

5.

DROIT D'ASILE ET LIBRE CIRCULATION : DEUX PRINCIPES EUROPÉENS INSÉPARABLES

JEAN-LOUIS DE BROUWER

Directeur du Programme Affaires européennes de l'Institut Egmont

JÉRÔME VIGNON

Président du Groupe de travail Migration & Asile

Conseiller à l'Institut Jacques Delors

5.1 · Introduction

Un an après sa proposition en septembre 2020 par la Commission¹, le Pacte sur la migration et l'asile serait-il déjà mort ? Le débat des experts² permet de dégager une réponse plus nuancée : les négociations sont en cours et il est prématuré de tirer des conclusions définitives. Mais il est clair qu'il faudra beaucoup de temps pour aboutir à un éventuel accord et qu'en attendant l'Union européenne paraît toujours démunie d'un cadre cohérent lui permettant d'appréhender la migration et la mobilité.

Nulle place toutefois pour un pessimisme excessif, voire un cynisme, dont sont trop souvent coutumiers les commentateurs de l'agenda européen. Depuis la réunion extraordinaire du Conseil européen à Tampere en octobre 1999, les fondements d'une politique commune en matière d'immigration et d'asile ont progressivement été mis en place. Ses instruments fonctionnent, ainsi qu'en témoignent les statistiques relatives à l'admission de ressortissants de pays tiers, à quelque titre que ce soit, au sein de l'Union européenne. Mais cet acquis est inachevé, son application dans la pratique est inégale et la mise en œuvre de certains principes fondamentaux continue de poser question, au point que la robustesse de l'ensemble est perçue comme problématique par les opinions publiques. C'est là que réside le défi.

La migration — ou plutôt le déplacement de populations dans le contexte d'une globalisation très directement illustrée par la pandémie — est plus que jamais au centre des agendas micro- ou macro-politiques. S'en tenir à dénoncer, déplorer, critiquer n'est une posture acceptable ni pour les acteurs institutionnels ni pour les observateurs avisés. D'autres voies existent, à mi-chemin entre le réalisme désespérant et l'idéalisme improductif, et doivent être explorées. Elles relèvent à la fois d'une mise en œuvre systématique d'un acquis non négligeable, de la traduction en actions de nouvelles initiatives qui ne semblent pas (encore) affectées par la politisation du sujet et, peut-être, de l'ouverture de nouvelles pistes.

1. « Communication sur un nouveau Pacte sur la migration et l'asile », 23 septembre 2020, COM (2020) 609 final.

2. « The New Pact on Migration and Asylum: Dead or alive ? », 9-10 septembre 2021, conférence à l'invitation de Philippe de Bruycker, Coordinateur du réseau académique Odysseus, et de Jean-Louis De Brouwer, de l'Institut Egmont.

5.2 . Le jeu des acteurs semble enfermé dans une impasse

Trois présidences du Conseil après le dépôt de ses propositions par la Commission, le jeu institutionnel au sein de l'Union européenne ne paraît pas en mesure d'engendrer une position d'équilibre, comme le montre une rapide revue du comportement des différents acteurs.

L'attention s'est, jusqu'à présent, focalisée sur la position des États membres au sein du Conseil. Mais les mesures à adopter relèvent de la codécision et le Parlement européen doit encore définir sa position de négociation. Il a estimé nécessaire de se fonder sur sa propre étude d'impact, à défaut d'en avoir reçu une de la Commission. Il ne pourra en ignorer les conclusions critiques, même si sa méthodologie a pu être considérée comme lacunaire. En toute hypothèse, les arbitrages entre groupes politiques s'annoncent difficiles ainsi qu'en témoignent les premiers échanges sur les projets de rapport. Le débat sur la prise de décision au sein du Conseil — entre consensus imposé par le Conseil européen au lendemain de la tentative de « passage en force » pour imposer des relocalisations obligatoires au plus fort de la crise de 2015-2016 et majorité qualifiée requise par le Traité — semble à cet égard prématuré. D'autant plus que le recours à la majorité qualifiée reste bien ancré dans la réalité des travaux, comme en témoignent les adoptions récentes de la directive Carte bleue ou de la réforme du Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA, en anglais EASO).

