou à une variabilité de l'acceptation de la demande en fonction de l'Etat membre responsable. La Commission semble tendre vers cet objectif : un système d'asile commun performant est un système mieux encadré au niveau européen (2).

1. La rationalisation du système de détermination de l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile

Le système de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, plus communément appelé « système Dublin », fut l'un des premiers à être critiqué pour son inefficacité lors de la crise migratoire⁹⁰. Les crises n'ont fait que mettre en évidence et accentuer un problème constaté bien en amont, celui des critères de détermination. En outre, les dispositions du règlement Dublin ne furent d'aucune aide pour y pallier en raison de l'inexistence de mécanisme opérationnel en cas de crise. Enfin, l'incapacité de certains Etats membres à accueillir dans des conditions décentes les demandeurs d'asile a conduit les justiciables à s'en remettre à la Cour européenne des droits de l'homme pour veiller à ce que les dysfonctionnements n'entraînent pas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Premièrement, le règlement Dublin III prévoit l'application de plusieurs critères afin de déterminer l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile⁹¹. Dans la

⁹⁰ Pour le Professeur Maiani, le système Dublin est particulièrement peu attrayant aux yeux des demandeurs d'asile en raison de la « no choice policy » qui empêche les demandeurs d'asile de pouvoir choisir l'Etat membre où ils seront transférés, engendrant un manque d'efficacité - F. MAIANI, *op. cit.*, p. 20.

⁹¹ Chapitre III du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29 juin 2013*, pp. 31–59. Les critères sont : si le demandeur d'asile est un mineur non accompagné

pratique, le critère principal est celui de l'entrée irrégulière sur le territoire d'un Etat membre⁹². De grandes disparités sont donc apparues, mettant particulièrement à contribution les régimes d'asile de certains Etats membres. En 2014, cinq d'entre eux⁹³ ont traité 72 % de l'ensemble des demandes d'asile déposées dans l'Union. Le système Dublin, conçu en 1990, apparaît clairement inadéquat et obsolète⁹⁴. La crise migratoire a illustré le fait que l'application du règlement Dublin n'est pas envisageable en cas d'afflux massif de demandeurs de protection internationale car il est matériellement impossible que la responsabilité du traitement d'un nombre aussi important de demandes n'incombe qu'aux Etats frontaliers⁹⁵.

En outre, dans l'éventualité où le régime d'asile d'un Etat serait déstabilisé par un flux migratoire trop important, le règlement Dublin III ne fournit aucun fondement juridique à l'Union européenne pour mettre en place une réponse opérationnelle, ni aucun mécanisme concret qui permet de soutenir cet Etat. En effet, à l'heure actuelle, le règlement ne prévoit que l'élaboration d'un plan d'action préventif et d'un plan de gestion de crise⁹⁶. De ce fait, il

(article 8), si le demandeur a des membres de sa famille bénéficiaires d'une protection internationale (article 9), si le demandeur a des membres de sa famille demandeurs d'une protection internationale (article 10), s'il existe une procédure familiale (article 11), la délivrance de titres de séjour ou de visas au demandeur (article 12), l'entrée et/ou séjour du demandeur dans un Etat membre (article 13), l'entrée du demandeur sous exemption de visa (article 14) et si la demande est présentée dans la zone de transit international d'un aéroport (article 15). Certains auteurs suggèrent de réfléchir à confier l'Agence de l'Union européenne pour l'asile la responsabilité de la détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile : F. MAIANI, *op. cit.*, p. 59.

⁹² Commission européenne, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », COM/2016/0197 final, 6 avril 2016, p. 4.

Pour une critique de ce critère, générant des déséquilibres et compromettant les contrôles aux frontières extérieures et l'identification des demandeurs d'asile, voir F. MAIANI, *op. cit.*, p. 26. Le Parlement propose précisément de supprimer ce critère (C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, p. 69) alors que comme le note le Professeur Maiani, la Commission européenne souhaite élargir son application par la suppression de la règle mettant fin à la responsabilité de l'Etat d'entrée irrégulière douze mois après le franchissement de la frontière (article 15 § 1 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final) : F. MAIANI, *op. cit.*, p. 32.

⁹³ Allemagne, Italie, Suède, Hongrie et Autriche.

⁹⁴ B. NASCIMBENE, « Refugees, the European Union and the 'Dublin system'. The Reasons for a Crisis », *European Papers*, vol. 1, n° 1, 2016, pp. 104-105.

⁹⁵ C.-A., CHASSIN, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁶ Lorsque la Commission établit que l'application du règlement peut être compromise : soit en raison d'un risque sérieux de pression particulière exercée sur le régime d'asile d'un Etat membre et/ou en raison de problèmes de fonctionnement du régime d'un Etat membre, elle adresse des recommandations à l'Etat membre concerné en l'invitant à élaborer un plan d'action préventif (article 33 §1). Celui-ci soumet ensuite ce plan d'action préventif et présente des rapports réguliers sur sa mise en œuvre au Conseil et à la Commission (article 33§2). Si la Commission établit qu'un plan d'action préventif serait inefficace, elle peut alors demander à l'Etat membre concerné d'élaborer un plan de gestion de crise, et si nécessaire, des révisions de celui-ci ; article 33 § 3 du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29 juin 2013*, pp. 31-59.

n'est pas étonnant que le Conseil ait recouru à des mécanismes *ad hoc*, tels que la relocalisation et la réinstallation, afin de pallier le manque de solution du règlement. Ceci souligne d'autant plus les carences du cadre juridique en vigueur et aussi le manque d'anticipation de la part des Etats membres, qui n'ont pas construit le règlement de telle manière à ce qu'il résiste à un afflux massif de ressortissants d'Etat tiers.

En plus de l'accueil des demandeurs d'asile qui sont restés sur leur territoire, les Etats frontaliers doivent accueillir les demandeurs d'asile qui ont déposé une demande au sein d'un autre Etat membre et qui sont transférés sur le fondement du règlement Dublin III. Dans cette hypothèse, l'obsolescence du système Dublin est telle que le règlement fait l'objet d'un contrôle extérieur semble-t-il de plus en plus récurrent. Nul n'est besoin de revenir sur la saga des arrêts *M.S.S.*⁹⁷ et *N.S.*⁹⁸ qui a abouti à la suspension des transferts de demandeurs d'asile vers la Grèce. Depuis ce temps fort pour les relations entre droit de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme, d'autres arrêts de la Cour EDH sont venus étoffer l'analyse du règlement Dublin sous l'angle des droits garantis par la Convention⁹⁹. De ce fait, les recours liés à l'application du règlement Dublin dans le prétoire de la Cour européenne lui donne une coloration « humaniste » qu'on ne saurait refuser.

La Cour EDH donne ainsi des consignes aux Etats membres afin qu'ils respectent la Convention européenne lorsqu'ils appliquent le règlement Dublin. Dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, qui concernait le renvoi d'une famille afghane depuis la Suisse vers l'Italie, la Cour a développé un raisonnement en deux temps : premièrement, sur le principe, elle évalue si la situation dans l'Etat d'accueil interdit tout transfert au titre du règlement Dublin¹⁰⁰ ; deuxièmement, s'il existe des doutes sérieux quant aux capacités d'accueil de l'Etat concerné, les autorités de l'Etat de transfert doivent s'assurer auprès des autorités de l'Etat d'accueil que

⁹⁷ Cour EDH, Gr. ch., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.

⁹⁸ CJUE, Gde. ch., 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10.

⁹⁹ Hormis l'affaire *Tarakhel c. Suisse* examinée ci-dessous, la Cour EDH s'est prononcé sur le transfert d'un demandeur d'asile vers la Hongrie : Cour EDH, 3 juillet 2014, *Mohammadi c. Autriche*, req. n° 71932/12. La Cour a estimé que le transfert d'un demandeur d'asile vers cet Etat membre ne crée pas un risque individuel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention (§ 70). La Cour est parvenue à cette conclusion malgré le fait qu'entre autres, la législation hongroise ne prévoit pas de recours judiciaire contre la décision de détention d'un demandeur d'asile (§ 68) mais s'agissant du risque de refoulement, la Cour notait que la Hongrie ne se fondait plus sur le concept de pays tiers sûr, et examinait les demandes d'asile sur le fond (§ 73). Au vu de la situation actuelle en Hongrie, il est fort probable que la solution de la Cour soit différente.

¹⁰⁰ En l'espèce, la Cour EDH a estimé que la situation en Italie ne saurait être comparée à la situation en Grèce à l'époque de l'affaire *M.S.S.* Toutefois même si la structure et la situation générale du dispositif d'accueil italien ne constitue pas, en soi, un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile, la Cour considère qu'il existe de sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système. La Cour a noté que des demandeurs d'asile renvoyés vers l'Italie sont privés d'hébergement ou sont hébergés dans des structures surpeuplées, dans des conditions d'insalubrité ou de violence ; Cour EDH, Gr. Ch., 4 nov. 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, §§ 114-115.

les structures et conditions d'accueil soient adaptées¹⁰¹. Le transfert d'un demandeur d'asile sur le fondement du règlement Dublin est dès lors conditionné à des exigences qui ne ressortent pas du droit de l'Union européenne lui-même. Au cas où les conditions d'accueil des demandeurs d'asile sont incompatibles avec ces exigences, le transfert ne peut avoir lieu sans violer la Convention européenne. La Cour européenne avait donc pointé du doigt bien avant la crise de 2015 que le transfert automatique des demandeurs d'asile vers le pays de première entrée pouvaient poser des difficultés. La Cour de justice de l'Union européenne a développé un raisonnement relativement semblable dans l'arrêt *C.K.*, rendu le 16 février 2017¹⁰², à ceci près que ce n'était pas la qualité de l'accueil dans l'Etat membre responsable de l'examen de la demande qui était en jeu, mais les conséquences du transfert sur l'état de santé de la demandeuse d'asile. Selon la Cour, lorsque le transfert d'un demandeur d'asile présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave entraînerait un risque réel et avéré d'une détérioration significative et irréversible de son état de santé, le transfert constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux¹⁰³. La Cour exige alors des autorités de l'Etat membre de transfert de prendre les mesures nécessaires pour que son état de santé soit sauvegardé, notamment des soins de santé si nécessaires, sinon le transfert est suspendu tant que l'état de santé du demandeur ne le rend pas apte à effectuer le transfert¹⁰⁴.

L'existence de ces contentieux illustre les doutes quant aux capacités de certains Etats membres d'accueillir dans des conditions décentes les demandeurs d'asile, craintes accrues eu égard à la crise migratoire¹⁰⁵. En Hongrie, la situation des demandeurs d'asile est si critique que les autorités des Etats membres suspendent les transferts au titre du règlement Dublin vers cet Etat¹⁰⁶. La Commission a formé un recours devant la Cour de justice pour les manquements constatés de cet Etat membre à la directive 2013/32/UE sur les procédures

¹⁰¹ Pour vérifier que les lieux soient adaptés à l'âge des enfants, et que l'unité de la cellule familiale sera préservée : *Ibid.*, § 120.

¹⁰² CJUE, 16 février 2017, *C.K., H.F., A.S. c. Republika Slovenija*, aff. C-578/16 PPU.

¹⁰³ *Ibid.*, § 74.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §§ 75-85.

Si l'état de santé du demandeur ne s'améliorait pas à court terme, l'Etat pourrait, par l'application de la « clause discrétionnaire » de l'article 17 § 11 du règlement, examiner lui-même la demande, mais il n'en aurait pas l'obligation. En tout état de cause, si l'état de santé du demandeur ne permet pas un transfert dans le délai de six mois prévu par l'article 29 § 1, du règlement Dublin III, la responsabilité du traitement de la demande est alors transférée à l'Etat qui souhaitait effectuer le transfert ; CJUE, 16 février 2017, *C.K., H.F., A.S. c. Republika Slovenija*, aff. C-578/16 PPU, pts 88-89.

¹⁰⁵ Récemment, la Cour EDH s'est prononcée sur les conditions de détention de ressortissants afghans dans un *hot spot* situé en Grèce : Cour EDH, 25 janvier 2018, *J.R. et autres c. Grèce*, req. n° 22696/16.

¹⁰⁶ La Commission européenne a appelé la Hongrie à remédier « de toute urgence » à ces manquements - Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, p. 15.

d'asile, de la directive 2008/115/CE sur le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et de la directive 2013/33/UE sur les conditions d'accueil ainsi que la Charte des droits fondamentaux¹⁰⁷.

Les critiques qui viennent d'être émises à l'égard du règlement Dublin ne sont pas méconnues des institutions européennes. La Commission européenne est parfaitement consciente que la crise migratoire a mis en lumière les « importantes faiblesses et lacunes structurelles dans la conception [...] des règles de Dublin »¹⁰⁸. C'est justement pour remédier à ces problèmes qu'elle a soumis une proposition de refonte du règlement¹⁰⁹. L'envie d'éviter une nouvelle crise systémique explique que l'ensemble de cette proposition soit guidé par un maître-mot : l'efficacité¹¹⁰.

D'une part, si la proposition est adoptée, chaque Etat devra vérifier le caractère recevable de la demande¹¹¹ avant toute analyse de la détermination de l'Etat membre responsable de son traitement, afin d'éviter que la même décision soit prise après un transfert¹¹². L'idée est de trier parmi les demandes d'asile celles qui ont peu de chance d'aboutir, pour renvoyer plus rapidement le ressortissant d'Etat tiers dont la demande n'est

¹⁰⁷ Commission européenne – Communiqué de presse, *Migration et asile : la Commission franchit de nouvelles étapes dans des procédures d'infraction ouvertes contre la Hongrie*, IP/18/4522, 19 juillet 2018.

¹⁰⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final, p. 3.

¹⁰⁹ Avant d'être adoptée, la Commission estime qu'« travail considérable » est nécessaire - Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 6.

¹¹⁰ Certains auteurs proposent des modèles alternatifs au modèle actuel : un premier modèle laissant au demandeur d'asile la liberté de choisir l'Etat membre qui traitera sa demande, simplifiant le système et empêchant les mouvements secondaires ; un deuxième modèle pourrait être le modèle « Dublin moins », c'est-à-dire le système actuel mais sans les critères d'entrée et de séjour ; le troisième modèle serait un modèle procurant au demandeur d'asile un choix limité parmi les Etats membres qui sont les moins sollicités. F. MAIANI, *op. cit.*, p. 58.

¹¹¹ Le règlement modifié obligerait l'Etat membre dans lequel une demande d'asile est déposée, de procéder à la vérification de la recevabilité de la demande au sens de la directive « procédure », en examinant si le demandeur provient d'un premier pays d'asile ou d'un pays tiers sûr, auquel cas le demandeur serait directement renvoyé dans l'un de ces deux pays ; article 3 § 3, a) de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final. En revanche, la proposition n'indique pas explicitement si les autres Etats membres pourraient ou non déclarer une demande irrecevable sur ces fondements, lorsque la demande aurait été déclarée irrecevable par l'Etat dans lequel la demande est initialement déposée - F. MAIANI, *op. cit.*, p. 31.

¹¹² De plus, la proposition prévoit qu'avant même l'application des critères de détermination, l'Etat examine la demande d'asile en vertu de la procédure accélérée si le demandeur d'asile avait antérieurement sa résidence habituelle dans un pays tiers d'origine sûr : *Ibid.*, article 3 § 3, b).

pas recevable¹¹³. Cette obligation pourrait s'avérer particulièrement préjudiciable pour les demandeurs d'asile car la qualification de « pays d'origine sûr » (un des critères pour déclarer la demande irrecevable) est faite de manière générale et *a priori*¹¹⁴. Le risque est que ce concept, comme celui de « pays tiers sûr »¹¹⁵, fasse l'objet d'abus afin de gérer les flux migratoires car c'est un « outil puissant aux mains des autorités publiques »¹¹⁶. Par conséquent, si l'on peut comprendre le souhait de raccourcir l'adoption d'une mesure de renvoi lorsque la demande n'est pas recevable ou qu'elle doit être traitée en vertu de la procédure accélérée, autant une telle modification doit être complétée par une harmonisation des critères d'appréciation des concepts¹¹⁷, afin que les demandeurs d'asile ne soient pas victimes de l'instrumentalisation de la politique migratoire de tel ou tel Etat membre.

D'autre part, on peut noter le souhait de la Commission d'accélérer la procédure de détermination de l'Etat membre responsable¹¹⁸, en fixant des délais plus courts pour toutes les étapes¹¹⁹. Il est permis de douter de l'utilité d'une telle réduction. Si, à l'heure actuelle, les Etats ne sont pas matériellement en capacité de respecter les délais, les raccourcir provoquerait uniquement des situations de non-conformité, sans régler véritablement le problème sur le fond. Il faut surtout accompagner les Etats membres en difficulté comme la Grèce et l'Italie par des moyens financiers et humains.

¹¹³ Le Parlement européen propose de supprimer purement et simplement l'examen de la recevabilité et l'accélération de la procédure. Il est proposé d'accélérer la procédure uniquement si le « demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat membre, ou s'il avait déjà fait l'objet d'un éloignement forcé pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public » (C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, pp. 38-39).

¹¹⁴ A. MARIE, « L'urgence de la réforme : la demande d'asile dans le contexte géopolitique », *RTDE*, 2016, p. 18.

¹¹⁵ S'agissant de l'utilisation du concept de « pays tiers sûr », la pratique a montré qu'il pouvait aussi faire l'objet d'instrumentalisation. Ainsi, pour éluder les garanties procédurales des réfugiés, la Hongrie utilise de façon quasi systématique ce concept, afin de rejeter, dès le stade de la recevabilité les demandes d'asile et de faire réadmettre les demandeurs en Serbie, pays par lequel ils avaient transité, violant ses obligations internationales et européennes ; P.-F. LAVAL, « L'instrumentalisation de l'Etat tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne*, 2016, pp. 341-342.

¹¹⁶ B. BERTRAND, « De quelques paradoxes de la directive 'procédures'. Aspects de droit européen », *RTDE*, 2016, p. 30.

L'utilisation du concept de pays d'origine sûr influe sur le nombre de demandes enregistrées. Par exemple, selon l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA), le placement du Bangladesh sur la liste des pays d'origine sûrs a eu pour conséquence que le nombre de demandes a baissé de 71 % en 2012, tandis que lorsque l'Albanie en a été retirée, le nombre de demandes a augmenté en 2012 de 434 % par rapport à 2011 ; A. MARIE, *op. cit.*, 2016, p. 18.

¹¹⁷ Voir en ce sens Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM(2016) 467 final, p. 5.

¹¹⁸ Actuellement le délai pour transférer un demandeur d'asile peut atteindre dix à onze mois, ce qui ne permet pas d'assurer un accès rapide à la procédure, en contrariété avec l'objectif-même du système de Dublin ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final, p. 9.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

Les systèmes d’asile de ces Etats pourraient être encore plus sollicités si la proposition est adoptée. En effet, l’innovation majeure de la proposition est de responsabiliser les demandeurs d’asile, en les obligeant à déposer leur demande d’asile dans l’Etat membre par lequel ils sont entrés¹²⁰. A défaut, le demandeur d’asile se verrait doublement sanctionné¹²¹, ce à quoi s’est opposé le Parlement européen¹²². L’objectif non-voilé de la proposition est de décourager les mouvements secondaires des demandeurs d’asile¹²³, mouvements qui, comme nous le verrons, nuisent au fonctionnement de l’espace sans frontière intérieure. D’après F. Maiani, la réponse choisie par la Commission à la résistance des demandeurs d’asile envers le système Dublin est purement répressive¹²⁴. Si l’on peut comprendre le souci de gérer efficacement les flux migratoires, est-il bien raisonnable de demander à des personnes fuyant les persécutions de se conformer à cette obligation, alors-même que ce sont justement les Etats de première entrée qui sont les plus sollicités et éprouvent de grandes difficultés pour accueillir décemment les demandeurs d’asile ? Ne risque-on pas de créer une nouvelle cause expliquant la déstabilisation des régimes d’asile des Etats situés le long de la frontière extérieure commune ?¹²⁵ Il semble qu’un tel risque pourrait être évité à condition que la proposition de mécanisme permanent de relocalisation soit adoptée. Dans ce cas, le nombre important de dépôts de demandes d’asile au sein d’un seul Etat membre pourrait être contrebalancé par la mise en œuvre des relocalisations.

L’actualisation du système Dublin va donc dans le sens d’une rationalisation. La proposition encadre davantage les comportements du demandeur d’asile et de l’Etat ayant à effectuer la détermination de l’Etat responsable du traitement de la demande. Pour que le

¹²⁰ *Ibid.*, article 4 § 1.

¹²¹ D’une part s’agissant de sa demande, la procédure accélérée prévue par la directive procédure serait appliquée : *Ibid.*, article 5 § 1. D’autre part, concernant ses conditions d’accueil, le demandeur d’asile perdrait le bénéfice des articles 14 à 19 de la directive établissant des normes pour l’accueil des personnes demandant la protection internationale (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, *JO L 180 du 29.6.2013*, pp. 96–116). L’article 14 concerne la scolarisation et l’éducation des mineurs ; l’article 15, l’emploi ; l’article 16, la formation professionnelle ; l’article 17, les règles générales relatives aux conditions matérielles d’accueil et aux soins de santé ; l’article 18 les modalités des conditions matérielles d’accueil et l’article 19, les soins de santé. En revanche, le demandeur d’asile bénéficierait toujours des soins médicaux d’urgence Article 5 § 3 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final.

¹²² Si le Parlement européen n’a pas remis en cause le principe de la création d’une obligation de dépôt à l’égard des demandeurs d’asile, en revanche il s’est prononcé en faveur de la suppression des deux sanctions prévues par la proposition ; (C. WIKSTRÖM, *op. cit.*, pp. 41–42).

¹²³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final, p. 4.

¹²⁴ F. MAIANI, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁵ Voir également dans ce sens, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 36.

système soit plus performant, on cherche à le rendre plus mécanique. En réduisant la marge de manœuvre des acteurs concernés on tend à augmenter le rendement du dispositif. Le système Dublin post-crise pourrait devenir un système plus rigide, plus prévisible, moins aléatoire, dont la procédure serait méthodique.

