

LIBRE CIRCULATION ET (DÉ)LÉGITIMATION DE L'UNION EUROPÉENNE AUX PRISMES DE LA SCIENCE POLITIQUE ET DU DROIT

FLORENCE DELMOTTE

FONDS DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (F.R.S.-FNRS)

ET

HUGUES DUMONT

UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES (USL-B)

Aux origines du présent ouvrage, des chercheurs en droit et en science politique s'interrogeaient sur les liens entre l'activité (dé)régulatoire de l'Union européenne et la légitimité de celle-ci, ainsi que sur les différentes significations que ces termes pouvaient recouvrir. Ils s'intéressaient, si l'on préfère, aux interactions entre les principes et les pratiques de régulation et de dérégulation de l'Union, d'un côté, la légitimité de ses institutions et de ses politiques, voire du projet d'intégration qui la fonderait, de l'autre. Ces chercheurs n'ignoraient pas, ce faisant, que la question de savoir si l'Europe dite communautaire peut non seulement être considérée comme un ordre *juridique* propre, mais aurait fini par constituer un ordre *politique*, a fait couler beaucoup d'encre depuis son institution par le traité de Rome (1). On peut toutefois considérer que, quel que soit le degré d'achèvement ou de non-achèvement de l'Union européenne sur ce plan, eu égard en particulier à son caractère démocratique, presque toujours évalué à l'aune du modèle historique de l'État-nation (2), l'Union constitue bien un ordre

* Pour citer ce chapitre : F. DELMOTTE et H. DUMONT, « Libre circulation et (dé)légitimation de l'Union européenne aux prismes de la science politique et du droit », in H. MERCENIER, E. NI CHAOMH, L. DAMAY et G. DELLEDONNE (éd.), *La libre circulation sous pression. Régulation et dérégulation des mobilités dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 225-247.

(1) Voy., à ce sujet, H. CANIHAC, *La fabrique savante de l'Europe. Une archéologie du discours de l'Europe communautaire (1870-1973)*, Thèse pour le doctorat en Science politique, Université de Bordeaux/Sciences Po Bordeaux, 2017.

(2) Comme nous le montrerons plus loin, la pertinence de cette comparaison est foncièrement discutable. Si, dans son principe, elle est légitime sur le plan analytique, et utile pour mettre en évidence ce qui distingue éventuellement l'Union européenne du modèle étatique, elle pose

juridique (et non « conventionnel ») et un groupement politique (et non « hiérocratique », ou religieux). L'on fait ici référence aux catégories de Max Weber (1864-1920), lequel fut à la fois l'un des pères fondateurs de la sociologie politique et un fin connaisseur des théories du droit. Le grand théoricien de l'État moderne continue, pour ces raisons, à nous servir de guide, y compris pour étudier l'Europe. D'autant que Weber ne réduisait nullement le groupement politique à son type étatique, qu'il définissait par un monopole de la contrainte physique légitime fondé sur le droit et s'exerçant, au moyen d'une administration spécialisée, sur une population située dans les limites d'un territoire, suivant par là la théorie du droit (3).

Une fois rappelé ce qui distingue l'ordre étatique pour la sociologie politique classique, on notera encore en guise de prémisse que, fût-ce d'une manière originale, l'Union européenne unit bel et bien des populations, certes en mouvement, sur un territoire, certes en extension constante depuis sa fondation, et qu'elle le fait au moyen de règles, certes non exclusives, mais assorties de contraintes qui ne sont pas « morales » ou « psychiques », comme dans le cas d'autres groupements, mais bel et bien légales. Dans tous les cas, on peut donc considérer l'Union européenne comme une unité de domination politique qui, comme toute autre, prétend à la légitimité, parce que, comme toute autre, elle en a, ne serait-ce que pour se maintenir, objectivement besoin. Elle en a même d'autant plus besoin qu'elle ne peut, moins que toute autre unité de domination dans l'histoire des sociétés humaines sans doute, privée qu'elle est d'une armée ou d'une police ajustée à ses dimensions, compter sur les seules ressources de la violence, de la force ou de la menace (4).

Avant d'aller plus loin, nul ne peut ignorer non plus que le projet européen, s'il existe au singulier, a toujours eu une dimension économique essentielle, même s'il est à l'origine justifié par un objectif de paix entre des nations historiquement déchirées par des conflits, latents ou déclarés, culminant dans la grosse catastrophe de 39-45. On peut aussi dire sans exagérer, et sans forcément l'approuver, que la libre circulation constitue un élément central, sinon l'élément central, de ce projet économique. Elle apparaît de ce fait comme un des piliers de l'Union

question quand elle surévalue implicitement les mérites de l'État-nation sur ce plan, celui des réalisations démocratiques, et oublie le caractère accidenté et la diversité des trajectoires historiques concrètes. C'est dire si, dans notre esprit, mobiliser les théories classiques de l'État pour étudier l'Union n'implique en rien que l'Union ait vocation à devenir un « macro-État ».

(3) M. Weber, *Économie et société I : Les catégories de la sociologie*, trad., Paris, Plon, 1971, rééd. Pocket, 1995, pp. 88-100. Voy. aussi O. Braun, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

(4) M. Weber, *Économie et société I*, op. cit., pp. 285-289.

européenne, un pilier dont la solidité, ou la fragilité, est primordiale pour la solidité de l'ensemble (5). Par la même occasion, la libre circulation constitue un programme politique de première importance sur le plan des justifications de « l'ordre » ou du groupement que l'Union européenne constitue et, à l'ère de la domination rationnelle-légale, il s'agit d'un programme devant nécessairement être réalisé par les moyens du droit (6). Il n'est donc pas surprenant que les interrogations initiales des politistes et des juristes ayant porté « l'action de recherche concertée » (7) à l'origine des réflexions proposées dans cet ouvrage se soient resserrées autour des enjeux liés à la libre circulation. Écrite à quatre mains, mais espérant donner à voir la richesse d'une entreprise véritablement collective, la présente conclusion voudrait à cet égard laisser une trace du dialogue interdisciplinaire amorcé à propos de la libre circulation et de ses enjeux pour l'Union. Nous évoquerons ainsi tour à tour ces enjeux du point de vue sociologique et politique (1) et du point de vue juridique (2).

1. — LIBRE CIRCULATION ET LÉGITIMITÉ : UN POINT DE VUE SOCIOLOGIQUE ET POLITIQUE

Plutôt que de tenter une synthèse, forcément appauvrissante, des chapitres qui précèdent, l'on propose dans ce qui suit de mettre l'accent sur certains éléments que les auteurs ayant contribué au livre et à la conférence dont il est issu (8) apportent en écho, sinon en réponse, aux questionnements originaux des chercheurs concernant la légitimité de l'Union européenne. Il s'agissait plus précisément, on l'a rappelé, de

(5) Ce n'est pas un hasard si les négociations avec le Royaume-Uni pour déterminer les termes du retrait portaient prioritairement sur cet enjeu : la libre circulation.

(6) Voy. p. ex., A. Vachez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la FNSP, 2013.

(7) Déjà évoquée dans l'avant-propos, cette Action de recherche concertée, intitulée *Pourquoi réguler ? Régulation, déregulation et légitimité de l'Union européenne. Une analyse juridique et politique / Why Regulate? Regulation, Deregulation and the Legitimacy of the European Union. A Legal and Political Analysis*, a été menée à l'Institut d'études européennes de l'Université Saint-Louis – Bruxelles et a bénéficié d'un financement de quatre ans de la part de la Communauté française de Belgique (Fédération Wallonie-Bruxelles) entre 2012 et 2016. Elle était promue par Antoine Bailleur, Denis Duez, François Van Der Mensbrugghe et nous-mêmes, Florence Delmotte et Hugues Dumont. Les chercheurs en étaient Rocco Bellanova, Lindvine Danay et Giacomo Delle Donne, post-doctorants, Heidi Mercenier et Badaoin Ni Chaoimh, doctorants.

