

Les accords de Schengen à l'épreuve du printemps arabe¹

Katia Lucas ²

Maître de Conférences en droit public à l'Université de Perpignan Via Domitia LOADDT

« Cela serait véritable, si la liberté de l'homme était une liberté première et indépendante, et non une liberté découlée d'ailleurs » (Bossuet, *Libre arb.* 8).

Présentée par la Commission européenne comme « l'une des réussites les plus tangibles, les plus populaires et les plus éclatantes de l'Union européenne »³, la création de l'espace Schengen traduit une volonté politique spécifique à laquelle de nombreux États se sont progressivement ralliés : optimiser, au sein d'un espace géographiques donné, l'effectivité d'une liberté fondamentale, en l'occurrence la libre circulation des marchandises mais aussi, des personnes.

Il est notoire que les accords signés à Schengen le 14 juin 1985, initialement définis dans un cadre intergouvernemental et catalysés par la nécessité d'apporter une réponse aux diverses pressions économiques, notamment celle exercée par le secteur des transports afin d'abolir les obstacles, ne se limitèrent pas à n'être « qu'un simple spillover de la politique du marché commun »⁴. Si la suppression des contrôles aux frontières communes, couplé d'un renforcement de ceux aux frontières extérieures, a facilité la circulation des biens marchands, elle a également joué en faveur de la circulation des personnes au sein de l'espace ainsi constitué et ce, quelle que soit leur nationalité. À la lumière des textes formant « l'acquis Schengen », les ressortissants des États membres signataires, soit la quasi-totalité des individus jouissant de la citoyenneté européenne et ceux relevant (pour l'heure) de quatre pays extérieurs à l'Union européenne, peuvent en effet circuler sans entrave dans l'espace Schengen. Or, s'il en va de même à l'endroit des ressortissants d'États non signataires, sous réserve, pour certains, qu'ils soient en possession d'un visa de court séjour octroyé par l'un des États membres, l'idée de reconnaître un droit intangible à la libre circulation sans contrôle ad-intra n'a pas fait fortune.

¹ L'auteur tient non seulement à remercier les organisateurs de la journée *L'espace Schengen est-il en péril ?* sous l'égide de l'Eict, pour l'honneur qu'il lui a été fait d'y participer mais aussi à préciser que cette contribution écrite, à l'instar de la communication orale, fait l'économie d'une analyse juridique approfondie afin d'être accessible à un public de non-spécialistes

² Docteur en droit public spécialisée en droit européen de la Convention et en droit communautaire Membre du Centre d'Études et de Recherche sur les Transformations de l'Action Publique (CDED 4216) Membre du Laboratoire Méditerranéen de Droit Public (sous l'égide du Collectif l'Unité du Droit)

³ *Communication sur la migration*, COM (2011) 248 final, Bruxelles, 4 mai 2011, pp. 27, spéc. p. 9, accessible via http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/1_FR_ACT_part1_v4.pdf.

⁴ Virginie Guiraudon, « Schengen : une crise en trompe l'oeil », *IFRI*, n° 4, 2011, p. 773-784, spéc. p. 776.

L'esprit qui irrigue l'espace Schengen, devenu le 1er mai 1999 un Espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ) avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, lequel a en outre incorporé l'ensemble des textes formant « l'acquis de Schengen » au cadre juridique de l'Union européenne⁵, est bien d'offrir à tout un chacun la possibilité de voyager sans être contrôlé aux frontières intérieures, mais sans pour autant faire prévaloir la mobilité sur des considérations liées à la sécurité intérieure⁶. Depuis la création de l'espace Schengen, des États n'ont d'ailleurs pas hésité à rétablir temporairement des contrôles aux frontières intérieures, signe de leur méfiance à l'égard de ceux opérés aux frontières extérieures par des États partenaires. Or, si chaque État a « sa vision de l'étranger et de l'étranger dangereux »⁷, cette « peur de l'autre », qui reste prégnante en raison de la persistance d'un sentiment général d'insécurité, n'érode-t-elle pas les principes censés irriguer l'esprit de Schengen ?

Ce dernier serait en déliquescence, selon certains spécialistes⁸. Et à cet égard, les conséquences induites par l'afflux, aux portes de l'un des États partenaires chargé de contrôler un segment de la frontière extérieure de l'ELSJ, de migrants fuyant l'instabilité politique générée par le printemps arabe ont assurément permis d'en prendre la mesure. Les tensions suscitées par leur accueil au sein d'une Union européenne déjà en crise d'identité et de croissance ont à nouveau démontré la fragilité des principes fondateurs de l'espace Schengen et, ce faisant, la nécessité d'adapter (promptement) le système aux fins d'assurer sa pérennité.