Quoiqu'il en soit, la procédure de trilogue ne peut aboutir en l'absence de position commune au sein du Conseil. Or la persistance de clivages entre groupes d'États témoigne à la fois de la totale politisation du dossier et des ravages du « minilatéralisme » lorsqu'il cesse d'être un moyen de faciliter la négociation pour se transformer en un instrument de constitution de blocs antagonistes. Il serait illusoire de placer trop d'espoirs dans les présidences semestrielles car il faudrait beaucoup d'abnégation pour afficher parmi leurs priorités un dossier sur lequel il y a plus de coups à prendre que de succès à enregistrer. En outre, la très grande complexité technique des sujets à traiter impose à chaque équipe présidentielle un investissement qui peut sembler démesuré, ne fût-ce que pour assurer la continuité et la cohérence des travaux.

Restent alors la Commission et le Conseil européen. La première a tenu à fonder ses propositions sur une écoute attentive et une consultation approfondie des États membres. C'était louable, et même indispensable pour remédier aux conséquences de certaines erreurs passées, mais cela se traduit par une atrophie de sa capacité propre d'initiative, réduite à une fonction de médiation entre intérêts diver-

gents sans boussole pour guider leurs réconciliations, et le dépôt de textes qui se lisent davantage comme le résultat anticipé de compromis que comme l'offre d'un modèle, certes ouvert à la négociation, mais cohérent et opérationnel.

Quant au Conseil européen, même si chacun s'accorde à reconnaître que la migration est par excellence un domaine réservé aux chefs d'État et de gouvernement, il a témoigné jusqu'ici d'une remarquable capacité de ne pas s'intéresser au sort du Pacte. Il est, en cela, dans une parfaite logique institutionnelle : pourquoi s'emparer du sujet alors que la procédure normale en est seulement à ses balbutiements ? Même les « crises » ne l'ont pas fait frémir : les conséquences du bouleversement en Afghanistan ont été laissées aux bons soins du Conseil des Ministres et la ligne à tenir face à la Biélorussie a été définie essentiellement à partir des critères classiques de la géopolitique. Même la reprise du sujet, de façon plus approfondie que prévu, lors de la réunion ordinaire du Conseil européen des 21 et 22 octobre 2021, n'a pas donné lieu au moindre encouragement à progresser sur le Pacte, malgré le plaidoyer de la Présidente de la Commission.

5.3 · Vraies et fausses manières de progresser dans l'impasse

Différentes manières d'utiliser le temps disponible dans l'attente d'une « nouvelle donne » sont évoquées. Certaines s'avèrent illusoire à la réflexion, voire nocives. D'autres sont plus prometteuses, lorsqu'elles portent sur l'amélioration de l'existant à droit constant, ou mettent en lumière des innovations réelles contenues dans ou annoncées par le Pacte mais jusqu'à présent négligées.

Certains évoquent ainsi la recherche d'accords partiels, tels que ceux obtenus sur le prochain cadre financier pluriannuel, la Carte bleue ou la future Agence européenne de l'asile³. Mais c'est oublier que le dépôt de ces propositions est bien antérieur à la présentation du Pacte et qu'aucune de ces avancées ne touche véritablement au nœud du problème, même si l'instrument budgétaire est curieusement sous-estimé dans le débat⁴.

Parmi les formes les plus courantes d'une fuite en avant figure l'improbable « dimension externe », objet préféré de la rhétorique du Conseil européen. Beaucoup pourrait être écrit à cet égard mais tout peut se mesurer en une formule

3. « Règlement relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile », COM (2018) 633 final.