(8) Les travaux de l'ARC ont notamment donné lieu à l'organisation, les 18 et 19 février 2016 à Bruxelles, d'une conférence internationale intitulée *What's Wrong with Free Movement? Regulation, Deregulation and Mobility in Europe / Quand la libre circulation pose problème : régulation et déregulation des mobilités en Europe* dont sont issus la plupart des chapitres de cet ouvrage.

s'intéresser aux processus par lesquels la légitimation de l'intégration européenne qui se produit peu ou prou dans le cadre de l'Union européenne, à travers son droit et ses politiques, s'opère, ou ne s'opère pas, via les pratiques réglementaires et dérogatoires de l'Union, notamment en matière de mobilité et de libre circulation (9). Or les textes rassemblés dans le présent ouvrage, sans que la légitimité en soit forcément le thème principal, ont considérablement contribué à approfondir ces questions : pas toujours à y répondre, encore moins à les simplifier, mais bien à les éclairer de diverses manières, capables *in fine* de dialoguer entre elles, peut-être en vertu de leur caractère communément *critique* – dans tous les sens nobles, à la fois scientifique, philosophique et politique, du terme (10). L'on voudrait souligner et distinguer ici les raisons qui font de la légitimité un enjeu proprement existentiel pour l'Union européenne (1.1), du point de vue des citoyens (1.2) et pour les plus vulnérables (1.3).

1.1. – *La légitimité : un enjeu existentiel*

Si le terme même de légitimité (ou ses déclinaisons) est relativement peu employé dans la majorité des textes, cela n'empêche nullement que l'enjeu soit présent, voire central, dans la plupart des réflexions proposées. Comme on l'a déjà suggéré, il ne fait guère de doute qu'il est devenu vital pour l'Union européenne « d'entretenir la croyance en sa légitimité », ce qu'un ordre politique peut viser ou obtenir de diverses manières, qui varient dans l'espace et évoluent dans le temps, ainsi que le rappellent Antoine Bailieux et Denis Duez dans leur « Introduction ». Cette nécessité évidente l'est peut-être d'autant plus, pour l'Union européenne, que le bras armé de son droit paraît faible comparé à celui des États membres qui la composent. En outre, le caractère démocratique de l'Union (fut-ce indirectement, via les États), et même très démocratique à l'aune de l'histoire longue des sociétés européennes, exerce une forte pression sur l'impératif de légitimité, puisque la viabilité et le fonctionnement du système sont au minimum, d'une manière ou d'une

(9) D'autres domaines ont été envisagés et pour partie investigués, tels que les politiques en matière d'environnement et de coopération au développement, ou encore la promotion de la démocratie participative à l'échelle européenne, comme l'atteste la contribution de Ludvine Damay et Heidi Mercenier.

(10) Aux frontières du champ strictement académique, un éclairage critique fut également apporté, dans le cadre de la conférence des 18 et 19 février 2016, par la projection au cinéma Galeries du film *Campo Santo* (Belgique/Italie, 2007, 59 min.) de la réalisatrice Sonia Pastecchia. La projection fut suivie d'un débat avec la salle introduit par l'intervention d'Andrea Rea, sociologue à l'Université libre de Bruxelles et spécialiste de l'immigration.

autre, liés, voire soumis, au suffrage universel et au jugement des électeurs. Enfin, la comparaison permanente et inévitable avec le modèle stato-national, même si elle est parfois problématique, voire trompeuse, mine dès l'origine les ressources de légitimité de l'Union européenne, quels que soient l'orientation normative et prescriptive d'une telle comparaison et son caractère plus ou moins avoué – c'est-à-dire : qu'on considère l'Union comme devant tendre vers un État fédéral, ou comme devant essentiellement respecter, au contraire, le principe de la multinationalité ; qu'on la conçoive comme une construction originale, ou plutôt à l'inverse comme un exemple d'intégration supranationale parmi d'autres, etc. Car comment faire « mieux » que d'inventer le suffrage universel, l'école et la conscription obligatoire, comme ce fut fait dans le cadre des États-nations qui sont bel et bien à l'origine, pour le meilleur et pour le pire, du projet communautaire européen ? Il n'est pas douteux que s'exprime là une bonne dose d'illusion rétrospective sur le modèle de démocratie légitime que constitue l'État-nation, surtout dans les décennies d'après-guerre. Il n'en demeure pas moins que, pour l'Union européenne, le modèle, celui de l'État, apparaît aussi incontournable, aussi prégnant du moins, que l'objectif de légitimité se révèle crucial et difficile à atteindre.

Ce n'est pourtant qu'assez tardivement dans l'histoire de la construction européenne qu'on s'est aperçu, sinon de l'enjeu, de son ampleur. En effet, l'importance que cette construction soit « légitimée », ou légitime aux yeux des citoyens, se confirme surtout à partir du moment où la citoyenneté européenne se voit consacrée par le traité de Maastricht, en 1992. De manière tout à fait logique au fond, ce sont les citoyens européens, embarqués par ce même traité – et à qui on demande notamment en France pour la première fois leur avis sur un enjeu existentiel à ce niveau – qui ont, en réalité, posé à l'Union le problème sociologique de sa légitimité (lequel inclut les dimensions politique, économique et culturelle). Et aujourd'hui, ne sont-ce pas les migrants, en « débarquant », et littéralement pour leur part, sur les plages du Sud, qui interpellent le projet à nouveau, questionnent sa légitimité et ce que signifie être citoyen en Europe ? Ils le font certes d'une tout autre manière, mais d'une manière non moins existentielle, et en un sens très proche de celle des ouvriers et des femmes au siècle dernier, dans le cadre des États-nations. En effet, eux et elles aussi luttèrent *du dehors* pour leurs droits à la représentation et à la participation politiques, forçant les portes des parlements et contribuant ainsi substantiellement à redessiner les contours et à redéfinir le contenu d'un système qui leur préexistait et dont l'accès leur était refusé. L'histoire du mouvement

ouvrier et celle du mouvement féministe rappellent au passage que le caractère démocratique des États-nations contemporains n'a pas été produit par une volonté collective unanime – celle-là qui ferait défaut à « l'Europe » aujourd'hui. Cette vision idéalisée procède d'une autre illusion rétrospective sur l'âge d'or des États-nations. Les progrès dans ce domaine – la démocratie politique et sociale – ont bien davantage été le résultat de victoires arrachées par des groupes dominés luttant pour la reconnaissance de leurs droits, parfois au péril de leur vie – au moins jusqu'aux grèves de 1960-1961, dans notre pays – et concédés par des gouvernants acculés au risque de la rupture des équilibres sociaux.

Que le problème de la légitimité concerne la relation entre une autorité politique et ceux sur qui elle s'exerce semble aller de soi. Mais de quoi parle-t-on plus précisément lorsqu'on évoque ou invoque la « légitimité » au sens sociologique ? Il y a bien entendu de multiples manières de répondre à cette question. Fondatrice, mais toujours d'actualité, minimale et en même temps principielle, la définition de Max Weber, à nouveau, a le mérite de clarifier les choses et de pouvoir se prévaloir d'une certaine neutralité axiologique, pour le coup au sens fort du terme, puisque cette définition permet littéralement de faire abstraction des valeurs, c'est-à-dire ici de nos valeurs en tant que chercheurs à propos de l'ordre et du projet politique européens. Pour Weber, la légitimité – quels que soient son type et le rôle qu'y jouent éventuellement certaines valeurs ou certains principes, certaines traditions ou certains affects – est d'abord en effet une « croyance (11) » ou plus exactement une relation de croyance : c'est, pour un ordre politique, être accepté ; c'est, pour ses membres ou pour les citoyens, accepter l'ordre politique (12). Pas nécessairement le soutenir ou développer à son égard une opinion favorable, mais faire en fonction de lui, au minimum tenir compte de son existence, y inscrire ses actions et en particulier ses actions sociales, celles qui ont rapport à autrui et à la collectivité. Le critiquer, souvent, l'enfreindre parfois (13), mais

(11) M. Weber, *Économie et société* I, op. cit., p. 286.