Le règlement Dublin a été l'un des problèmes qui a donné lieu à la crise des réfugiés en raison du manque de répartition équitable des demandeurs d'asile entre les Etats membres. Néanmoins, la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile n'est qu'un des aspects du système européen d'asile commun. La crise a mis en évidence que le cadre juridique global du système européen commun d'asile devait être renforcé pour mieux encadrer les régimes nationaux.

2. Le renforcement de l'encadrement européen des régimes d'asile des Etats membres

Une réforme en profondeur du système d'asile européen est à l'œuvre aujourd'hui, avec pour objectif de le rendre plus équitable¹²⁶. Ce besoin provient du constat qu'il existe des divergences entre les régimes des Etats membres, quant aux procédures utilisées, aux conditions d'accueil offertes aux demandeurs d'asile, aux taux de reconnaissance¹²⁷, qui conduisent à une « course à l'asile » (*asylum shopping*) et contribuent aux mouvements secondaires¹²⁸. Pour améliorer le fonctionnement du système européen commun d'asile et réduire les effets d'une crise, les régimes d'asile au sein de l'Union doivent être davantage harmonisés¹²⁹, en vue de favoriser une plus grande égalité de traitement.

La Commission propose en ce sens un nouveau règlement sur la procédure d'asile commune dans l'Union et un nouveau règlement sur les conditions que doivent remplir les

¹²⁶ Commission européenne, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », COM/2016/0197 final, 6 avril 2016, p. 2.

La France a modifié ses règles en matière d'asile : Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Dans sa décision du 6 septembre 2018 (Décision n° 2018-770 DC), le Conseil constitutionnel a déclaré la loi partiellement conforme à la Constitution.

¹²⁷ A titre d'illustration, le taux d'acceptation des demandes émanant de ressortissants afghans peut varier de 0 % à 98 % selon les Etats membres ; Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 5.

¹²⁸ Proposition de directive établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), COM(2016) 465 final, p. 2.

¹²⁹ La durée des procédures est disparate au sein des Etats membres : les procédures d'asile peuvent durer plusieurs mois dans certains Etats membres et plusieurs années dans d'autres - Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 5.

demandeurs d'asile, les deux remplaçant des directives couvrant le même domaine¹³⁰. Le choix de l'instrument est loin d'être anodin puisque la Commission estime que par son applicabilité directe, le règlement, davantage que la directive, pourra contribuer à améliorer la convergence entre les Etats membres¹³¹. L'heure est au développement de la logique communautaire en réduisant l'autonomie accordée aux Etats, celle-ci expliquant certaines difficultés observées afin d'adopter des mesures collectives et efficaces. La Commission propose de clarifier les procédures afin de lutter contre les disparités. Sur le fond, le délai de six mois d'adoption d'une première décision serait maintenu, tandis que des délais beaucoup plus courts seraient prévus pour traiter les demandes « manifestement infondées ou irrecevables »¹³². Dans le même temps, l'intégration des demandeurs d'asile serait facilitée et le coût de leur accueil serait réduit¹³³, par un accès au marché du travail plus rapide¹³⁴.

Pour lutter contre les mouvements secondaires qui ont conduit à la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures, il est également nécessaire de s'attaquer directement aux conditions d'octroi de la protection internationale. A l'heure actuelle, le taux de reconnaissance du statut de réfugié est variable selon les Etats membres¹³⁵. Les règles élaborant les critères communs doivent être plus contraignantes¹³⁶. De cette manière, les différences de reconnaissance entre les autorités des Etats membres seraient limitées, ce qui accroîtrait l'uniformité et la prévisibilité juridique. Pour le demandeur d'asile, l'intérêt à

¹³⁰ Commission européenne, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », COM/2016/0197 final, 6 avril 2016, p. 6.

¹³¹ Proposition de règlement concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu cette protection, et modifiant la directive 2011/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2016) 466 final, p. 5.

¹³² Et les demandes manifestement abusives seraient sanctionnées ; Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM(2016) 467 final, pp. 4-5.

¹³³ Proposition de directive établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), COM(2016) 465 final, p. 17.

¹³⁴ Le délai d'accès serait de 6 mois, au lieu des 9 mois qui sont prévus actuellement ; *Ibid.*, p. 17.

¹³⁵ Proposition de règlement concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu cette protection, et modifiant la directive 2011/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2016) 466 final, p. 4.

¹³⁶ Par exemple en obligeant les autorités des Etats membres qui évaluent les demandes de protection, de tenir compte de l'analyse et des orientations de l'Agence de l'Union européenne pour l'asile ; Proposition de règlement concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu cette protection, et modifiant la directive 2011/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2016) 466 final, p. 5.

déposer une demande de protection internationale dans un Etat membre en particulier serait réduit.

La modification substantielle et procédurale du régime européen d'asile devrait être mêlée à un changement organique. En effet, la création d'une Agence de l'Union européenne pour l'asile pourrait être la grande nouveauté découlant de la réforme du système européen commun d'asile¹³⁷. La Commission propose de remplacer le Bureau européen d'appui en matière d'asile par cette Agence, lui conférant un mandat renforcé et la qualité d'agence à part entière¹³⁸. L'échange d'informations avec les autorités des Etats membres compétentes en matière d'asile deviendrait une obligation¹³⁹ et l'Agence procéderait à des analyses communes sur la situation de certains pays d'origine afin de réduire les disparités entre Etats membres¹⁴⁰. Le règlement conférerait un pouvoir quasi-normatif à l'Agence¹⁴¹ et cette nouvelle entité porterait aussi la casquette d'autorité de contrôle¹⁴².

¹³⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2016) 271 final, qu'il faut lire conjointement avec la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2018) 633 final.

¹³⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2016) 271 final, p. 2 : d'après la Commission européenne, cette proposition est sur le point d'être adoptée, Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », COM(2017) 820 final, 7 décembre 2017, p. 6. Un accord informel a été trouvé par les négociateurs pour la création de cette Agence ; « Vers la création d'une agence européenne pour l'asile », *Europe*, n° 8-9, août 2017, alerte 47.

L'agence aurait notamment pour objet d'améliorer « le fonctionnement du régime d'asile européen commun (RAEC) » et « favoriser la convergence dans l'examen des demandes de protection internationale dans l'ensemble de l'Union » (article 1^{er} § 1 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2016) 271 final). A cette fin ses missions seraient entre autres, de « renforcer la coopération pratique et l'échange d'informations entre les Etats membres sur différents aspects de l'asile », « collecter et d'analyser des informations sur la situation en matière d'asile et la mise en œuvre du RAEC », « soutenir les Etats membres dans la mise en œuvre du RAEC » et « surveiller et d'évaluer la mise en œuvre du RAEC, ainsi que les régimes d'asile et d'accueil des Etats membres » (*Ibid.*, article 2).

¹³⁹ *Ibid.*, article 3 § 1. L'échange d'information ne serait pas une nouveauté, mais son érection en obligation, si elle est confirmée, contrasterait avec le caractère volontaire des échanges effectués par les Etats membres dans le cadre du régime actuel.

¹⁴⁰ Les Etats seraient obligés de fournir des informations sur les décisions prises à l'égard des demandeurs d'une protection internationale qui sont issus des pays faisant l'objet de cette analyse. A cette fin, ils fourniraient des statistiques sur le nombre de décisions d'octroi et de refus d'une protection internationale aux demandeurs issus d'un pays tiers ayant fait l'objet d'une analyse commune, ainsi que des statistiques sur le nombre de décisions prises dans lesquelles l'analyse commune n'a pas été suivie et les raisons qui justifient ces écarts ; *Ibid.*, article 10. Par l'envoi de ces statistiques, on perçoit l'intention de faire converger les décisions des différentes autorités des Etats membres afin d'harmoniser l'octroi et le refus de protection internationale pour les pays faisant l'objet d'une analyse commune. La nécessité pour les Etats membres de fournir la justification au refus de suivre les analyses communes peut être perçue de deux manières : d'une part, on peut y voir une certaine responsabilisation, l'obligation de justification étant alors une manière pour l'Etat de veiller à la rationalité des décisions prises ; d'autre part, ce peut être la source d'une discussion pouvant porter aussi bien sur la pertinence de l'analyse commune effectuée par l'Agence que sur les modalités d'évaluation des situations par les autorités des Etats membres.

Dans le contexte plus spécifique de crise migratoire, l'Agence pourrait être amenée à jouer un rôle de premier plan. En cas de pressions disproportionnées sur les régimes d'asile et d'accueil d'un Etat membre, l'Agence pourrait, sur la sollicitation de l'Etat membre concerné, organiser et coordonner des mesures opérationnelles. Dans de telles circonstances, si l'Etat refuse l'aide de l'Agence, ne la sollicite pas, ou ne prend pas de mesures suffisantes pour répondre à ces pressions, au point de compromettre le bon fonctionnement du RAEC, la Commission pourrait adopter une décision d'exécution déterminant des mesures opérationnelles qui doivent être prises par l'Agence¹⁴³.

La faculté d'agir sans le consentement de l'Etat centralise davantage le système d'asile, lui apportant de la fermeté. Ceci conférerait une compétence non négligeable à l'Agence qui agirait en toute indépendance, réduisant les droits souverains des Etats membres. Si la proposition est adoptée, les Etats membres accepteraient que des mesures puissent être adoptées et que des actes d'exécution soient opérés sur leur territoire, sans leur autorisation. S'organiserait alors une certaine concurrence entre la compétence de l'Etat et celle de l'Union, suivant la logique du principe de subsidiarité : dans un premier temps l'Etat aurait le pouvoir de répondre lui-même aux pressions disproportionnées sur son régime d'asile ou bien d'accepter l'aide de l'Agence ; dans un second temps, s'il est constaté¹⁴⁴ que le fonctionnement du RAEC est compromis, l'Union, à travers la Commission et l'Agence exercerait sa compétence pour remédier à la défaillance de l'Etat concerné. En vertu du

¹⁴¹ Afin de favoriser la mise en œuvre correcte et efficace du droit de l'Union, elle pourrait élaborer des normes opérationnelles, lignes directrices et bonnes pratiques : *Ibid.*, article 12.

¹⁴² L'Agence devrait établir avec la Commission, un mécanisme de surveillance de mise en œuvre et d'évaluation des aspects du RAEC, « en particulier le système de Dublin, les conditions d'accueil, les procédures d'asile, l'application des critères de détermination des besoins de protection ainsi que la nature et la qualité de la protection accordée aux personnes ayant besoin d'une protection internationale par les Etats membres ». L'Agence de l'Union européenne pour l'Asile vérifierait également que les Etats membres se conforment à ses normes opérationnelles, lignes directrices et bonnes pratiques et elle contrôlerait les régimes d'asile et d'accueil des Etats membres (*Ibid.*, article 13).

¹⁴³ *Ibid.*, article 22 § 3 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2016) 271 final, renvoyant à l'article 16 § 3, qui prévoit notamment les mesures suivantes : (b) faciliter l'examen des demandes de protection internationale examinées par les autorités nationales compétentes ; (c) prêter assistance aux autorités nationales compétentes chargées de l'examen des demandes de protection internationale ; (g) contribuer à la relocalisation ou au transfert des bénéficiaires d'une protection internationale au sein de l'Union ; (i) aider les Etats membres à mettre en place l'ensemble des mécanismes nécessaires à la sauvegarde des droits des enfants et à leur protection. Malgré le changement de formulation, on retrouve ces hypothèses au sein de la nouvelle rédaction de l'article 16, tel que modifié par proposition modifiée de 2018, au paragraphe 2, plus au paragraphe 3.

¹⁴⁴ Il semble implicitement admis que c'est la Commission européenne qui en ferait le constat.

principe de coopération loyale, l'Etat aurait même l'obligation de faciliter l'accomplissement de la mission de l'Agence¹⁴⁵.

Les règles du système européen commun d'asile ont donc révélé leurs failles suite à l'afflux massif de ressortissants d'Etats tiers, en particulier le règlement Dublin, dont la bonne application est la condition *sine qua non* à la vitalité du système. La crise migratoire a ainsi eu raison d'un système européen commun d'asile, à bout de souffle du point de vue juridique et opérationnel. En laissant la grande majorité de la responsabilité du traitement des demandes d'asile sur un nombre limité d'Etats membres, le système Dublin s'est trouvé littéralement écrasé sous le poids des demandes. Déséquilibrés, l'Italie et la Grèce, les Etats les plus sollicités, n'ont pas réussi à surmonter les difficultés qui se présentaient à elles. Le recours à des mécanismes d'exception tels que les dispositifs de relocalisation et de réinstallation est révélateur de l'impossibilité pour le « droit commun de Dublin » de tenir bon. Même si le bilan que l'on peut tirer de l'adoption des mécanismes de relocalisation et de réinstallation donne une impression d'inachevé, il faut reconnaître qu'à la place des institutions européennes, on pouvait espérer des efforts plus importants de la part des Etats membres. Si la pérennisation de ces mécanismes a lieu, alors l'on peut estimer que les crises auront tout de même permis de renforcer le système d'asile européen commun, mais à quel prix ?

Ces mécanismes, couplés à une réforme d'ensemble du système européen commun d'asile, sont les solutions trouvées pour répondre au défi colossal que représente le traitement d'un si grand nombre de demandes d'asile dans des conditions humaines dignes. La crise migratoire pourrait aboutir à la création de l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et du Haut-comité pour la réinstallation : la création d'institutions dédiées à ces problématiques permettrait de mieux les gérer qu'auparavant, à condition qu'elles disposent de moyens suffisants.

La modification du cadre juridique du système européen commun d'asile devrait avoir des effets sur l'espace Schengen car une répartition juste et équitable des demandeurs d'asile ainsi que des systèmes nationaux harmonisés réduiraient grandement les mouvements

¹⁴⁵ Obligation spécifiée à l'article 22 § 6 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM(2016) 271 final.

secondaires. Cela aurait pour conséquence que les Etats membres n'invoqueraient plus ce motif afin de réintroduire les contrôles à leurs frontières. La porosité des frontières extérieures a eu des répercussions sur tout l'espace sans frontière intérieure. Ces défaillances ont permis aux ressortissants d'Etats tiers de se déplacer dans tout l'Espace de liberté, de sécurité et de justice pour rejoindre certains Etats membres comme l'Allemagne ou la Suède. C'est pour canaliser les flux migratoires que les Etats membres et l'Union européenne ont choisi de redonner toute leur place aux frontières, en cloisonnant l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

II. Des frontières calfeutrées : le cloisonnement de l'Espace de sécurité, de liberté et de justice

Prérogative du souverain par excellence, le contrôle aux frontières est une manifestation du pouvoir de l'Etat sur son territoire. Les brèches exploitées dans les frontières extérieures communes ont poussé les Etats membres à limiter les flux à leurs propres frontières. On note qu'un mouvement important de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures s'est opéré dans l'espace Schengen. S'il pouvait se justifier au plus fort des crises, la motivation derrière ces contrôles est plus discutable dorénavant. On peut s'inquiéter du fait que ces contrôles se perpétuent et s'interroger sur une possible normalisation de l'exception au principe de l'espace sans frontière intérieure (A). Le cloisonnement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice a une dimension interne et une dimension externe. Les frontières extérieures communes font également l'objet d'un processus d'imperméabilisation. Les crises ont produit un affermissement des contrôles pour empêcher les ressortissants d'Etats tiers d'entrer sur le territoire de l'Union, mission assurée aussi bien par les autorités étatiques et européennes, mais qui a également été externalisée (B).

A. La perpétuation du rétablissement « temporaire » des contrôles aux frontières intérieures

Le droit des Etats membres de rétablir les contrôles aux frontières intérieures est une « condition *sine qua non* de leur engagement dans la coopération de Schengen » : véritable « clause de souveraineté »¹⁴⁶, ce droit vient heurter la logique de l'espace en permettant une

¹⁴⁶ Y. PASCOUAU, « Le paquet 'gouvernance Schengen' » : Les équilibres subtils entre méthode communautaire et logique intergouvernementale », *Ifri*, note Cerfa 106, décembre 2013, p. 7.

dérogation au principe d'absence de frontière intérieure. Néanmoins ce droit est encadré. Le Code frontières Schengen (« CFS »)¹⁴⁷ contient plusieurs fondements juridiques destinés à réintroduire le contrôle aux frontières intérieures : deux sont uniquement du ressort des Etats membres tandis que le troisième fait appel à leur concertation à travers le Conseil de l'Union européenne.

Ces trois possibilités ont été mobilisées depuis l'été 2015 pour des motifs différents : à titre d'illustration, la France a appliqué l'article 25 à partir de novembre 2015, date des attentats terroristes qui ont eu lieu à Paris. L'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie et la Slovaquie se sont fondées sur l'article 28 en septembre et octobre 2015 en raison de l'arrivée massive de demandeurs d'asile. En vertu de l'article 29 du CFS, le Conseil a adopté plusieurs recommandations à partir de mai 2016 appelant certains Etats membres à procéder à des contrôles à leurs frontières intérieures.

L'utilisation de ces trois bases juridiques démontre que l'Union et les Etats membres ont exploité leur complémentarité en réaction aux crises terroriste et migratoire. Il convient donc de s'attarder tout d'abord sur les articles 25 et 28, mécanismes qui vont être actionnés unilatéralement (1) avant de s'intéresser à l'article 29 qui est le résultat d'une approche commune (2). L'analyse des modalités et de la fréquence de leur mobilisation fait craindre une systématisation du recours aux dérogations au principe de l'espace sans frontière intérieure (3).

1. Le rétablissement unilatéral des contrôles aux frontières intérieures

Si l'application de l'article 25 CFS est appropriée pour les événements prévisibles¹⁴⁸, lorsqu'il faut répondre à un événement soudain, tel que l'afflux massif de ressortissants de pays tiers, c'est l'article 28 CFS qui est privilégié. Comme son titre l'indique, il s'applique lorsqu'une action immédiate est requise pour faire face à une menace grave à l'ordre public ou la sécurité intérieure, mais la durée de réintroduction des contrôles aux frontières est plus limitée¹⁴⁹. Cet article permet une réaction rapide sur le court-terme. Il a été appliqué par

¹⁴⁷ Le Code frontières Schengen a fait l'objet d'une codification (voir en ce sens le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)). Les numéros des articles cités sont ceux issus de la codification de 2016.

¹⁴⁸ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 6.

¹⁴⁹ Sur ce fondement, l'Etat membre qui souhaite réintroduire le contrôle aux frontières intérieures, peut le faire dans un premier temps pour une période limitée à dix jours. Si la menace persiste, il peut prolonger les contrôles pour des périodes renouvelables n'excédant pas vingt jours, pour une durée totale de deux mois.

quatre Etats membres au début de la crise migratoire en 2015¹⁵⁰. Il est notable que la Slovénie s'est justifiée en indiquant que les réintroductions allemande et autrichienne des contrôles à leurs frontières respectives avaient contribué à la menace grave pour la sécurité intérieure que constituaient les flux migratoires incontrôlables¹⁵¹. Par conséquent, le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures par un Etat peut avoir un « effet domino » dans la mesure où il risque d'aggraver la situation d'un autre Etat membre et le contraindre, lui aussi, à adopter ces mesures, jusqu'à potentiellement enclaver les Etats membres situés au bord de la frontière extérieure commune.

Du fait de leur objectif propre, il est possible d'avoir recours successivement aux articles 25 et 28 du CFS¹⁵², comme l'ont fait certains Etats membres. Suivant cette logique, en cas de crise migratoire créant une menace pour l'ordre public, il est recommandé que l'Etat membre concerné réagisse rapidement sur le fondement de l'article 28¹⁵³, pour réintroduire les contrôles aux frontières intérieures. Il pourra ensuite poursuivre ces contrôles sur le fondement de l'article 25 pour une durée plus longue.

En effet, ce dernier autorise les Etats membres, en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, à réintroduire les contrôles aux frontières pendant une durée de trente jours, ou plus en fonction de la durée prévisible de la menace¹⁵⁴. Si la menace persiste, l'Etat peut prolonger le contrôle à ses frontières par période de trente jours pour une

¹⁵⁰ L'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie et la Slovénie ont réintroduit temporairement les contrôles à leurs frontières intérieures, toutes sur la base de l'article 28 CFS. Concernant les décisions autrichienne et allemande, la Commission européenne a émis un avis, conformément à l'article 27 § 4 CFS. Ces deux Etats ont fait partie des plus touchés par la crise migratoire, comme peuvent l'attester ces chiffres : 33 000 migrants sont entrés sur le territoire autrichien entre le 18 et le 21 septembre (Commission européenne, Avis de la Commission du 23.10.2015 sur la nécessité et la proportionnalité du contrôle aux frontières intérieures réintroduit par l'Allemagne et l'Autriche en application de l'article 24 § 4, du règlement (CE) n° 562/2006 (code frontières Schengen), C(2015) 7100 final, § 16), sachant que la population totale du pays est d'environ 9 millions d'habitants ; 247000 sont entrés en Allemagne entre le 5 et le 29 septembre 2015 (*Ibid.*, § 14), pour une population de près de 83 millions d'habitants. La Commission a estimé que les décisions de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de ces deux Etats étaient appropriées à la menace décelée pour l'ordre public et la sécurité intérieure (*Ibid.*, § 34 pour l'Allemagne, et § 44 pour l'Autriche) validant leur conformité au regard du Code frontières Schengen (*Ibid.*, § 45).

¹⁵¹ *Ibid.*, § 21.

¹⁵² Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 6.

¹⁵³ Le fait que la période maximale prévue par l'article 28 soit de seulement deux mois montre que l'enjeu de cette disposition n'est pas de permettre aux Etats de prolonger longtemps les contrôles, mais surtout de leur donner la faculté de les réintroduire immédiatement. Preuve en est que la proposition de modification de la Commission n'affecte pas la durée des périodes prévues par cet article, mais se concentre principalement sur la durée maximale prévue par l'article 25.

