

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2020

Volume XXI

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Édouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

L'UNION EUROPÉENNE FACE À LA CRISE MIGRATOIRE : UN ACTEUR INTERNATIONAL CRÉDIBLE EN TROMPE-L'ŒIL ?

PAR

MARIA FARTUNOVA-MICHEL (*)

L'affirmation de l'Union européenne (UE) comme un acteur global et crédible sur la scène internationale est une préoccupation de premier ordre depuis le traité de Maastricht (1). Même si le traité de Lisbonne énonce timidement cette préoccupation (2), il marque un véritable progrès sur le plan de l'action internationale de l'Union européenne (3). Par ailleurs, la doctrine considère que l'article 3 du traité sur l'Union européenne (TUE) énonce de manière « implicite » l'objectif d'affirmation de l'UE sur la scène internationale » (4) en sa qualité d'acteur global. Cette même doctrine qualifie cet objectif d'affirmation internationale d'« objectif identitaire » (5) parce qu'il mesure la capacité de l'Union à s'imposer de par son action internationale comme un acteur incontournable sur la scène internationale.

C'est grâce à la Science politique qu'il a été possible d'envisager l'Union européenne comme un acteur global dans les relations internationales (6). Selon cette approche et adoptant « une définition comportementale » (7),

(*) Maître de conférences en Droit public à l'Université de Lorraine (France) et chercheur à l'Institut de recherches sur l'évolution de la nation et de l'État (IRENEE, France).

(1) Pour une présentation de la fragmentation de cette action internationale dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir Marise Cremona, « EU external action in the JHA domain: a legal perspective », European University Institute (*Working Papers Law*, 2008/24), p. 2 sq. (en ligne : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/9487>, consulté le 23 février 2020).

(2) Voir Isabelle Bosse-Platière, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », in Eleftheria Neframi, *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265.

(3) Eleftheria Neframi, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, n° 556, mars 2012, p. 197.

(4) Isabelle Bosse-Platière, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », art. cit., p. 266.

(5) *Ibid.*, p. 267.

(6) Nous nous référons ainsi à l'ouvrage de référence, Charlotte Bretherton, John Vogler, *The European Union as a Global Actor*, Londres/New York, Routledge, 1999, 273 p.

(7) Christian Franck, « L'action extérieure de l'Union : acteur global, profil politique et présidence française », in Catherine Flaesch-Mongin (dir.) *La Relance de l'Union européenne et la présidence française*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 252.

« l'acteur global se définit comme étant un acteur disposant des caractéristiques suivantes : "un système de valeurs qui oriente l'action ; la capacité de formuler des politiques ; la disposition de moyens d'agir ; le pouvoir de mener des négociations et de conclure des accords, pouvoir qui repose sur un système institutionnel légitimé » (8). Une telle grille de lecture s'applique sans conteste à l'Union européenne, cela de manière plus particulière depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Ainsi, sa crédibilité comme acteur international est intrinsèquement liée au modèle d'organisation institutionnelle avec ses États membres comme porteur de valeurs, notamment celles promues par l'article 2 du TUE (9).

À cet égard, deux précisions méthodologiques méritent d'être apportées à titre préalable. Tout d'abord, nous considérons comme établi le postulat selon lequel l'Union européenne est un acteur global dans les relations internationales et que le traité de Lisbonne lui confère les moyens pour « apparaître comme "*a full instrumental power*" » (10). Ensuite, nous nous appuyons sur les théories des Relations internationales qui se sont intéressées à l'émergence des acteurs internationaux non étatiques (11). Ces théories dites néo-fonctionnalistes envisagent les rapports entre les États membres et l'Union dans une approche verticale ascendante pour expliquer la volonté des États de s'associer dans une structure supranationale les représentant sur la scène internationale (12). Partant, ces théories analysent le phénomène de l'intégration (13) et son incidence sur la mutation des relations internationales elles-mêmes (14). À son tour, l'évolution des relations internationales a également conduit à renouveler la place de la souveraineté étatique dans le processus d'intégration. Le caractère intergouvernemental de l'Union européenne n'apparaît pas ici exclusif à l'intégration (15). Il est utilisé comme un argument discursif permettant d'appréhender « l'Union européenne, comprise aussi bien comme construit social mis en place dans un espace international que

(8) Isabelle Bosse-Platière, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », art. cit., p. 267-268.

(9) Voir sur ce point Conseil européen, « Un nouveau programme stratégique-2019-2024 », adopté le 20 juin 2019.

(10) Christian Franck, « L'action extérieure de l'Union : acteur global, profil politique et présidence française », précité, p. 261.

(11) Pour une présentation de la scène internationale, de ses acteurs et des théories qui tentent de l'expliquer, voir Julian Fernandez, *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2018, p. 29 sq. Voir également Jean-Jacques Roche, *Relations internationales*, Paris, LGDJ, 2014 (7^e éd.), p. 143 sq.

(12) On doit la parenté de cette théorie néo-fonctionnaliste à Ernst Haas, qui la développa dans son ouvrage, *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, paru en 1958, puis réédité depuis en 1968 et en 2004. La deuxième édition reste toutefois l'édition de référence : Ernst B. Haas, *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1968 (2^e éd.), 552 p. Sur ce point, voir Sabine Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 73 sq.

(13) Sabine Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne...*, op. cit., p. 78, 86 et 90-91.

(14) Pour une présentation de l'évolution de la discipline et des théories qui tentent de l'expliquer, voir Dario Battistella, *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 77 sq.

(15) Alice Landau, « Conceptualiser l'Union européenne : apports et limites des théories des relations internationales », *Swiss Political Science Review*, vol. I, n° 2-3, automne 1995, p. 269.

comme un acteur international » (16). L'État conserve son rôle structurant à travers l'intérêt national que la norme commune (17) concrétise (18). Par conséquent, nous considérons que les rapports entre l'Union européenne et ses États membres d'un point de vue interne sur une question donnée exercent une incidence certaine sur la crédibilité de l'action extérieure de l'Union et, partant, de sa figure d'acteur global (19). La crédibilité sera ici mesurée non pas au regard de l'action extérieure possible, cela est déjà acté, mais au regard de l'alternative proposée par le modèle d'intégration au sein duquel se déploie l'action de l'Union. La résurgence de « l'intergouvernementalité » au sens de l'intérêt national constituera alors un outil utile pour déterminer l'influence du positionnement des États membres sur l'action extérieure de l'Union et l'approche qu'elle défend.