(12) « Les agents », précise Weber, peuvent « accorder à un ordre une validité légitime : En vertu de la tradition [...] ; En vertu d'une croyance d'ordre affectif [...] ; En vertu d'une croyance rationnelle en valeur [...] ; En vertu d'une disposition positive, à la légalité de laquelle on croit » (*Ibid.*, p. 62, accentuation de l'auteur). La légitimité est donc bien toujours d'abord une croyance, même s'il peut s'agir d'une croyance qui considère en premier lieu la validité rationnelle (en valeur) ou légale (concernant le droit positif).

(13) Ainsi, note Weber, on peut « orienter » son activité d'après la validité d'un ordre sans « obéir » uniquement à son sens (tel qu'on le comprend en moyenne). En effet, même dans le cas où l'on « étudie » ou « viole » son sens (tel qu'on l'entend en moyenne), la chance de sa validité, qui subsiste dans une quelconque mesure, peut continuer à s'imposer (comme norme obligatoire). Tout d'abord d'une façon purement rationnelle en fin de compte. Le violeur oriente son activité d'après

non pas faire comme s'il n'existait pas (14) : le reconnaître et, donc, se le « représenter ». Dans les termes de Weber, la « validité » d'un ordre (juridique, en l'occurrence) dépend alors du fait que « l'activité sociale » s'oriente, « du côté de ceux qui y participent, d'après la représentation de l'existence d'un ordre légitime (15) ». Les « fondements » ou les ressorts d'un tel processus vital pour le groupement politique (au sens de Weber) sont, on l'a rappelé, de divers ordres ou « types ». La croyance en la validité d'un ordre ou d'un groupement légitime peut, en effet, reposer sur des éléments traditionnels, affectifs, relatifs aux valeurs ou à la légalité, mais il s'agit toujours d'une croyance qui concerne d'abord « les agents » et leurs représentations de l'autorité du groupement politique, et donc les relations entre les premiers et la seconde. Cette nature relationnelle de la croyance en la légitimité implique aussi son caractère non figé mais au contraire évolutif, nécessairement processuel.

Cette acception sociale ou sociologique de la légitimité politique décale si l'on veut le regard, ou le recentre, en le posant sur les citoyens, ce qui n'est pas forcément incompatible avec ce que propose la littérature récente sur la légitimité de l'Union européenne dans les études européennes. En particulier, elle est plutôt complémentaire (16) de la conception de Fritz Scharpf (17) et celles qui s'en inspirent. Suivant celle(s)-ci, on peut, on le sait, distinguer la légitimité, ou la légitimation, par les *inputs*, par les procédures plus ou moins démocratiques (liées au gouvernement du ou par le peuple), et la légitimité ou la légitimation par les réalisations, les *outputs* (les politiques publiques, ou le gouvernement pour le peuple). Partant de là, on peut s'intéresser plutôt à la manière dont la légitimité se construit ou vise à se construire en amont des normes produites et des politiques menées, ou on peut s'inté-

la « validité » de la loi pénale dans la mesure même où il la masque » (*Ibid.*, p. 69). Évidemment, précise Weber, « [l]orsque le fait d'étudier ou de violer le sens d'un règlement [...] est devenu la règle, ce règlement ne "vaut" plus que dans certaines limites et finalement plus du tout » (*Ibid.*, cit.).

(14) C'est pourquoi les anarchistes, qui ne reconnaissent pas l'autorité de l'État, représentaient un cas limite, et fascinant, pour ce grand théoricien du droit, de l'État et de l'autorité. Cohérent avec sa propre conception de la neutralité axiologique, qui consiste non pas en une absence de valeurs, mais en la capacité de les maintenir à la plus grande distance possible le temps de l'analyse, Weber n'était pas loin de considérer les anarchistes comme les mieux placés (c'est le célèbre « point d'archimède ») pour comprendre l'État rationnel légal et le modèle bureaucratique (voy. I. Kalinowski, *Leçons néobénédictines sur la science et la propagande*, Marseille, Agone, 2005).

(15) M. Weber, *Économie et société* I, op. cit., p. 64 (accentuation de l'auteur).

(16) Voy. V. Van Ingelgom, *Intégrer l'indifférence : une approche comparative, qualitative et quantitative, de la légitimité de l'intégration européenne*, Thèse de doctorat de science politique, Institut d'études politiques de Paris/Université catholique de Louvain, 2010, pp. 16-19.

(17) F. Scharpf, *Gouverner l'Europe*, trad., Paris, Presses de Science Po, 2000.

resser plutôt aux effets des normes, des décisions prises, des actions conduites. Cette dernière orientation est bien claire dans le chapitre d'Anne van Wageningen sur l'enseignement supérieur. Mais les deux manières d'aborder les choses ne sont pas exclusives l'une de l'autre, en tout cas dans une perspective sociologique, qui n'entend pas d'abord défendre une conception idéale de la légitimité ou de la démocratie, mais plutôt rendre compte de comment les choses se passent, dans la réalité. Or, précisément, dans la réalité, les deux logiques de légitimation interagissent le plus souvent. Par exemple, on peut penser que le politique peut intervenir davantage (du côté de ses *outputs*) quand il peut se prévaloir de représenter une majorité qui s'est exprimée par le vote (du côté des *inputs*). On peut aussi penser, voire prouver, historiquement, que la conscience à la fois individuelle et collective d'appartenir à un ensemble (voire à un peuple), le fait d'en constituer un, se développent en lien avec le fait de jouer ensemble de certains droits, voire d'exercer ensemble certains devoirs, et de bénéficier des mêmes politiques (18).

Concernant l'Europe communautaire, une telle hypothèse apparaît même dominante, sur les plans à la fois politique, normatif et analytique. Le programme essentiellement économique du projet européen (quels que soient ses autres finalités, les principes ou les valeurs qu'on peut lui attribuer) explique ainsi une relative prédominance du paradigme fonctionnaliste, « selon lequel une institution est créée pour accomplir une fonction précise », comme le rappelle Sabine Saurugger (19). En découle logiquement l'idée que « les peuples » – et plus récemment « les citoyens » – adhéreront à un projet qui leur garantit la paix et la prospérité, qui parvient plus prosaïquement à améliorer (comme on disait hier) ou à maintenir (comme on dit aujourd'hui) leurs conditions d'existence ou à maintenir (comme on dit aujourd'hui) leurs conditions d'existence (hier) ou leur mode de vie (aujourd'hui). La prévalence de cette vision des choses a toujours été relative : le projet européen a bien sûr été porté aussi par des fédéralistes convaincus, s'inscrivant pour certains dans une perspective bien plus idéaliste (20). D'un autre côté, l'hypothèse fonctionnaliste – en tout cas son interprétation mécaniciste – a

(18) Voy. déjà K. W. Deutsch et al., *Political Community in the North-Atlantic Area: International Organization in the Light of Historical Experience*, Princeton, Princeton University Press, 1957 ; voy. aussi T. Kuhn, « Individual transnationalism, globalisation and euro-scepticism: an empirical test of Deutsch's transnationalist theory », *European Journal of Political Research*, vol. 50, n° 6, 2011, pp. 811-837.

(19) S. Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Science Po, 2010, p. 10.

(20) On n'ignore pas, en utilisant le terme « fédéralistes », que cette dénomination générique commode recouvre en réalité des options très différentes.

été de plus en plus concurrencée par d'autres, par exemple par le paradigme identitaire, compte tenu notamment des échecs de l'Europe à convaincre ses membres devenus citoyens de s'intéresser à elle, sinon de continuer à la soutenir passivement. Mais, si cette dernière évolution s'explique pour partie par les avancées des partis et mouvements dits eurosceptiques, à son tour le succès de ceux-ci s'explique entre autres, *a fortiori* en contexte de crise, par les échecs ou l'absence de l'Europe dans les domaines où la construction européenne promettrait le plus, dans lesquels elle puisait de fait depuis sa création ses principales ressources en termes de légitimité, une fois éloigné le spectre de la guerre : en matière économique et sociale (21). Autrement dit, la crise économique et politique actuelle – qui dure en fait depuis dix ans – n'est pas loin de démontrer implacablement, par la négative, la pertinence de l'hypothèse fonctionnaliste.