4. À la différence d'autres propositions majeures de la Commission européenne, les projets de règlement les plus importants du Pacte n'ont fait l'objet ni d'une étude d'impact ni d'une estimation des coûts pour le budget de l'UE et celui des États membres.

lapidaire : l'Union européenne n'est forte à l'extérieur que quand elle est solide à l'intérieur. Et ce n'est pas l'image de champ de bataille qui est aujourd'hui celle de la recherche de positions communes sur des enjeux fondamentaux de protection internationale qui contribuera en quoi que ce soit à consolider la position de l'Union dans sa recherche d'un « partenariat » avec les pays tiers, qui prend trop souvent la forme d'un contrat léonin. En outre, la réalité de pratiques non sanctionnées ou d'intentions affichées mais non suivies d'effet en matière de contrôle aux frontières externes peut aussi servir d'alibi aux manquements de nos partenaires, une sorte de manifestation perverse de l'« effet Bruxelles⁵ » tant vanté par ailleurs.

Parmi d'autres échappatoires figure le recours aux agences ou à l'instrument budgétaire. Certes les progrès spectaculaires dans l'ajustement des mandats de Frontex et du Bureau de l'asile doivent être salués pour ce qu'ils sont : des sauts qualitatifs plus que quantitatifs. Mais les agences restent des outils au service de politiques. Et si ces dernières sont bancales, le perfectionnement des outils ne peut compenser leurs lacunes. Par ailleurs, les cycles successifs de perspectives financières ont été marqués par l'accroissement constant et très rapide des enveloppes dédiées à la migration, tant en ordre interne qu'en ordre externe. Mais, dans un cas comme dans l'autre, se pose la question de l'efficacité de la dépense, au-delà de son montant. Les enveloppes allouées aux États membres au titre de la solidarité communautaire servent-elles réellement des objectifs d'intérêt commun ? Les modalités de mise en œuvre de cette initiative historique qu'est le soutien à la relance post-pandémie « Next Generation EU » devraient sans doute donner à réfléchir à un indispensable renforcement des capacités de pilotage de la Commission, à montants inchangés. Quant au véhicule externe, l'Instrument pour le voisinage, le développement et la coopération internationale⁶, se pose la question, à connotation éthique, de sa finalité : véritable contribution mutuellement agréée au co-développement des pays d'origine et/ou de transit, ou soutien ciblé à des interventions liées à la maîtrise des flux migratoires.

Autre alternative régulièrement évoquée, le concept de « voies légales » recouvre notamment l'ouverture à la migration économique. Mais il faut être de bon compte : les politiques — strictement nationales — de l'emploi sont toujours déterminantes,

5. *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World* est un ouvrage publié en mars 2020 par Anu Bradford, professeure de droit à l'Université de Columbia. Elle y explique comment l'Union européenne affirme sa puissance en imposant, à travers sa politique commerciale notamment, des cadres normatifs et des standards qui encadrent l'économie mondiale.

6. Ce nouveau fonds européen, doté de 70,8 milliards d'euros sur la période 2021-2027, remplace désormais le Fonds européen pour le développement (FED) : <https://www.touteleurope.eu/l-europe-et-moi/l-instrument-europeen-pour-le-voisinage-le>.

même dans un contexte de post-pandémie. La réponse aux besoins relève à ce jour exclusivement de la compétence des États membres et, pour beaucoup d'entre eux, des partenaires sociaux, représentants des employeurs et des travailleurs. Et le risque est celui de l'ouverture à une « migration de remplacement » temporaire, aussi longtemps que le besoin s'en fait sentir et que des mécanismes structurels nationaux n'auront pas été mis en place pour assurer un meilleur ajustement de la demande et de l'offre de travail.

Chacun s'accorde en revanche à reconnaître qu'une mise en œuvre complète et de bonne foi de l'acquis communautaire⁷ d'ores et déjà adopté constituerait un progrès tangible. L'utilisation ciblée des financements communautaires et le perfectionnement ainsi que l'interconnexion des systèmes d'échange d'informations, la mise en œuvre effective du paquet de directives qui encadrent le Régime d'asile européen commun telles qu'elles furent adoptées jusqu'en 2013, seraient déjà de nature à remédier à bien des dysfonctionnements constatés dans la mise en œuvre du Règlement de Dublin. Comme le rappellent le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR)⁸ et le Parlement européen⁹, les États membres ont la possibilité d'améliorer sensiblement la situation actuelle, pour peu qu'ils utilisent les marges de manœuvre que leur donnent les textes en vigueur et qu'ils consentent à mobiliser les ressources suffisantes.