La politique migratoire constitue un domaine propice pour tester cette hypothèse de départ (20). En effet, la gestion du flux migratoire constitue un nouveau défi sécuritaire sur la scène internationale (21). Les migrations de masse posent des questions liées non seulement au mouvement de personnes, mais aussi à leur accueil sur les territoires des États, à leur protection internationale et, enfin, la lutte contre l'immigration clandestine ou illégale. Favorisées par les échanges mondialisés et les autres défis sécuritaires, ces migrations nécessitent une réponse globale (22). Cependant, s'adressant à l'ensemble des partenaires internationaux, l'efficacité de cette réponse globale se heurte principalement à la défense des intérêts nationaux qui rejaillissent dans les négociations des accords bilatéraux ou multilatéraux et empêchent l'adoption d'une approche commune (23). La négociation du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, adopté à Marrakech les 10 et 11 décembre 2018, pourrait être considéré comme « la pierre angulaire d'une gouvernance mondiale des migrations, souhaitée par la communauté internationale, [mais] il se heurte pourtant à des priorités nationales contradictoires en fonction des enjeux migratoires de chaque État, au gré d'une opposition entre Nord et Sud, pays d'origine et pays de destination » (24). Dans ce contexte, l'Union

(16) Sabine Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne...*, *op. cit.*, p. 352.

(17) Sur ce point, voir Zaki Laïdi, *La Norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, p. 63 sq.

(18) Sabine Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne...*, *op. cit.*, p. 353-374.

(19) Alice Landau, « Conceptualiser l'Union européenne... », art. cit., p. 254.

(20) Zali Laïdi, *La Norme sans la force...*, *op. cit.*, p. 279.

(21) Julian Fernandez, *Relations internationales*, *op. cit.*, p. 600.

(22) Khalid Koser, « Introduction: international migration and global governance », *Global Governance*, vol. XVI, n° 3, juil.-sept. 2010, p. 305. Nous renvoyons aussi aux deux ouvrages de référence sur cette question : Martin Geiger et Antoine Pécoud (dir.), *The Politics of International Migration Management*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, 306 p. ; Alexander Betts (dir.), *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 344 p.

(23) Susan F. Martin, « International migration and global governance », *Global Summitry*, vol. I, n° 1, été 2015, p. 67 sq. ; Matthieu Tardis, « Le Pacte de Marrakech. Vers une gouvernance mondiale des migrations ? », *Notes de l'IFRI*, fév. 2019, p. 7.

(24) Matthieu Tardis, « Le Pacte de Marrakech... », précité, p. 1.

européenne aurait pu constituer la réponse régionale (25), mais le pacte de Marrakech a révélé les divergences profondes au sein des États membres de l'Union sur la question migratoire. Parmi les États n'ayant pas adhéré au pacte, neuf sont membres de l'Union (26), dont trois ont voté contre (27).

L'explication de ce constat tient néanmoins à la nature spécifique de la politique migratoire au sein des traités. Cette nature spécifique résulte de l'artifice trouvé dans les traités pour articuler la compétence originelle des États membres pour l'accueil et l'intégration des migrants avec son exercice au niveau de l'Union européenne, compte tenu des enjeux communs que présente désormais le flux migratoire. L'idée même d'une politique commune migratoire apparaît pour la première fois dans les préoccupations européennes dans les accords de Schengen signés en 1985. La question migratoire fut alors envisagée dans un but purement sécuritaire à la lumière de la réalisation d'un espace au sein duquel la libre circulation des personnes doit être garantie. Le traité de Maastricht l'intégra au sein du troisième pilier, le traité d'Amsterdam la communautarisa et le traité de Lisbonne l'éleva au rang de politique commune. Désormais, elle est régie par le chapitre II du titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice dont les articles 77 à 80 en constituent le cadre juridique. De plus, l'article 3 du traité de l'Union européenne (TUE) en fait un objectif de l'Union au titre de « la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ». Comme le souligne Eleftheria Neframi, même si la qualité de politique commune ne correspond pas à l'exercice d'une compétence exclusive, « l'emploi de ce terme dans le traité de Lisbonne n'est pas neutre. Il témoigne de la volonté politique d'organiser la répartition des compétences entre les États membres et l'Union dans un sens toujours plus favorable à celle-ci. Cette volonté qui pouvait se dessiner progressivement est désormais clairement affichée dans le traité, ce qui est susceptible de favoriser l'exercice de la compétence de l'Union et sa justification au regard du principe de subsidiarité » (28).

Les modifications apportées par le traité de Lisbonne confèrent également à cette politique une dimension extérieure. Toutefois, l'exercice de la compétence externe de l'Union européenne dans le domaine migratoire ne vise pas à lui conférer la qualité d'acteur international, mais plutôt « à garantir la réalisation effective des objectifs poursuivis par l'exercice de

(25) Jorik Larik et Niranjana Sahoo, « Regional contributions to global migration governance: introduction », *Global Policy*, vol. IX, n° 1, fév. 2018, p. 64 sq.

(26) Bulgarie, Estonie, Hongrie, Italie, République tchèque, Lettonie, Pologne, Slovaquie, Slovénie.

(27) Hongrie, République tchèque et Pologne.

(28) Eleftheria Neframi, « La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière », in Laurence Dubin, *La Lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 36.

sa compétence interne » (29). Cet exercice appuie la qualité de l'Union comme acteur global dès lors que l'action extérieure de l'Union européenne s'intègre dans une « approche globale des questions migratoires » (30) au regard des autres compétences externes de l'Union. Or l'approche globale de la politique migratoire ne se limite pas seulement à ce postulat de départ pour l'exercice des compétences externes (31). Son originalité tient au fait de l'interconnexion entre le volet interne et le volet externe (32). Comme l'a remarqué Ségolène Barbou des Places au sujet de la politique d'asile, mais on peut l'affirmer aussi de manière générale, « le volet interne a été conçu comme un dispositif agencé méthodiquement pour constituer une réponse ordonnée aux problèmes posés par l'asile dans l'Union européenne. Le volet externe vient en second et il est la prolongation du volet interne, la projection de ses objectifs, principes et valeurs à l'extérieur de l'Union européenne » (33).

Or la crise migratoire a remis en cause la cohérence recherchée entre le volet interne et externe de la politique migratoire. Elle est à l'origine de divergences profondes entre les États membres et l'Union. Ce faisant, elle a éprouvé la capacité de l'impératif de cohérence à jouer pleinement son rôle de « méthode, vecteur d'ordonnancement, d'articulation des normes autour d'objectifs prioritaires » (34) en combinaison avec le principe de coopération loyale (35), compte tenu des positions non unitaires, voire contradictoires (36).