De là à penser qu'il « suffit » que les Européens connaissent leurs droits pour en jouir, que ces droits se résument essentiellement à ceux de la libre circulation, qu'il « suffit » qu'ils en jouissent pour mesurer les bienfaits de l'Europe, qu'il « suffit » qu'ils mesurent les bienfaits de l'Europe pour développer une fierté d'appartenance et un attachement fort à l'Europe, et qu'il « suffit » de cela pour que l'Europe, enfin légitime, fonctionne à nouveau... cela fait beaucoup de « il suffit de ». Il n'empêche que la Commission, à travers les « Dialogues citoyens » organisés depuis 2013, n'hésite pas à tenir un tel discours et à (tentar d')entretenir cette croyance, comme le souligne la contribution de Ludvine Danay et d'Heidi Mercenier (22). Celles-ci montrent bien en un sens la force du *credo* qui lie, du côté des institutions, libre circulation, citoyenneté et sentiment d'appartenance, mais leur chapitre pose aussi la question du caractère proprement illusoire d'un tel *credo*, quand 3 % des citoyens européens seulement circulent vraiment librement (de leur plein gré) en Europe... De son côté, la réflexion de Denis Duez examine dans quelle mesure certaines politiques contribuent, pourraient contribuer ou visent à contribuer à la construction d'une communauté politique –

(21) Voy., à cet égard, le bilan argumenté et sans concession de M. ALETTA et N. LEROU, *La double démocratie. Une Europe politique pour la croissance*, Paris, Seuil, 2017, pp. 15-81.

(22) Voy. aussi L. DUKAKI, « La "participation citoyenne" comme solution à la crise de légitimité de l'Union européenne ? Analyse du cas des "dialogues" de la Commission », in G. MARXON et V. VAN IERSECOM (éd.), *Politiques de crise, crises du politique*, Louvain-la-Neuve, Academia L'Harmattan, 2017, pp. 137-161. Pour une réaffirmation récente de ce *credo*, articulée à un appel pour mieux prévenir et sanctionner les fraudes, voy. la contribution de la rapporteure pour la révision de la directive sur le détachement des travailleurs, E. MORIN-CHARTIER, « Quel impact de la liberté de circulation sur les systèmes de protection sociale au sein de l'Union européenne ? », *L'état de l'Union. Rapport Schuman 2017 sur l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2017, pp. 11-12.

dans ce cas, par le biais d'une politique de contrôle des frontières extérieures plutôt symbolique, c'est-à-dire symbolique pour « nous », les Européens, ce qui n'empêche nullement que la même politique soit, y compris physiquement, violente pour « eux », les migrants.

1.2. – *La légitimité vue d'en bas*

Du point de vue sociologique et politique, ce que rappellent en second lieu les contributions rassemblées en s'intéressant aux enjeux liés à la libre circulation, c'est que les angles d'approche classiques (légitimité par les *inputs* et/ou par les *outputs*) ne peuvent être sensément investis sans s'intéresser, d'en bas, non seulement aux « gens », mais aux *points de vue* des gens, des citoyens eux-mêmes, des « agents » ou des « acteurs », diraient les sociologues : ces chômeurs, hauts fonctionnaires, migrants, gardes-frontière(s) ou travailleurs portugais de Jers Thoenmes, sans lesquels on ne peut tout simplement pas *connaître* la réalité du travail détaché et des régulations extraterritoriales par exemple. Sans s'intéresser à ces points de vue, on ne peut pas saisir non plus les logiques de l'acceptation, explicite ou tacite, de l'ordre européen. Soit une question définitivement irréductible à l'alternative par définition à deux branches (soutien *versus* rejet) qui n'a pas fini d'obséder les sondaurs et leurs commanditaires européens ; soit une question, celle de l'acceptation sociale et de ses motifs, aussi parfois bien étrangère aux considérations somme toute très rationnelles prises en compte par Scharpf et ses disciples. C'est le mérite d'une enquête comme celle qu'Heidi Merzenier (23) a menée auprès des jeunes Bruxellois de le rappeler : et si l'Europe légitime, ce n'était, pour beaucoup, que « vivre dedans », « vivre avec », et ne s'inquiéter d'elle, au fond, comme de la libre circulation, que lorsque l'on évoque sa disparition, un éventuel retour en arrière, un *exil* impensé, car impensable ?

Les communications rassemblées contribuent, on le disait, à démontrer, si besoin était, la pluralité des approches et leur caractère complémentaire. Sans être exhaustifs, on peut encore pointer l'étude, elle aussi par en bas, des dispositifs, des pratiques, des objets et des données réalisée par Rocco Bellanova à propos du *Passenger Name Record* (PNR), qui rappelle entre autres qu'on ne saurait ni comprendre ni juger sans décrire. Plusieurs chapitres invitent, quant à eux, à prendre en compte la dimension historique et l'histoire souvent longue des réalités et des problèmes qui nous occupent. Celui de Denis Duez nous renvoie

ainsi à l'Europe de Stephan Zweig et de Michael Polanyi pour mieux saisir ce qui distingue (plus ou moins) la nôtre. Cette dimension historique et comparative est également présente dans le chapitre d'Anne van WAGENINGEN sur la citoyenneté et le rôle de l'éducation, qui ose la comparaison avec le *state building* au XIX^e siècle ; un chapitre qui, en expliquant les divergences des États membres sur le traitement de ces questions au niveau européen. Anne van WAGENINGEN note aussi que, paradoxalement, l'ambivalence des États n'empêche pas l'Union européenne d'avancer dans ces domaines, au contraire, même sans contrôle parlementaire, ni au niveau national ni au niveau européen, sur un mode peu ou pas planifié qui ressemble fort à celui caractérisant le développement de l'État moderne (24).

Bref, en matière d'éducation, de droits sociaux et de lien supposé à l'identité et à la démocratie, si rien n'a jamais été simple, il faut admettre que tout se complique. Si les politiques évoquées (éducatives, de protection sociale des travailleurs et de sécurisation des frontières) sont plus ou moins liées au souci d'honorer à la fois le projet européen d'une « union sans cesse plus étroite » et les droits fondamentaux, dont celui à la sécurité physique des ressortissants de l'Union européenne, ces mêmes politiques posent en réalité deux questions : la question du contenu, de la substance des droits qui composent la citoyenneté européenne, mais aussi une question qui paraît définitive au sens fort : « Qui est *in*, qui est *out* ? »

1.3. – *Qui est in, qui est out ?*

Cette question clé pour la psychologie sociale (25) et nombre d'études récentes sur l'Union européenne (26) apparaît présente au moins à l'arrière-plan de tous les textes. Mais pas forcément au sens où on l'entend la plupart du temps, obnubilé qu'on peut être, parfois malgré soi, par le souci de la délimitation de la communauté politique et la question du « nous » ou d'un « nous » qui, même dans une acception ouverte et élargie, est souvent considéré comme un tout ou comme une entité, et comme seul dépositaire de la légitimité et seul destinataire des entre-

(23) Sur le caractère « aveugle » et non planifié de la genèse et du développement de l'État en Europe, voy. N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, trad., Paris, Calmann-Lévy, 1975, rééd. Pocket, pp. 25-41.

(25) Voy., p. ex., les travaux d'Henri TAJFEL sur l'identité sociale (*Human Groups and Social Categories: Studies in Social Psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981).