La fragilité des principes fondateurs de l'espace Schengen

Deux principes retiendront l'attention : la libre circulation et la confiance mutuelle, ce dernier constituant la pierre angulaire du cadre institué par les accords de Schengen.

⁵ Sur ce point, voir notamment Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, 12e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 308, spéc. p. 81-83.

⁶ Le libellé de la Convention d'application des accords Schengen (CCAS), entrée en vigueur en 1995 (*JOCE* n° L 239 du 22/09/2000 pp. 0019-0062), en atteste ; les références à « l'ordre (public) », à « la sécurité (nationale) » abondent

⁷ Elspeth Guild et Didier Bigo, « 2) Désaccord aux frontières et politique des visas : les relations entre Schengen et l'Union », *Conflicts et culture*, n° 49, 1/2003, accessible via <http://conflicts.revues.org/927>

⁸ Dans ce sens, voy. tout particulièrement, Marie-Laure Basilien-Guinche, « La remise en cause des accords de Schengen », *CERISCOPE Frontières*, 2011, accessible via <http://ceriscope.sciences-po.fr>

En effet, « pour que le système fonctionne, il est essentiel d'assurer une application efficace de l'ensemble des dispositions de Schengen et un degré élevé de confiance mutuelle entre les acteurs concernés »⁹. Ni les pratiques développées dans un cadre intergouvernemental, ni la communautarisation des politiques d'immigration, d'asile et de gestion des frontières, n'ont eu raison de la méfiance de certains États à l'égard des contrôles exercés par d'autres aux frontières extérieures. Concrètement, « rien, mis à part des désaccords sur la forme plus ou moins intergouvernementale de la coopération européenne, n'a été mis en cause sur le fond : sur le traitement sécuritaire des mouvements de personnes et ses effets »¹⁰.

La gestion des frontières extérieures de l'espace Schengen relève de la responsabilité de chaque État, ce qui présuppose que chacun s'en acquitte au regard de règles fixées d'un commun accord au niveau européen, notamment en exerçant un contrôle rigoureux des conditions d'entrée définies à l'article 5 § 1 du Code frontières Schengen (CFS). Les effets qu'est supposée induire, pour son titulaire, l'obtention d'un visa uniforme peuvent néanmoins être compromis par l'adoption d'une posture protectionniste par l'un des États membres. Selon l'article 2 § 2 de la Convention d'application des accords Schengen (CCAS), « lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une partie contractante peut, après consultation des autres parties contractantes, décider que, durant une période limitée, des contrôles nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures ». Certes, une telle décision doit être motivée. De même, elle ne doit pas paralyser la libre circulation ; des points de passage doivent être maintenus.

En dépit de la communautarisation de l'acquis Schengen, « c'est « l'ordre public national « qui définit les conditions du morcellement temporaire de l'espace européen de libre circulation »¹¹, et non « un » ordre public européen, qu'il reste d'ailleurs à définir. Ce faisant, il est « essentiel que les troubles à l'ordre public et à la sécurité restent les seuls motifs invocables pour l'éventuel rétablissement des contrôles aux frontières nationales, et que ne soient pas invoqués d'autres motifs, comme d'éventuels flux migratoires massifs »¹². Or, il est tout aussi important que la décision de réintroduire de tels contrôles ne soit pas instrumentalisée aux fins de sanctionner l'attitude d'un État partenaire.

Si la solution privilégiée par l'Italie afin de gérer au mieux l'arrivée massive, sur la côte de l'île de Lampedusa, de migrants nord-africains clandestins fuyant la révolution du jasmin s'avère humainement louable mais juridiquement problématique, la réaction de la France qui s'en est suivie apparaît, tout en étant conforme au cadre légal, disproportionnée.

Même assortis d'une autorisation de circulation, les titres de séjour temporaire délivrés par les autorités italiennes sur le fondement de l'article 5 § 4 du CFS ne pouvaient en aucune manière produire, au profit de leurs détenteurs respectifs, des effets analogues à ceux délivrés sur le fondement de l'article 5 § 1 du CFS. En effet, selon l'article 5 § 2 de la CCAS, l'admission par un État membre sur son territoire, pour des motifs notamment humanitaires, de ressortissants de pays tiers ne remplissant pas une ou plusieurs des conditions d'entrée dans l'espace Schengen, est nécessairement limitée au territoire de la partie concernée, laquelle doit en informer les États partenaires.