¹⁵⁴ Chaque Etat membre peut, de sa propre initiative et de manière autonome, procéder à la réintroduction des contrôles aux frontières sans qu'une institution de l'Union ait fourni son approbation.

durée totale de six mois¹⁵⁵. Il n'y a pas d'encadrement temporel de cette durée (par exemple en limitant la réintroduction des contrôles à six mois par année civile) si bien que ce manque de clarté donne une certaine marge de manœuvre aux Etats. Par exemple, sur le fondement de l'article 25, rien n'empêche un Etat membre de multiplier le nombre de réintroduction des frontières pour une période allant jusqu'à 6 mois, en prenant des décisions successives comme le montre la pratique de la France, validée par le Conseil d'Etat¹⁵⁶. Par cette pratique, cet Etat membre a réintroduit le contrôle aux frontières intérieures, en continu depuis le 13 novembre 2015 jusqu'au 15 juillet 2017¹⁵⁷, puis a de nouveau rétabli le rétablissement des contrôles aux frontières du 1^{er} novembre 2017 au 30 octobre 2018.

Comme le système européen commun d'asile, une réforme du CFS est en cours, en particulier des règles applicables à la réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures¹⁵⁸. L'article 25 devrait subir des retouches importantes. Dans l'ensemble, la proposition accorde aux Etats davantage de liberté en augmentant la durée de réintroduction des contrôles. En effet, la période maximale de réintroduction des contrôles aux frontières pourrait atteindre un an (au lieu de six mois actuellement)¹⁵⁹ et elle pourrait être couplée à

¹⁵⁵ Toutefois, en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures (prévu par l'article 29 – ex article 26), la durée totale peut être étendue à deux ans.

¹⁵⁶ Le Conseil d'Etat français s'est prononcé en faveur d'une telle interprétation du texte, considérant qu'il n'y avait pas d'obstacle à la mise en place à nouveau d'un contrôle aux frontières pour une période d'une durée maximale de 6 mois « en cas de nouvelle menace ou de menace renouvelée pour l'ordre public ou la sécurité intérieure » – CE, 28 déc. 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres*, n° 415291, cons. 7. Ce faisant, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur l'opinion de la Commission européenne, pour qui « une nouvelle menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure entraîne une nouvelle application des règles (et, partant, un nouveau calcul de la durée de réintroduction du contrôle) » (Recommandation de la Commission sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen, C(2017) 6560 final, 3 octobre 2017, cons. 2). On peut regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas souhaité saisir la Cour de justice de cette question (cons. 13) comme l'y invitait pourtant les requérants.

Certains auteurs considèrent que la régularité de cette pratique est discutable : Y. PASCOUAU, « Quel avenir pour Schengen ? », in J. AUVRET-FINCK., A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 274.

¹⁵⁷ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf, dernière consultation le 29 août 2018.

¹⁵⁸ Les objectifs de la proposition sont de s'assurer que les limites de temps applicables aux contrôles aux frontières intérieures permettent aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour répondre à une menace grave à la sécurité interne ou à l'ordre public ainsi que de créer des garanties procédurales pour assurer que la décision de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures ou sa prolongation est fondée sur une évaluation appropriée des risques et est prise en coopération avec les autres Etats membres concernés ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne les règles applicables à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, COM(2017) 571 final, 27 septembre 2017, pp. 3-4.

¹⁵⁹ *Ibid.*, article 25.

une extension possible de deux ans¹⁶⁰, selon une procédure spécifique plus exigeante¹⁶¹. La réforme reflète la volonté d'une « gestion collective » des problématiques terroristes et migratoires qui impactent l'espace Schengen, axée autour de la « procéduralisation de la réinstauration des contrôles aux frontières intérieures »¹⁶².

Bien qu'en apparence plus avantageux pour les Etats membres, le nouveau système pourrait ne pas l'être. A l'heure actuelle, sur le fondement de l'article 25, un Etat membre peut prendre plusieurs décisions de réintroduction des frontières pour une période allant jusqu'à six mois, comme nous venons de le voir. Avec le nouveau système, un Etat membre pourrait certes renouveler la prolongation jusqu'à un an, mais l'existence d'une procédure spécifique pour autoriser le maintien des contrôles au-delà devrait empêcher les Etats de le décider unilatéralement¹⁶³.

¹⁶⁰ Dans les circonstances exceptionnelles et suivant la procédure du nouvel article 27 *bis*, qui serait créé par le nouveau règlement ; *Ibid.*, pp. 17-18.

¹⁶¹ Il s'agit d'une réponse aux souhaits de la France et de l'Allemagne de maintenir les contrôles aux frontières au-delà des limites de temps prévues par l'article 25 CFS - P. BERTHELET, « La modification en cours du 'Code frontières Schengen', la libre circulation comme exception ? », 19 janvier 2018, <http://www.gdr-elsj.eu/2018/01/19/frontieres/la-modification-en-cours-du-code-frontieres-schengen-la-libre-circulation-comme-exception/>, dernière consultation le 4 mars 2018.

Si la proposition est adoptée, l'Etat membre devrait, six semaines au plus tard avant l'expiration de la période totale d'un an des contrôles, notifier son souhait de les prolonger, à la Commission et aux autres Etats membres. Celle-ci devrait adopter un avis sur cette demande. La décision de prolonger les contrôles aux frontières intérieures reviendrait au Conseil, qui, par recommandation, devrait prendre en compte l'avis de la Commission pour autoriser ou non la prolongation par période de 6 mois renouvelable au maximum trois fois ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne les règles applicables à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, COM(2017) 571 final, 27 septembre 2017, p. 18). L'Etat serait obligé, lorsqu'il notifierait son intention de prolonger des contrôles, de fournir une analyse détaillée des risques afin de démontrer que le contrôle aux frontières est une mesure de dernier recours et il devrait expliquer comment les contrôles permettent de répondre à la menace identifiée. L'analyse des risques doit comprendre un rapport détaillé de la coordination qui a eu lieu entre l'Etat membre concerné et le ou les Etat(s) membre(s) avec qui il partage des frontières où ont lieu les contrôles ; *Ibid.*, pp. 16-17). Si cela s'avérerait nécessaire, la Commission pourrait demander davantage d'informations sur la coopération avec les Etats membres concernés par la prolongation du contrôle aux frontières intérieures, ainsi que des informations additionnelles pour évaluer s'il s'agit d'une mesure de dernier recours ; *Ibid.*, p. 17). Dans le cas où la réintroduction des contrôles dépasserait 6 mois, la Commission serait obligée d'émettre un avis ; *Ibid.*, p. 17). Si la proposition aboutit, l'Etat membre qui a introduit le contrôle aux frontières intérieures devra tenir le plus grand compte des résultats des consultations menées avec les autres Etats membres et la Commission quand il mettra en œuvre les contrôles aux frontières ; *Ibid.*, p. 17. Sans conférer de véritable valeur contraignante à l'avis de la Commission et aux résultats des consultations, l'Etat membre devra tout de même justifier sa conduite, en particulier s'il s'en écarte. D'un point de vue politique, l'avis de la Commission serait doté d'une portée considérable.

¹⁶² P. BERTHELET, *op. cit.*

¹⁶³ Autrement dit, à l'heure actuelle, en l'absence de possibilité explicite de réintroduire les contrôles pour une durée allant au-delà de six mois, les Etats membres peuvent prendre plusieurs décisions successives de réintroduction des contrôles d'une durée de 6 mois maximum, l'ensemble pouvant être largement supérieur à un an. En revanche, avec le nouveau système et la procédure spécifique, une telle pratique pourrait être interdite car le règlement prévoit explicitement l'intervention du Conseil lorsque la réintroduction dépasse un an. L'adoption de décisions successives de réintroduction pendant un an, pourrait ainsi être vue comme un contournement de cette nouvelle procédure, et donc ne serait plus permise. Le Conseil aurait la possibilité de s'opposer au renouvellement, ou *a minima* d'effectuer un contrôle politique de la demande de l'Etat membre ; Voir également en ce sens P. BERTHELET, *op. cit.*, dernière consultation le 4 mars 2018. L'auteur souligne néanmoins qu'en

Les motifs avancés pour réintroduire les contrôles aux frontières intérieures dans ce contexte de crise ont pu soulever des questions d'adéquation. L'argument de la menace terroriste constitue assurément une « menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure ». En revanche, est-ce le cas d'un afflux massif de ressortissants d'Etats tiers ? Les points de vue diffèrent au sujet de cette qualification. Le Parlement européen et le Conseil avaient considéré que les flux migratoires, même importants, ne devraient eux-mêmes, être considérés comme une telle menace¹⁶⁴. En ce sens, la crise migratoire actuelle n'autoriserait pas un Etat membre à réintroduire les contrôles aux frontières. Cette approche n'a pas été suivie par les Etats membres, bien au contraire. La Commission s'est également éloignée de cette vision puisqu'elle a affirmé que « le nombre même de personnes qui entrent sur le territoire de l'Allemagne afin de solliciter une protection internationale a effectivement entraîné une menace pour l'ordre public et la sécurité intérieure et justifiait donc l'application des mesures exceptionnelles prévues dans le cadre du code frontières Schengen »¹⁶⁵. Yves Pascouau doute du fait que cette interprétation soit fidèle à l'esprit de la modification du CFS de 2013, qui avait pour but de poser des exigences précises, de nécessité et de proportionnalité. Néanmoins, d'après cet auteur, la crise des réfugiés autorise plus de flexibilité et l'on pourrait reconnaître « le réalisme de l'exécutif communautaire »¹⁶⁶.

En partant du principe que la pression migratoire aux frontières est considérée comme un motif valable, les contrôles frontaliers pourraient « redevenir la norme habituelle », sauf à ce que la situation en Syrie soit apaisée¹⁶⁷ et plus généralement, toutes les causes qui peuvent obliger les ressortissants d'Etat tiers à trouver refuge au sein de l'Union européenne. Autoriser la réintroduction des contrôles aux frontières sur ce motif risquerait à terme de favoriser la fermeture de l'espace sans frontière intérieure.

période de crise migratoire, les dirigeants politiques, invoquant « la rhétorique de l'Etat souverain maître de ses frontières » pourrait s'affranchir des règles du CFS.

¹⁶⁴ Règlement (UE) n° 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, *JO L 295 du 6 novembre 2013*, pp. 1-10, cons. 5.

¹⁶⁵ Commission européenne, Avis de la Commission du 23 octobre 2015 sur la nécessité et la proportionnalité du contrôle aux frontières intérieures réintroduit par l'Allemagne et l'Autriche en application de l'article 24 § 4, du règlement (CE) n° 562/2006 (code frontières Schengen), C(2015) 7100 final, § 33.

¹⁶⁶ Y. PASCOUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 25.

¹⁶⁷ C.-A., CHASSIN, *op. cit.*, p. 20.

2. Le rétablissement concerté des contrôles aux frontières intérieures

L'article 29 CFS permet d'avoir « une approche cohérente, coordonnée et pérenne du contrôle temporaire aux frontières intérieures »¹⁶⁸, très utile en période de crise. Il prévoit un mécanisme collectif de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures. On le qualifie d'« arme nucléaire »¹⁶⁹ du fait de la gravité de ses conséquences sur l'espace Schengen et de ce que signifie son utilisation quant à l'état de l'espace. C'est le Conseil de l'Union européenne qui, en cas de « circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures », peut recommander à un ou plusieurs Etats membres de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures, pour une durée initiale maximale de six mois¹⁷⁰. Trois conditions doivent être remplies : il doit exister des manquements graves persistants liés aux contrôles aux frontières extérieures ; le fonctionnement global de l'espace sans frontière doit être en péril ; il doit y avoir une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure dans l'espace Schengen¹⁷¹.

Bien que la recommandation du Conseil n'ait pas de portée juridique contraignante, elle revêt une dimension politique réelle¹⁷². En pratique, dans un cas de figure comme celui de la crise migratoire actuelle, les Etats membres sont plus que favorables à ce que le Conseil applique l'article 29, puisqu'il leur accorde le même droit que celui de l'article 25, mais pour une durée plus importante. En outre, la recommandation du Conseil légitime leur action car il s'agit d'une décision collective et non unilatérale. Il ne s'agit plus d'une appréciation individuelle subjective.

Le 12 mai 2016, le Conseil a appliqué pour la première fois l'article 29 du CFS en recommandant à l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark, la Suède et la Norvège de maintenir des contrôles aux frontières, temporaires et proportionnés, pendant six mois¹⁷³. La dernière

¹⁶⁸ Décision d'exécution (UE) 2016/894 du Conseil du 12 mai 2016 arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, *JO L 151 du 8 juin 2016*, pp. 8–11, cons. 15.

¹⁶⁹ Y. PASCOUAT, « Le paquet 'gouvernance Schengen' » : Les équilibres subtils entre méthode communautaire et logique intergouvernementale », *Ifri*, note Cerfa 106, décembre 2013, p. 15.

¹⁷⁰ Article 29 § 1 CFS de 2016. La durée peut être prolongée trois fois pour atteindre deux ans maximum.

¹⁷¹ Y. PASCOUAT, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 27.

¹⁷² Y. PASCOUAT, « Le paquet 'gouvernance Schengen' » : Les équilibres subtils entre méthode communautaire et logique intergouvernementale », *Ifri*, note Cerfa 106, décembre 2013, p. 12.

En cas de non-application de la recommandation du Conseil, l'Etat membre concerné communique par écrit les motifs à la Commission. La Commission présente alors au Parlement européen et au Conseil un rapport évaluant les motifs de l'Etat membre et les conséquences pour la protection des intérêts communs au sein de l'espace sans contrôles aux frontières intérieures ; article 29 § 3 CFS de 2016.

¹⁷³ Décision d'exécution (UE) 2016/894 du Conseil du 12 mai 2016 arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant

décision prise par le Conseil a recommandé le maintien des contrôles jusqu'au 11 novembre 2017¹⁷⁴. Cela signifie que pendant environ un an et demi, le fonctionnement de l'espace Schengen a été reconnu officiellement comme étant mis en péril. On peut donc dire que la crise migratoire a bel et bien engendré une crise de l'espace Schengen. Il faut souligner le caractère exceptionnel de l'application de l'article 29 car il s'agit d'une première.

Pendant la crise un motif supplémentaire permettant le déclenchement de l'article 29 du CFS a été ajouté¹⁷⁵. Le Conseil peut désormais recommander la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures lorsque le fonctionnement est mis en péril à cause du non-respect, par un Etat membre, d'une décision du Conseil définissant les mesures d'atténuation du risque de compromettre le fonctionnement de l'espace¹⁷⁶. Cette modification crée un lien entre le respect par les Etats membres de certains articles du règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et le CFS. Le déclenchement de l'article 29 s'en trouve facilité. En outre, d'un point de vue probatoire, il semble plus aisé d'établir qu'un Etat membre n'a pas respecté une décision du Conseil plutôt que d'établir ses manquements graves et persistants liés au contrôle aux frontières extérieures. Le principal problème est

en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, *JO L 151 du 8 juin 2016*, pp. 8–11, § 1). Cette période a été renouvelée au total trois fois dont deux fois pour une durée de trois mois ; Décision d'exécution (UE) 2016/1989 du Conseil du 11 novembre 2016 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, *JO L 306 du 15 novembre 2016*, pp. 13–15, § 1).

¹⁷⁴ Décision d'exécution (UE) 2017/818 du Conseil du 11 mai 2017 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, *JO L 122 du 13 mai 2017*, pp. 73–75, § 1. Passée cette date, les cinq Etats membres qui étaient visés par la recommandation du Conseil, ont pris de manière autonome la décision de prolonger les contrôles sans s'y référer, contrairement à leur pratique précédente : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf, dernière consultation le 29 août 2018.

Le Conseil ne pouvait plus adopter une décision d'exécution recommandant la prolongation des contrôles, car même si la durée totale n'excédait pas les deux ans théoriquement permis par l'article 29, la période initiale a bien été renouvelée trois fois et une quatrième prolongation aurait été non-conforme à ce que prévoit l'article. On aurait pu supposer que le Conseil adopterait une nouvelle recommandation, en redémarrant le processus. La durée de la réintroduction des contrôles aux frontières aurait pu être renouvelée, à l'instar de la pratique française sur le fondement de l'article 25.

¹⁷⁵ Le CFS a été modifié par le règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes ; 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, *JO L 251 du 16 septembre 2016*, pp. 1–76.

¹⁷⁶ Article 19 § 1 du règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes. Il s'agit d'une décision du Conseil, qui, en cas de situation aux frontières extérieures nécessitant une action urgente, définit des mesures permettant d'atténuer les risques de compromettre le fonctionnement de l'espace Schengen. Cette décision peut faire suite à deux événements : soit un Etat membre n'a pas pris les mesures nécessaires, recommandées par le directeur exécutif de l'Agence, afin de remédier aux vulnérabilités recensées par l'évaluation effectuée par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ; soit l'Etat n'a pas demandé un appui suffisant à l'Agence, ou n'a pas fait le nécessaire pour mettre en œuvre les articles relatifs au lancement d'opérations conjointes et d'interventions rapides aux frontières extérieures, à la procédure de lancement d'une intervention rapide aux frontières, ou aux équipes d'appui à la gestion des flux migratoires.

qu'en augmentant les exceptions au principe de l'espace sans frontière intérieure, on amoindrit son effectivité.

3. Vers une systématisation des contrôles aux frontières intérieures ?

Bien que prévu par le CFS, les réintroductions des contrôles aux frontières et leur persistance vont à l'encontre de la logique de l'espace Schengen. Il apparaît donc nécessaire de veiller à ce que leurs effets soient le plus limité possible, les crises ne devant pas être un prétexte pour affaiblir durablement l'espace. Les institutions de l'Union européenne veillent à ce que les contrôles aux frontières intérieures soient les moins gênants possibles¹⁷⁷. De manière générale, la Commission recommande d'abord d'évaluer si la situation peut être adéquatement remédiée par une intensification des contrôles de police dans le territoire et aux zones frontalières avant de réintroduire temporairement le contrôle aux frontières, ils devraient¹⁷⁸.

Les crises ont ainsi donné lieu à une application soutenue du Chapitre 2 du titre 3 du Code frontières Schengen, intitulé « Réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ». Au total, depuis septembre 2015, l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark, la Suède, la Norvège, la Hongrie, Malte, la France, la Belgique, ont réintroduit des contrôles aux

¹⁷⁷ L'article 26 CFS précise à ce propos que la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures doit être décidée « en dernier recours ».

Dans sa décision recommandant à certains Etats membres d'effectuer des contrôles aux frontières intérieures, le Conseil a autorisé les Etats membres à n'effectuer que des contrôles ciblés, en vue de limiter leurs incidences négatives sur la libre circulation ; Décision d'exécution (UE) 2017/818 du Conseil du 11 mai 2017 arrétant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, *JO L 122 du 13 mai 2017*, pp. 73–75, cons. 14) Cette indication *a priori* fut complétée par une appréciation *a posteriori* de la Commission, comme le montre le rapport de cette dernière relatif à l'application de la décision d'exécution du Conseil du 12 mai 2017. Dans ce rapport, la Commission estime que les contrôles ont bien eu lieu sur les tronçons énumérés dans la recommandation du Conseil, et que ceux-ci sont restés limités aux menaces identifiées. De plus, les contrôles étaient ciblés et limités, et ils ont été basés sur des renseignements et sur une évaluation des risques (Commission européenne, Rapport concernant l'application de la décision d'exécution du Conseil du 12 mai 2016 arrétant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, COM(2016) 635 final, 28 septembre 2016, p. 6). En somme, la Commission a considéré que les contrôles effectués « ont été proportionnés et conformes à la recommandation du Conseil » ; Commission européenne, Rapport concernant l'application de la décision d'exécution du Conseil du 12 mai 2016 arrétant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, COM(2016) 635 final, 28 septembre 2016, p. 6.

¹⁷⁸ Commission recommendation of 12.5.2017 on proportionate police checks and police cooperation in the Schengen area, C(2017) 3349 final, 12 mai 2017, § 2.

La Commission appelle également les Etats membres à prendre dûment en compte l'incidence de la réintroduction sur la libre circulation des personnes et sur le marché intérieur - Recommandation de la Commission sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen, C(2017) 6560 final, 3 octobre 2017, p. 4

frontières en raison des flux migratoires ou de la menace terroriste¹⁷⁹. En quelques mois, les contrôles aux frontières intérieures ont été rétablis suivant le trajet qu'empruntent les demandeurs d'asile et les migrants¹⁸⁰. Tandis que d'octobre 2006 à juin 2015, on dénombrait 36 notifications de décisions de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures, on en dénombre 62 pour la période septembre 2015 - juin 2018, en raison des flux migratoires ou de la menace terroriste¹⁸¹. Même si sont concernés moins d'une dizaine d'Etats, on peut dire à leur égard qu'ils se mettent *de facto* en retrait de l'espace Schengen. Paradoxalement, le recours aux potentialités du Code frontières Schengen montrent que les Etats ont agi « dans le cadre du droit de Schengen et non en dehors », le contraire aurait signé « la véritable mort de Schengen »¹⁸².

L'on peut ainsi constater que « le repli sur la frontière nationale [...] s'est progressivement imposé, aidé en cela par des discours populistes, anti-européens ou xénophobes fustigeant 'Schengen' »¹⁸³. Il est également inquiétant d'observer que la Hongrie a érigé une clôture le long de la frontière avec la Croatie, ce qui est en contradiction avec l'objectif d'inclusion de cet Etat à l'espace¹⁸⁴. Alors que les contrôles doivent rester temporaires¹⁸⁵, la situation perdure et la proposition de modification du CFS va dans le sens d'une augmentation des durées maximales. Ceci témoigne d'un choix, celui d'étendre le contenu et les possibilités des exceptions, celles-ci risquant à terme de vider le principe d'absence de frontière intérieure de toute sa substance.

Si l'espace Schengen s'est adapté à la pression migratoire¹⁸⁶, va-t-il *in fine* se transformer ? L'identité de l'espace Schengen sera-t-elle altérée par les crises ? Deux hypothèses sont envisageables : soit la segmentation de l'espace Schengen n'est qu'une solution de crise et les contrôles aux frontières sont levés dans un temps raisonnable ; soit les

¹⁷⁹ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf, dernière consultation le 29 août 2018.

¹⁸⁰ Y. PASCOUAU, « Quel avenir pour Schengen ? », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 266.

¹⁸¹ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf, dernière consultation le 29 août 2018.

¹⁸² Y. PASCOUAU, « Quel avenir pour Schengen ? », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 266.