Aujourd'hui, la Commission paraît hésiter à user des instruments de suivi et de contrainte dont elle dispose, en tant que gardienne des traités, pour faire respecter le droit communautaire, craignant sans doute de compliquer les négociations en cours. Pourtant, face à l'enlisement des négociations, la confiance des États membres les uns envers les autres ne peut venir que de la discipline dans l'application du droit commun. D'autres initiatives font partie du Pacte mais furent insuffisamment ou pas du tout explorées jusqu'à présent. Elles auraient pourtant, vis-à-vis de l'opinion publique et des candidats à la migration, une vertu pédagogique, soulignée dans le présent rapport par la contribution de Corinne Balleix. On ne peut en effet prétendre maîtriser ou « normaliser » les migrations sans en même temps tenir compte des besoins et des capacités des migrants. On songe notamment :

7. On entend par acquis communautaire l'ensemble des textes législatifs en vigueur, comprenant en particulier le « paquet » des directives gouvernant l'asile, datant aujourd'hui de 2013.

8. Avis du HCR transmis en octobre 2021 aux institutions européennes.

9. Rapport de Fabienne Keller sur la mise en œuvre du règlement Dublin III, juin 2020.

- Aux possibilités d'ouvrir des voies légales sûres alternatives à l'immigration irrégulière telles que les « Partenariats pour les talents », version actualisée de la migration circulaire qu'il importe enfin de concrétiser, et à la réinstallation, solution durable aux besoins de protection vis-à-vis de laquelle peut s'affirmer un authentique « leadership » de l'Union européenne pour autant qu'elle ne se transforme pas en un alibi pour un respect aléatoire des obligations en matière d'accès direct à la protection. Pourraient figurer à terme dans cette boîte d'autres outils, les corridors humanitaires et le visa pour la recherche d'un emploi, dont les prototypes sont présentés ailleurs dans ce rapport par Lucas Rasche et Yves Pascouau.
- De même, les politiques présentées par la Commission en matière de lutte contre le trafic des êtres humains¹⁰ et de facilitation des retours, spécialement l'assistance au retour volontaire, tracent le cadre d'une action adaptée aux réalités complexes qui en sont l'objet. Quoique située sur une autre dimension de la gestion de l'immigration, la stratégie préconisée en matière d'intégration, développée dans le présent par rapport par Alain Régnier, relève d'une même démarche sensible à la nuance mais devra subir le même test, celui de la mise en œuvre, auquel échouent trop souvent des initiatives réduites au simple effet d'annonce.
- Sujet sensible s'il en est, la recherche et le sauvetage en mer ne peuvent être négligés. Des propositions ont été formulées en matière de prévention et de gestion du risque, en ce compris aussi bien en amont (l'analyse de la pression migratoire) qu'en aval (la mise en place des capacités d'accueil d'urgence), qui doivent être débattues¹¹ et si possible concrétisées.
- Enfin, il est urgent que soient mis en place et réellement activés, sans tergiversations, des mécanismes efficaces en temps réel de protection des droits des migrants, en particulier dans les zones frontalières.

5.4 · Revenir aux fondamentaux d'un espace commun de libre circulation et d'asile

Au-delà de ces réflexions de sagesse à la recherche du possible à défaut du souhaitable, il est nécessaire de prendre un peu de recul. Telles quelles, les propositions de

¹⁰. « Un plan d'action renouvelé de l'UE contre le trafic de migrants (2021-2025) », COM (2021) 591 final.

¹¹. COM (2020) 6469 relative à un mécanisme de l'UE de préparation et de gestion de crise en matière de migration et COM (2020) 613, proposition de règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile.

la Commission ne semblent pas offrir la base solide nécessaire pour remédier aux lacunes des politiques communes en matière de migration et d'asile. Cela tient aux raisons évoquées plus haut mais aussi parce que leur mise en œuvre s'avère très complexe au fur et à mesure de l'explicitation de leurs dispositions pratiques.