La crise migratoire a également conduit à la cristallisation de l'action de l'Union européenne et de la mise en œuvre des mesures concrètes

(29) Sur ce point, l'article 21 du TUE ne vise pas explicitement la politique migratoire. Voir en ce sens aussi Eleftheria Neframi, « La répartition des compétences... », précité., p. 53.

(30) *Ibid.*, p. 53.

(31) Communication de la Commission, « Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions externe et interne de la politique migratoire », COM (2017)820 final, 7 décembre 2017.

(32) Marleen Maes *et al.*, « The international dimension of EU asylum and migration policy: framing the issues », in Philippe De Bruycker, Marie-Claire Foblets et Marleen Maes, *External Dimension of European Migration and Asylum Law and Policy/Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 10.

(33) Ségolène Barbou des Places, « L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ », in Catherine Flaesch-Mouglin et Lucia Serena Rossi (dir.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 360. Cette approche est réitérée par le Conseil européen dans son « Nouveau programme stratégique 2019-2024 ».

(34) Ségolène Barbou des Places, « L'asile, un exemple de cohérence... », précité, p. 360. L'auteure se réfère à l'analyse de Denys Simon, « Cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie Michel (dir.) *Le Droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 31.

(35) Voir dans ce sens Anne Thies, « Le devoir de coopération loyale dans l'exercice des compétences externes de l'Union européenne et des États membres » in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 315 sq.

(36) Christophe Hillion, « Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 230 sq.

adoptées (37). Elle est aussi à l'origine d'« une fragilisation en profondeur de la construction européenne [...] et [de] la confiance dans le caractère irrésistible de l'intégration européenne » (38). Elle est surtout « une crise des obligations internationales de l'Union [...] L'UE ne parvient pas à assumer certaines de ces obligations internationales et à proposer des réponses adéquates » (39).

De la sorte, si, d'un point de vue quantitatif, l'ampleur de la crise migratoire commence à s'estomper aujourd'hui (40), d'un point de vue qualitatif, on peut affirmer qu'elle a fragilisé fortement la crédibilité de l'action de l'Union européenne en tant que modèle de gestion du flux migratoire. En effet, la crise migratoire a, de manière tout à fait classique, fait resurgir les problématiques anciennes de la désignation de l'acteur le plus pertinent pour exercer le pouvoir décisionnel en temps d'urgence. Si les États membres ne peuvent plus faire cavalier seul face à l'ampleur du flux migratoire, ils restent attachés à garder le pouvoir décisionnel sur la question migratoire (41). La crise migratoire ne fait que porter ainsi sur la scène internationale les rapports ambivalents entre les États membres et l'Union dans la mise en œuvre de la politique migratoire.

En revanche, la crise migratoire a aussi révélé la sensibilité politique de la question migratoire (42). C'est sur ce point que les divergences entre les États membres ont été les plus virulentes et ont conduit à une « crise de valeurs » (43). Or l'action extérieure de l'Union est fondée sur des valeurs que l'Union doit promouvoir dans son action externe pour afficher une politique migratoire fondée sur les droits fondamentaux et la protection internationale du migrant au-delà de l'enjeu sécuritaire de gestion du flux migratoire (44). L'analyse des solutions apportées montre, de manière claire, le décalage entre cet affichage axiologique défendu et les mesures

(37) Voir sur ce point : le maintien de l'accord UE-Turquie sur l'immigration décidé lors du Conseil européen des 28-29 juin 2018 et la décision des États membres de mettre en place un nouveau financement pour la facilité en faveur des réfugiés en Turquie ; l'éventualité envisagée pour la mise en place d'une coopération avec les pays tiers, notamment l'Égypte et la Ligue des États arabes lors du Conseil européen des 19-20 septembre 2018 qui s'est tenu à Salzbourg ; le caractère prioritaire de la question migratoire tant dans son aspect interne qu'externe mis en avant lors du Conseil européen des 13-14 décembre 2018.

(38) Matthieu Tardis, « L'Union européenne est-elle prête pour les nouveaux défis migratoires ? », *Politique étrangère*, 2019, n° 3, p. 110.

(39) Anne-Marie Tournepiche, « Crise des réfugiés, crise des obligations internationales de l'Union européenne et de ses États membres », in Hélène Gaudin (dir.), *Crise de l'Union européenne. Quel régime de crise pour l'Union européenne ?*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 139-140.

(40) Matthieu Tardis, « L'Union européenne est-elle prête... », art. cit., p. 101.

(41) Voir dans ce sens François-Vivien Guiot, « Les procédures de décision d'une Union en crise : un retour de l'État schmittien ? », in Hélène Gaudin (dir.), *Crise de l'Union européenne. Quel régime de crise pour l'Union européenne ?*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 168 sq.

(42) Loïc Azoulay, « Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, p. 519. Nous renvoyons aussi à l'analyse stimulante de la peur de l'immigrant comme facteur d'unité de l'intégration, proposée par Denie Duez, « L'Europe et les clandestins : la peur de l'autre comme facteur d'intégration ? », *Politique européenne*, n° 26, 2008/3, p. 97-119.

(43) Voir sur ce point Anne Hamonic, « La projection du standard de l'État de droit dans l'action extérieure de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 337.

(44) Voir sur ce point Jean-Yves Carlier, « Introduction : Politique migratoire européenne : hasard ou nécessité ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 27. Voir aussi la teneur de l'article 21 TUE.

concrètes adoptées. De la sorte, l'approche axiologique de la question migratoire paraît fragilisée pour asseoir la crédibilité de l'Union européenne comme acteur international.

LES RAPPORTS AMBIVALENTS
ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LES ÉTATS MEMBRES
RÉVÉLÉS PAR LA CRISE MIGRATOIRE
DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE

L'élévation de la politique migratoire au rang d'une politique commune par le traité de Lisbonne n'a pas pour effet d'écartier complètement les États membres du processus décisionnel. La particularité de la politique migratoire leur offre la possibilité de contourner les mécanismes classiques de prise de décision. L'ambivalence est à la fois institutionnelle et décisionnelle, marquée par la résurgence de l'intergouvernementalité sur la question migratoire.

L'ambivalence institutionnelle

L'ambivalence institutionnelle est essentiellement entretenue par l'institutionnalisation du Conseil européen (45) et de son rôle dans le développement de l'action migratoire de l'Union. Or, par sa composition et par sa mission, le Conseil européen est une institution de l'Union dont la fonction est de défendre les intérêts des États (46). C'est pourquoi son intervention dans la politique migratoire a conduit à s'interroger sur le point de savoir s'il agit en tant qu'institution de l'Union ou s'il offre un cadre privilégié aux réunions des États membres sur les questions migratoires.