¹⁸³ Y. PASCOUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 23.

¹⁸⁴ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 4.

¹⁸⁵ Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 8.

¹⁸⁶ Y. PASCOUAU, « Quel avenir pour Schengen ? », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 271

contrôles perdurent et alors l'espace sans frontière intérieure ne sera plus qu'un mythe que la réalité aura dépassée. L'impact économique de ces mesures pourrait influencer les comportements des Etats¹⁸⁷.

Les mouvements secondaires sont la cause principale des réintroductions des contrôles aux frontières intérieures. Ils ne sont possibles que si les ressortissants d'Etat tiers parviennent à traverser la frontière extérieure commune. La crise migratoire a montré de manière criante les difficultés à maîtriser une étendue si importante. Les Etats membres et l'Union européenne se sont mobilisés pour lutter contre. C'est devenu pour eux un objectif essentiel afin de résoudre la crise migratoire.

B. Vers une imperméabilité des frontières extérieures communes

Pour rendre les frontières extérieures communes plus étanches, l'Union européenne et les Etats membres se sont tournés vers un partenaire qui leur est familier, la Turquie. Une coopération plus que contestée, matérialisée par la déclaration du 18 mars 2016, en a résulté (1). En complément de cette action tournée vers l'extérieur de l'Union européenne, il faut souligner le renforcement des moyens endogènes de surveillance des frontières (2).

1. Une coopération controversée avec la Turquie

Par la déclaration UE-Turquie les Etats membres et l'Union européenne ont souhaité trouver une solution rapide à la crise des réfugiés, probablement au prix d'un imbroglio juridique.

En raison du conflit syrien, la Turquie est devenue « la pièce centrale du puzzle »¹⁸⁸. Si l'Union se devait d'entretenir un échange avec cet Etat pour résoudre la crise migratoire, la solution trouvée interpelle : la déclaration UE-Turquie est fondée sur une « une logique d'externalisation du traitement des demandes d'asile »¹⁸⁹, une délocalisation¹⁹⁰ sans que la Turquie ne soit soumise aux standards européens de protection¹⁹¹. Faute de pouvoir assurer le traitement des demandeurs d'asile en leur fournissant les garanties de son propre droit,

¹⁸⁷ La réintroduction totale des contrôles aux frontières aurait un coût pour l'économie de l'Union, compris entre 5 milliards et 18 milliards d'euros par an Commission européenne, « Revenir à l'esprit de Schengen – Feuille de route » ; COM(2016) 120 final, 4 mars 2016, p. 4.

¹⁸⁸ H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁹ P.-F. LAVAL, *op. cit.*, p. 346 ; voir également en ce sens C. RAPOPORT, « Renforcement de la coopération UE-Turquie en matière migratoire », *RTDE*, 2016, p. 616.

¹⁹⁰ C.-A., CHASSIN, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹¹ C. RAPOPORT, *op. cit.*, p. 616.

l'Union préfère confier cette mission à un Etat tiers, malgré toutes les incertitudes qui peuvent en découler.

Le contenu de la déclaration UE-Turquie est le suivant : pour chaque Syrien renvoyé en Turquie, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'Union. Tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques seront renvoyés en Turquie. De son côté, l'Union s'est engagée à verser trois milliards d'euros en faveur des réfugiés en Turquie¹⁹². La déclaration UE-Turquie soulève deux problématiques : la première concerne sa nature juridique et la seconde sa compatibilité avec le droit européen *lato sensu*.

S'agissant de la nature juridique de la déclaration, les Professeurs Corten et Dony se demandent s'il s'agit d'une simple déclaration ou d'un traité¹⁹³. Si la déclaration est véritablement un traité, alors cette qualification a des incidences sur la procédure à suivre pour la conclure et sur son respect¹⁹⁴. Si cette qualification n'est pas retenue, l'Union pourrait alors « se soustraire à l'application de l'article 218 TFUE en changeant la forme ou les termes employés dans un texte et modifier ainsi l'équilibre institutionnel dans le domaine des relations extérieures de l'Union »¹⁹⁵. L'application des dispositions du TFUE a-t-elle été éludée au nom de l'urgence à trouver une solution de sortie de crise ? La question reste entière.

En effet, la qualification de la déclaration aurait pu être déterminée lors des recours intentés¹⁹⁶ par deux demandeurs d'asile pakistanais et un demandeur d'asile afghan¹⁹⁷ à

¹⁹²Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016, Communiqué de presse 144/16 ; <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>, dernière consultation le 9 mai 2018.

¹⁹³ D'après eux, les termes de cette déclaration ont une portée « normative et prescriptive », et utilisent des expressions se référant au droit international, si bien qu'il est difficile de lui dénier la qualité de « traité » ; Elle contient selon eux « des engagements à caractère obligatoire », et constitue ainsi un « accord international ». En outre, le caractère informel de la déclaration ne constitue aucunement un obstacle à sa qualification de traité, que ce soit au regard du droit international ou au regard du droit de l'Union européenne

O. CORTEN, M. DONY, « Accord politique ou juridique : quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile ? », 10 juin 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu>, dernière consultation le 9 mai 2018

Pour une analyse également en faveur de la qualification de traité : L. BALMOND, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁴ Les Professeurs Corten et Dony sont d'avis que la procédure prévue par l'article 218 § 6 TFUE « n'a absolument pas été respectée » dans le cadre de l'accord UE-Turquie : on ne recense pas de proposition de la Commission, l'accord a été communiqué par le Conseil européen mais n'a pas fait l'objet d'une décision du Conseil, et le Parlement européen n'a pas été impliqué du tout ; O. CORTEN, M. DONY, *op. cit.*). Pourtant l'article 78 § 2, g) du TFUE prévoit que le Parlement européen et le Conseil peuvent adopter des mesures pour coopérer avec des pays tiers en vue de gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire. L'Union disposait donc d'une base juridique pour conclure un accord international ayant le contenu de la déclaration UE-Turquie.

¹⁹⁵ L. BALMOND, *op. cit.*, p. 386.

¹⁹⁶ Dans l'affaire *NF c. Conseil européen*, le requérant demandait l'annulation de la déclaration UE-Turquie, qu'il qualifiait d'accord international. Eu égard à son incompétence pour annuler un accord international, le

l'encontre de la décision du Conseil européen. Le Tribunal de l'Union ne s'est pas aventuré sur cette question¹⁹⁸ puisqu'il déclara que la déclaration n'était pas imputable au Conseil européen mais plutôt aux chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres¹⁹⁹. Comme le souligne la Professeure Barbou des Places, le tribunal « ne demande-t-il pas ici de considérer qu'un instrument international adopté dans un domaine de compétence de l'Union, négocié par le président du Conseil européen et le président de la Commission, adopté lors d'une rencontre du Conseil européen et de la Turquie, dans les locaux du Conseil européen et posté sur son site dans un style qui ne laisse aucun doute sur le fait que la Turquie et l'UE ont accepté des engagements réciproques, ne peut pas être attribué à l'UE ? »²⁰⁰. En suivant la logique du Tribunal, les Etats pourraient, en fonction de leur préférence, prendre des engagements avec des Etats tiers par l'action commune intergouvernementale ou par la voie institutionnelle²⁰¹. En outre, cet arrêt confère une « immunité juridictionnelle » à la déclaration UE-Turquie²⁰², surtout depuis que la Cour de justice a rejeté les pourvois formés par les requérants, pour irrecevabilité manifeste²⁰³. Par ailleurs les documents du service juridique de la Commission qui se rapportent à la déclaration UE-Turquie ne sont pas accessibles au public²⁰⁴.

Tribunal a requalifié la prétention du requérant comme tendant à annuler l'acte par lequel le Conseil européen a prétendument conclu un accord international ; TUE, Première chambre élargie, ord., 28 février 2017, *NF contre Conseil européen*, T-192/16, § 46.

¹⁹⁷ TUE, ord., 28 févr. 2017, *NG c. Conseil européen*, aff. T-193/16 ; Trib. UE, ord., 28 févr. 2017, *NM c. Conseil européen*, aff. T-257/16 ; TUE, Première chambre élargie, ord., 28 février 2017, *NF contre Conseil européen*, T-192/16.

¹⁹⁸ TUE, Première chambre élargie, ord., 28 février 2017, *NF contre Conseil européen*, T-192/16, §§ 71-72.

¹⁹⁹ Le tribunal a logiquement choisi de procéder en deux temps : premièrement, il était nécessaire de déterminer si l'acte était imputable au Conseil européen ; si cela était le cas, alors dans un deuxième temps il appartenait au Tribunal de vérifier que la déclaration était bel et bien un accord international, adopté en conformité avec l'article 218 TFUE ; TUE, Première chambre élargie, ord., 28 février 2017, *NF contre Conseil européen*, T-192/16, § 47 ; *In fine*, la discussion n'a finalement porté que sur l'imputabilité de l'acte, car le tribunal a été convaincu (§ 71) par l'argumentaire du Conseil européen selon lequel l'acte était un engagement politique, œuvre des chefs d'Etats et de gouvernement des Etats membres de l'Union (§ 60). Le Conseil européen s'est défendu en insistant notamment sur la forme de la déclaration - un communiqué de presse - qui « n'aurait aucune valeur juridique » (§ 58). En outre, la vulgarisation des termes de la déclaration ne pourrait ainsi être utilisée pour procéder à des appréciations juridiques et normatives (§ 59) ; Le Tribunal a suivi cette défense en considérant que « nonobstant les termes regrettamment ambigus de la déclaration UE-Turquie telle que diffusée au moyen du communiqué de presse », « c'est en leur qualité de chefs d'Etat ou de gouvernement desdits Etats membres que les représentants de ces Etats membres ont rencontré le Premier ministre turc le 18 mars 2016 dans l'enceinte des locaux partagés par le Conseil européen et le Conseil » (§ 66). Selon le tribunal, le Conseil n'a pas adopté de décision de conclure un accord avec le gouvernement turc au nom de l'Union et l'Union n'est pas engagée au sens de l'article 218 TFUE (§ 70).

²⁰⁰ S. BARBOU DES PLACES, « L'accord UE-Turquie devant le juge », *RTDE*, 2017, pp. 345-346.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 346.

²⁰² D. SIMON, « Déclaration UE/Turquie », *Europe*, n° 4, avril 2017, comm. 129, pp. 12-13.

²⁰³ CJUE, ord., 12 septembre 2018, *NF e.a. contre Conseil européen*, affs. jtes. C-208/17 P à C-210/17 P

²⁰⁴ Le Tribunal de l'Union européenne a rejeté un recours en annulation formé à l'encontre de la décision de la Commission de refuser l'accès à des documents émanant du service juridique de la Commission relatifs aux déclarations UE-Turquie, du 8 et 18 mars 2016 (TUE, 7 fév. 2018, *Access Info Europe c. Commission*

Sur le fond, on s'interroge sur la régularité de la déclaration au regard des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne vu la dérive autoritaire du pouvoir turque²⁰⁵. En effet, la gestion de la crise migratoire n'autorise pas l'altération ou la mise à l'écart du cadre juridique en vigueur.

Du point de vue du système européen des droits de l'homme, on peut se demander si les décisions de retour prises par les autorités grecques sont conformes à l'article 4 du protocole 4 à la CEDH qui interdit les expulsions collectives²⁰⁶. Il est probable que les demandes soient examinées dans l'urgence et il est donc difficile d'assurer que la mise en œuvre de la déclaration n'engendrera pas de telles expulsions²⁰⁷, surtout vu la situation économique et politique en Grèce²⁰⁸. La rétention des demandeurs d'asile sur le territoire turc pose aussi la question du respect de l'article 2 § 2, du protocole n° 4 à la CEDH sur le droit de toute personne de quitter un pays²⁰⁹. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les difficultés de gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs l'asile ne permettent pas aux Etats de justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention²¹⁰. Les Etats membres de l'Union européenne ne peuvent donc pas s'exonérer de

européenne, T-851/16). Le Tribunal n'a pas annulé la décision de refus d'accès aux documents, considérant que la Commission pouvait se justifier par le risque que cet accès affecte les relations de l'Union avec la Turquie, conformément à l'article 4 § 1, du règlement n° 1049/2001 (§ 57) et par le risque que leur divulgation affecte la position de la Commission en tant que partie intervenante dans les affaires *NF, NG* et *NM c. Conseil européen* (déjà citées), en application de l'article 4 § 2, deuxième tiret, du règlement n° 1049/2001 (§§ 76-78). Le tribunal a notamment souligné que la divulgation d'avis juridiques, préparatoires et internes, aurait porté atteinte à « l'intérêt de la Commission de solliciter et de recevoir des avis juridiques francs, objectifs et complets de ses différents services afin de préparer sa position finale en tant qu'institution, de surcroît dans un domaine présentant une sensibilité politique certaine et dans un contexte d'urgence pour remédier à une situation migratoire délicate » (§ 93). Le tribunal a estimé qu'il n'était pas établi en quoi le principe de transparence aurait justifié la divulgation des documents litigieux (§ 112). En revanche, le tribunal a reconnu qu'un accès partiel à certains documents aurait pu être effectué (§§ 120-123).

Cette décision peut nourrir certaines critiques quant à cette opacité institutionnelle, alors que sont concernés la relocalisation et les droits fondamentaux de millions de personnes échappant à des conflits actuels. Aussi, si les analyses du service juridique de la Commission avaient confirmé que l'accord UE-Turquie était valable juridiquement, la Commission n'aurait eu aucune difficulté à dévoiler le contenu des documents. Cependant, le maintien du secret autour de ces documents confirme les suspicions à l'égard de son contenu ; P. LEINO, D. WYATT, « No public interest in whether the EU-Turkey refugee deal respects EU Treaties and international human rights? », 28 février 2018, <http://europeanlawblog.eu/2018/02/28/no-public-interest-in-whether-the-eu-turkey-refugee-deal-respects-eu-treaties-and-international-human-rights/>, dernière consultation le 4 Mars 2018.

²⁰⁵ H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, « La Marche turque : quand l'Union sous-traite le respect de ses valeurs à un Etat tiers », 9 mars 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/la-marche-turque-quand-lunion-sous-traite-le-respect-de-ses-valeurs-a-un-etat-tiers/>, dernière consultation le 4 Mars 2018.

²⁰⁶ H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *op. cit.*

²⁰⁷ D. SIMON, « L'accord UE/Turquie sur les migrants : sinistre comptabilité », *Europe*, n° 4, avril 2016, p. 1.

²⁰⁸ L. BALMOND, *op. cit.*, p. 387.

²⁰⁹ Y. PASCOUAU, « Quel avenir pour Schengen ? », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, p. 272.

²¹⁰ Cour EDH, Gr. Ch., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, § 241.

leurs obligations en matière de droits de l'homme en invoquant les crises actuelles. En revanche, depuis juillet 2016, la Turquie a notifié son intention de déroger à la Convention²¹¹.

Concernant le droit de l'Union européenne, la légalité de la déclaration UE-Turquie est aussi incertaine. Faisant le lien entre la déclaration UE-Turquie et la directive « procédure », certains observateurs doutent de la qualité de « pays tiers sûr » de la Turquie²¹², au regard de la dégradation de l'Etat de droit en Turquie²¹³. Par conséquent, les Etats membres ne pourraient pas considérer la demande de ressortissants en situation irrégulière comme irrecevable sur ce motif²¹⁴. Le renvoi de demandeurs d'asile vers la Turquie pourrait poser également problème vis-à-vis de l'article 19 § 1 et 2, de la Charte des droits fondamentaux²¹⁵. On peut être pessimiste sur l'applicabilité de la Charte à la déclaration UE-Turquie²¹⁶, néanmoins elle l'est pour la mise en œuvre de la directive « procédure ». Enfin, le principe du « 1 pour 1 » fait également l'objet de critiques vigoureuses. D'un point de vue moral, ce principe est décrit comme un « sordide marchandage en forme de troc d'êtres humain »²¹⁷ ; d'un point de vue juridique, il établit une discrimination directe fondée sur la nationalité, contraire notamment au principe d'égalité du droit communautaire alors qu'aucune raison juridique ne permet de justifier l'exclusion des candidats à l'asile qui n'ont pas la nationalité syrienne²¹⁸.

Ces incertitudes juridiques laissent planer le doute sur la légalité des moyens employés pour parvenir à une sortie de crise. Qualifiée d'« improbable alliance »²¹⁹, de « marché de

²¹¹ Voir les documents disponibles sur le site du Conseil de l'Europe : <https://rm.coe.int/168071e14a> ; <https://rm.coe.int/16806d31e5> ; <https://rm.coe.int/090000168077f5a8> ; <https://rm.coe.int/09000016807bcc6c> : dernière consultation le 5 juillet 2018.

²¹² Au sens de l'article 38 § 1 de la directive « procédures » (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, *JO L 180 du 29 juin 2013*, pp. 60–95).

²¹³ P.-F. LAVAL, *op. cit.*, p. 348 ; H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *op. cit.* ; F. BENOIT-ROHMER, « Plan global Turquie-Union européenne adopté le 18 mars 2016 pour réduire la migration vers l'Europe », *RTDE*, 2017, p. 352 ; voir également L. BALMOND, *op. cit.*, p. 388.

²¹⁴ Ils devraient normalement appliquer les autres motifs prévus par l'article 33 de la directive : notamment si a) une protection internationale a été accordée par un autre Etat membre ou b) un pays qui n'est pas un Etat membre est considéré comme le premier pays d'asile du demandeur en vertu de l'article 35.

²¹⁵ Cet article prévoit à son premier paragraphe que « [l]es expulsions collectives sont interdites » et à son deuxième paragraphe que « [n]ul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²¹⁶ Eu égard à la délimitation du champ d'application de la Charte (l'article 51 § 1 de la Charte prévoit que « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ») et au fait que le tribunal de l'Union a considéré que la déclaration n'est pas un acte de l'Union, il semble très peu probable que la Charte puisse s'appliquer en tant que telle à la déclaration.

²¹⁷ D. SIMON, « L'accord UE/Turquie sur les migrants : sinistre comptabilité », *Europe*, n° 4, avril 2016, p. 1.

²¹⁸ H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *op. cit.*

²¹⁹ P.-F. LAVAL, *op. cit.*, p. 346.

dupes »²²⁰, la déclaration UE-Turquie interpelle sur le message envoyé par l'Union européenne sur la mise en œuvre de ses valeurs²²¹ alors même qu'elles sont inscrites dans le TUE et doivent être affirmées et promues par l'Union dans ses relations extérieures²²². La Professeure Burgorgue-Larsen notait déjà en 2010 que « [l]es politiques de l'Union sécuritaire entrent en conflit frontal avec les principes de l'Union humaniste »²²³. Le propos est plus que d'actualité. Par cet accord avec la Turquie, on peut se désoler du fait que l'Union européenne doive s'appuyer sur un Etat tiers pour s'acquitter de ses obligations internationales, foulant « aux pieds ses propres valeurs »²²⁴. Entre idéalisme et pragmatisme, la seconde voie a été privilégiée. La crise migratoire a donc eu pour effet de reléguer au second plan les principes qui fondent l'identité de l'Union, au profit de solutions guidées par un souci d'efficacité. La condition des demandeurs d'asile est sacrifiée sur l'autel de l'espace Schengen. L'Union tente modestement de répondre à son devoir moral et juridique de protection de ces personnes par le financement de projets en Turquie²²⁵, ce que l'on ne peut passer sous silence mais qui n'évite pas aux demandeurs d'asile d'être confrontés à des conditions de vie difficiles²²⁶.

La mise en œuvre du programme « 1 pour 1 » devait réduire le besoin de relocalisation depuis la Grèce pour accroître parallèlement le besoin de réinstallation de demandeurs syriens depuis la Turquie²²⁷. Lorsque l'on fait le bilan de la mise en œuvre des réinstallations prévues par la déclaration UE-Turquie, on observe que comme le mécanisme de relocalisation, celle-ci n'est pas respectée par l'ensemble des Etats membres, bien au contraire²²⁸. Malgré cela, on peut dire que la déclaration a répondu à son objectif premier car le nombre de migrants

²²⁰ H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *op. cit.*

²²¹ Voir à ce sujet : S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union*, thèse de doctorat en droit public soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Aix-Marseille.

²²² Conformément à l'article 3 § 5 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

²²³ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'Union européenne face à ses valeurs : entre utopie et réalisme dans la protection des migrants et des réfugiés », in A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Pedone, 2010, p. 288.

²²⁴ H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *op. cit.*

²²⁵ D'après la Commission européenne, ces projets ont permis à 250 000 réfugiés de bénéficier d'un soutien par l'intermédiaire du fil de sécurité sociale d'urgence, le recrutement et la formation de 5200 enseignants de turc et la formation de 1800 directeurs d'école sur l'intégration des élèves syriens (Commission européenne, « Cinquième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », COM(2017) 204 final, 2 mars 2017, p. 11.

²²⁶ L. BALMOND, *op. cit.*, p. 391.

²²⁷ C. RAPOPORT, *op. cit.*, p. 616.

²²⁸ En juillet 2017, treize Etats membres n'avaient encore réinstallé aucun demandeur d'asile depuis la Turquie : la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, le Danemark, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, Malte, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et le Royaume-Uni ; Commission européenne, « Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », COM(2017) 405 final, 26 juillet 2017, p. 10.

franchissant illégalement les frontières depuis la Turquie est en forte baisse²²⁹, si bien que désormais la principale voie d'accès à l'Union européenne est devenue la route de la méditerranée centrale²³⁰.

Quel que soit le point de passage que traversent les migrants, l'accès au territoire de l'Union européenne est de plus en plus fermé. Pendant la crise migratoire la gestion des frontières extérieures communes a été renforcée par la mise en place d'un nouveau dispositif européen.

2. Une surveillance accrue des frontières extérieures

La création d'un corps de garde-frontières et de garde-côtes est une des avancées significatives en réponse à la crise de l'espace Schengen, « une réalisation sans précédent »²³¹. Adopté en septembre 2016, le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes²³² apparaît comme l'un des tout premiers textes modifiant le cadre juridique de l'espace Schengen qui est entré en vigueur. Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes comprend l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes et les autorités nationales des Etats membres chargées de la gestion des frontières²³³. L'élaboration de ce règlement découle de la nécessité de partager la responsabilité de la gestion des frontières extérieures, condition essentielle à la mise en place d'un espace sans frontière intérieure²³⁴. Selon la Commission, si la surveillance de la frontière

²²⁹ Commission européenne, « Cinquième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », COM(2017) 204 final, 2 mars 2017, p. 2 ; Commission européenne, « La migration le long de la route de la Méditerranée centrale. Gérer les flux migratoires, sauver des vies », JOIN(2017) 4 final, 25 janvier 2017, p. 4.

