

L'émergence du droit européen de l'immigration et de l'asile: Bilan et perspectives ¹

Constança Urbano de Sousa²

Introduction

L'émergence du droit européen de l'immigration et de l'asile fait précisément partie d'un des plus grands défis de l'Union européenne: la réalisation de l'espace de liberté, sécurité et justice.

En effet, le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999³, attribue à l'Union européenne l'objectif de se maintenir et de se développer « en tant qu'espace de liberté, sécurité et justice, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile et d'immigration », ainsi que de prévention et de lutte contre la criminalité⁴. A cet effet, le traité a procédé à trois changements substantiels:

1. Le transfert, à la sphère des compétences de la Communauté, des matières du troisième pilier, plus précisément, celles liées à la libre circulation des personnes (contrôle des frontières extérieures, visas, asile, immigration, statut des ressortissants de pays tiers, coopération judiciaire en matière civile), en introduisant dans le traité CE un nouveau titre IV ("visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes"). Cette "communautarisation" attribue au Conseil la compétence pour adopter des actes de droit communautaire dérivé (règlements, directives et décisions) dans ces domaines, avec toutes les caractéristiques de supranationalité de ce droit,

¹ Tradução de João Marco Cruz. O presente estudo serviu de base a uma palestra que a autora proferiu no Congresso da União Internacional de Advogados, no dia 1 de Setembro de 2003.

² Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

³ JO n.º 340 du 10 novembre 1997 (version consolidée).

⁴ Article 2.º, 4ème tiret, du traité sur l'Union européenne (traité UE).

dont on peut souligner sa force contraignante et sa primauté sur les normes du droit interne. Néanmoins, cette communautarisation établie par le Titre IV ne fut possible qu'au prix de la non-participation du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark (opting out). Le volet communautaire de l'espace de liberté, sécurité et justice est ainsi un exemple d'intégration différenciée ou de coopération renforcée.

2. La reformulation des dispositions du titre VI du traité UE relatives au troisième pilier. Plus précisément, le traité a réduit son champ matériel d'application aux domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il reformula aussi son encadrement normatif et institutionnel, en créant une nouvelle typologie d'actes juridiques contraignants – la décision et la décision-cadre – et en renforçant le rôle des institutions communautaires de façon à garantir un meilleur contrôle démocratique et juridictionnel de l'action de l'Union européenne dans les domaines de la Police et de la Justice Pénale⁵.
3. L'intégration des accords de Schengen dans le cadre de l'Union européenne. Le protocole n.º 2 annexé au traité UE et au traité CE, permet aux 13 Etats membres liés par l'acquis de Schengen de continuer la coopération Schengen dans le cadre institutionnel et juridique de l'UE à titre de coopération renforcée. L'intégration de Schengen dans l'UE est d'une complexité juridique accrue⁶. En premier lieu, elle impliqua une répartition des dispositions constituant

⁵ La Commission a dorénavant un droit d'initiative dans ces domaines, partagé néanmoins avec les Etats membres; Le Parlement européen est maintenant consulté pour l'adoption d'actes de Droit secondaire de l'Union Européenne dans ces domaines; A la Cour de justice fut attribué la compétence juridictionnelle dans le cadre des trois voies de recours spécifiques prévues par l'article 35.º du TUE (renvoi préjudiciel facultatif, recours en annulation et résolution de conflits d'interprétation et application du Droit de l'Union Européenne dans les domaines du "nouveau" troisième pilier). Voir: URBANO de SOUSA, Constança, "O novo terceiro pilar da União Europeia: a cooperação policial e judiciária em matéria penal", in *Colectânea de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, pp. 885 et suivantes; PIÇARRA, Nuno "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça, Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, n.º 1, 2000, pp. 81-125.

⁶ Sur l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'UE et sa complexité juridique et pratique, voir: PIÇARRA, Nuno, "A integração de Schengen na União Europeia", in *Os direitos dos cidadãos face aos sistemas de informação policial*, Colóquio, Lisboa, 1999, p. 29-46; PIÇARRA, Nuno, *O Modelo de integração do acervo de Schengen na União Europeia: Cooperação reforçada e «ordens de legislar» ao Conselho*, Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 22, 1998, pp. 23-56; POLLET, Kris, L'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne: impact et perspectives, in: *L'Union Européenne et le Monde après Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.143-162; BOUTEILLET-PAQUET, Daphné, *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, l'Harmattan, 2001, pp. 178-183.