(26) Voy., p. ex., les travaux de Michael BRUTER (dont *Citizens of Europe? The Emergence of a Mass European Identity*, Palgrave Macmillan, 2005).

prises de légitimation de l'autorité politique. Or la plupart des contributions suggèrent que la question de la légitimité est souvent posée par les maillons les plus faibles, fût-ce à leur insu : par les citoyens forcés à la mobilité, les travailleurs déplacés, les sans-emploi, « citoyens économiquement inactifs » (dans la contribution d'Herwig Verschueren), pour ne pas dire « passifs », et clairement de seconde zone... Ce qui frappe ensuite, c'est que le même problème de légitimité est aussi et peut-être plus radicalement encore posé *du dehors*, de l'extérieur de la « communauté » (*sic*) ou de l'ordre politique envisagé, qui rassemblerait les citoyens européens « de droit » – par opposition aux non-citoyens, mais aussi aux citoyens européens « de fait » ou de plein exercice – ces quelques pour cent de mobiles volontaires, par exemple.

À l'heure qu'il est, et le texte de Jean-Marc Ferry le confirme, il semble en effet que c'est bien le problème de l'accueil – ou du non-accueil – des migrants non européens en Europe et par l'Europe qui, à travers le « viol systématique des droits de l'homme aux frontières » (27), questionne le plus radicalement la cohérence du projet européen. Selon Jean-Marc Ferry, le défi du droit cosmopolitique est littéralement posé par les migrants, et la crise (2015...) et les conséquences de la guerre en Syrie ne sont que l'arbre qui cache la forêt des réfugiés climatiques et économiques. Ce problème révèle ainsi la contradiction permanente entre la soi-disant primauté des droits de l'homme (qui, à ce qu'on sache, ne concerne pas que l'homme ou la femme européenne), on y reviendra) et les politiques menées. Ce faisant, le problème des migrants questionne bien, d'un certain point de vue, sinon de tous, si l'on reprend notre partition (les *inputs*, les *outputs* et les points de vue des individus), la légitimité de l'ordre politique européen et la consistance du projet qu'éventuellement il invoque.

De même, ou pour le démontrer en adoptant un point de vue plus optimiste, les seuls exemples relativisant un constat largement désempant ou sceptique sur la légitimité sociale de l'Union européenne concernent l'engagement tangible et non seulement rhétorique de l'Union européenne en faveur du droit à la santé des patients les plus faibles (28), et des mineurs migrants et demandeurs d'asile. L'Union peut, en effet,

(27) L'expression est d'Ozgun Topak (« Entry to and exit from Greece: between past and future », papier présenté dans le cadre de la conférence *What's Wrong with Free Movement? Regulating, Deregulating and Mobility in Europe / Quand la libre circulation pose problème : régulation et dérégulation des mobilités en Europe* organisée à Bruxelles les 18 et 19 février 2016).

(28) Voy. T. K. Henry et J. V. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 (Chapter 7 « Rights : Health rights as Human Rights »).

requérir des États l'extension des droits à leur système de santé pour les individus les plus vulnérables. Une note d'espoir, donc.

Mais on dit bien une note d'espoir. Comme on l'annonçait en commentant, ce qui frappe à la lecture des différents chapitres, c'est leur caractère critique, depuis l'introduction d'Antoine Baillieux et de Denis Duez et indépendamment du langage disciplinaire parlé. Cependant, si chaque texte ou presque est associé à une thèse démythificatrice au moins, tous sont pourtant irréductibles à une quelconque forme d'euro-scepticisme idéologique. La plupart relèvent même d'une critique plutôt *interne* au projet européen. De manière tout aussi intéressante, cette critique interne se révèle compatible avec une critique *radicale*. Celle-ci vise, d'un côté, le tournant néolibéral (le changement de paradigme mis en avant par Sandra Mantu), de l'autre, le tournant sécuritaire, ou communautaire dans le mauvais sens du terme (s'il en est un bon), lesdits tournants semblant encourager, voire justifier, dans le chef des institutions, la trahison des principes fondamentaux, en tout cas une inflexion nette de la jurisprudence de la Cour de justice. On y reviendra également.

Ainsi, on peut identifier deux « mythes » considérés et attaqués comme tels par plusieurs textes. D'abord, sur la question des migrants, tout porte à conclure que le « flux » n'est pas si important ni dramatique que ça, sauf bien sûr pour ceux qui en sont les victimes, à savoir les migrants eux-mêmes. Du point de vue de l'Europe, de sa réalité économique et démographique, il apparaît non seulement que l'Union européenne *peut* absorber ce(s) flux (sans même entrer dans le débat quant à savoir si elle le *doit*). Mais encore il semble qu'elle ait *besoin* de le faire, compte tenu de la courbe des âges et de ce que représentent, pour mieux la maîtriser, l'arrivée des migrants et la naissance de leurs enfants. Quant au prétendu « tourisme social », tout prouve également que celui-ci n'est *pas* déterminant pour expliquer la migration intra-européenne, que son poids n'est pas prédominant ni même significatif pour celle-ci. Autrement dit, le tourisme social n'est *pas* d'abord, à l'instar des migrants ou de la crise des réfugiés, un problème politique et économique *réel* au sens où il ne constitue pas un fardeau inacceptable ou une menace sérieuse pour l'Europe. Les deux relèvent bien plutôt du registre du fantasme, de l'illusion, du mythe. Ils témoignent, dans le chef des acteurs politiques dans la plupart des États membres – et dans certains, il est vrai, plus que dans d'autres –, d'une peur idéologiquement entretenue, ou trop faiblement combattue. Le regard critique, ce qu'il met alors en avant, c'est le caractère foncièrement « irrationnel » des politiques ou des évolutions du droit : *irrational i*;

au sens littéral d'une déconnexion des faits, de l'analyse des faits, soit l'objectif que les scientifiques, dont nous sommes, ont au contraire la prétention de servir.

À partir de là, assumer la normativité, voire les valeurs qui demeurent associées à l'analyse critique, implique d'interroger notre posture, de nous interroger sur notre rôle : nous avons fait, nous faisons notre travail de politologues, de sociologues, de philosophes et de juristes, mais nous n'irons pas, seuls, beaucoup plus loin. En février 2016, paraîtra à nos travaux et à ce sommet européen sur les migrations que l'on disait crucial (29), la Berlinale – le festival international du film de Berlin – était largement consacrée au drame des migrants. Le film *Fuocoammare* de Gianfranco Rosi, sur Lampedusa, longuement applaudi lors de l'ouverture, obtiendra d'ailleurs l'Ours d'Or, puis l'Oscar du meilleur documentaire à Hollywood. Bien sûr, ce serait une (autre) illusion de croire que les artistes vont changer l'Europe. Mais, dira-t-on pour rester lucides, ils ne le feront ni plus ni moins que d'autres acteurs, politiques ou académiques, tous placés aujourd'hui, entre autres du fait de la crise des migrants, face à leurs responsabilités historiques communes.

2. – LA LIBRE CIRCULATION ET SES ENJEUX : UN POINT DE VUE JURIDIQUE, ENGAGÉ ET CRITIQUE

Lui avec les lunettes du juriste, le présent ouvrage peut se voir reconnaître le mérite d'avoir mis en lumière les deux faces, à la fois distinctes et indissociables, des problèmes politiques et juridiques que pose la libre circulation. D'un côté, il s'est attaché à pointer les difficultés que rencontrent aujourd'hui les différents modes d'exercice de la liberté de circulation telle qu'elle est conçue par les traités, c'est-à-dire comme le premier des droits du citoyen européen. De l'autre, il s'est agi de relever les obstacles à l'entrée et au séjour de celles et ceux qui n'ont pas ce titre de citoyens européens, faute de posséder la nationalité d'un des États membres de l'Union, mais qui n'en sont pas moins citoyens du monde en vertu du droit international des droits de l'homme.