Un retour pur et simple à l'application directe du Traité de Lisbonne en suivant la « méthode communautaire » ne semble pas réaliste, compte-tenu de la charge politique du domaine des migrations. À l'inverse, certains en viennent à évoquer une renationalisation : n'est-ce pas une tendance déjà observée pour la politique agricole commune ? C'est oublier le caractère irréversible de la libre circulation et les transformations structurelles qu'elle a engendrées, économiques, sociales et aussi culturelles : autant renoncer à l'Union européenne elle-même.

On ne peut en rester à ces spéculations. Trois raisons impératives nous font une obligation de vouloir sortir de l'impasse actuelle. La première tient à l'état de souffrance où se tiennent encore sur le sol européen ou à nos frontières un trop grand nombre de personnes dont l'existence est comme suspendue par l'inapplication des règles de droit. La deuxième réside dans l'intolérable dysfonctionnement des systèmes d'asile, source d'un malaise croissant tant au sein de l'Union que dans la manière dont il est perçu ailleurs dans le monde. La troisième renvoie à l'exploitation délétère de l'impuissance des institutions européennes par les forces de désagrégation populistes.

À défaut d'une nouvelle et cette fois « vraie crise » (l'Afrique subsaharienne — et en particulier le Sahel — méritent une attention constante à cet égard), un facteur susceptible de faire bouger les positions de négociation pourrait être la présentation par la Commission de ses propositions relatives à la réforme du code Schengen, dont les grandes lignes ont été annoncées dans une communication de juin 2021¹². On ne peut détacher la consolidation de la libre circulation au sein de l'Union, enjeu de cette réforme, et le rétablissement d'une politique commune de l'immigration et de l'asile. Les deux problématiques sont « génétiquement » liées : **abolir les contrôles aux frontières intérieures et mutualiser le contrôle aux frontières extérieures impliquent une entente sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers**. Cette construction historiquement unique, qui voit des États souverains renoncer à l'exercice exclusif d'une de leurs prérogatives, le contrôle de l'accès à leur territoire, repose sur les deux fondements de la confiance et de la solidarité. S'il devait apparaître que ces deux prérequis ne sont plus satisfaits, la tendance pourrait être forte de se compter, et de réserver l'accès au « club » à ceux

12. « Stratégie pour un espace Schengen pleinement opérationnel et résilient », 2 juin 2021, COM (2021) 277 final.

qui sont prêts à en payer le prix, tout en maintenant la porte ouverte, à l'image de la zone euro.

Chronologiquement, les dispositions actuelles du Régime d'asile européen commun ont été conçues comme des conséquences de l'instauration d'un espace de libre circulation : **Dublin comme un complément technique, oserait-on dire, de Schengen.** Pour penser désormais l'avenir positivement et non comme une césure entre l'Est et l'Ouest de l'Europe, mieux vaut revenir aux valeurs fondamentales qui avaient inspiré la création originelle du Régime d'asile européen commun et en déduire les conséquences pour l'organisation de la libre circulation¹³.

En décidant, lors du Conseil européen extraordinaire de Tampere d'octobre 1999, la création d'un Régime d'asile européen commun, les chefs d'État et de gouvernement ont voulu faire de l'Union européenne un espace unique en matière de protection, où l'instauration d'une procédure commune et l'offre d'un statut uniforme constitueraient une réponse structurelle à la question des mouvements secondaires et à l'exigence de solidarité. Ce que d'aucuns ont qualifié d'utopie bienveillante est devenu une base juridique avec le Traité de Lisbonne, couvrant tant l'asile que la protection subsidiaire. En d'autres termes, n'est-il pas temps d'en revenir à l'esprit du discours du Président Macron de la Sorbonne en septembre 2017 qui, constatant que « la crise migratoire n'est pas une crise » mais un défi qui durera pour longtemps », concluait que « nous n'avons qu'un choix, qu'une alternative : le repli sur nos frontières, qui serait à la fois illusoire et inefficace, ou la construction d'un espace commun des frontières, de l'asile et de l'immigration »¹⁴ et de poursuivre en énonçant la conséquence de ce raisonnement : « la création d'un véritable Office européen de l'asile, assurant la convergence des procédures nationales et leur accélération ».