²³⁰ Commission européenne, « La migration le long de la route de la Méditerranée centrale. Gérer les flux migratoires, sauver des vies », JOIN(2017) 4 final, 25 janvier 2017, p. 2.

²³¹ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, p. 12.

²³² Pour une étude du nouveau règlement : P. DE BRUYCKER, « La nouvelle Agence de garde-frontières et de garde-côtes : un modèle neuf bâti sur une logique dépassée », in J. AUVRET-FINCK, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *Crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ?*, Pedone, 2017, pp. 115-126.

²³³ Article 3 du 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) 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, *JO L 251 du 16 septembre 2016*, pp. 1-76.

Les missions de ce corps européen sont notamment d'effectuer des contrôles aux frontières et de prendre des mesures pour prévenir et détecter la criminalité transfrontalière, tels que le trafic de migrants, la traite des êtres humains et le terrorisme, ainsi que les mesures liées à l'orientation des personnes qui ont besoin d'une protection internationale ou qui souhaitent présenter une demande en ce sens ; *Ibid.*, article 4.

²³⁴ Commission européenne, « Un corps européen de garde - frontières et de garde - côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe », COM (2015) 673 final, 15 décembre 2015, p. 2 – voir également en ce sens, Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au

extérieure incombe en premier lieu aux Etats frontaliers, elle revient *in fine* à l'Union car leurs frontières extérieures « sont aussi celles de chaque Etat membre de l'espace Schengen »²³⁵. Ceci est d'autant plus vrai que la crise migratoire a exacerbé les difficultés rencontrées par ces Etats.

La création de ce corps européen est une illustration supplémentaire de la progression de la logique communautaire dans les différents domaines de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Pour autant, le renforcement de la surveillance collective des frontières intérieures n'est pas suffisant car comme en témoigne la déclaration UE-Turquie, les Etats membres et l'Union se projettent vers l'extérieur pour mieux assurer l'intégrité des frontières communes. L'effort est global et implique l'ensemble des Etats qui sont concernés par le phénomène migratoire. La difficulté de surveiller les frontières extérieures est symptomatique de l'impossibilité de l'Union et des Etats membres de régler la crise migratoire seuls. Les Etats membres et l'Union agissent avec d'autres acteurs internationaux pour répondre à ce défi, notamment par la coopération avec les gardes-frontières d'autres Etats²³⁶ et l'OTAN²³⁷.

Les crises terroriste et migratoire ont généré une crise de l'espace Schengen. Les Etats membres ont réagi en réintroduisant de manière prolongée des contrôles aux frontières intérieures, fragmentant en partie l'espace. Du fait des manquements aux frontières extérieures, l'absence de frontière intérieure a été perçue comme une menace pour la sécurité et l'ordre public des Etats membres. Selon cette logique, la fermeture de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice vis-à-vis de l'extérieur permettra sans doute de le rouvrir à l'intérieur.

Le maintien des contrôles aux frontières intérieures va à l'encontre de la philosophie de l'espace Schengen. En voulant protéger l'espace, les Etats membres et l'Union ne sont-ils pas plutôt en train de le métamorphoser ? Si les contrôles deviennent plus fréquents et plus longs,

Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, p. 12.

Cela est conforme à l'objectif visant à « mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures », énoncé à l'article 77 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²³⁵ Commission européenne, « Revenir à l'esprit de Schengen – Feuille de route », COM(2016) 120 final, 4 mars 2016, p. 5.

²³⁶ On peut noter la volonté de rendre opérationnel le programme *Seahorse* dont les buts sont de renforcer les gardes-frontières des pays d'Afrique du Nord ainsi que de développer leur coordination avec leurs homologues européens et dans les Etats membres méditerranéens (Commission européenne, « La migration le long de la route de la Méditerranée centrale. Gérer les flux migratoires, sauver des vies », JOIN(2017) 4 final, 25 janvier 2017, p. 9). La Commission souhaite faire participer à ce réseau la Tunisie, l'Algérie et l'Égypte ; *Ibid.*, p. 10.

²³⁷ Commission européenne, « Cinquième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », COM(2017) 204 final, 2 mars 2017, p. 4.

que restera-t-il après les crises de l'espace sans frontière intérieure ? Alors que les mouvements migratoires vont probablement continuer, voire s'intensifier, sous l'effet du changement climatique, on peut s'inquiéter pour la pérennité du système. En l'état actuel des choses, l'on peut se questionner sur la pertinence d'une intégration à l'espace de la Roumanie et la Bulgarie²³⁸.

Dans le même temps, les actions entreprises pour imperméabiliser la frontière extérieure commune interrogent vu les incertitudes juridiques tant sur la forme que sur le fond de la déclaration UE-Turquie. Le temps a été un facteur décisif mais il ne justifie pas que les Etats membres et l'Union repoussent des personnes persécutées dans leur pays à la recherche d'une protection internationale, qu'ils ne trouveront probablement pas en Turquie.

Conclusion

Les crises ont remis en question « l'intégrité du régime d'asile européen commun et de l'espace Schengen »²³⁹. A bout de souffle, le premier voit actuellement son cadre juridique faire l'objet d'une refonte de grande ampleur, les règles en vigueur ne permettant ni un fonctionnement convenable ni de gérer les événements qui se sont produits depuis l'été 2015²⁴⁰. On assiste donc à une certaine transformation de l'Espace de liberté, de sécurité et justice, à un renforcement lui donnant des outils pour qu'il soit plus robuste, surtout en période de crises. Néanmoins, certaines actions entreprises, telle que le partenariat noué avec la Turquie, laissent dubitatif quant aux moyens juridiques conçus en vue de résoudre ces crises. Il semble que le besoin de trouver une solution rapide se soit fait au prix d'un renoncement à un certain idéal politique, juridique et moral. Il appartiendra peut-être à la Cour de justice de vérifier que le droit de l'Union européenne a bien été respecté.

²³⁸ La crise de l'été 2015 n'empêchait pas la Commission de soutenir « sans réserve », en décembre de la même année, l'extension de l'espace Schengen à ces deux Etats (Commission européenne, « Huitième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen », COM(2015) 675 final, 15 décembre 2015, p. 4). Cette volonté laisse perplexe. Il ne semble pas opportun d'augmenter le nombre d'Etats parties à l'espace Schengen alors même que le fonctionnement de cet espace est encore largement perturbé. Il serait plus opportun d'attendre que la situation se stabilise avant de penser à intégrer de nouveaux participants, sous peine de fragiliser davantage l'espace. Admettre la Bulgarie et la Roumanie signifierait que la discontinuité territoriale actuelle de l'espace Schengen, entre la Grèce et la Hongrie, n'existerait plus. En outre, du fait de l'augmentation de leur périmètre, les frontières extérieures seraient plus difficiles à surveiller. De nouvelles routes migratoires pourraient se créer, notamment via la mer noire. Ces paramètres nous poussent à penser que le projet d'extension de l'espace Schengen doit se faire dans la plus grande prudence.

²³⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2017) 558 final, 27 septembre 2017, p. 2.

²⁴⁰ Il faut tout de même noter qu'en 2016, l'Union a accordé l'asile ou a réinstallé plus de 720 000 réfugiés, ce qui représente trois fois plus que ce qu'on fait l'Australie, le Canada et les Etats-Unis réunis : *Ibid.*, p. 2.

Au vu de l'ensemble des éléments traités, plusieurs remarques conclusives peuvent être formulées.

Premièrement, les Etats membres ont traité le phénomène migratoire comme une question nationale, mettant de côté son caractère transfrontalier « sans s'interroger sur la dimension nécessairement communautaire de la réponse à apporter »²⁴¹. Aucun Etat membre ne peut résoudre seul les problèmes migratoires, il faut donc une approche qui soit davantage européenne²⁴², comprenant un financement européen²⁴³. Ceci passe naturellement par des efforts législatifs au niveau de l'Union, afin d'apporter un cadre juridique contraignant davantage les Etats. Les nombreuses initiatives de la Commission doivent être soulignées, même si la plupart des propositions sont toujours en cours d'adoption²⁴⁴. Dans le même temps, la situation illustre le fait que dans le domaine migratoire, à défaut de prérogatives opérationnelles avancées, l'action de l'Union est avant tout juridique. Or cela ne peut suffire. Si la construction de l'Union a souvent été décrite comme une construction avant tout juridique, les défis actuels appellent à une réflexion sur le rôle de l'Union : l'édiction de règles ne suffit pas ou plus, l'heure est désormais à l'action européenne. Cela signifie qu'à l'instar du corps européen de garde-frontières, il faut doter l'Union des moyens nécessaires pour préserver l'Espace de sécurité, de liberté et de justice. On ne pourra remédier aux dysfonctionnements de l'espace Schengen qu'en renforçant la logique communautaire qui est censée l'animer, si tant est que celle-ci soit l'échelon européen soit suffisant. En effet, le

²⁴¹ Y. PASCOUAU, « 'Crise des réfugiés' et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe*, n° 3, mars 2016, p. 22.

²⁴² Commission européenne, « Un agenda européen en matière de migration », COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 2.

²⁴³ Voir en ce sens les récentes propositions de la Commission européenne : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant, dans le cadre du Fonds pour la gestion intégrée des frontières, l'instrument de soutien financier dans le domaine de la gestion des frontières et des visas, COM(2018) 473 final, 12 juin 2018 ; Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le Fonds «Asile et migration», COM(2018) 471 final, 12 juin 2018.

²⁴⁴ Outre les propositions qui ont été déjà été référencées au sein de cette contribution, on peut noter les propositions suivantes de la Commission européenne : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'« Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du [règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], et de l'identification des ressortissants de pays tiers ou apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des Etats membres et par Europol à des fins répressives (refonte), COM/2016/0272 final, 4 mai 2016 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006, COM(2016) 882 final, 21 décembre 2016 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1986/2006, la décision 2007/533/JAI du Conseil et la décision 2010/261/UE de la Commission, COM(2016) 883 final, 21 décembre 2016.

Professeur Hathaway plaide pour une gestion internationale de la protection des réfugiés²⁴⁵. En ce sens, le Pacte Mondial pour les migrations, instrument juridique non contraignant, a été adopté lundi 10 décembre 2018²⁴⁶.

Deuxièmement, pour éviter que de tels flux migratoires ne se constituent à l'avenir, et entravent le fonctionnement de l'ELSJ, il faut remédier aux causes de ces mouvements d'ampleur tels que les guerres civiles, les persécutions, la pauvreté et le changement climatique²⁴⁷. De plus, l'Union doit être en mesure « d'anticiper la prochaine crise » et non pas seulement d'y réagir²⁴⁸. Il faut donc que les Etats membres et les institutions de l'Union soient davantage tournées vers l'avenir, en adaptant les instruments juridiques sur le long-terme plutôt que de bricoler des solutions dans l'urgence.

Troisièmement, la Cour de justice n'apparaît pas jouer un grand rôle dans la résolution de la crise de l'ELSJ, dans la mesure où elle ne peut qu'interpréter et appliquer les normes existantes, et non les redessiner²⁴⁹. On ne peut pas demander à la Cour de se convertir en décideur politique. Bien entendu, sa qualité de gardienne des traités est à souligner car c'est en veillant au strict respect du TFUE qu'elle a conforté juridiquement le mécanisme de relocalisation, un outil important et innovant conçu pour mieux maîtriser la crise migratoire. On peut néanmoins regretter que la Cour estime que le contexte de crise migratoire ne soit

²⁴⁵ Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés pourrait être appelé à prédéterminer des quotas en vue de partager la charge financière et la responsabilité de la protection des demandeurs d'asile ; J. C. HATHAWAY, « A Global Solution to a Global Refugee Crisis », *European Papers*, vol. 1, n° 1, 2016, p. 98.

²⁴⁶ <https://news.un.org/en/story/2018/12/1028041>, dernière consultation le 16 décembre 2018.

²⁴⁷ Commission européenne, « Un agenda européen en matière de migration », COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 9.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁴⁹ On peut toutefois mentionner quelques arrêts importants qui ont été rendus durant cette période. En effet, dans un arrêt de grande chambre du 26 juillet 2017, la Cour de justice a estimé que l'admission d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un premier Etat membre, en vue d'un transit vers un autre Etat membre, pour y introduire une demande de protection internationale, alors que ce ressortissant ne satisfait pas aux conditions d'entrée du premier Etat membre, doit être considéré comme un franchissement irrégulier au sens de l'article 13 § 1 du règlement Dublin III. La circonstance que le franchissement ait été toléré ou autorisé en violation des règles applicables ou en invoquant des motifs humanitaires en dérogeant aux conditions d'entrée en principe imposées, n'altère pas cette conclusion – CJUE, Gr. Ch., 26 juillet 2017, *Jafari*, C-646/16, § 92. La conséquence pratique est qu'un Etat membre ne peut se dédouaner de sa responsabilité d'examiner la demande d'asile d'un ressortissant d'un pays tiers qui franchit ses frontières sans répondre aux conditions d'entrée, en l'autorisant à traverser son territoire afin qu'il dépose sa demande d'asile dans un autre Etat membre. Dans ce même arrêt, la Cour a estimé que l'admission sur le territoire d'un Etat membre, simplement tolérée par les autorités de cet Etat membre, ne constitue pas un visa, au sens de l'article 12 du règlement Dublin III (§ 53). Dans un autre arrêt de grande chambre, la Cour a admis qu'un demandeur de protection internationale puisse contester une décision de transfert en excipant l'application erronée du critère de responsabilité relatif au franchissement irrégulier de la frontière d'un Etat membre, prévu par l'article 13 du règlement (CJUE, Gr. Ch., 26 juillet 2017, *A.S. c. Republika Slovenija*, C-490/16, § 35). Ce motif de contestation à la portée des demandeurs de protection internationale peut permettre une meilleure vérification de l'application du critère du franchissement irrégulier de la frontière et accroît son droit à un recours effectif, tel que garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 27 § 1, du règlement Dublin III. C'est un progrès pour les demandeurs d'asile qu'on ne peut que saluer.

pas « de nature à avoir une incidence sur l'interprétation ou l'application » du règlement Dublin III²⁵⁰. A l'inverse, c'est surtout la Commission européenne qui est l'institution européenne la plus en vue dans cette crise de l'Espace de liberté, de sécurité et justice.

La dimension politique de cette institution a pris tout son sens. C'est elle qui, par sa force de proposition et de persuasion, est à l'initiative de la réforme profonde des composantes de l'Espace de liberté, de sécurité et justice. La Commission fait face aux réticences des Etats membres. La refondation du système européen commun d'asile est en effet ralentie car le processus législatif patine. Pour l'heure, les discussions au sein du Conseil de l'Union européenne n'ont pas abouti à des avancées concrètes. Suivie ou non par les autres institutions de l'Union, la Commission se doit de poursuivre ses efforts pour faire progresser l'intégration concernant par exemple le régime d'asile, pour que les asymétries entre les régimes nationaux ne nuisent pas au système européen commun d'asile.

Sur le fond, l'action de la Commission tend à ce que les mécanismes actuels gagnent en efficacité, au prix parfois d'une baisse des droits des demandeurs d'asile, ce qui est regrettable. La simplification du système ne devrait pas avoir pour corollaire sa déshumanisation.

L'Europe est « à la croisée des chemins » : le chemin de l'ignorance, sur lequel elle pourrait décider de fermer les yeux sur ce qui se passe à ses portes, ou le chemin de l'accueil²⁵¹. Si l'on met de côté les solutions techniques, c'est avant tout l'état d'esprit des Etats membres et des institutions de l'Union européenne qui importe. La solidarité est « la quintessence de ce qui constitue à la fois la raison d'être et l'objectif du projet européen »²⁵², et comme le dit le Président Juncker, « une solidarité beaucoup plus grande est nécessaire »

²⁵⁰ En particulier l'article 13 § 1. CJUE, Gr. Ch., 26 juillet 2017, *Jafari*, C-646/16, § 93. Selon elle, le législateur de l'Union a prévu des instruments adéquats pour répondre à ce type de situation (§ 94), notamment l'article 33 du règlement Dublin III, qui prévoit un mécanisme d'alerte rapide et de gestion de crise destiné à prendre des mesures préventives ayant pour but entre autres que l'application du règlement Dublin III ne soit pas compromise par des pressions particulières exercées sur le régime d'asile d'un Etat membre (§ 95). La Cour décide donc de mettre de côté le contexte factuel lorsqu'elle interprète le règlement Dublin III. Le motif invoqué, à savoir le fait que les instruments prévus par le législateur soit adéquats, semble toutefois fragile. En effet, ainsi que la Cour l'affirme, le mécanisme de l'article 33 n'est que préventif et non correctif, ce qui signifie qu'il peut permettre d'empêcher des flux migratoires mettant à mal le régime d'asile d'un Etat membre, mais qu'il ne peut permettre de soulager un tel régime lorsqu'il devient surchargé. Or, en l'espèce les requérants sont entrés en Croatie en février 2016, lorsque la crise migratoire était déjà en cours et que toute mesure préventive était sans doute inefficace. En outre, la proposition de modification du règlement Dublin III, qui introduit un mécanisme de relocalisation, montre bien que les instruments actuels ne sont pas adéquats, et que d'autres procédés ont dû être développés.

²⁵¹ C.-A., CHASSIN, *op. cit.*, p. 15.

²⁵² Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 26 juillet 2017, *République slovaque, Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affs. jtes. C-643/15 et C-647/15, § 17.

pour gérer la crise des réfugiés, elle « doit venir du cœur »²⁵³. Les Etats membres et l'Union ont-ils le cœur et la volonté politique nécessaire pour préserver l'Espace de liberté, de sécurité et de justice et l'adapter juridiquement pour qu'il sorte aguerri des bouleversements actuels ? Nous ne pouvons que l'espérer. Les tensions politiques résultant des dysfonctionnements de l'Espace rejouent sur le projet européen et témoignent de la fragilité de la construction européenne.

²⁵³ J.-C. JUNCKER, « Discours sur l'état de l'Union 2016 : vers une Europe meilleure - une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend », 14 septembre 2016, p. 7.

Les droits des individus à l'épreuve des crises.

La modulation des garanties conventionnelles

Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges - Membre de l'Institut de Droit européen des droits de l'Homme (IDEDH) de l'Université de Montpellier

Les organisateurs, dans leur infinie sagesse, ont choisi d'opposer modulation des droits et dérogation aux droits. Dans la modulation, il y a quelque chose de moins brutal, de plus conciliant que dans la dérogation. Aussi faut-il s'étonner que le rôle de préposé à la modulation ait été confié à quelqu'un qui est précédé d'une réputation de pit-bull de la Cour européenne des droits de l'homme, patiemment forgée au fil de longues années de controverses endiablées. Encore s'agit-il d'un compromis acceptable, d'un accommodement raisonnable, car il y aurait eu pire que la modulation : la modération. Alors que la modération s'attache à corriger les excès, la modulation désigne, aussi bien en droit qu'en musique, en peinture ou en physique, une variation d'ampleur ou d'intensité poursuivant un objectif d'adaptation aux cas particuliers. Or, il n'y a rien qui permette de s'assurer que par maladresse, excès de zèle ou fourberie, la variation d'ampleur ou d'intensité ne fera pas tomber dans l'excès. On peut donc supputer que le terme modulation a été préféré à celui de modération pour mieux suggérer l'existence de risques de variations excessives des garanties conventionnelles en période de crise aux multiples visages.

Ce qui caractérise la modulation des garanties conventionnelles, c'est que, sauf à réserver l'hypothèse des nécessités locales visée par l'article 56 § 3 de la Convention et en attendant l'hypothétique entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 15, elle ne se fait pas au moyen de mécanismes directement prévus par la Convention qui consacre ses articles 15, 16, 17 et 56 à organiser des dérogations, mais à l'aide d'instruments forgés dans le grand brasier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces outils, parfois qualifiés de concepts modérateurs par une doctrine limousine sur laquelle pèse une forte présomption d'amateurisme, sont, principalement, la marge nationale d'appréciation généreusement accordée aux Etats par l'arrêt *Handyside c/R-U* du 7 décembre 1976¹ et le

¹ Req. n° 5493/72.

principe de proportionnalité légué aux générations futures par l'arrêt rendu le 23 juillet 1969 dans *l'affaire linguistique belge*².

Au moment où la marge d'appréciation, expressément raccordée au principe de subsidiarité, est en attente d'être officiellement inscrite dans le Préambule de la Convention par le relais du Protocole n° 15, et à une époque de « mystification » du consensus « européen »³ dont dépend la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité se diffusant d'ailleurs dans toutes les dimensions verticales et horizontales, traiter de la modulation des garanties conventionnelles revient, en définitive, à rendre compte des soubresauts, des séismes et des tempêtes qui minent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis une quinzaine d'années de crises économiques, politiques, sociales, religieuses et morales. En vingt minutes converties en quelques pages, il faudra s'en tenir à quelques points de repères élémentaires après avoir précisé, cependant, que la notion de modulation ne permet pas de rendre compte de tout un pan de la jurisprudence la plus récente et la plus significative de la Cour de Strasbourg répondant davantage aux idées de conciliation ou d'articulation qu'à celle de variation d'intensité et se rapportant à la résolution des conflits de droits ou des conflits d'obligations.

Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme, auxquels Peggy Ducoulombier a consacré une thèse pionnière⁴, sont en constante multiplication en raison de la diffusion de la CEDH dans les relations interindividuelles. Leur résolution ne passe pas par la détermination de la place dans une improbable hiérarchie des droits de l'Homme en conflits mais par la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité de plus en plus privatisée. Il n'en sera pas davantage question ici, au grand soulagement de ceux pour qui les importants arrêts *Van Kück c/ Allemagne* du 12 juin 2003⁵; *Von Hannover c/ Allemagne* du 24 juin 2004⁶, *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011⁷ ou *Couderc et Hachette Filipacchi c/ France* du 10 novembre 2015⁸ n'ont plus aucun secret. Les conflits d'obligations internationales se rapportent aux questions de conciliation, par un Etat membre du Conseil de l'Europe, de ses obligations de respecter la CEDH d'une part et de tenir ses engagements envers d'autres organisations européennes ou internationales telles que l'UE ou l'ONU d'autre part. Ils relèvent donc davantage de la compétence des internationalistes et des

² Req. n° 2126/64.