L'attention a porté ainsi sur le sort réservé par l'Union à des catégories variées de citoyens, qui vont des voyageurs, européens ou non,

confrontés au *Passenger Name Record* (PNR) (30) aux étudiants bénéficiaires des programmes Erasmus et de la jurisprudence sur la libre circulation des services (31). Pour ne pas en rester à un inventaire « à la Prévert », on peut se reporter à la classification proposée par Espen Olsen et Agustín Menéndez (32). Mais, dans les limites de ces remarques conclusives, nous voudrions plutôt transposer, sur un plan purement épistémologique, ce que la vieille théologie de la libération a appelé « l'option préférentielle pour les plus défavorisés ». Trois autres catégories de citoyens justifient alors une attention privilégiée. Tout d'abord, les citoyens européens ayant le statut de travailleurs détachés (33) ; les citoyens européens dits économiquement inactifs, le cas échéant demandeurs d'emploi (34) ; et les citoyens du monde non européens, persécutés ou démunis, à la recherche d'un asile et/ou d'un emploi (35). Les contributions portant sur ces trois catégories font particulièrement apparaître à nos yeux, sur un double plan, le manque de cohérence des compétences et des politiques de l'Union à leur sujet au regard de ses propres valeurs (2.1). Nous relèverons ensuite un autre problème de cohérence. Parmi les différents modes de régulation dont dispose l'Union, on connaît les instruments du droit dérivé (règlements, directives, décisions) et la régulation par le droit jurisprudentiel. Plusieurs contributions font apparaître les limites et la fragilité de cette forme de régulation quand le droit dérivé accumule les retards, faute d'une volonté politique assez ferme (2.2). Enfin, nous n'élèverons pas de poser la question de ce qu'on pourrait considérer comme un « progrès » et des voies qu'il pourrait emprunter : s'il y a encore tant à faire pour hisser l'Europe de la libre circulation à la hauteur du droit cosmopolitique au sens où Jean-Marc Ferry l'entend, sur quelles pistes peut-on raisonnablement miser ? (2.3).

(30) Voy. la contribution de Rocco Bellanova.

(31) Voy. la contribution d'Anne van Wassenhagen.

(32) E. D. H. Olsen et A. J. Menéndez, « Who is the European citizen? The unbearable lightness of European citizenship », papier présenté dans le cadre de la conférence *What's Wrong with Free Movement? Regulating, Deregulating and Mobility in Europe / Quand la libre circulation pose problème : régulation et dérégulation des mobilités en Europe* organisée à Bruxelles les 18 et 19 février 2016.

(33) Voy. la contribution de Jens Thomsen.

(34) Voy. les contributions d'Antoine Baillet-Latour, Herwig Verschueren et Sandra Mantu.

(35) Consacré aux migrations, ce sommet avait lieu exactement au même moment à Bruxelles que la conférence déjà mentionnée que nous organisons, les 18 et 19 février 2016. Voy. les conclusions à l'adresse <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/02/18-auco-conclusions-migration/>.

2.1. – *L'Europe de la libre circulation : doublement incohérente au regard de ses propres valeurs*

Première incohérence : l'Union ne peut pas prétendre faire de la liberté de circulation, comme elle le suggère dans l'article 21 du Traité sur son fonctionnement (TFUE), le premier des droits du citoyen européen sans se donner en même temps les moyens d'affronter la question de la solidarité. Or ces moyens, elle ne les a pas, ne se les donne pas, ou ne peut se les donner, en raison d'une double déficience : soit parce qu'elle n'a pas reçu des États maîtres des traités les attributions nécessaires pour conduire une politique sociale digne de ce nom (36) ; soit parce que la volonté politique d'exercer effectivement et résolument celles qu'elle a néanmoins reçues est défaillante (37). Aussi, il est apparu que la liberté de circulation n'est pas une véritable liberté fondamentale dès lors qu'au-delà de sa dimension d'instrument au service du marché intérieur, elle ne vaut pas ou guère pour les plus démunis, et qu'elle constitue trop souvent un piège pour les travailleurs déa- chés. À la limite, on peut penser que la libre circulation des personnes ne sera jamais une liberté concrète et effective aussi longtemps que l'Union n'instituera pas une forme d'allocation universelle, pour tous ses citoyens. Mais faut-il le dire, elle ne dispose pas de la compétence pour ce faire, et une révision des traités pour la lui conférer semble complètement inenvisageable dans un avenir proche, compte tenu des profondes divisions qui séparent les États membres dans le domaine de la sécurité sociale.

Deuxième incohérence : l'Union ne peut pas privilégier un traitement sécuritaire ou protectionniste des questions politiques, économiques et sociales liées aux migrations et laisser les États membres se lancer dans une concurrence malséable en matière de mesures dissuasives contre les migrants et les demandeurs d'asile sans heurter ses propres valeurs, les valeurs universelles et cosmopolites (38) de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) : État de droit, droits de l'homme, pluralisme et solidarité en particulier.

En ce qui concerne l'asile, l'Union a certes adopté en juin 2013 une deuxième série de règlements et de directives qui élèvent le niveau

d'harmonisation des normes par rapport au premier paquet des années 2000 à 2005 (39). On a même pu parler d'une « avancée importante en matière de protection des droits des demandeurs d'asile et personnes protégées (40) ». Mais, comme on a pu le constater depuis la dramatique explosion des demandes d'asile en 2013, le niveau d'harmonisation et de protection demeure insuffisant, soit parce que les États membres restent libres d'appliquer ou non certaines dispositions ou de les appliquer de façon très différenciée, soit parce qu'ils les contestent purement et simplement et refusent de les respecter. On se souvient que la Commission avait proposé, au nom de la solidarité européenne et sur pied de l'article 78, § 3, du TFUE, une clé de répartition des personnes à relocaliser entre États membres, selon des critères de PNB, de taille de la population, de taux de chômage et de nombre de demandeurs d'asile et réfugiés déjà accueillis. Mais le Conseil européen de juin 2015 a écarté cette clé en raison des résistances de la plupart des États membres (41). Il a donc décidé que « l'ensemble » desdits États décideraient « par consensus [...] de la répartition de personnes en tenant compte de la situation particulière » de chacun d'entre eux (42). De consensus, il n'y en eut point cependant. Au terme de réunions particulièrement tendues, la répartition n'a pu être adoptée par le Conseil de l'Union au mois de septembre de la même année (43) qu'à la majorité qualifiée, compte tenu de l'opposition de la Hongrie, de la République tchèque et de la Slovaquie. Dans son treizième rapport du 13 juin 2017 sur la relocalisation et la réinstallation qui rend compte de la mise en œuvre de ces décisions du Conseil, la Commission a bien dû constater qu'en dépit d'appels répétés, la République tchèque, la Hongrie et la Pologne ont manqué à leurs obligations en ne procédant à aucune relocalisation. Aussi, elle a décidé d'engager des procédures d'infraction contre ces trois États (44). À vrai dire, ceux-ci, comme d'autres du reste, n'ont pas hésité à bafouer les valeurs européennes qu'ils se sont pourtant

(39) Pour une vue synthétique, voir H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration : synthèse des travaux en atelier », in *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 365-387.

(40) C. BALLEUX, « L'Union européenne au défi des migrations et de l'asile : état des lieux et perspectives », in T. CHOPIRY et M. FOUCHER (éd.), *L'état de l'Union. Rapport Schuman 2016 sur l'Europe*, Paris, lignes de repères, 2016, p. 164.

(41) *Ibid.*, pp. 160-161.

(42) Conclusions du Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, § 4, b.
(43) Voy. décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JO, L 239/146 du 15 septembre 2015, et décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 ayant le même objet, JO, L 248/80 du 24 septembre 2015, modifiée par la décision (UE) 2016/1754 du Conseil du 29 septembre 2016, JO, L 268/82 du 1^{er} octobre 2016.

(36) Voy. art. 151-161 du TFUE.
(37) Voy. J.-L. DE MEUNESTER, J.-C. DERRAÏNE, D. DUEZ et Y. VANDERBROECHE (éd.), *Les modèles sociaux en Europe. Quel avenir face à la crise ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du soft au hard law, et retour », in *Les sources du droit revues*, vol. 1 « Normes internationales et constitutionnelles », Limal/Bruxelles, Anthémis/Université Saint-Louis – Bruxelles, 2012, pp. 343-377.

engagés à « promouvoir » au moment de leur adhésion à l'Union (45), en alléguant que l'homogénéité de leur société serait incompatible avec l'ouverture aux autres cultures et continents que l'accueil des demandeurs d'asile postule.