La cible de la réflexion politique devrait donc être un modèle de **coopération entre États déterminés à assurer le fonctionnement stable de l'espace commun de l'asile, exempté de mouvements secondaires, et la plénitude de la libre circulation.** Outre l'instauration de la procédure commune et du statut uniforme (pouvant aller jusqu'à la reconnaissance d'une compétence à l'Agence européenne de l'asile à l'égard de certaines cohortes de demandeurs), cette construction se fonderait sur un contrôle effectif des frontières extérieures et sur des mécanismes correc-

13. Voir aussi le rapport 116 de l'Institut Jacques Delors, [Pour une politique européenne de l'asile, des migrations et de la mobilité](#), chapitre 4 « Donner au Régime d'asile européen commun les moyens de son ambition initiale ».

14. « Initiative pour l'Europe - Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique », La Sorbonne, 26 septembre 2017.

tifs à l'allocation spontanée des demandeurs de protection qui laissent place aux projets des personnes concernées.

Le projet peut sembler très, trop ambitieux. Mais des réponses peuvent s'esquisser aux premières objections qui viennent à l'esprit : les progrès déjà accomplis en matière de rapprochement des dispositifs nationaux permettent d'envisager le passage de la directive au règlement ; l'achèvement du programme « frontières intelligentes » devrait faire de la frontière extérieure des États membres de l'Union l'une des mieux contrôlées dans le monde ; la compétence de l'Agence européenne pourrait être adaptée aux spécificités constitutionnelles de certains États membres. Les États qui ne voudraient ou ne pourraient participer, au moins dans l'immédiat, aux fonctions assurées par l'Agence européenne de l'asile devraient renoncer à certains des avantages de la libre circulation, sans que soit mis en cause ni le droit à la mobilité des travailleurs ni la liberté d'établissement de leurs citoyens.

Reste alors la question de la volonté politique et de la manière de la traduire. Le dégradé des formules est connu : à 27, mais après qu'il a été décidé par consensus de revenir à la majorité qualifiée et en acceptant la difficulté prévisible de devoir garder des « *opt-out* » ; par la voie institutionnelle de la coopération renforcée instaurée par l'article 20 du Traité sur l'Union européenne ; ou par le recours à un traité parallèle, renouant ainsi — ironie du sort — avec le modèle du « laboratoire » de Schengen.

Incontestablement, la piste esquissée mérite une exploration technique approfondie. Mais elle ne doit pas être écartée d'un revers de la main. Il sera utile d'y avoir pensé lorsque les événements imposeront tôt ou tard au niveau des chefs d'État et de gouvernement la définition d'un cadre politique — un « pacte » au plein sens du terme — adapté à la réalité de la migration dans toutes ses dimensions.

MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL MIGRATION ET ASILE

JÉRÔME VIGNON, Président du Groupe de travail Migration & Asile, conseiller à l'Institut Jacques Delors **CORINNE BALLEIX**, Précédemment chargée de la politique migratoire européenne au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

JEAN-LOUIS DE BROUWER, Directeur du Programme Affaires européennes de l'Institut Egmont **GIULIO DI BLASI**, Directeur Europe du Global Refugee Sponsorship Initiative – Refugee Hub **YVES PASCOU**, Chercheur senior associé à l'Institut Jacques Delors

LUCAS RASCHE, Chercheur au Jacques Delors Centre - Berlin

ALAIN RÉGNIER, Préfet, Délégué interministériel chargé de l'accueil et de l'intégration des réfugiés

HENK VAN GOETHEM, Juriste au Conseil du contentieux des étrangers de Belgique