³ F. Sudre JCP 2015 éd. G. p. 2293.

⁴ Editions Bruylant 2011.

⁵ Req. n° 35968/97.

⁶ Req. n° 59320/00.

⁷ Req. n° 19535/08.

⁸ Req. n° 40454/07.

communautaristes qui se feraient une joie de vous entraîner dans le jeu subtil des présomptions de protection équivalente et des présomptions de bienveillance envers les droits de l'Homme mis au point, peaufiné et précisé par les arrêts *Bosphorus c/ Irlande* du 30 juin 2005⁹ ; *M.S.S c/ Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011¹⁰ ; *Al-Jedda c/ R-U* du 7 juillet 2011¹¹ ; *Nada c/ Suisse* du 12 septembre 2012¹² ; *Michaud c/ France* du 6 décembre 2012¹³ ou, plus récemment, *Avotins c/ Lettonie* du 23 mai 2016¹⁴ et *Al-Dulimi et Montana / Suisse* du 21 juin 2016¹⁵.

Pour s'en tenir à la modulation des garanties conventionnelles proprement dite, il faudra rechercher si et comment, face à la crise, la Cour européenne des droits de l'homme a fait varier l'intensité de la protection des droits garantis par la Convention. Face au déluge de réactions instinctives que la crise a canalisées vers la Cour de Strasbourg, goulûment présentée comme une machine à piétiner la souveraineté nationale et à désarmer la société par transformation en droits subjectifs de tous les caprices individuels, on devrait s'attendre à ce qu'elle ait plus généreusement permis aux Etats de réduire les garanties conventionnelles de façon à ce qu'ils puissent s'adapter au plus vite aux circonstances souvent dramatiques et parfois passionnelles auxquelles ils sont de plus en plus souvent confrontés. C'est bien ce qui est globalement advenu. Il ne faudrait pas croire, pour autant, que tout est parti à vau-l'eau et que les juges européens ont oubliés le grave avertissement de René Cassin suivant lequel c'est justement en période de crise que « charbonnier ne doit plus être maître chez soi ». Aussi, faudra-t-il relever les signes de renforcement des garanties conventionnelles depuis la crise (I), avant de se préoccuper des manifestations de fléchissement des garanties conventionnelles face à la crise (II).

I. Le renforcement des garanties conventionnelles depuis la crise

L'intensification des garanties conventionnelles en période de crise est d'autant plus remarquable qu'elle s'est appliquée aussi bien aux droits intangibles (A) qu'aux droits relatifs (B).

⁹ Req. n° 45036/98.

¹⁰ Req. n° 30696/09.

¹¹ Req. n° 27021/08.

¹² Req. n° 10593/08.

¹³ Req. n° 12323/11.

¹⁴ Req. n° 1750/07.

¹⁵ Req. n° 5808/08.

A) Les droits intangibles

Ils devraient être tout aussi bien dénommés droits indérogeables puisqu'il s'agit des droits garantis par l'article 2 (droit à la vie), l'article 3 (droit à ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants), l'article 4 §1 (droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude) et l'article 7 consacrant le principe pas de peine sans loi qui, aux termes de l'article 15 § 2, ne peuvent recevoir aucune dérogation, autorisée, comme on le sait trop bien, en cas d'état d'urgence par l'article 15 § 1. Même si la Convention précise expressément que les crises les plus graves ne sauraient justifier leur mise à l'écart, certains Etats ont cru pouvoir prendre argument de circonstances tragiques pour obtenir une diminution de l'intensité de la protection des droits conventionnels intangibles si bien que, à leur égard, il faut vérifier leur résistance à la crise avant de pouvoir envisager leur renforcement proprement dit.

C'est, comme on s'en doute, la crise du terrorisme enclenchée par les terribles événements du 11 septembre 2001 qui a donné l'occasion de tester la résistance des droits intangibles. Certains Etats, et plus particulièrement le Royaume-Uni traumatisé par les attentats de Londres des 7 et 21 juillet 2005, ont tenté de faire valoir que, pour mieux lutter contre ce fléau, il y avait lieu de moduler, c'est à dire de relativiser l'article 3. Or, la Cour de Strasbourg, par ses arrêts de Grande chambre *Ramirez Sanchez c/ France* du 4 juillet 2006¹⁶ *Saadi c/ Italie* du 28 février 2008¹⁷ et *A c/ Royaume-Uni* du 19 février 2009¹⁸ a fermement repoussé la tentation d'assouplir, face à la menace du terrorisme, la prohibition absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants affirmée avant la crise par l'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni* du 15 novembre 1996¹⁹. L'importante décision d'irrecevabilité *Ould Dah c/ France* du 17 mars 2009²⁰ a, en outre, reconnu que, l'interdiction de la torture occupant une place primordiale dans tous les instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme, elle avait valeur de norme impérative, c'est à dire de *jus cogens*, en sorte que, au regard de l'article 7 d'où découle également des droits indérogeables, une loi nationale d'amnistie d'actes de torture ne faisait pas obstacle à l'exercice contre leurs auteurs de la compétence universelle qu'un autre Etat, membre du Conseil de l'Europe, aurait pu se ménager.

¹⁶ Req. n° 49450/00.

¹⁷ Req. n° 37201/06.

¹⁸ Req. n° 2455/05.

¹⁹ Req. n° 22414/93.

²⁰ Req. n° 3113/03.

La stigmatisation par les arrêts de Grande chambre *Vinter c/ Royaume-Uni* du 9 juillet 2013²¹ et *Murray c/ Pays-Bas* du 26 avril 2016²² des peines perpétuelles réellement incompressibles au regard de l'article 3 est un autre signe éclatant de la volonté des juges européens de résister aux pressions politiques qui les somment, question qui fâche par question qui fâche, d'abaisser le niveau de protection des garanties conventionnelles interrogeables. Puisque le large éventail des crises envisagées par les organisateurs du colloque du 21 octobre 2016 est encore venu s'élargir à la crise policière, il n'est peut-être pas mauvais, à toutes fins utiles, de signaler un autre arrêt important témoignant d'une forte volonté de la Cour de Strasbourg de résister à la modulation vers le bas des droits intangibles. Il s'agit de l'arrêt de Grande chambre *Bouyid c/ Belgique* du 28 septembre 2015²³ par lequel la Cour a sèchement proclamé que, dans une société démocratique, les mauvais traitements ne constituent jamais un réponse adéquate aux problèmes auxquels les autorités sont confrontées, pour mieux pouvoir décider, à l'encontre de ce qu'avait retenu un arrêt de chambre du 21 novembre 2013, qu'une gifle administrée par un policier exaspéré à un jeune interpellé revêche constituait un traitement dégradant au sens de l'article 3.

Il existe donc des signes particulièrement éloquentes de résistance de la Cour de Strasbourg aux pressions qui s'exercent sur elle pour qu'elle relativise les garanties conventionnelles intangibles afin d'aider les Etats à mieux faire face aux diverses déclinaisons de la crise. Ce qui est plus remarquable encore, c'est que de graves crises ont inspiré à la Cour de Strasbourg l'audace d'étendre les garanties conventionnelles intangibles à un point qu'elles n'avaient jamais atteint. C'est ainsi que la guerre d'Irak de 2003 et l'occupation consécutive de la région de Bassorah par l'armée britannique lui ont enfin permis d'affirmer, par l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni* du 2 mars 2010²⁴ que la peine de mort est, en elle-même, une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3. Cependant, l'arrêt qui mérite le plus d'être cité en exemple d'une volonté de renforcement des garanties conventionnelles indérogeables en cas de crise, humanitaire et sociale cette fois, est l'arrêt *Rantsev c/ Chypre et Russie* du 7 janvier 2010²⁵. S'appuyant sur une idée essentielle exprimée par les arrêts *Selmouni c/ France* du 28 juillet 1999²⁶ et *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005²⁷ suivant laquelle « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des

²¹ Req. n° 66069/09.

²² Req. n° 10511/10.

²³ Req. n° 23380/09.

²⁴ Req. n° 61498/08.

²⁵ Req. n° 25965/04.

²⁶ Req. n° 25803/94.

²⁷ Req. n° 73316/01.

droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques », cet audacieux arrêt a, en effet, procédé à une véritable réécriture jurisprudentielle de l'article 4 § 1 pour y faire entrer la traite des êtres humains en tant que telle, indépendamment du point de savoir si elle constitue ou non une forme d'esclavage ou de servitude que le texte du 4 novembre 1950 vise exclusivement.

L'arrêt *Siliadin*, qui est le premier à avoir constaté une violation de l'article 4 § 1 parce que le traitement réservé à une jeune fille poussée par la misère à venir travailler en France l'avait réduite à l'état de servitude, doit aussi être cité au titre du renforcement de l'obligation de pénaliser des comportements attentatoires aux droits intangibles. Obligation de pénaliser qui, comme on le sait, comprend de nombreux prolongements d'ordre substantiel notamment en matière de violences conjugales comme en témoigne l'arrêt *Opuz c/ Turquie* du 9 juin 2009²⁸.

B) Les droits relatifs

Il convient de mettre ici en exergue le renforcement de la lutte contre les discriminations raciales ou ethniques. Il a été amorcé par l'arrêt de Grande chambre *D.H c/ République tchèque* du 13 novembre 2007²⁹, relatif à la scolarisation des enfants roms dans des écoles spéciales, dressant un constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 qui consacre le droit à l'instruction après avoir affirmé l'impossibilité de renoncer au droit de ne pas subir une discrimination de ce type. Il a été confirmé par l'arrêt de Grande chambre *Biao c/ Danemark* du 24 mai 2016³⁰ qui, refusant de faire la moindre concession sous la pression de la crise migratoire, constate une violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 parce que, face à une discrimination fondée sur un critère ethnique, l'Etat a la charge de prouver l'existence de considérations impérieuses ou très fortes faisant obstacle à un regroupement familial.

Il faut aussi rappeler l'importance historique de l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008³¹, qui a étendu au droit à négociation collective la protection de l'article 11 consacré au droit à la liberté d'association comprenant la liberté syndicale, après avoir théorisé cette formule lourde de perspectives extensives des garanties

²⁸ Req. n° 33401/02.

²⁹ Req. n° 57325/00.

³⁰ Req. n° 38590/10.

³¹ Req. n° 34503/97.

conventionnelles même en temps de crise : « Il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine dont relève l'affaire concernée. Il suffit que les instruments internationaux dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international et le droit interne de la majorité des Etats membres et attestent, sur un point précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes ». Sur cette lancée, on peut très vite en arriver à imposer à des Etats qui, sur une question donnée, ne sont pas assez « modernes », des solutions qui ne font pourtant pas l'objet d'un consensus européen. C'est ce qui est advenu avec l'arrêt de Grande chambre *Vallianatos c/ Grèce* du 7 novembre 2013³² constatant une violation de l'article 8 parce qu'une tendance, « se dessinant actuellement au sein du Conseil de l'Europe », à la mise en œuvre de formes de reconnaissance des relations entre personnes de même sexe faisait obstacle à ce qu'une loi adoptée en 2008 puisse réserver les nouvelles conjugalités aux couples hétérosexuels. Il se peut que, par un jeu de symétrie inversée, l'Etat ait les coudées de plus en plus franches alors pourtant qu'un consensus européen s'est établi pour retenir, sur une question donnée, une solution opposée à celle qu'il s'obstine à maintenir. C'est alors que la crise, sous ses diverses facettes, apparaît comme un puissant facteur d'abaissement de l'intensité des garanties conventionnelles.

II. Le fléchissement des garanties conventionnelles face à la crise

Les garanties conventionnelles intangibles qui, comme on l'a vu ont plutôt bien résisté à l'épreuve de la crise, y ont quand même laissé quelques plumes. Ainsi, les exigences de la lutte contre la criminalité commencent à provoquer, spécialement en matière de terrorisme, des assouplissements procéduraux³³. Ils sont particulièrement inquiétants lorsqu'ils ont pour conséquence indirecte une relativisation de la prohibition de la torture que l'on a pu observer dans l'arrêt de Grande chambre *Gäfgen c/ Allemagne* du 1er juin 2010³⁴, suivant lequel le lien de causalité entre une lourde condamnation et des méthodes d'enquête prohibées par l'article 3 est rompu si les aveux ont été renouvelés ultérieurement ou, plus récemment, dans l'arrêt *Nait-Liman c/ Suisse* du 21 juin 2016³⁵ admettant un évitement de la compétence universelle en matière civile. Il faut surtout déplorer les arrêts scélérats rendus en Grandes

³² Req. n° 29381/09.

³³ Cf. l'arrêt de Grande chambre *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni* du 13 septembre 2016 – Req. n° 50541/08.

³⁴ Req. n° 22978/05.

³⁵ Req. n° 31357/07.

chambres dans les affaires *N. c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008³⁶ et *S.J. c/ Belgique* du 19 mars 2015³⁷ qui, au prix d'une inversion du principe de proportionnalité destinée à préserver les intérêts financiers des Etats menacés par la crise migratoire, ont admis que l'expulsion de mère de familles malades du sida vers un Etat où il était inéluctable qu'elles meurent dans les 6 mois sous les yeux de leurs enfants faute de pouvoir continuer à y avoir accès aux seuls médicaments capables de les maintenir en vie, ne constituait pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3. Le seul mérite théorique de ces arrêts est de montrer avec éclat que la modulation peut sombrer dans l'excès...

Ce sont cependant les garanties conventionnelles relatives qui ont été le plus rudement modulées à la baisse sous l'influence de la crise. Pour mieux s'en convaincre, il faut distinguer son volet économique et social (A) et sa face politique et morale (B).

A) La modulation des garanties conventionnelles face à la crise économique et sociale

La crise économique provoque presque mécaniquement des tentations de régression sociale qui serait le prix à payer pour empêcher les déficits de se creuser toujours plus dangereusement. Pour contrecarrer cette idée suivant laquelle les efforts nécessaires au redressement économique doivent peser prioritairement sur les plus démunis, il existe, comme on le sait, une arme efficace connue sous le nom anglais de *standstill* traduit en français par non-régression. Le Comité européen des droits sociaux, par deux décisions sur le bien-fondé du 23 mai 2012 se prononçant sur les réclamations collectives introduites contre la Grèce par les organisations syndicales *GENOP-DEI et ADEDY*³⁸, a eu l'audace de mettre à l'honneur le principe de non-régression en l'adaptant aux temps de crise économique par substitution à l'effet cliquet d'un effet plancher interdisant toute atteinte à la substance des droits fondamentaux des travailleurs³⁹. Or, la Cour européenne de droits de l'homme n'a pas eu autant de courage. En effet, par une décision d'irrecevabilité *Poulain c/ France* du 8 février 2011⁴⁰, elle a estimé que des mesures tendant à assurer l'équilibre et la pérennité d'un système de retraite par répartition au moyen d'une diminution de la valeur des points acquis au cours de la carrière poursuivaient un objectif conforme à l'intérêt général justifiant leur

³⁶ Req. n° 26565/05.

³⁷ Req. n° 70055/10.

³⁸ Réclamations n° 65/2011 et 66/2011.

³⁹ Cf. J. Mouly et J.-P. Marguénaud « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit Social*, 2013.339.

⁴⁰ Req. n° 52273/08.

parfaite conventionalité au regard du principe de proportionnalité. Ainsi se sont envolés tous les espoirs conventionnels de mobilisation du principe de non-régression pour fonder une interprétation de l'article 1er du Protocole n° 1 protectrice des intérêts patrimoniaux des retraités par mauvais temps de crise économique. La décision d'irrecevabilité *Da Silva Carvalho Rico c/ Portugal* du 24 septembre 2015⁴¹ par laquelle la Cour refuse d'apprécier s'il existait de meilleures mesures que la réduction des pensions de retraite pour réduire le déficit du budget de l'Etat et surmonter la crise financière renforce les sombres perspectives de modulation à la baisse de la protection des travailleurs qui ont cotisé toute leur vie pour pouvoir vieillir dignement. Au moins peut-on se laisser à prédire que ces baisses d'intensité de la protection des garanties conventionnelles ne seront que conjoncturelles et qu'elles s'estomperont dès que la conjoncture économique se sera durablement retournée. D'autres aspects de la crise font redouter ou espérer des modulations structurelles irréversibles.

B) La modulation des garanties conventionnelles face à la crise politique et morale

Depuis quelques années, il existe un moyen infaillible de passer pour un parfait abruti aux yeux de la communauté universitaire : c'est de ne pas dire systématiquement du mal de l'influence des droits de l'homme. Corrélativement, il suffit, pour gagner le respect et l'admiration de ses pairs, de couvrir de louanges des ouvrages tels que « Les droits de l'homme contre le peuple »⁴² dans lequel l'historien du droit Jean-Louis Harouel accuse la religion des droits de l'homme d'être responsable d'à peu près tous les maux à commencer par la silencieuse conquête des pays occidentaux par l'islam. Il ne s'agit là bien entendu que d'une des plus récentes manifestations de la crise politique et morale qui devrait provoquer incessamment le naufrage de la Cour européenne des droits de l'homme dans les eaux de l'III. Or, le problème scientifique – et aussi, pourquoi ne pas le dire, éthique – que soulèvent les critiques assassines dirigées contre le système européen de protection des droits de l'Homme, c'est qu'elles sont portées par de brillants auteurs qui, depuis les sommets où ils rejoignent presque tous un éminent théoricien du droit dont les liens avec le *IIIème Reich* ont été pour le moins équivoques, ne peuvent pas toujours bien distinguer les éléments nécessaires pour comprendre comment, techniquement, il fonctionne. En assumant hautement le risque d'être désigné comme l'abruti de service, on se permettra donc d'essayer de mettre en évidence quelques particularités de ce fonctionnement sans se donner la moindre petite chance de

⁴¹ Req. n° 13341/14.

⁴² Editions Desclée de Brouwer 2016.

désamorcer les critiques mais avec le timide espoir que, à l'avenir, elles seront un peu moins souvent formulées à l'emporte-pièce. Les techniques déployées pour moduler les garanties conventionnelles face à la crise politique et morale se prêtent d'ailleurs idéalement à cet exercice à contre-courant. Quelques-unes seront brièvement signalées plutôt que présentées.

- Si les droits de l'Homme, qui sont d'abord un rempart contre l'arbitraire, peuvent être un danger pour la société, ils le sont sans doute moins en eux-mêmes qu'en raison de leur mariage avec le principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la CEDH à l'égard des droits et libertés qu'elle garantit et étendu à l'ensemble des droits consacrés par la loi en vertu du Protocole additionnel n° 12 que la France ne s'est même pas donnée la peine de signer. De comparaisons en assimilations et analogies, on peut, en effet, se laisser entraîner dans une série d'applications en cascade à des situations toujours plus saugrenues que l'habileté rhétorique des praticiens menace de multiplier indéfiniment au grand péril de la sécurité juridique. Or, la Cour de Strasbourg a mis au point un outil conceptuel permettant de moduler le principe de non-discrimination et de conjurer ses risques d'emballement incontrôlable. Il s'agit de la comparabilité à laquelle se sont notamment heurtées deux sœurs qui, pour des raisons fiscales et patrimoniales, prétendaient pouvoir bénéficier d'un partenariat civil tout aussi légitimement qu'un couple homosexuel⁴³. Cet instrument de modulation est d'autant plus redoutable que, par rapport à deux situations données, il peut toujours se trouver un angle sous lequel elles ne seront pas jugées comparables en sorte qu'elles échapperont à l'application du principe de non-discrimination.

- A ceux qui reprochent à la Cour européenne des droits de l'homme de faire le lit de l'islamisme radical, il faut quand même rappeler que, par son arrêt de Grande chambre *Refah Parisi c/ Turquie* du 13 février 2003⁴⁴, elle a affirmé qu'un régime fondé sur la *charia*, présentant un caractère stable et statique, se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale et à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique. Il faut encore leur faire remarquer que, pour assurer le délicat sauvetage conventionnel de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, elle n'a pas hésité, par son arrêt de Grande chambre *S.A.S. c/ France* du 1er juillet 2014⁴⁵, à ériger le « vivre ensemble » en concept modulateur du droit au respect de la vie privée et du droit au respect des convictions religieuses respectivement reconnus par l'article 8 et par l'article 9 de la CEDH.

⁴³ Cf. l'arrêt de Grande chambre *Burden c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2008 Req. n° 13378/05

⁴⁴ Req. n° 41340/98.

⁴⁵ Req. n° 43835/11.

Surtout, il faut mettre en exergue le rôle qu'elle se plaît désormais à faire jouer aux racines chrétiennes de l'Europe, pour permettre à un Etat, seul contre presque tous, d'appliquer une solution traditionaliste à la douloureuse question de l'IVG⁴⁶ ou à celle de l'exposition des crucifix dans les salles de classe des écoles publiques⁴⁷. Dans le même ordre d'idées principalement chrétiennes, il faut souligner la récente montée en régime du concept d'autonomie des organisations religieuses qui permet de moduler le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'association respectivement consacrés par les articles 8 et 11 de la CEDH pour faciliter le licenciement des salariés des entreprises de tendance qui, dans leur vie personnelle, ne suivent pas les préceptes de la religion à laquelle leur employeur se dévoue⁴⁸ et pour paralyser le droit des prêtres de constituer des syndicats⁴⁹.

Les considérations religieuses exercent, à n'en pas douter, une influence majeure sur la détermination des réponses à apporter aux graves questions qui relèvent du domaine de la biomédecine. Or, en la matière, l'esprit de modulation européenne anime si fortement la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle laisse aux Etats toute latitude pour décider à peu près ce qu'ils veulent. C'est ainsi, d'une part, qu'elle écarte le principe de proportionnalité au profit de « règles claires et intangibles » destinées à favoriser la sécurité juridique et à préserver la confiance que le droit doit inspirer au public⁵⁰ et, d'autre part, qu'elle neutralise les effets de l'existence d'un consensus européen au prétexte que, en la matière, il ne résulte pas d'un enracinement progressif dans la tradition européenne mais de la fulgurance des progrès scientifiques⁵¹.