C'est le juge de l'Union qui a dû préciser la qualité institutionnelle du Conseil européen dans la politique migratoire au sujet de la déclaration Union Européenne-Turquie du 18 mars 2016. Cette déclaration est une mesure envisagée lors du Conseil européen des 25-26 juin 2015, dont les conclusions ont donné lieu à plusieurs rencontres (47) avant d'aboutir à la version finale de la déclaration du 18 mars 2016. La déclaration met en place deux éléments principaux : le renvoi vers la Turquie de tout migrant

(45) Les traités lui confèrent également une mission de protection des intérêts des États membres en matière de sécurité sociale et en matière pénale. Pour une présentation générale de la place du Conseil européen, de son organisation et de son fonctionnement depuis le traité de Lisbonne, voir Jean-Paul Jacqué, « Conseil européen », *JurisClasseur, Europe*, fasc. 221, 2018.

(46) C'est pour cela aussi que son institutionnalisation n'a pas été accueillie de manière tout à fait favorable et a fait l'objet de vives critiques – celui-ci restant une institution dont le fonctionnement est marqué par une logique intergouvernementale. Pour certains auteurs, cette institutionnalisation soumet le Conseil européen aux principes directeurs de la structure institutionnelle de l'Union et, par conséquent, dépasse dans une certaine mesure sa logique intergouvernementale.

(47) Voir la déclaration UE-Turquie, 29 novembre 2015 (en ligne : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement, consulté le 25 février 2020). Pour une présentation du cadre juridique de cet accord, voir Antoine Guérin, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les signes de la sagesse », *Revue des droits de l'homme*, n° 16, 2019 (en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/6965>, consulté le 26 février 2020).

dont la demande d'asile a été rejetée et un mécanisme de réinstallation de « un pour un » (48). Ce système a été fortement critiqué et décrié. Qualifiée de « marchandage sur le dos des réfugiés » (49), de « troc indigne » (50), cette déclaration a été contestée dans le cadre d'un recours en annulation devant le tribunal de l'Union européenne dans trois affaires (51). À l'appui de leurs recours, les requérants estimaient que la déclaration UE-Turquie « était un acte attribuable au Conseil européen matérialisant un accord international conclu le 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie » (52) et qu'en tant que tel il devait être conclu selon la procédure de l'article 218 du TFUE. Le tribunal rejeta le recours parce qu'il s'estima incompétent. En effet, dans les trois ordonnances, il jugea la déclaration comme un acte des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen et non pas comme un acte de l'institution de l'Union. Cette position fut confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre des pourvois (53).

Les deux juridictions se sont essentiellement concentrées sur l'ambivalence du Conseil européen et sur la concomitance de deux réunions précédant la déclaration : l'une étant celle du Conseil européen, l'autre celle du sommet européen, « organisés de manière parallèle selon des voies distinctes sur le plan juridique, protocolaire et organisationnel » (54). La déclaration UE-Turquie résulte de la dernière et, par conséquent, est qualifiée d'acte international des États membres qui échappe au contrôle des juridictions de l'Union (55). Dès lors, l'ambivalence n'est pas seulement institutionnelle, mais aussi décisionnelle.

L'ambivalence décisionnelle

L'ambivalence décisionnelle en matière migratoire est entretenue par les traités en raison du rôle joué par le Conseil européen, mais aussi par le partage délicat des compétences entre les États membres et l'Union.

Le rôle du Conseil européen

Dans la politique migratoire, l'importance du Conseil européen a été cruciale non seulement pour la définition de l'approche globale de la

(48) Pour un Syrien renvoyé vers la Turquie à partir des îles grecques, un Syrien de Turquie réinstallé sur le territoire de l'Union compte tenu de sa vulnérabilité.

(49) Denys Simon, « L'accord UE/Turquie sur les migrants : sinistre comptabilité », *Europe*, 2016, n° 4, repère 3.

(50) Catherine Teule, « Accords 'UE-Turquie' : le troc indigne », *Plein droit*, n° 114, 2017/3, p. 24.

(51) TUE, ord., 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, aff. T-192/16 : ECLI:EU:T:2017:128 ; TUE, ord., 28 février 2017, *NG c. Conseil européen*, aff. T-193/16 : ECLI:EU:T:2017:129 ; TUE, ord., 28 février 2017, *MN c. Conseil européen*, aff. T-257/16 : ECLI:EU:T:2017:130.

(52) Point 14 de l'ordonnance dans l'affaire *NF c. Conseil européen* ; point 14 de l'ordonnance *NG c. Conseil européen* ; point 14 de l'ordonnance dans l'affaire *MN c. Conseil européen*.

(53) CJUE, ord., 12 septembre 2018, *NF, NG, et NM c. Conseil européen*, aff. jtes C-208/17 P à C-210/17 P : ECLI:EU:C:2018:705.

(54) Point 66 des ordonnances du tribunal.

(55) Voir également TUE, ord., 18 décembre 2018, *QC c. Conseil européen*, aff. T-834/16 : ECLI:EU:T:2018:984.

question migratoire (56), mais aussi pour les mesures concrètes qu'il faut adopter pour faire face à la crise. Même si le Conseil européen n'exerce pas de fonction législative et qu'il en est par principe exclu, il a encadré la marge de manœuvre de la Commission et du Conseil, lesquels doivent tenir compte du consensus arrêté par les chefs d'État et de gouvernement. L'adoption des mesures de relocalisation fournit un exemple éclairant. En effet, le 23 avril 2015, le Conseil européen s'était réuni de manière extraordinaire afin d'adopter une position par les chefs d'État et de gouvernement sur la situation extrêmement urgente qui s'est produite aux portes de l'Union européenne. Dans ses conclusions, le Conseil européen avait précisé que des mesures de relocalisation temporaires devraient être envisagées. De telles mesures furent précisées dans les conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 juin 2015. Ainsi, dans le point 4 relatif à la relocalisation/réinstallation, le Conseil européen assignait au Conseil et à la Commission des objectifs précis : l'adoption par le Conseil d'une décision instaurant le cadre juridique des mesures de relocalisation et l'élaboration des propositions de la Commission pour « la mise en place de dispositifs d'accueil et de premier accueil ("hotspots") dans les États membres situés en première ligne, avec le soutien actif d'experts des États membres ainsi que du Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), de Frontex et d'Europol pour assurer rapidement l'identification et l'enregistrement des migrants et le relevé de leurs empreintes digitales » (57).