En ce qui concerne les migrants légaux de longue durée, leur statut varie aussi beaucoup d'un État à l'autre, une fois encore en raison du niveau réduit d'harmonisation induit par les directives applicables (46). En revanche, les États membres sont unanimes à vouloir renforcer le contrôle des frontières extérieures de l'Union. Mais, au lieu d'approfondir la logique de l'espace Schengen, ce « symbole mondial de la libre circulation (47) » selon Yves Pascouau, en agissant en commun et en misant sur la solidarité, ils ont été de plus en plus nombreux à adopter l'attitude « *Not in my backyard* » ou du chacun pour soi en réintroduisant unilatéralement les contrôles aux frontières intérieures. Le Conseil a même autorisé certains de ces contrôles en interprétant de plus en plus largement les permissions du Code frontières Schengen fondées sur la notion de « menace à l'ordre public » (48). Avec Denis Duez, on peut alors dénoncer l'aveuglement de l'Europe, parce que ni elle ni ses États membres ne parviennent à comprendre et à admettre le caractère fondamentalement inapproprié des usages qu'ils veulent faire des frontières, que masque aujourd'hui le retour en grâce des discours fondés sur cette notion.

Vue à travers ses façons de réguler les questions de mobilité, l'Union apparaît ainsi doublement bancaire.

2.2. – *L'Europe de la libre circulation à l'épreuve de ses deux modes de régulation*

Établir les règles de la solidarité entre États membres, entre citoyens européens, ou entre citoyens européens et citoyens du monde, en en partageant les avantages et les contraintes, il n'y a pas de tâche plus politique que celle-là. Or, c'est précisément là que le bât blesse (le plus). À la lecture du présent ouvrage, on comprend en effet que, sur ce

thème, deux formes de régulation, associées chacune à une source de légitimité distincte, se concurrencent : d'un côté, la régulation par le droit dérivé de l'Union, c'est-à-dire le droit produit essentiellement par les acteurs politiques que sont le Conseil et le Parlement européen, de l'autre, la régulation par le droit jurisprudentiel produit par la Cour de justice, cette institution présumée apolitique.

On a pu voir ainsi ladite Cour s'appuyer sur l'idée de solidarité que comprend implicitement la notion de citoyenneté pour imposer aux États membres des devoirs d'assistance vis-à-vis des citoyens européens pauvres ou tombés dans la pauvreté, devoirs que la directive 2004/38 sur le droit de la circulation et du séjour des citoyens de l'Union n'imposait pas, et ce, alors que le texte de l'article 21 du TFUE donnait à penser que la notion de citoyenneté n'apportait rien de plus par rapport aux dispositions du droit dérivé (49). Mais cette jurisprudence, pour généreuse qu'elle soit, ne pouvait tenir lieu à elle seule de régulation légitime. Une solidarité élargie imposée par une juridiction supérieure, alors que les responsables politiques et l'opinion publique n'ont pas été associés sur un mode délibératif à cet élargissement, est en effet très fragile. On a bien dû le constater avec les arrêts *Dano* (50) et *Alimanovic* (51) qui attestent un retour en arrière par rapport à la jurisprudence *Martinez Sala* (52) et *Grzelczyk* (53). Il est permis de penser que le défi politique à relever, qui consiste à accompagner la libre circulation des personnes d'une vraie politique sociale européenne, incombe d'abord aux autorités politiques de l'Union et non à la Cour de justice. On peut d'autant plus le penser que l'Union a voulu miser sur la liberté de circulation quand elle s'est mise en tête de promouvoir (« vendre », écrivent Ludvine Danay et Heidi Mercenier) la citoyenneté européenne en se fondant quasi exclusivement sur ladite liberté. Au passage, l'on peut rejoindre les critiques que ces auteurs adressent à l'Union quant au caractère réducteur de la citoyenneté, ainsi assimilée à la libre circulation. La citoyenneté au sens strict vise le bénéfice des droits politiques, au sens large, celui des droits de l'homme. Or, on l'a relevé, aussi longtemps que la libre circulation restera principalement

(45) En vertu de l'article 49 du TUE.

(46) C. BALLEUX, « L'Union européenne au défi des migrations et de l'asile : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 157.

(47) Y. PASCOUAU, « L'espace Schengen face aux crises : la tentation des frontières », in *L'état de l'Union. Rapport Schuman 2016 sur l'Europe*, *op. cit.*, p. 45.

(48) Le 12 mai 2016, le Conseil a recommandé ainsi à l'Autriche, à l'Allemagne, au Danemark, à la Suède et à la Norvège de maintenir des contrôles temporaires et proportionnés aux frontières pendant une durée maximale de six mois « afin de répondre à la menace grave et de préserver leur ordre public et leur sécurité intérieure, en fonction de mouvements secondaires de migrants en situation irrégulière ».

(49) Cet article semble, en effet, se contenter de renvoyer aux limites et conditions prévues par les autres dispositions du traité et par celles du droit dérivé qui les mettent en œuvre.

(50) *Dano*, C-333/13, 11 novembre 2014.

(51) *Alimanovic*, C-67/14, 15 septembre 2015.

(52) *Martinez Sala*, C-85/96, 12 mai 1998.

(53) *Grzelczyk*, C-184/99, 20 septembre 2001. Voy., à ce sujet, les contributions de Herwig Verschueren et de Sandra Mantu.

un instrument au service du marché intérieur⁽⁵⁴⁾, elle n'accèdera pas au rang d'un droit fondamental. Il est donc proprement abusif de jouer sur les nobles connotations du mot citoyeneté – même si la citoyeneté de l'Union n'a pas vocation à remplacer celles des États membres⁽⁵⁵⁾ – pour recouvrir une liberté aussi restreinte.

On peut, *mutatis mutandis*, développer la même réflexion à propos des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui condamnent les États membres parce que leur politique de contrôle de l'immigration comporte des violations des droits fondamentaux⁽⁵⁶⁾. Ces arrêts sont louables et doivent, de notre point de vue, être loués, mais ils ne peuvent pas remplacer la mise en place d'une véritable politique européenne de l'asile et de l'immigration fondée sur les principes du cosmopolitisme que Jean-Marc Ferry a rappelés dans sa contribution.

2.3. – *L'Europe de la libre circulation est-elle perfectible ?*

La tonalité critique qui domine l'ensemble des contributions conduit inévitablement à une dernière question : l'Europe de la libre circulation est-elle perfectible ? Cela revient à se demander d'abord jusqu'où le projet politique de l'Union est prisonnier de son identité juridique. L'attachement viscéral des États membres à leur souveraineté dans les trois domaines que nous avons rencontrés – la politique sociale, la sécurité nationale⁽⁵⁷⁾ et la politique migratoire⁽⁵⁸⁾ – se manifeste sans aucun doute dans les limites juridiques qui affectent les compétences de l'Union. L'on ne saurait méconnaître les avancées dont celles-ci ont bénéficié depuis le traité de Maastricht. Il reste que, dans le domaine des compétences concurrentes, l'Union est libre d'interpréter le principe de subsidiarité⁽⁵⁹⁾ de manière à minimiser ses responsabilités. Et telle est bien sa politique dès lors que les États membres continuent à comprendre la solidarité interpersonnelle essentiellement dans les limites de leur territoire national, considérant que cette solidarité présuppose « la volonté des citoyens de partager avec les autres la

même communauté politique »⁽⁶⁰⁾, sans concevoir que celle-ci pourrait bien être l'effet induit, le produit, plutôt que la condition, d'une telle solidarité.