Il n'est pas exclu qu'en accordant de tels titres de séjour, l'Italie a tenté de trouver une alternative au refus de ses partenaires européens de faire oeuvre de solidarité dans l'accueil de ces migrants. Or, quelle qu'ait pu être la motivation des autorités italiennes, l'actuel mode de gouvernance de l'espace Schengen a à nouveau montré ses limites, ses déviances. La démarche des autorités italiennes a fragilisé le principe de la confiance mutuelle et a provoqué l'adoption par les autorités françaises de mesures préjudiciables à la libre circulation : des contrôles aléatoires renforcés ont été déclenchés et la ligne ferroviaire en provenance de Vintimille a été momentanément interrompue, au motif d'une menace grave pour l'ordre public.

Dans un arrêt rendu en date du 27 octobre 1977, la Cour de justice a pu préciser « qu'en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »¹³. En règle générale, la réintroduction de contrôles aux frontières est effectivement liée à des événements particulièrement sensibles (sommets de l'OTAN, les 50 ans de l'ETA...). Aussi, la mesure de protection adoptée par la France et visant à interrompre le trafic ferroviaire en provenance de l'Italie, ne peut qu'apparaître excessive¹⁴. Et il en va de même des controverses et des frictions étatiques qu'ont déclenchées, au sein de l'Union européenne, les décisions de ces États parties.

¹³ CJCE, 27 octobre 1977, aff. C30/77, *Bouchereau*.

¹⁴ À bord du train bloqué par la mesure française ne se trouvaient en effet que des migrants tunisiens ainsi que des militants d'ONG et d'associations de défense des droits de l'Homme. Même si ces derniers entendaient manifester au soutien de la cause de ces personnes vulnérables (probablement sans avoir préalablement déclaré la tenue de cette manifestation - et ce conformément au décret-loi du 23 octobre 1935), le fait que la France ait adopté une telle mesure de protection au motif d'une menace grave à l'ordre public semble disproportionnée. Outre le fait que la définition de la notion d'ordre public varie entre les États membres, la menace doit être réelle. Or, il n'est pas exclu que l'intention des militants fût de manifester « pacifiquement ». (sur cette liberté, et notamment sa protection par la Cour européenne des droits de l'homme, voir notamment, *Dictionnaire des droits de l'homme*, (dirs.) Frédéric Sudre et al., 1e éd., Paris, Puf, 2008, p. 1074, spéc. p. 635). Katia Lucas, « La liberté de réunion pacifique (Petit bréviaire à l'attention des États parties à la Convention à l'aune des arrêts rendus par la Cour EDH en 2009) », *Annuaire de droit européen 2009*, Vol. VII, 2012, pp. 653-673)

⁹ Pour emprunter la formule à Cecilia Malmström extraite du Communiqué de presse RAPID, « Voyager sans frontières : La Commission propose un suivi plus étroit du respect de la réglementation Schengen », IP/10/1493, Bruxelles, 16 novembre 2010 (accessible via europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1493_fr.htm?locale=frhttp://).

¹⁰ Virginie Guiraudon, « Schengen : une crise en trompe l'oeil », *IFRI*, n° 4, 2011, p. 773-784, spéc. p.783..

¹¹ Yves Pascouau, *Schengen et la solidarité : le fragile équilibre entre confiance et méfiance mutuelles*, Policy paper n° 55, Publ. Notre Europe, juillet 2012, p. 48, spéc. p. 19.

¹² *Ibid.*, p. 8.

Numériquement, les clandestins arrivés sur l'île italienne de Lampedusa au début de l'année 2011, soit 25 000 personnes, comptent pour une quantité négligeable comparativement aux milliers d'individus que l'Allemagne a recueilli pendant la guerre du Kosovo. L'instrumentalisation politique de ce phénomène migratoire n'a pas autant été dénuée d'intérêt(s). Elle a démontré entre autre chose, la nécessité d'adapter sans plus attendre le cadre dans lequel s'exerce la coopération Schengen.