Le signe le plus inquiétant pour quelques-uns ou le plus rassurant pour beaucoup de la volonté modulatrice de la Cour européenne des droits de l'homme est la déférence envers les Parlements nationaux manifestée pour la première fois par l'arrêt de Grande chambre *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni* du 22 avril 2013⁵².

⁴⁶ Arrêt de Grande chambre *A.B. et C. c/ Irlande* du 16 décembre 2010 Req. n° 25579/05.

⁴⁷ Arrêt de Grande chambre *Lautsi c/ Italie* du 18 mars 2011 Req. n° 30814/06.

⁴⁸ Arrêt de Grande chambre *Fernandez Martinez c/ Espagne* du 12 juin 2014 Req. n° 56030/07.

⁴⁹ Arrêt de Grande chambre *Sindicatul « Pastorul Cel Bun » c/ Roumanie* du 9 juillet 2013 Req. n° 2330/09.

⁵⁰ Cf. l'arrêt de Grande chambre *Evans c/ Royaume-Uni* du 10 avril 2007 – Req. n° 6339/05 – estimant que la stricte application de la loi subordonnant le transfert d'embryons *in vitro* au consentement de l'homme ne provoquait pas d'atteinte au droit au respect de la vie familiale de la femme.

⁵¹ Cf. l'arrêt de Grande chambre *S.H. c/ Autriche* du 3 novembre 2011 – Req. n° 57813/00 – admettant qu'un Etat puisse encore refuser les procréations médicalement assistées avec tiers donneur sans violer le droit au respect de la vie privée et familiale.

⁵² Req. n° 48876/08.

Par les temps qui courent, il faut avoir le caractère solidement trempé pour affirmer à la suite de Peggy Ducoulombier⁵³ que, de ce point de vue, il constitue pratiquement un scandale. C'est pourtant ce qu'il faut avoir le courage de dire pour conclure en avertissant qu'il n'y pas une grande marge de sécurité entre la modulation, à bien des égards nécessaire face à la crise, des garanties conventionnelles et la flagornerie ou la complaisance envers des Etats dont les élites connaissent toutes les étapes de l'admirable carrière de Carl Schmitt mais ne savent plus ce que nous ont apporté René Cassin et Pierre-Henri Teitgen à la fin de l'une des crises les plus tragiques de l'Histoire...

⁵³ « *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni* : victoire du dialogue international ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique », *Journal européen des Droits de l'Homme*, n° 2014/1, p. 3.

L'Europe à l'épreuve des crises. La modulation des garanties nationales

Vanessa BARBE, Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans

Pour R. Alexy, « les questions de savoir de quels droits dispose l'individu en tant qu'être humain et en tant que citoyen, à quels principes est soumise la législation publique, et ce qu'exige la réalisation de la dignité humaine, de la liberté et de l'égalité, représentent des thèmes importants de la philosophie pratique ainsi que des problèmes centraux des combats politiques passés et présents. Ils deviennent des problèmes juridiques, lorsqu'une Constitution [...] impose à la législation, à l'exécution du pouvoir et à la jurisprudence, des normes de droits fondamentaux en tant que droits directement applicables, et soumet cette obligation à un contrôle global [...] »¹. En d'autres termes, les droits de l'individu, qui relevaient auparavant d'une philosophie politique déterminée par des autorités infraconstitutionnelles, bénéficient d'une protection juridique renforcée grâce à leur constitutionnalisation. De cette élévation des droits dans la hiérarchie des normes, découlent les droits fondamentaux ; de cette élévation découle également un bouleversement pour les pouvoirs soumis à la Constitution.

Les droits fondamentaux se définissent par la réunion des éléments suivants² : l'existence de permissions dont la violation par un acte législatif ou infralégislatif est sanctionnée par un organe de contrôle. Théoriquement, les droits fondamentaux s'appliquent même en temps de crise, et il est permis de penser que c'est surtout en temps de crise que les droits fondamentaux semblent indispensables.

Toutefois, en temps de crise, d'autres principes à valeur constitutionnelle peuvent venir limiter les droits fondamentaux, comme l'objectif de protection de l'ordre public par exemple. La question est donc de savoir qui peut moduler les droits fondamentaux en temps de crise, et sous quelles conditions. La question de la modulation est en réalité celle de la limitation des droits fondamentaux.

¹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Suhrkamp, 1994, p. 15.

² Voir : L. FAVOREU (dir.) et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 685 p. Pour une théorie des droits fondamentaux, voir en outre : R. ALEXY, *op. cit.*

Il est ainsi nécessaire de s'interroger sur le pouvoir de limitation des droits fondamentaux (ses titulaires et son contenu), et sur les limites du pouvoir de limitation. Les exemples de la France et de l'Allemagne révèlent deux modèles différents de théorisation de l'étendue du pouvoir de modulation.

I. Le pouvoir de modulation

A. Les titulaires du pouvoir de modulation

1. Le législateur

La loi est une norme de concrétisation des droits constitutionnels, la concrétisation étant entendue comme un moyen de production normative dans le cadre supralégislatif. La loi permet donc à des dispositions générales et abstraites de devenir applicables ou effectives, d'entrer dans une réalité matérielle et pratique. En effet, « la proclamation d'une liberté ne suffit pas à assurer son exercice »³. Cette concrétisation est rendue possible grâce à l'une des fonctions principales des Parlements, à savoir la production de normes législatives. Cette compétence est la première étape de la concrétisation, avant la concrétisation par l'exécutif, et sans le législateur, de nombreux droits seraient inapplicables.

La théorie de la réserve de la loi permet de protéger cette compétence de concrétisation. Cette théorie a d'abord été formulée par Otto Mayer⁴, et vise à prévenir ou sanctionner l'empiètement sur la compétence du législateur de l'autorité normative qui lui est directement soumise, à savoir le pouvoir réglementaire. Selon Otto Mayer, il existe, pour « des objets spécialement signalés », une « exclusion de l'initiative de l'exécutif »⁵. Aussi, le fait que la loi soit soumise aux droits fondamentaux constitutionnels ne signifie pas seulement une obligation de ne pas voter des lois contraires à ces droits ; il s'agit également d'une obligation, pour le législateur, d'intervenir pour éviter un empiètement d'autres sources normatives qui pourrait être contraire aux droits fondamentaux.

³ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1972, p. 35.

⁴ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière éditeurs, 1903, p. 93 : « Cette réserve de la loi est indiquée, dans les chartes constitutionnelles, de différentes manières. La forme classique est l'établissement des soi-disant droits fondamentaux : droits de liberté, droits de l'homme, qui garantissent aux citoyens la liberté personnelle, l'inviolabilité de la propriété, etc., sous la réserve expresse ou tacite des atteintes que ces libertés pourront subir par la loi ou en vertu de la loi ». Voir sur ce sujet : J. TREMEAU, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, Paris, Economica, 1997, 414 p.

⁵ *Idem*.

Il en résulte que seule la loi peut intervenir dans certains cas, notamment en ce qui concerne les limitations des droits fondamentaux. C'est ce qu'expriment de nombreux articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme l'article 4 qui confie à la loi le soin de fixer les bornes de la liberté.

C'est également l'article 34 de la Constitution de 1958 qui consacre le rôle du législateur, chargé de fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Aussi, le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur ne se dessaisisse pas de sa compétence. C'est ce qui ressort notamment de la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975⁶ : « L'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice » de ses attributions. Par exemple, dans la décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, le Conseil estime que le législateur ne peut déléguer au gouvernement le soin de définir la compétence d'une autorité administrative indépendante relative à l'autorisation d'exploitation d'un service de radio-télévision, attribution essentielle au regard de la liberté de communication⁷. De même, dans la décision n° 93-323 DC du 5 août 1993⁸, le Conseil censure le législateur non seulement pour avoir porté atteinte à la liberté individuelle en ne justifiant pas certains contrôles au-delà de la zone frontalière par des impératifs de sécurité publique, mais aussi pour méconnaissance de sa compétence. En effet, il a délégué au pouvoir réglementaire le soin de déterminer cette extension, ce qui n'est pas conforme à la réserve de la loi en matière de droits fondamentaux.

Ce contrôle de l'incompétence négative en matière de droits fondamentaux a également été consacré à l'occasion de recours *a posteriori*, ce qui n'était pas évident au regard de la formulation de l'article 61 § 1 de la Constitution qui permet d'invoquer une violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit.

⁶ *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du Code de procédure pénale.*

⁷ *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé* : « La désignation d'une autorité administrative indépendante du gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur ; que la loi, ayant confié à la Haute autorité de la communication audiovisuelle le soin de délivrer les autorisations d'exploitation des réseaux locaux, a méconnu sa compétence en renvoyant au décret le soin de définir un tel réseau par la fixation de ses limites maximales, abandonnant par là même au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle qu'elle pose ».

⁸ *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.*

Le Conseil constitutionnel a d'abord jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁹. Depuis la décision n° 2012-254 QPC, le Conseil retient « que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »¹⁰.

Ainsi, le Haut Conseil a déjà considéré que l'incompétence négative du législateur pouvait affecter notamment : le droit au recours juridictionnel effectif¹¹; le droit de propriété¹²; la liberté d'entreprendre¹³; la liberté de communication des pensées et des opinions¹⁴; ou la protection de la liberté individuelle¹⁵.

Notons que le rôle du législateur n'est pas démenti en temps de crise, puisque c'est la loi du 3 avril 1955 qui crée le régime d'exception de l'état d'urgence notamment instauré depuis le 14 novembre 2015.

L'état d'urgence doit être une réponse en « cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou en « cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». À l'origine, il est destiné à s'appliquer aux événements d'Algérie. Sa mise en œuvre entraîne des restrictions importantes des libertés publiques engendrées par un élargissement des pouvoirs de police. Les autorités administratives disposent ainsi de pouvoirs plus étendus quant aux restrictions de la liberté d'aller et venir notamment.

Les nombreuses prorogations de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 ont donné lieu à différentes modifications dont certaines ont déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁶.

⁹ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*.

¹⁰ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]*.

¹¹ Décision n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne [Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises – Modalités de recouvrement]*.

¹² Décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, *Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole]*.

¹³ Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*.

¹⁴ Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*.

¹⁵ Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014, *Consorts L. [Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement]*.

¹⁶ Voir notamment : décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*; décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*; décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

Le Conseil constitutionnel a indiqué à cette occasion que « La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figure le droit au respect de la vie privée, en particulier de l'inviolabilité du domicile, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁷.

2. Le pouvoir exécutif

La réserve de loi n'empêche pas les interventions du pouvoir exécutif dans le domaine des libertés.

D'une part, le pouvoir réglementaire est le pouvoir d'application des lois concrétisant les libertés. Il intervient dans le cadre et les limites imposées par le législateur. Toutefois d'autre part, une intervention en l'absence de loi de concrétisation est possible de façon exceptionnelle.

En effet, l'article 38 de la Constitution de 1958 autorise le gouvernement à prendre des ordonnances dans des domaines qui relèvent normalement de la compétence législative. Ces mesures sont prises pour l'exécution de son programme, pendant un délai limité, et sur habilitation du Parlement. Les ordonnances sont adoptées en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Un projet de loi de ratification doit être déposé et voté, conférant à ces mesures un caractère législatif. De nombreuses conditions entourent l'adoption des ordonnances, mais leur intervention dans le domaine des droits pose le problème du respect de la réserve de la loi.

Cette habilitation du gouvernement à prendre des mesures relevant normalement du domaine de la loi entraîne une immixtion de l'exécutif dans les matières réservées au législateur, parmi lesquelles figure l'exercice des libertés publiques. Par exemple, la loi du 4 février 1960¹⁸ autorise le gouvernement à modifier le Code pénal et le Code de justice militaire pour faciliter la poursuite de certaines infractions, mais aussi allonger les délais de garde à vue. L'ordonnance n° 60-123 du 13 février 1960 est prise sur cette habilitation, ainsi

¹⁷ Décision n° 2016-557/558 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*, § 7.

¹⁸ Loi n° 60-101 autorisant le gouvernement à prendre par application de l'article 38 de la Constitution, certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie.

que d'autres ordonnances sur les garanties de la sûreté¹⁹, la propriété²⁰, et la liberté d'association²¹.

Si une habilitation est accordée dans ce domaine, un contrôle est possible par le Conseil constitutionnel, portant sur les lois de ratification des ordonnances²², ou sur les ordonnances ratifiées à l'occasion d'un contrôle *a posteriori*. En outre, lorsque la ratification a conféré à l'ordonnance une valeur législative, elle est soustraite au contrôle du Conseil d'Etat, sauf si « la loi de ratification [est] incompatible, dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable »²³. Cette décision est difficile à interpréter. Dans une certaine mesure, le Conseil d'Etat semble s'inspirer de la jurisprudence applicable aux lois de validation²⁴, qui n'ont pourtant pas du tout la même nature que les lois de ratification²⁵. Le contrôle de conventionnalité des lois de ratification opéré par l'arrêt *Hoffer* ne saurait cependant se cantonner à l'article 6 § 1 de la CEDH. Les lois de ratification doivent donc être compatibles avec les droits de la Convention.

Notons enfin que le Président de la République peut prendre des mesures entrant dans le domaine de la loi lorsqu'il exerce les pouvoirs qu'il tient de l'article 16 de la Constitution. En vigueur du 24 avril au 30 septembre 1961, les pouvoirs exceptionnels ont permis l'adoption de nombreuses mesures relatives aux droits des individus. Il en est ainsi de l'extension à 15 jours du délai de garde à vue par la décision du 24 avril, de la suspension de la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège par la décision du 26 avril, ou de la création d'un Haut tribunal militaire d'exception le 27 avril. Si l'avis du Conseil constitutionnel est requis pour chaque décision²⁶, il est secret et non contraignant. De plus, un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre des mesures présidentielles n'est pas recevable lorsqu'elles sont

¹⁹ Ordonnances du 15 avril 1960, du 18 avril 1960, du 6 octobre 1960, du 2 février 1961.

²⁰ Ordonnance du 1^{er} février 1961.

²¹ Ordonnance du 22 décembre 1960.

²² Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*.

²³ CE 8 décembre 2000, *Hoffer*.

²⁴ CE Ass. 5 décembre 1997, *Madame Lambert*, inspiré par la décision du Conseil constitutionnel n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 (*Loi portant validation d'actes administratifs*). La loi de validation doit intervenir dans un but d'intérêt général suffisant et ne contrevenir à aucune règle ou aucun principe à valeur constitutionnelle.

²⁵ En effet, elles visent à faire échec à l'application d'une décision de justice et portent atteinte à la séparation des pouvoirs. Au contraire des lois de ratification des ordonnances, prévues par la Constitution, les lois de validation ne font l'objet d'aucune disposition constitutionnelle.

²⁶ Article 16 de la Constitution et article 54 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

prises dans le domaine de la loi²⁷. La révision du 23 juillet 2008 qui modifie l'article 16 ne crée pas davantage de contrôle sur les décisions présidentielles, en permettant au Conseil constitutionnel de vérifier si les circonstances ayant justifié la mise en place de ces dispositions sont toujours réunies. L'immunité juridictionnelle de ces mesures pose donc un problème de constitutionnalité encore non résolu aujourd'hui.

3. Le peuple

Le peuple peut enfin être exceptionnellement considéré comme un organe de concrétisation des droits fondamentaux (et donc titulaire du pouvoir de modulation), grâce au référendum.

Le référendum constituant de l'article 89 n'étant soumis à aucune limite matérielle relative aux droits fondamentaux (la seule limite matérielle étant la forme républicaine du gouvernement), il est tout à fait envisageable juridiquement d'organiser un référendum révisant les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux.

Un référendum législatif est également possible. Ainsi, en vertu de l'article 11 de la Constitution, le Président de la République soumet à référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. Pour organiser une telle procédure, une proposition du gouvernement ou des deux assemblées est nécessaire. Depuis la révision du 23 juillet 2008 en outre, un référendum « peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

S'agissant des matières concernées par l'article 11, notons qu'un projet de loi constitutionnelle du 20 juillet 1984²⁸ prévoyait d'étendre le champ du référendum aux garanties fondamentales des libertés publiques, mais il n'a pas abouti. Toutefois, le référendum peut concerner les droits fondamentaux lorsqu'il relève des champs déjà prévus par l'article 11, comme la politique économique, sociale ou environnementale de la nation.

²⁷ CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*.

²⁸ Projet S. n° 480 (1983/1984).

Jusqu'à présent, huit²⁹ référendums ont été menés en France en vertu de l'article 11, et deux se sont soldés par un échec. Deux d'entre eux entreprennent de réviser la Constitution, au mépris de l'article 89 de la Constitution, qui prévoit une procédure spécifique³⁰. Trois d'entre eux concernent la ratification d'un traité international.

La question de la compatibilité entre la loi référendaire et la Constitution peut toutefois poser problème.

En amont, le contrôle du Conseil d'Etat est effectué sur tout projet de loi. Toutefois, le Conseil constitutionnel se refuse à exercer un contrôle de constitutionnalité d'une loi adoptée par référendum. Le juge s'est prononcé sur cette question dans les décisions n° 62-20 DC du 6 novembre 1962³¹ et n° 92-313 DC du 23 septembre 1992³². Dans la première espèce, il indique qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

Des arguments formels appuient sa décision. Ainsi, les articles 17 et 23 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel³³ font référence aux lois votées par le Parlement. Ils permettent d'interpréter le silence de l'article 61 sur le terme « lois », en les cantonnant aux lois parlementaires. De plus, en vertu de l'article 60, la compétence du Conseil constitutionnel se borne à la surveillance de la régularité des opérations de référendum prévues à l'article 11, et à la proclamation des résultats. De plus, l'article 46 de la loi organique précitée indique que « le Conseil constitutionnel est consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ». Ce contrôle ne porte ainsi que sur la procédure. Néanmoins, depuis la décision Hauchemaille du 25 juillet 2000³⁴, le Conseil exerce un contrôle sur le décret de

²⁹ 8 janvier 1961 (autodétermination de l'Algérie), 8 avril 1962 (accords d'Evian sur l'indépendance de l'Algérie), 28 octobre 1962 (élection du Président de la République au suffrage universel direct), 27 avril 1969 (réforme du Sénat et régionalisation, rejetée par le peuple), 23 avril 1972 (élargissement de la Communauté économique européenne), 6 novembre 1988 (statut de la Nouvelle-Calédonie), 20 septembre 1992 (ratification du traité de Maastricht), 29 mai 2005 (autorisation de ratifier le traité constitutionnel européen, rejetée par le peuple).

³⁰ En 1962 et 1969. Un seul référendum a été organisé en vertu de l'article 89 (24 septembre 2000 sur la durée du mandat présidentiel).

³¹ *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.*

³² *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne.*

³³ Loi organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

³⁴ Voir J.-E. SCHOETTL, « Le contentieux des actes préparatoires à un référendum », *LPA*, 2 août 2000, n° 58, pp. 20-22.

convocation des électeurs, lequel contient le projet soumis aux citoyens. En effet, « il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ». La question d'un éventuel contrôle de constitutionnalité du projet reste posée, empêchant une violation des droits fondamentaux, mais aussi un empiètement sur la réserve de la loi parlementaire en matière de droits fondamentaux³⁵.

Toutefois, dans la décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum- Droit du travail en Nouvelle-Calédonie], le Conseil constitutionnel réitère son refus de statuer sur une disposition législative adoptée par référendum, à l'occasion d'une QPC : « 6. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par la Constitution ou la loi organique ;

7. Considérant que l'article 61 § 1 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions législatives, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif ; que toutefois au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les dispositions législatives qu'elle a entendu viser dans son article 61-1 ne sont pas celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune disposition de la Constitution ou d'une loi organique prise sur son fondement ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité aux fins d'apprécier la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une disposition législative adoptée par le Peuple français par la voie du référendum ; que, par suite, il n'y a

³⁵ La question d'un contrôle des lois référendaires par la Cour européenne des droits de l'homme se pose également depuis l'arrêt du 29 octobre 2002 (*Open Door and Dublin Well Women c/ Irlande*, Série A, n° 246). Sur ce sujet, voir : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *RFDC* n° 53, 2003, pp. 72-101.

pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de connaître des dispositions de la loi adoptée par le Peuple français par voie de référendum le 6 novembre 1988 ».

S'agissant du référendum d'initiative partagée, la question trouve en revanche une réponse, puisqu'en vertu de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (article 45 § 2), « Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi :

« 1° Que la proposition de loi est présentée par au moins un cinquième des membres du Parlement, ce cinquième étant calculé sur le nombre des sièges effectivement pourvus à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel, arrondi au chiffre immédiatement supérieur en cas de fraction ;

« 2° Que son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ;

« 3° Et qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution ».

Finalement, les autorités de modulation de droits fondamentaux sont multiples, et les contrôles sur ces autorités très variables, ce qui pourrait poser problème en temps de crise. Les exemples étrangers montrent que le recours au peuple en temps de crise n'est pas rare (notamment, le référendum dit « anti-migrants » en Hongrie en octobre 2016). Dans ce cas, il semble très difficile politiquement et juridiquement de faire obstacle à une limitation par le peuple de ses propres droits, ou de ceux des minorités.

B. Le contenu de la modulation

La modulation des droits fondamentaux peut s'effectuer si un autre principe vient limiter ces droits. Parmi les justifications de la limitation des droits, la protection de l'ordre public est un motif évident en temps de crise. Il convient toutefois de s'interroger sur la marge d'appréciation des autorités de modulation relative à la modulation des droits.

L'ordre public

Parmi les finalités d'intérêt général, l'ordre public en période ordinaire ou exceptionnelle tient une place importante, car il s'agit d'un objectif à valeur

constitutionnelle³⁶.

Définis comme des « buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit ou peut tendre l'action du législateur »³⁷, ils permettent d'empêcher une application absolue d'un principe constitutionnel, ou encore de limiter d'autres libertés.