La suite est bien connue. Le Conseil adopta la décision (UE) n° 2 015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et la Grèce (58). Or la Slovaquie et la Hongrie contestèrent la légalité de cette décision dans le cadre d'un recours en annulation. À l'appui de leur recours, elles invoquèrent la violation de la procédure d'adoption de la décision ainsi que la violation de l'article 68 du TFUE. En effet, elles estimaient que « le Conseil aurait dû respecter les orientations découlant de ces conclusions, en particulier l'exigence d'une répartition des demandeurs ayant manifestement besoin d'une protection internationale entre les États membres par une décision adoptée à l'unanimité, soit sous la forme de contingents volontairement consentis

(56) Conclusions du Conseil européen de Tampere, 15-16 octobre 1999, point A I ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 final, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C236, 24 septembre 2005 ; Pacte européen sur l'immigration et l'asile du 24 septembre 2008 ; Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 15-16 décembre 2005, point IV relatif aux migrations ; Communication de la Commission, « L'approche globale de la question des migrations et de la mobilité », COM(2011) 743 final, 18 novembre 2011 ; Conclusion du Conseil, « L'approche globale des migrations et de la mobilité », 30 mars 2012 ; Communication de la Commission, « Un agenda européen en matière d'immigration », COM(2015) 240, 13 mai 2015 ; le point I des Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 18 octobre 2018 ; le point III des Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 13-14 décembre 2018 ; Communication de la Commission, « Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda en matière d'immigration », COM(2019) 126 final, 6 mars 2019.

(57) Voir p. 2 des Conclusions du Conseil européen des 25-26 juin 2015. Quant à la Commission, elle envisagea la réforme de Frontex et renforça le soutien financier accordé aux États.

(58) Du 22 septembre 2015, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 248, 24 septembre 2015, p. 80.

par les États membres. [...] Le respect par le Conseil des conclusions du Conseil européen aurait été d'autant plus important que le Conseil aurait dû prendre en compte le fait que la relocalisation de demandeurs d'une protection internationale est une question politiquement sensible pour plusieurs États membres car une telle mesure porterait une atteinte considérable à l'actuel système découlant de l'application du règlement Dublin III » (59).

Pour réfuter cette argumentation, la Cour de justice se fonde exclusivement sur la nature politique des conclusions du Conseil européen afin de neutraliser leur incidence sur la légalité des actes adoptés par les institutions par la suite. Pour renforcer cette position, la Cour de justice mobilise le principe de l'équilibre institutionnel. Ce faisant, elle autonomise le droit d'initiative conféré à la Commission, ainsi que l'impossibilité pour le Conseil européen de modifier les règles de vote au sein du Conseil par l'intermédiaire de ses conclusions (60). Malgré la teneur très précise des conclusions des 25 et 26 juin 2015, les attributions du Conseil et de la Commission ne peuvent pas être modifiées, même si l'urgence de la situation le nécessite. La conséquence en est double. Le Conseil et la Commission ne sont pas tenus de suivre à la lettre les conclusions du Conseil européen mais, s'ils le décident, ils le font de manière discrétionnaire, sur le fondement des prérogatives que leur confèrent les traités dans le respect du principe d'équilibre institutionnel.

Si cette position jurisprudentielle peut se comprendre au regard de la volonté des auteurs des traités d'exclure le Conseil européen du processus législatif (61), il n'en demeure pas moins qu'elle préserve son rôle politique dans l'initiative législative : impulser et donner les grandes lignes des mesures que la Commission doit envisager. En le plaçant en dehors du processus législatif et, partant, du contrôle de légalité des actes, cette position sauvegarde aussi sa capacité à jouer sur l'échéancier législatif en temps de crise et l'autorise à intervenir dans le processus rédactionnel en raison de la précision dans la formulation de ses conclusions. Le Conseil européen apparaît ainsi comme l'institution incontournable pour faire face à la crise. La conséquence en est qu'il met en avant les États comme acteurs de la politique migratoire.

Le partage de compétences entre les États membres et l'Union

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la politique migratoire relève des compétences partagées tant en ce qui concerne le contrôle aux frontières et l'asile que la gestion du flux migratoire. Comme l'a déjà souligné Marise Cremona, l'interdépendance entre les objectifs internes et

(59) CJUE, Grande chambre, 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15 : ECLI:EU:C:2017:631, spéc. points 136 à 138.

(60) Voir notamment les points 143 à 150 de l'arrêt précité.

(61) Voir sur ce point, Didier Blanc, « L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative : la lettre et l'esprit », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 9.

externes de l'espace de liberté de sécurité et de justice détermine alors la compétence de l'Union pour conclure des accords internationaux ou mener une action internationale dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en général et de la politique migratoire en particulier (62). À cet égard, si le traité de Lisbonne renforce l'action de l'Union, il ne fait pas de l'espace de liberté, de sécurité et de justice une politique extérieure autonome au profit de l'Union (63).

La politique migratoire reste donc marquée par les considérations nationales que les traités sauvegardent au titre d'une réserve de compétence. La résurgence de l'intérêt national est alors possible : tantôt il apparaît dans la relation verticale ascendante États-Union et interfère dans le processus normatif pour la recherche d'une solution commune ; tantôt il apparaît dans la relation verticale descendante Union-États pour faire échec à l'application du dispositif migratoire européen. Cette instrumentalisation ambivalente de l'intérêt national explique la difficulté de mettre en œuvre les réformes nécessaires au dispositif européen migratoire, mais aussi la sensibilité de cette question pour l'Union européenne elle-même.

Ainsi, la réforme du système européen d'asile en est l'illustration significative. Les réticences nationales ont déjà tenu en échec l'aboutissement de la proposition initiale protectrice de la Commission pour le remplacement du règlement Dublin II (64). De même consciente que la crise migratoire a éprouvé la capacité du règlement Dublin III à faire face efficacement à cette situation et donnant suite aux conclusions du Conseil européen, la Commission proposa dès 2016 une refonte (65). L'échec, en avril 2019, à trouver un compromis a clos définitivement les tentatives de la Commission pour faire émerger des solutions pérennes pour le traitement des demandes d'asile. Cet échec est symptomatique du poids de la volonté politique des États pour la mise en place d'une politique migratoire.

La conséquence en est que, face à l'impératif de réforme, on voit proliférer des actes dits de *soft law* et une multiplication de prise de positions

(62) Marise Cremona, « EU external action in the JHA domain... », précité, p. 5.

(63) P. Garcia Andrade, « EU external competences in the field of migration: how to act externally when thinking internally », *Common Market Law Review*, vol. LV, n° 1, 2018, p. 158.