Cependant, à supposer que, par extraordinaire, les États membres envisagent de réviser les traités pour renforcer les compétences de l'Union en matière de politique sociale, il faut se souvenir de la jurisprudence très restrictive de la Cour constitutionnelle allemande : à ses yeux, « les décisions sociopolitiques essentielles » qui renvoient à la notion d'État social relèvent en effet de la souveraineté matérielle des États membres, de sorte que ceux-ci doivent conserver des « champs d'intervention suffisamment importants » dans ce domaine. Les transferts concédés à l'Union doivent donc être circonscrits de manière prévisible, et limités à des situations revêtant une dimension transfrontalière⁽⁶¹⁾. L'Union demeure-t-elle pour autant bloquée par cette jurisprudence souverainiste de la Cour constitutionnelle allemande ? Dans une certaine mesure, oui, mais il faut bien voir que, même sans ce veto constitutionnel de la part d'un de ses plus puissants États membres⁽⁶²⁾, d'autres États de l'Union ne manqueraient pas d'opposer leur veto politique à une révision des traités sur ces points. On ne peut oublier cependant que les traités actuels laissent d'importantes marges d'action pour l'Union, même dans ces domaines. On en veut pour preuve les propositions de la Commission pour faire progresser la politique sociale européenne ou le régime d'asile européen, même si elles n'ont pas abouti, faute de volonté politique des États.

L'Union européenne est donc bancal, mais elle dispose dès aujourd'hui, à traité constant, de certains moyens pour mieux servir ses propres valeurs. Pourra-t-elle emprunter ce chemin à vingt-huit et bientôt à vingt-sept ? La question est posée. Si l'on est tenté d'y répondre par la négative, il reste la voie des coopérations renforcées⁽⁶³⁾. Mais, outre une initiative de la Commission, il faudrait au moins neuf États

(60) Nous citons la contribution de Herwig Verschuere. En revanche, il convient de le noter au passage, en matière de sécurité nationale, certains États commencent à comprendre les limites du souverainisme national.

(61) Cour constitutionnelle allemande, arrêt *Lisbonne* du 30 juin 2009. Sur cet arrêt, voy. H. Dumont, « La légitimité européenne dans la doctrine de la Cour constitutionnelle allemande. Un regard critique », in C. CHENEBRIERE et G. DUCHENNE (éd.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2011, pp. 11-29.

(62) Veto issu d'une juridiction dont la jurisprudence peut évoluer, notamment à la suite du renouvellement de son siège.

(63) Pour éviter toute confusion, rappelons que cette procédure prévue par les traités ne peut porter que sur les matières ressortissant à la compétence de l'Union : voy. art. 20, § 1^{er}, du TUE.

(54) Voy. aussi, sur ce thème, la belle démonstration de A. BAILLEUX, « La libre circulation en contre-plongée ou le bon citoyen (européen) dessiné par le droit », *Politique européenne* (à paraître).

(55) Voy. art. 20 du TUE.

(56) Voy. p. ex., Cour eur. D.H., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*.

(57) Voy. art. 4, § 2, du TUE, aux termes duquel « la sauvegarde de la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

(58) Voy. art. 77 à 79 du TUE.

(59) Voy. art. 5, § 3, du TUE.

pour activer le mécanisme de ces coopérations (64). Or peut-on « rêver » de la constitution d'un noyau d'États « progressistes » disposés à aller de l'avant sur les questions que l'on vient d'évoquer sans redouter les risques d'une Europe à plusieurs vitesses (65) ? Et encore : à supposer qu'une telle initiative soit prise et ce chiffre magique réuni, le processus ne sera pas à l'abri de l'enlisement, comme on l'a constaté à propos de la taxe sur les transactions financières. Il faut donc une certaine dose d'optimisme pour espérer que l'Union fasse un jour de la libre circulation de ses citoyens et du droit des citoyens du monde de trouver asile sur son territoire de véritables droits fondamentaux.

Devant ces redoutables difficultés, il n'est pas étonnant que l'on reparte, une fois de plus, du très hypothétique grand saut – une révolution politique et juridique, à vrai dire – dans une Europe fédérale qui se réduirait à un club restreint. Aujourd'hui, le droit institutionnel de l'Union européenne est foncièrement paradoxal. Il institue ce qu'il convient d'appeler une Fédération plurinationale, une construction spécifique qui s'inscrit dans le genre fédératif, mais que l'on ne doit confondre ni avec un État fédéral ni avec une confédération d'États. Il s'agit d'une union volontaire et durable qui associe par un pacte constitutionnel des États attachés au maintien de leur nationalité et de leur souveraineté *formelle négative* (les droits de retrait et de veto lors des révisions du pacte), mais ayant consenti au remplacement de leur souveraineté *positive* (le pouvoir d'adopter des décisions conformes à leurs vœux) dans les matières qu'ils ont transférées à l'Union par un exercice en commun de ces souverainetés au service des citoyens de l'Union (66). Celle-ci est ainsi, par essence, en quête permanente d'un équilibre entre son pôle fédératif et son pôle plurinational. Cet équilibre va de pair avec une série de paradoxes.

Il est très tentant de vouloir en finir une fois pour toutes avec ceux-ci par la révolution fédérale : les États-Unis d'Europe (67). Mais ce serait vouloir sauter plus vite que son ombre. L'Union restera sans doute encore longtemps attachée à son compromis constitutionnel : fédérer

(64) Sur les autres conditions, voy. art. 20 du TUE et art. 326-334 du TFUE ; A. BAULEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 « Fondements du droit institutionnel de l'Union », Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 894-927.

(65) Voy. sur ce thème, C. GUILLAUD, « La différenciation comme étape de l'évolution de l'Union européenne vers une Fédération plurinationale en devenir ? », in J.-C. BARAKAT et Y. PÉTRIT (éd.), *L'Union européenne, fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 297-334 et les contributions rassemblées dans *Studia Diplomatica*, vol. LXVI, 3, 2013.

(66) Sur cette définition, voy. A. BAULEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1, op. cit., pp. 297 et s.

(67) Sur cette vision, voy. p. ex., G. VERHOEFSTADT, *Le mal européen*, Bruxelles, Marque belge, Paris Plon, 2016.

des États qui n'entendent pas renoncer à leur souveraineté formelle. Cela ne veut pas dire qu'elle ne peut pas progresser dans la voie de l'intégration, à traités constants et, ensuite, moyennant des révisions en bonne et due forme. Cela ne signifie pas non plus que le projet porté par quelques grandes voix de créer une communauté politique de l'euro (68) à côté de l'Union soit vain. Mais nous faisons le pari que ces révisions et même cette communauté à la fois plus réduite et plus intégrée resteront dans la ligne de notre concept de Fédération plurinationale.

Ce qui est décisif réside dès lors sans doute moins dans un changement très improbable, et pas nécessairement souhaitable, de cette structure fédérative très particulière, que dans une adhésion d'une partie plus importante des opinions publiques nationales à la culture politique du droit cosmopolitique, cette culture dans laquelle la libre circulation des citoyens les plus démunis et le droit des citoyens du monde de trouver asile sur le territoire de l'Union ne peuvent qu'être de véritables droits fondamentaux. Cette conversion est inaccessible sans l'avènement d'une culture du dialogue interculturel animée par ce que Jean-Marc Ferry appelle une « éthique reconstructive » (69). Comment un leadership européen capable de comprendre que l'urgence est là pourrait-il émerger pour mettre en place les conditions de possibilité du déploiement de cette culture, à rebours des tendances les plus lourdes qui dominent aujourd'hui ? Nous n'avons jamais prétendu pouvoir répondre à cette question, mais nous espérons que ce livre a contribué à en démontrer l'urgence.

(68) Voy. not. S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SAGRESTE et A. VACHEZ, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017.

(69) Voy. à ce sujet, les pistes défendues dans la contribution de Jean-Marc Ferry. Voy. aussi A. BAULEUX et H. DUMONT, *Le mal européen*, Bruxelles, Marque belge, Paris Plon, 2016.