La nécessité d'une adaptation du système

Alors que certains États européens sont partisans d'une réforme en profondeur des accords de Schengen¹⁵, afin qu'il soit possible, notamment, d'activer la clause de sauvegarde en cas d'afflux massif d'immigrés ou de défaillance d'un État partenaire dans la surveillance des frontières extérieures, ni le Parlement européen, ni le Conseil, ni la Commission européenne ne cautionnent une telle vision. Outre le fait que cela impliquerait une révision des traités¹⁶, ces institutions communautaires ne souhaitent pas « renégocier » les termes de la libre circulation en Europe. L'option retenue, qui relève d'un exercice d'équilibriste, consiste à modifier la lettre des accords de Schengen tout en en gardant l'esprit.

L'argument selon lequel la décision de rétablir temporairement des contrôles aux frontières intérieures « doit être fondée sur une évaluation approfondie en termes de sécurité nationale, qui ne peut être conduite que par les États membres sur la base de l'expertise et des ressources de leurs services de sécurité »¹⁷, n'a donc pas reçu l'écho escompté à Bruxelles. S'il importe de respecter la souveraineté nationale, une approche trop sécuritaire équivaldrait à faire fi des valeurs sur lesquelles reposent le projet européen. D'ailleurs, ce n'est pas la solution privilégiée par la Commission. Sa réponse, à la question de savoir comment il conviendrait de « gérer les situations qui se présentent lorsqu'un État ne s'acquitte pas de son obligation de contrôler un segment de la frontière intérieure, ou lorsqu'une partie donnée de cette dernière est soumise à une forte pression imprévue en raison de circonstances externes »¹⁸, est dépourvue d'ambiguïté. La Commission se prononce en faveur d'une communautarisation de la décision de réintroduction du contrôle aux frontières intérieures, considérant qu'en apportant « une réponse coordonnée de type communautaire à ces situations critiques, l'Union renforcerait sans aucun doute la confiance entre les États membres »¹⁹.

Cette conception, qui souligne une volonté d'inoculer plus d'Europe dans Schengen, a le mérite d'en préserver l'esprit tout en le bonifiant.

¹⁵ Il en va ainsi de la France, du Danemark.

¹⁶ Et ce en raison de l'incorporation de l'acquis Schengen dans le cadre juridique de l'Union. Sur ce point, voy, notamment, Marie-Laure Basilien-Guinche, « La remise en cause des accords de Schengen », *CERISCOPE Frontières*, 2011, accessible via <http://ceriscope.sciences-po.fr>

¹⁷ Extrait d'un communiqué conjoint adressé par les ministres de l'Intérieur de la France, de l'Italie et de l'Allemagne le 15 septembre 2011 à la Commission (accessible via <http://www.rpfrance.eu/15-09-Propositions-de-la.html>).

¹⁸ *Communication sur la migration*, COM(2011)248 final, Bruxelles, Commission européenne, 4 mai 2011 (accessible http://ec.europa.eu/homeaffairs/news/intro/docs/1_FR_ACT_art1_v4.pdf).

¹⁹ Ibid.

Si elle était entérinée, nul doute que cela « réduirait en outre, le recours, par les États membres, à des initiatives unilatérales consistant à réintroduire provisoirement des contrôles aux frontières intérieures ou à intensifier les contrôles policiers dans les régions frontalières intérieures, qui ralentissent inévitablement le franchissement des frontières intérieures pour tout un chacun »²⁰. En substance, la proposition la Commission, reprise par le Parlement européen et le Conseil²¹, encadre la temporalité de l'actuel mécanisme de la clause de sauvegarde. Tout en maintenant la possibilité pour les États de l'activer unilatéralement lorsqu'ils sont confrontés à des urgences imprévues nécessitant une réaction immédiate²², elle en limite les effets à une période de cinq jours, sachant qu'à l'issue de ce délai, et il s'agit là d'une autre nouveauté, la décision d'une éventuelle prolongation ne pourrait être prise qu'au niveau européen²³.

Deux autres types de procédures visant le rétablissement du contrôle aux frontières extérieures sont également envisagées, chacune portant la marque de « plus d'Europe dans Schengen ». Si l'une concerne l'hypothèse d'événements prévisibles et l'autre celle de la défaillance d'un État dans la surveillance des frontières extérieures de l'espace Schengen dont il a la charge, elles ont pour trait commun d'instaurer un nouveau régime faisant la part belle à l'action de la Commission. S'agissant de la première, il est proposé que la décision de réintroduire ou de prolonger le rétablissement d'un contrôle aux frontières intérieures revienne à cette institution européenne²⁴, laquelle serait assistée d'un comité composé des représentants des États membres.