(64) Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L180, 29 juin 2013, p. 31. La version finale du règlement (UE) n° 604/2013 (Dublin III) va aussi à l'encontre de la position d'ouverture de la Cour de justice en ce qui concerne la détermination de l'État membre responsable sur le fondement de la clause dite « personnes à charge ». Voir sur ce point notre étude, « Un État membre devient responsable, au sens du règlement n° 343/2003, de l'examen d'une demande d'asile pour des raisons humanitaires pour garantir l'utilité familiale (CJUE, gde ch., 9 novembre 2012, K., aff. C- 245/11 », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2012, p. 865 sq.

(65) Proposition de la Commission de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final du 4 mai 2016.

officielles qui doivent guider par la suite l'action des institutions (66). L'utilisation des procédures spéciales d'adoption des actes est aussi une façon de contourner la recherche d'un compromis politique sensible que la lourdeur de la procédure législative peut tenir aussi en échec (67). Face à cet échec de réforme, les États n'ont pas hésité à proposer une « nouvelle philosophie » fondée sur « l'externalisation des demandes d'asile » (68), au détriment de l'approche globale défendue par les institutions de l'Union.

Le système européen de visas constitue également un exemple éclairant de la difficulté posée par le partage des compétences entre les États membres et l'Union lorsqu'il s'agit de l'accès des migrants au territoire des États membres. Dans son arrêt *X et X* (69), la Cour de justice devait se prononcer sur la possibilité d'une famille syrienne de déposer une demande de visa humanitaire sur le fondement de l'article 25 du code Schengen auprès de l'ambassade belge à Beyrouth dans l'objectif de se rendre en Belgique pour faire une demande d'asile. La question est hautement sensible car elle vise en substance l'application du dispositif européen afin de pouvoir autoriser l'entrée légale sur le territoire de l'Union pour solliciter la protection européenne. Dans sa réponse, la Cour de justice a adopté une approche stricte du champ d'application du code de Schengen (70), jugeant que cette situation relevait du droit national. Les États demeurent alors libres de décider si un tel visa pourrait être délivré sur le fondement des dispositions nationales (71).

Dans le domaine migratoire, le rôle palliatif de la Cour reste limité, même si celui-ci entre en contradiction profonde avec l'objectif de protection affiché. En effet, au-delà de la question de répartition des compétences, l'accès au territoire de l'Union européenne des migrants se pose aussi en termes de protection (72). Sous prétexte de la question des compétences, la Cour de justice n'a pas voulu exercer son rôle politique. Cependant, parce que « *net self-restraint*, [...] le juge est accusé d'avoir sacrifié au contexte politique la garantie des droits fondamentaux » (73) et, partant, fragilise davantage l'approche axiologique affichée par l'Union.

(66) Voir le point I des Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 18 octobre 2018 ; le point III des Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 13-14 décembre 2018 ; Communication de la Commission, « Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda en matière d'immigration », COM(2019) 126 final, 6 mars 2019. Dès l'entrée dans ses fonctions, la présidente Ursula von der Leyen a fait de la question migratoire une priorité pour la nouvelle Commission, toutefois après la question climatique, elle s'est engagée à faire une nouvelle proposition de paquet « Asile ».

(67) Voir sur ce point, l'utilisation de l'article 78 §3 pour l'adoption des mesures de relocalisation et la proposition de la Commission sur la refonte du règlement Dublin III et les tentatives de les pérenniser.

(68) Voir la proposition de l'Allemagne lors du G6 qui s'est tenu les 28-29 octobre à Munich.

(69) CJUE, Grande Chambre, 7 mars 2017, *X et X*, aff. C-638/16 PPU : ECLI:EU:C:2017:173.

(70) Points 40 à 43 de l'arrêt.

(71) Point 44 de l'arrêt.

(72) Loïc Azoulay, « Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle », art. cit.

(73) Ségolène Barbou des Places, « La politique d'immigration et d'asile », in Laure Clément-Wilz (dir.), *Le Rôle politique de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 431.

UNE APPROCHE AXIOLOGIQUE FRAGILISÉE
DE L'ACTION INTERNATIONALE DE L'UNION
SUR LA QUESTION MIGRATOIRE

La politique migratoire dans le traité de Lisbonne répond à trois préoccupations fondamentales : des préoccupations sécuritaires avec la mise en place des contrôles extérieurs ; la protection internationale et le droit d'asile ; enfin, la lutte contre l'immigration illégale. Si la gestion du flux migratoire reste de premier ordre, celui-ci est progressivement associé à la nécessité de protéger le migrant et ses droits fondamentaux, conformément aux dispositions des traités et aux obligations internationales de l'Union découlant de la convention de Genève de 1951. Outre cette obligation de protection, les traités posent également le principe de solidarité entre les États membres dans la mise en œuvre de la politique migratoire. L'objectif poursuivi est clairement celui de projeter le modèle européen de la politique migratoire identifié par ces valeurs et principes tant dans son volet interne qu'externe sur la scène internationale (74). La réalisation de cet objectif se heurte néanmoins à l'effectivité relative de l'exigence de protection des droits fondamentaux et à la difficile mise en œuvre du principe de solidarité entre les États membres en matière migratoire.

L'effectivité relative de l'exigence de protection des droits fondamentaux

L'exigence de protection des droits fondamentaux est une constante dans la politique migratoire, tant dans son volet externe qu'interne.

Dans le volet externe, il s'agit d'un objectif clairement identifié dans les traités, que l'on retrouve dans les accords internationaux conclus par l'Union au titre de la conditionnalité politique. La référence aux droits fondamentaux y est systématique. Toutefois, cette référence ne signifie pas pour autant que la protection des droits fondamentaux est effectivement garantie (75). Les compromis arrêtés servent souvent l'objectif sécuritaire de gestion du flux migratoire au détriment de la protection des droits fondamentaux. L'exemple des accords de réadmission conclus par l'Union est éclairant à ce sujet. En effet, la crise migratoire a intensifié ce type d'accords, qui offrent la possibilité de réadmission des migrants vers leur État d'origine ou d'autres États qualifiés de pays sûrs et où le migrant

(74) Voir sur ce point l'article 2 TUE, l'article 3 TUE et l'article 21 TUE. Pour une étude d'ensemble, voir Vivian Kube, « The European Union's external human rights commitment: what is the legal value of article 21 TEU? », *EUI Working Papers Law*, 2016/10 (en ligne : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/40426>, consulté le 26 février 2020). Nous renvoyons également à l'étude particulièrement fournie de Grainne de Burca, « The road not taken: the European Union as a global human rights actor », *The American Journal of International Law*, vol. CV, 2011, p. 649-693. Voir aussi Anne Hamonic, « La projection du standard... », précité, p. 337.