Ce rôle est confirmé dans la décision du Conseil constitutionnel n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : le législateur est ainsi responsable de la « conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ». Cette mission est toujours d'actualité lors de circonstances exceptionnelles. C'est ce que juge le Conseil dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Il estime ainsi qu'« il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ».

Défini comme le bon ordre, la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques (article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales), l'ordre public représente donc une justification ordinaire de limitation des droits fondamentaux en temps de crise.

- La marge d'appréciation des autorités de modulation (essentiellement, le législateur)

Le législateur fait nécessairement des choix politiques. Néanmoins, ces choix font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel encadre la marge d'appréciation du législateur, tout en exprimant implicitement la volonté de ne pas former un « gouvernement des juges ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel se défend de vouloir limiter la marge d'appréciation du législateur. Notamment, dans la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975³⁸, le Haut Conseil indique ainsi que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne

³⁶ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*. Voir : P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 680 p.

³⁷ *Idem*, p. 11.

³⁸ *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ».

Dans la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], le Conseil répète qu' « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Par exemple, en matière fiscale, le Conseil constitutionnel affirme qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles d'imposition qui doivent être choisies pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée »³⁹.

Néanmoins, ce type d'affirmations cache plus certainement une justification préventive de certains empiètements sur la volonté démocratique exprimée par le Parlement. En effet, pour Jean Rivero, « que le Conseil ne tienne pas de la Constitution 'un pouvoir d'appréciation et de décision identique au Parlement' est, dans une démocratie, une de ces évidences qui vont sans dire »⁴⁰. Néanmoins, cette exigence ne peut être remplie que si la Constitution est « claire et précise », car si elle ne l'est pas, « la nécessaire interprétation que le juge constitutionnel est amené à en donner risque fort de recouper le 'pouvoir d'appréciation' du Parlement. Or, sur l'extraordinaire flou des dispositions 'à valeur constitutionnelle' relatives aux libertés, tout a été dit. Flou bienfaisant, dans la mesure où il a permis au Conseil d'élargir la sphère des libertés protégées, flou dangereux, car le respect de l'autorité du Parlement, peut, à l'inverse, inciter le Conseil à réduire à l'extrême son contrôle »⁴¹. En d'autres termes, la volonté de protéger les libertés contre le législateur, mais aussi contre une application des lois qui pourrait être contraire aux droits, peut conduire à un excès de prudence du Conseil constitutionnel, entravant l'appréciation du pouvoir législatif.

³⁹ Décision n° 2016-571 QPC du 30 septembre 2016, Société Layher SAS [Exonération de la contribution de 3 % sur les montants distribués en faveur des sociétés d'un groupe fiscalement intégré].

⁴⁰ J. RIVERO, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDA*, 1981, p. 275.

⁴¹ *Idem*.

Par exemple, la loi sur le juge unique ayant donné lieu à la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975⁴² aurait pu être considérée comme une réforme de détail, et non comme une remise en cause profonde des principes de l'organisation judiciaire. Mais dans une autre décision, le Conseil aurait pu estimer que la période de sûreté, durant laquelle les condamnés sont exclus du bénéfice de modalités particulières d'exécution de la peine constituée, par son caractère obligatoire et par son automaticité, une peine fixe en contradiction avec la règle d'individualisation des peines. Néanmoins, le Haut Conseil juge que l'exécution des peines n'est pas soumise aux mêmes règles que leur prononcé, avalisant le système choisi par le législateur⁴³.

Dans d'autres décisions, le Conseil constitutionnel appelle implicitement le législateur à modifier la loi, faute de pouvoir censurer des dispositions contre lesquelles la requête est mal dirigée. Par exemple, dans la décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées], le Haut Conseil ne peut censurer le principe même de l'absence de contrat de travail des détenus, mais rappelle subtilement qu' « il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits ».

La Cour constitutionnelle allemande formalise davantage cette marge d'appréciation. Elle l'affirme clairement : elle entend respecter le « *champ d'appréciation* » du législateur (« *Beurteilungsspielraum* »)⁴⁴, qu'elle considère comme le premier interprète (« *Erstinterpret* »)⁴⁵ de la Loi fondamentale.

Cette marge d'appréciation a ainsi fait l'objet d'une théorie exposée par la Cour dans la décision du 1^{er} mars 1979⁴⁶. La « théorie des trois étapes » (« *Drei-Stufen-Lehre* ») permet d'appréhender l'échelle d'évaluation du champ d'appréciation du pouvoir législatif. Ainsi, le contrôle de la Cour comprend trois niveaux : un contrôle de l'évidence (« *Evidenzkontrolle* »), à savoir un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁷ ; un contrôle du caractère « raisonnable » de la loi⁴⁸ (« *Vertretbarkeitskontrolle* ») ; et enfin un

⁴² Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du Code de procédure pénale. La possibilité discrétionnaire donnée au président du tribunal de grande instance de choisir entre un juge unique et un collège est jugée contraire au principe d'égalité.

⁴³ Décision n° 78-98 DC du 22 novembre 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*.

⁴⁴ BVerfGE 62, 1 (50), citant BVerfGE 50, 290 (333).

⁴⁵ BVerfGE 101, 158 (236).

⁴⁶ BVerfGE 50, 290 (333).

⁴⁷ Voir BVerfGE 37, 1 (20).

⁴⁸ Voir BVerfGE 39, 210 (225).

contrôle intensif du contenu de la loi⁴⁹ (« *intensivierte inhaltliche Kontrolle* »). La Cour estime que la variété des « prérogatives d'estimation » du législateur, et que les intensités variables du contrôle effectué par le juge constitutionnel, dépendent de facteurs différents, en particulier des particularités du domaine en question, de la possibilité de rendre un jugement suffisamment motivé, et de la signification des droits qui entrent en jeu. En revanche, il n'est pas approprié d'élargir le champ d'appréciation du législateur en fonction de considérations tenant aux circonstances, comme l'urgence par exemple⁵⁰.

Néanmoins, la Cour constitutionnelle ne semble pas toujours respecter ce champ d'appréciation⁵¹, mais soumet le législateur à son interprétation de la Loi fondamentale. La Cour estime ainsi que lorsqu'une échelle de valeurs constitutionnelles s'applique aux comportements politiques, elle peut en contrôler le respect⁵². Dans les faits, il semble que le législateur n'ait de véritable marge d'appréciation que lorsqu'aucune norme constitutionnelle n'existe dans un domaine. Au contraire, la Cour n'a pas hésité à encadrer le champ d'appréciation du législateur dans la première décision sur l'interruption volontaire de grossesse⁵³, dans laquelle elle lie le pouvoir législatif à son interprétation de l'article 2 de la Loi fondamentale.

Finalement, les autorités de modulation sont potentiellement nombreuses, et disposent d'une marge d'appréciation reconnue, et ce, en dépit de l'existence de normes constitutionnelles précises. Il convient donc de s'interroger sur l'existence de limites de ce pouvoir de modulation.

II. Les limites de la modulation

A. Les « limites aux limites »

Il n'existe pas dans la Constitution française de formalisation des limitations des restrictions des droits fondamentaux, telle qu'elle est posée dans la Loi fondamentale allemande.

Celle-ci comporte certaines indications sur l'étendue de la détermination législative des droits fondamentaux, entendue de manière négative. Elles sont connues sous le nom de « limites aux limites » (« *Schranken-Schranken* »), c'est-à-dire les limites imposées au

⁴⁹ Voir *BVerfGE* 7, 377 ou 39, 1.

⁵⁰ *BVerfGE* 106, 62 (152).

⁵¹ Voir K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich, C. H. Beck, 6^{ème} édition, 2004, p. 368.

⁵² *BVerfGE* 62, 1 (51).

⁵³ *BVerfGE* 39, 1.

législateur qui entreprend de porter atteinte à l'exercice des droits fondamentaux. L'article 19 dispose ainsi : « (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. (2) Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental ».

La première phrase du premier alinéa est une concrétisation du principe d'égalité⁵⁴, qu'elle aborde néanmoins de manière moins absolue que dans l'article 3 de la Loi fondamentale selon lequel « tous les êtres humains sont égaux devant la loi ». La Cour l'envisage de manière assez libérale, en estimant qu'il n'y a pas violation de l'article 19 lorsque le législateur est intervenu à l'occasion du règlement d'une affaire particulière, mais dans des termes très abstraits qui peuvent s'appliquer à d'autres cas⁵⁵.

La deuxième phrase du premier alinéa explique quant à elle le contenu de la concrétisation législative autorisée par la Loi fondamentale. En effet, la loi formelle qui limite ou donne l'autorisation à l'exécutif de limiter un droit fondamental doit expressément indiquer l'atteinte portée au droit en question. Si elle ne le fait pas, la loi est contraire tant au droit concerné qu'à l'article 19⁵⁶. Cette obligation permet de vérifier que le législateur s'est interrogé sur les atteintes aux droits fondamentaux, qu'il a opté consciemment pour des empiètements, qu'il les a acceptés en toute connaissance de cause, et qu'il a pris en compte les conséquences de la loi sur le droit fondamental concerné⁵⁷.

Néanmoins, cette obligation ne vaut que lorsque la limitation législative est explicitement prévue par la Loi fondamentale. Tous les droits fondamentaux ne sont pas concernés par cette obligation. Les membres de la commission d'Herrenchiemsee avaient déjà limité cette obligation aux seuls droits relatifs à la sécurité publique, à la moralité et à la santé. Néanmoins, le Conseil parlementaire décide d'identifier au cas par cas chaque droit fondamental concerné par cette règle. Ceci est une innovation dans la mesure où seule la Constitution du *Land* de Hesse de 1946 prévoyait une telle contrainte. La règle est donc applicable en cas de limitation apportée par la loi au droit à la vie et à l'intégrité physique et à la liberté de la personne (article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale⁵⁸), en cas de séparation des

⁵⁴ BVerfGE 25, 371 (399).

⁵⁵ BVerfGE 13, 225 (229).

⁵⁶ BVerfGE 5, 13 (15).

⁵⁷ BVerfGE 85, 386 (403).

⁵⁸ L'article 104, en tant qu'il impose l'adoption d'une loi formelle pour toutes les restrictions apportées à la liberté, est indissociable de l'article 2, et est donc concerné par l'obligation de mentionner expressément l'atteinte au droit fondamental.

enfants de leur famille contre le gré des personnes investies de l'autorité parentale (article 6 alinéa 3), en cas de restrictions aux réunions en plein air (article 8 alinéa 2), au secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10 alinéa 2), à la liberté de circulation et d'établissement (article 11 alinéa 2), en cas d'astreinte à un travail déterminé ou de travail forcé (article 12, alinéas 2 et 3), en cas de restrictions à l'inviolabilité du domicile (article 13), et enfin dans le domaine de la nationalité ou de l'extradition (article 16).

Cette obligation prévue par l'article 19 n'est pas applicable à chaque fois qu'un droit fondamental est précisé par la loi quant à son contenu ou sa réglementation, ou qu'il s'exerce dans la limite des lois générales. Il en est ainsi du libre épanouissement de sa personnalité (article 2 alinéa 1^{er}), de la liberté d'expression (article 5 alinéa 2), de la liberté professionnelle (article 12 alinéa 1^{er}), de la propriété, du droit de succession et de l'expropriation (article 14), ou du droit d'asile (article 16 a). Ne sont pas concernés non plus les droits fondamentaux dont l'exercice implique une mesure particulière d'organisation de la part de l'Etat, comme la protection du mariage et de la famille (article 6 alinéa 1^{er}), le droit de fonder des associations (article 9), le droit au recours contre la personne publique (article 19 alinéa 4), et le principe de légalité des peines (article 103). Le principe d'égalité n'est pas non plus concerné par l'obligation de l'article 19.

Le deuxième alinéa de l'article 19, quant à lui, vise à garantir la substance ou l'essence des droits fondamentaux⁵⁹. Il implique un encadrement par la Constitution de l'atteinte à la substance même d'un droit fondamental, comme par exemple l'article 104 de la Loi fondamentale qui dispose : « La liberté de la personne ne peut être restreinte qu'en vertu d'une loi formelle et dans le respect des formes qui y sont prescrites ». Aussi, l'essence des droits fondamentaux est variable, et doit être déterminée pour chaque droit. Par exemple, dans une décision du 18 juillet 1967⁶⁰, la Cour affirme que l'identification de l'essence intangible d'un droit fondamental doit être déduite pour chaque droit fondamental de sa signification particulière dans le système général des droits fondamentaux. Dans cette espèce, la Cour appréhende l'essence de la liberté personnelle, qui est un droit si élevé dans la hiérarchie, qu'il ne peut être limité que si des motifs particulièrement importants le justifient. A ces derniers appartiennent le droit pénal et les empiètements sur la liberté personnelle qui contribuent à la protection de la communauté. A ces motifs appartient également l'organisation de l'hébergement de personnes souffrant de maladies mentales, lorsque les

⁵⁹ Voir : P. HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} édition, 1983, 461 p.

⁶⁰ BVerfGE 22, 180 (218).

empiètements sur la liberté personnelle contribuent à la protection de l'individu concerné. Néanmoins, si la limitation d'un droit fondamental est conforme au premier alinéa de l'article 19 de la Loi fondamentale, il ne peut être porté atteinte à l'alinéa 2⁶¹. La doctrine⁶² estime ainsi que l'alinéa 2 ne joue pas un grand rôle concrètement.

En l'absence de formalisation des limites aux limites dans la Constitution française, le Conseil constitutionnel a toutefois recours à la théorie des garanties légales : le Conseil adopte une formulation assez générale pour pouvoir l'appliquer à tous les droits fondamentaux, lorsqu'il estime que le législateur ne peut « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »⁶³.

B. Le contrôle du pouvoir de modulation

Le juge administratif exerce un contrôle des actes administratifs pouvant moduler les droits fondamentaux, alors que le juge constitutionnel exerce un contrôle sur les lois. Il se dégage de l'étude des jurisprudences comparées française et allemande que la hiérarchie de la protection des droits et le principe de proportionnalité sont deux outils classiques pour encadrer les limitations des droits fondamentaux.

- La hiérarchie de la protection des droits

En Allemagne, la hiérarchisation de la protection accordée aux divers droits fondamentaux s'établit indirectement grâce à la Loi fondamentale, qui garantit la limitation de certains droits fondamentaux au moyen unique d'une loi. Une distinction est donc établie entre les droits pour lesquels une telle limitation législative est imposée par la Constitution, et les autres.

Lorsque le conflit entre les droits ne peut être résolu grâce à cette distinction, la décision *Mephisto* rendue par la Cour constitutionnelle fédérale le 24 février 1971⁶⁴ contient une ligne directrice explicative. En l'espèce, la question est de savoir si la garantie de la liberté artistique prévue par l'article 5 alinéa 3 de la Loi fondamentale peut trouver des limites. Celles-ci ne sont pas prévues par l'article 5 lui-même, qui concerne les limites à la

⁶¹ BVerfGE 58, 300 (348).

⁶² H. JARASS., B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 7^{ème} édition, 2004, commentaire de l'article 19 ; B. PIEROTH, B. SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, C. F. Müller, 19^{ème} édition, 2003, p. 70.

⁶³ Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*. Voir : A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris II, 2004, 612 p.

⁶⁴ BVerfGE 30, 173.

liberté d'expression. Les limites de l'article 2 alinéa 1^{er} ne peuvent pas non plus être appliquées (à savoir, la limitation en cas de violation des droits d'autrui, de l'ordre constitutionnel ou de la loi morale). Par contre, la liberté artistique peut être limitée par d'autres droits. En l'espèce, elle est confrontée à l'intangibilité de la dignité humaine de l'article 1^{er}. La Cour constitutionnelle affirme que le conflit entre les deux droits doit être résolu en fonction de l'ordre de valeurs constitutionnel, c'est-à-dire en fonction de la hiérarchie des droits fondamentaux comprise dans la Loi fondamentale. En l'occurrence, la dignité de l'être humain « domine le système entier de valeurs des droits fondamentaux en tant que valeur la plus haute »⁶⁵. Le conflit est donc résolu lorsque sont en cause les droits les plus intangibles de la personne, comme la dignité ou le droit à la vie. Mais la Cour n'explicite pas la hiérarchie entre les autres droits.

En revanche dans la Constitution française, une hiérarchie des droits semble plus difficile à identifier. Dans la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 (*Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*), le Conseil constitutionnel semble certes établir une distinction entre certains droits qui ne bénéficieraient pas de la même garantie. Évoquant la liberté de la presse, le Conseil estime qu'il s'agit « d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ». Ceci doit être comparé à la valeur accordée au droit de propriété dans la décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984⁶⁶. En effet, dans cette espèce, le Conseil admet que certaines limitations peuvent être apportées à ce droit, sous réserve que le législateur n'en dénature pas la portée⁶⁷. Le Conseil emploie aussi bien cette expression qu'une autre qui traduit également la compétence plus grande du législateur. Dans la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 sur la loi créant les plans d'épargne retraite, le Conseil estime que la liberté d'entreprendre, « qui n'est ni générale ni absolue, s'exerce dans le cadre des règles instituées par la loi ». Il en résulte une hiérarchisation de la protection accordée aux droits fondamentaux qui distingue les libertés-autonomie et le droit de propriété, mais aussi éventuellement les libertés économiques et droits créance.

En premier lieu, les libertés-autonomie bénéficient d'un régime d'essence libérale qui interdit toute autorisation préalable : le Conseil estime ainsi que certaines dispositions de la

⁶⁵ BVerfGE 30, 173 (193).

⁶⁶ *Structures des exploitations agricoles*.

⁶⁷ « Si le contrôle des structures agricoles concerne, en principe, l'exploitation d'un bien, il peut, dans certains cas, entraîner indirectement des limitations à l'exercice du droit de propriété [...] ». Cependant, « ces limitations n'ont pas un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci et soit, par suite, contraire à la Constitution ».

loi produisent « *des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; qu'elles sont, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789* »⁶⁸. L'expression « de ce chef » indique que le but même de l'autorisation préalable est contraire dans tous les cas à l'exercice de la liberté.

En ce qui concerne les autres droits, qui ne bénéficieraient pas d'une protection renforcée dans la Constitution, ceux-ci peuvent être limités par le législateur sous réserve de ne pas en dénaturer la portée. Le Conseil estime dans d'autres décisions qu'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ». Aussi, « il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ». Mais le Conseil estime que « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »⁶⁹. Le noyau dur ou l'essence du droit fondamental ne saurait donc être mis en cause par le législateur.

Finalement, cette hiérarchisation relative à la garantie des droits fondamentaux fait varier la compétence du titulaire du pouvoir de limitation des droits. Cette compétence découle implicitement de la conception historique des droits fondamentaux dans un pays donné. En France, l'antériorité des libertés-autonomie les fait bénéficier d'une prévalence sur les droits sociaux. En Allemagne, le principe de dignité bénéficie d'une protection plus grande que les autres, dans le sens où des limitations législatives⁷⁰ ne sont pas permises.

- La proportionnalité

Par ailleurs, le principe de proportionnalité est un moyen d'analyse de nombreux juges pour évaluer les atteintes portées par le législateur à un droit fondamental.

Le respect du principe de proportionnalité suppose que le titulaire du pouvoir de concrétisation intervient de manière appropriée par rapport à l'objectif à atteindre. La Cour constitutionnelle allemande comprend ce principe comme une composante de l'Etat de droit⁷¹

⁶⁸ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

⁶⁹ Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*.

⁷⁰ Des limitations constitutionnelles ne sont pas non plus permises en vertu de l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale.

⁷¹ *BVerfGE* 19, 342 (348).

et un élément du régime de garantie des droits fondamentaux⁷². Cette exigence est exprimée notamment à l'article 11 de la Loi fondamentale allemande, qui prévoit que la liberté de circulation et d'établissement ne peut être « limitée que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement [...] dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant [...] l'ordre constitutionnel libéral et démocratique ».

Par exemple, pour la Cour constitutionnelle fédérale, l'empiètement sur la liberté personnelle n'est constitutionnel que lorsque l'exigence légitime d'un éclaircissement complet des faits et d'une sanction rapide de l'auteur ne peut pas être assurée autrement que par la détention provisoire⁷³.

En France, le principe de proportionnalité est constitutionnalisé en droit pénal, pour apprécier la proportionnalité des peines : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Par exemple, dans la décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996⁷⁴, le Haut Conseil juge que « le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité ; qu'en outre, eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

De même, dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 sur la loi relative à l'immigration, le Conseil vérifie que la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la liberté individuelle répond au principe de proportionnalité. Ainsi, « les sanctions administratives prévues par la présente loi, qui ne revêtent pas un caractère automatique et dont la mise en œuvre est placée sous le contrôle du juge administratif [...], ne sont pas entachées [...] d'une disproportion manifeste ». Aussi, « en l'absence d'une telle disproportion, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des sanctions attachées aux comportements qu'il entend réprimer ».

⁷² *BVerfGE* 65, 1 (44).

⁷³ *BVerfGE* 20, 45 (49).

⁷⁴ Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

Dans la décision sur la rétention de sûreté⁷⁵, le Conseil a pour la première fois appliqué un contrôle en trois étapes de la proportionnalité. Il a ainsi vérifié que la rétention de sûreté, pour être proportionnée, satisfaisait à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Une telle mesure doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée ou adaptée au but recherché par le législateur. Elle doit être nécessaire, ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté. Elle doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat, le célèbre arrêt Benjamin du 19 mai 1933, pose le principe de la proportionnalité des mesures de police à l'atteinte supposée à l'ordre public.

Plus récemment, dans l'affaire du « burkini »⁷⁶, le Conseil d'Etat réaffirme que « les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public ».

Finalement, il semble que pour des raisons historiques, les modulations des droits fondamentaux soient davantage formalisées dans la Loi fondamentale allemande que dans la Constitution française, ce qui laisse une marge d'appréciation plus grande aux titulaires de ce pouvoir de modulation, à savoir le législateur, le pouvoir exécutif et le peuple. Le contexte de la crise terroriste en 2015/2016 le montre bien : l'équilibre semble instable entre garantie des droits fondamentaux et objectif de protection de l'ordre public, et le curseur est aisément déplacé en fonction des circonstances, sous le contrôle du juge.

⁷⁵ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁷⁶ Ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France.