²⁰ Ibid idem.

²¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 (du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes – Code frontières Schengen –), afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, COM[2011]560 final, accessible via <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0560:FIN:FR:PDF>.

²² Sachant qu'en tel cas, et sur ce point l'actuel paragraphe 1 de l'article 24 du CFS demeurerait inchangé, il lui reviendrait d'en aviser les autres États membres ainsi que la Commission européenne, et de leur communiquer les informations suivantes : « (a) les motifs de la réintroduction envisagée, y compris toutes les données pertinentes détaillant les événements qui constituent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou à l'échelon national ; b) la portée de la réintroduction envisagée, en précisant le ou les tronçon(s) de la ou des frontière(s) intérieure(s) où le contrôle doit être rétabli ; c) le nom des points de passage autorisés ; d) la date et la durée de la réintroduction envisagée ; e) le cas échéant, les mesures que les autres États membres devraient prendre ».

²³ Art. 25 § 1, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006, COM[2011]560 final, accessible via <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0560:FIN:FR:PDF>

²⁴ Art. 24 §§ 3-4 (*Ibid.*)

S'agissant de la deuxième hypothèse, là encore la Commission jouerait un rôle de tout premier plan. Il lui reviendrait de constater « de graves manquements persistants dans le contrôle aux frontières extérieures [...] » et, de décider « dans la mesure où ces manquements représentent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou à l'échelon national [...] », de réintroduire « le contrôle aux frontières intérieures [...] pour une période n'excédant pas six mois »²⁵.

Ces propositions, qui visent à éviter que la liberté de circulation soit affectée par une décision nationale unilatérale de rétablir momentanément des contrôles aux frontières intérieures, n'ont pas emporté l'entière adhésion de la Commission des affaires européennes instituée par la loi constitutionnelle française du 23 juillet 2008. Tout en étant favorable à la nouvelle clause de sauvegarde proposée en cas de manquements graves et persistants d'un État membre dans la surveillance des frontières extérieures et à la prise de décision au niveau européen²⁶, cette commission permanente spécialisée émet des réserves à la condition selon laquelle les défaillances « doivent également constituer une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'union ou à l'échelon national ». Ce critère supplémentaire lui « apparaît de nature à vider le dispositif de son contenu »²⁷.

Or, l'hostilité des autorités françaises à l'égard des mesures proposées ne se limite pas qu'à cet aspect. L'idée même de communautariser des clauses de sauvegarde a soulevé une véritable levée de boucliers. La France, à laquelle se sont ralliés d'autres États européens, en l'occurrence l'Allemagne et l'Espagne, s'y est opposée au motif que cela constitue une entorse à un principe fondamental au fonctionnement de l'Union européenne, le principe de subsidiarité, et, ce faisant, au respect de la souveraineté nationale.

**

S'il est acquis que les États membres « demeurent réticents à concéder aux instances de l'UE une autorité dans des domaines sensibles, même si le jeu politique du principe de subsidiarité ou la portée juridique des traités conduisent à reconnaître l'importance d'un esprit d'intégration »²⁸, le train de mesures proposées au niveau européen a le mérite de viser à préserver, tout en le renforçant, l'esprit Schengen. Le mouvement de fronde, catalysé par le printemps arabe, à l'endroit des accords de Schengen n'a donc pas eu raison de leur pérennité. Aussi, la formule d'Hérodote se vérifie-t-elle : « le début ne laisse pas présager la fin ».

²⁵ Art. 26 § 1 (*Ibidem*.)

²⁶ Sur ce point, voir la Proposition de résolution européenne n° 4156, déposée à l'Assemblée Nationale le 11 janvier 2012 et concernant la proposition de règlement du Parlement et du Conseil 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 (E 6612).

²⁷ Et, là encore selon les autorités française, « le même raisonnement vaut pour les cas dans lesquels un afflux massif d'immigrants irréguliers nécessiterait le rétablissement des contrôles » (Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes à l'Assemblée Nationale le 11 janvier 2012 et portant sur l'examen des propositions visant à réformer certaines réglementations applicables à l'espace Schengen (E 5843, E 6293, E 6612 et E 6626).

²⁸ Marie-Laure Basilien-Guinche, « La remise en cause des accords de Schengen », *CERISCOPE Frontières*, 2011, accessible via <http://ceriscope.sciences-po.fr>