(75) Grainne de Burca, « The road not taken... », art. cit., p. 684 sq.

a résidé ou transité (76). Ces accords peuvent être adoptés de manière autonome sur le fondement de l'article 79 paragraphe 3 ou dans le cadre de la politique de développement (77). Ils fonctionnent en principe sur une obligation réciproque de réadmission. De même, il existe au sein de ces accords une clause de non-incidence, dont l'objectif est d'affirmer la prévalence des droits fondamentaux et des instruments internationaux et européens de protection. Néanmoins, cette clause est relativement récente dans la pratique de l'Union des accords de réadmission. Le premier accord de réadmission qui y fait expressément référence est celui conclu avec l'Albanie en 2004.

L'étude et la pratique de ces accords montrent cependant que leur licéité peut être contestée au regard des droits fondamentaux. Ainsi, comme le souligne Niki Aloupi, les principales violations concernent « l'interdiction des expulsions massives, l'obligation de non-refoulement et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants » (78). Ce point a également été mis en exergue dans son rapport par la Commission des migrations, des réfugiés et de la population de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (79). La référence aux droits fondamentaux dans ces accords n'est pas une garantie de leur respect effectif. De plus, la pratique de ces accords a révélé que l'obligation de réadmission est souvent unilatérale et oblige ainsi l'Union européenne à développer davantage une aide financière aux pays tiers ou à leur concéder des « contreparties politiques » (80). Cette pratique conforte l'idée que l'Union européenne n'arrive pas à imposer dans ses relations avec les pays tiers les principes protecteurs de sa politique migratoire. Ces derniers cèdent le pas au défi sécuritaire de gestion du flux migratoire (81). De plus, la sanction du non-respect de l'exigence de protection des droits fondamentaux n'est pas politique (82).

(76) L'éventualité est envisagée pour la mise en place d'une coopération avec les pays tiers, notamment l'Égypte et la Ligue des États arabes lors du Conseil européen des 19-20 septembre 2018 qui s'est tenu à Salzbourg ; le caractère prioritaire de la question migratoire tant dans son aspect interne qu'externe a été mis en avant lors du Conseil européen des 13-14 décembre 2018.

(77) Pour une étude de ces accords, voir Christel Cournil, « La politique de réadmission de l'Union européenne : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in Laurence Dubin (dir.), *La Légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 187 sq.

(78) Niki Aloupi, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », in Philippe Icard (dir.), *Les Flux migratoires de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 205.

(79) Rapport « Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière », document n° 12 168, 17 mars 2010.

(80) Voir sur ce point Niki Aloupi, « Les accords de réadmission... », précité, p. 195.

(81) Sur ce point, voir Ségolène Barbou des Places, « L'asile, un exemple de cohérence... », précité, p. 371 sq. Voir Christel Cournil, « La politique de réadmission... », précité, p. 209.

(82) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Poursuivre le renforcement de l'État de droit au sein de l'Union. État des lieux et prochaines étapes envisageables », COM(2019) 163 final, 3 avril 2019. Anastasia Iliopoulou-Penot, « La justification de l'intervention de l'Union pour la garantie de l'État de droit au sein des pays membres », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2019, p. 8 sq ; Dimitry Kochenov, « Article 7 TUE : un commentaire de la fameuse disposition "morte" », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2019, p. 33 sq.

Elle prend souvent la forme d'une sanction financière par la suspension de l'aide accordée (83).

La position des juridictions de l'Union européenne au regard de la Déclaration Union-Turquie va également dans ce sens. L'incompétence de principe des juridictions de l'Union pour connaître de cet accord international conduit *in fine* à ne pas sanctionner un dispositif qui est contesté dans sa conception au regard des valeurs de l'Union et de la protection des droits fondamentaux des migrants (84). Cette déclaration a aussi des répercussions institutionnelles. Elle offre aux États une liberté, une « flexibilité » dans leur « volonté de “dés-institutionnaliser”, de sortir du cadre juridique et institutionnel formé par le droit de l'Union européenne » (85) et de s'affranchir de la protection des droits fondamentaux des migrants (86).

Ce constat dans la protection des droits fondamentaux dans le volet externe peut également être fait dans le volet interne. Sur ce point, le règlement de la nouvelle Frontex (87) tente de remédier aux critiques « mettant en lumière plusieurs violations des droits fondamentaux des personnes liées à la mise en œuvre d'opérations sur le terrain » (88). Cependant, son étude attentive révèle un discours institutionnel « feutré et consensuel » sur les droits fondamentaux, en décalage avec « les missions et compétences élargies de l'agence » (89), dont les activités échappent *a priori* au contrôle du juge de l'Union (90).

(83) Sur ce point, voir Niki Aloupi, « Les accords de réadmission... », précité, p. 195.

(84) Sur la situation en Turquie, voir Antoine Guérin, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016... », art. cit. Toutefois, dans son arrêt *Access Info Europe c. Commission européenne*, le tribunal a sanctionné le refus de communiquer les informations relatives à la déclaration UE-Turquie contenues dans les « *EU legal framework* » de la Commission, tout en précisant que le droit d'accès au dossier dans le cadre des relations internationales doit être limité pour préserver « le climat de confiance » qui préside à la phase de négociation. TUE, 7 février 2018, *Access Info Europe c. Commission européenne*, aff. T-851/16 : ECLI:EU:T:2018:69, point 44.

(85) Karine Aberdemane, « L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les principes de loyauté et de solidarité », in Laurence Potvin-Solis (dir.), *Le Statut d'État membre de l'Union européenne : quatorzièmes journées Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 220.

(86) Voir sur ce point la proposition émise par Vivian Kube, « The European Union's external human rights commitment... », précité, p. 21 sq. Pour pallier cette situation, la doctrine, d'un point de vue purement théorique, s'est interrogée sur l'intérêt de reconnaître un effet extraterritorial de la Charte des droits fondamentaux. De la sorte, l'Union pourrait voir sa responsabilité engagée. Si cette hypothèse reste encore un cas d'école, la doctrine considère que les juridictions de l'Union, malgré leur incompétence pour contrôler ce respect, n'apparaissent pas *a priori* réticentes à accueillir ce moyen.

(87) Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil, 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, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L251, 16 septembre 2016, p. 1.

(88) Fabienne Kauff-Gazin, « Peut-on mettre du « vin nouveau dans de vieilles outres ? Approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l'angle des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 497 sq.

(89) *Ibid.*, p. 510.

(90) Laure Clément-Wilz, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 511 sq.

Il en résulte donc une faille dans la protection des droits fondamentaux dans la politique migratoire, tant dans son volet externe qu'interne, mais elle est paradoxalement la réponse à « l'absence sinon la fragilité de la solidarité européenne » (91).

Une mise en œuvre difficile du principe de solidarité dans la politique migratoire

La politique migratoire est « fondée sur la solidarité entre États membres et [...] est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers » (92). L'article 80 du TFUE reprend cette formulation en ce qui concerne la mise en œuvre de cette politique, qui est régie « par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier » (93). La référence, dans les traités, à la solidarité dans la politique migratoire n'est pas étonnante. La Convention de Genève de 1951 l'érige aussi comme un élément incontournable dans la protection internationale des réfugiés, qui doit se faire selon « la solidarité internationale ».

Au sein de l'Union, la nature juridique de la solidarité est ambivalente. La doctrine la qualifie à la fois « principe-valeur » et « principe-relationnel » (94), compte tenu de sa qualité de « valeur » reconnue par le droit primaire. Partant, la doctrine l'analyse comme un principe structurel et constitutionnel (95), façonnant le statut d'État membre par « la singularité de l'appartenance à l'Union » (96), reposant sur une réponse collective aux obligations d'exécution imposées par les traités (97).

Or la particularité de la politique migratoire et la faiblesse des moyens d'action de l'Union ont permis d'inverser la logique collective au profit de l'individualisation de l'intérêt national des États (98). Le refus de certains États membres d'exécuter les mesures de relocalisation ont fait entrer des revendications nationales identitaires, dont l'annonce n'est plus seulement politique. Ces dernières ont été portées devant la Cour

(91) Karine Abderemane, « L'ancrage de l'engagement... », précité, p. 220.

(92) Voir article 67 TFUE.

(93) Pour une étude critique de la solidarité en matière migratoire, voir Marie-Laure Basilien-Gainche, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in Chahira Boutayeb (dir.), *La Solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 245 sq. Pour une étude de l'article 80 TFUE, voir A. Caiola, « Une base juridique pour la solidarité : l'article 80, seconde phrase TFUE », *Cahiers de droit européen*, vol. LIV, n° 2, 2018, p. 437-493.

(94) Nous empruntons ces qualificatifs au professeur Abdelkahdeq Berramdane, « Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne », in Chahira Boutayeb (dir.), *La Solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 56-59.

(95) Pour une présentation très approfondie de ce principe, nous renvoyons à la thèse de Karine Abderemane, *La Solidarité : un fondement du droit de l'intégration européenne*, thèse sous la dir. de François Hervouët, université de Poitiers, 2010.

(96) Karine Abderemane, « L'ancrage de l'engagement... », précité, p. 227 sq.

(97) *Ibid.*, p. 235.

(98) *Id.*

de justice en espérant obtenir une consécration juridique au titre de la souveraineté étatique (99). La Cour rejette l'argument sans y répondre, mais la solidarité en sort malmenée. Elle suit désormais une logique « inversée [...] : l'obligation statutaire de solidarité est mise en concurrence avec celle qui lie les États à leur communauté nationale » (100). L'exemple de la désolidarisation des États membres vis-à-vis de la position de l'Union européenne lors de la conférence de Marrakech illustre parfaitement la difficulté d'envisager la question migratoire collectivement et surtout d'imposer une solution unifiée. D'ailleurs, cette logique inversée de la solidarité a été entérinée par les institutions de l'Union dans la refonte du règlement Dublin III. Dans sa proposition, la Commission prévoyait la possibilité pour les États membres de « refuser de participer au mécanisme de solidarité en contrepartie d'une contribution financière » (101). Cette facilité a été prévue afin de pérenniser le système de relocalisation dans le cadre de la refonte du système européen d'asile, en sacrifiant la solidarité collective et le partage de responsabilité au profit de l'intérêt national.

Sur le plan pratique, paradoxalement, c'est cet intérêt national qui permettra de faire émerger et de consolider une « solidarité par les procédures » (102). Cette solidarité est concrète. Elle se construit dans le volet opérationnel de la gestion du flux migratoire : « la procéduralisation de l'évaluation de la surveillance aux frontières extérieures et surtout du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures » ne pourront être que communes. La réforme envisagée de l'article 29 du code de frontières Schengen ainsi que la nouvelle Frontex vont dans ce sens. Qualifiée par la doctrine de « gouvernance politique » (103), ces modifications renforcent l'approche intégrée de la gestion du flux migratoire selon la méthode de l'intégration dans une relation verticale réciproque. Le défi sécuritaire est ainsi mis au service de la solidarité opérationnelle entre les États membres et les agences de l'Union. Toutefois, il entérine l'externalisation comme approche de la question migratoire, c'est-à-dire la prévention de la migration aux frontières extérieures de l'Union.

Par son objet parcellaire, l'externalisation contraste fortement avec l'approche globale impulsée par le Conseil européen, fondée sur l'interconnexion des volets interne et externe de la politique d'asile et migratoire. La doctrine tente d'expliquer cette interconnexion par la notion d'« *external governance* » et d'« extra-territorialisation ». L'usage limité de

(99) CJUE, Grande Chambre, 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, précité, point 302. Voir également Ségolène Barbou des Places, « La politique d'immigration et d'asile », précité.

(100) Karine Abderemane, « L'ancrage de l'engagement... », précité, p. 235.

(101) François-Vivien Guiot, « Les procédures de décision... », précité, p. 173.

(102) Pierre Berthelet, « Les conséquences des crises migratoires de 2011 et de 2015, une solidarité européenne encore très imparfaite », *Cahiers de droit européen*, 2018, p. 418.

(103) *Ibid.*, p. 418 sq.

la première dans les rapports de l'Union avec les pays tiers (104) plaide en faveur de la seconde (105).

« L'extra-territorialisation » implique « une approche équilibrée, globale et cohérente » (106), comprenant non seulement la lutte contre l'immigration illégale et des politiques favorisant l'immigration légale, mais aussi la coopération entre les États membres et l'Union et les pays tiers (107). La politique migratoire ne peut alors être envisagée que dans sa globalité et dans une continuité d'action de ses acteurs. La crédibilité de l'action internationale de l'Union sur cette question en dépendra. À condition toutefois que la solidarité puisse y jouer, dans le volet interne, pleinement son rôle structurant et unificateur.

(104) Marise Crémona et Jorrit J. Rijma, « The extra-territorialisation of EU migration policies and the rule of law », *EUI Working Papers Law*, 2007, p. 11.

(105) *Ibid.*, p. 12.

(106) Conclusions du Conseil européen de Bruxelles, 15-16 décembre 2005, point IV relatif aux migrations.

(107) *Ibid.*