l'acquis de Schengen⁷ par le nouveau titre IV ("Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes") du traité CE (premier pilier) et par le titre VI ("Coopération policière et judiciaire en matière pénale") du traité UE (troisième pilier)⁸. En deuxième lieu, l'Irlande et le Royaume-Uni ne sont pas des parties aux accords de Schengen mais, conformément à l'article 4 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, ces deux pays peuvent participer à l'ensemble ou à des parties de l'acquis de Schengen après l'acceptation par le Conseil à l'unanimité des 13 Etats signataires des accords (clause *de opting in*)⁹. En troisième lieu, le Danemark bénéficie d'un régime spécial, et complexe, établi par l'article 3 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne et par le protocole sur la position du Danemark, qui lui concède un *opting out* relativement aux mesures de développement de l'acquis de Schengen adoptées en application du nouveau titre IV du TCE¹⁰, malgré la prévision de la possibilité de *opting in* (article 5 du protocole sur la position du Danemark). Enfin, l'article 6 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne permet l'association de l'Islande et de la Norvège qui ne sont pas membres de l'Union européenne.

Le cadre normatif de l'espace de liberté, sécurité et justice se révèle très complexe et fragmenté, et se traduit par l'existence de trois blocs normatifs différents, bien que subordonnés à la réalisation d'un même objectif: Le titre IV du traité CE (le volet communautaire de l'espace de liberté, sécurité et justice, où s'insère le droit européen

⁷ L'accord, signé à Schengen le 14 juin 1985, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, la Convention, signée à Schengen le 19 juin 1990, appliquant l'Accord de Schengen, les protocoles et accords d'adhésion; les règles adoptées par le Comité exécutif de Schengen et le Groupe central. L'acquis de Schengen a été défini par la Décision 1999/435/CE du Conseil, du 20 mai 1999, JO n° L 176 du 10/07/1999 p. 1-16.

⁸ Décision 1999/436/CE du Conseil, du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, JO n° L 176 du 10/07/1999, p.17 - 30.

⁹ Par décision adoptée en 2000, le Conseil a approuvé la demande du Royaume-Uni à participer à certains aspects de la coopération basée sur l'acquis de Schengen, entre autres, à la coopération policière et au système d'information Schengen (SIS); Décision 2000/365/CE du 29 mai 2000, JO n° L 131 du 01/06/2000, p. 43 - 47. Depuis février 2002, l'Irlande participe aussi à certaines dispositions de l'acquis de Schengen; Décision 2002/192/CE du Conseil du 28 février 2002, JO n° L 064 du 07/03/2002 p. 20-23.

¹⁰ Selon l'article premier du Protocole sur la position du Danemark, cet Etat membre ne participe pas à l'adoption des mesures relevant du titre IV du traité CE.

de l'immigration et de l'asile en émergence), le titre VI du traité UE (troisième pilier) et l'acquis de Schengen¹¹.

Le nouveau titre IV du traité CE établit le cadre juridique de la nouvelle politique communautaire de l'immigration et de l'asile. Dans le but de mettre progressivement en place un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'article 61 du traité CE consacre la compétence législative du Conseil pour adopter des mesures visant à assurer la libre circulation des personnes, notamment l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants de pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures (article 62), en liaison avec des mesures d'accompagnement concernant le contrôle des frontières extérieures (article 62), l'asile, l'immigration et les ressortissants des pays tiers (article 63).

Le transfert des domaines du troisième pilier directement liés à la libre circulation des personnes à la sphère des compétences de la Communauté, où s'insèrent l'immigration et l'asile, a seulement été possible avec des dérogations significatives à la logique de l'intégration supranationale. D'une part, il s'agit d'une communautarisation progressive, car elle fait l'objet d'une période transitoire de 5 ans, pendant laquelle la méthode communautaire subit des modulations à caractère intergouvernemental (droit d'initiative de la Commission et des Etats membres; adoption des mesures à l'unanimité, rôle simplement consultatif du Parlement européen, détours à la compétence de la Cour de Justice). D'autre part, la communautarisation de ces domaines subit de dérogations significatives relativement au Royaume-Uni, à l'Irlande et au Danemark, qui font du titre IV du TCE un cas de coopération renforcée entre seulement 12 Etats membres de l'Union européenne¹².

¹¹ Dans le domaine de l'immigration et asile, le traité de Nice, signé le 26 février 2001 (JO n° C 325 du 24/12/2002) n'a pas introduit des modifications substantielles, seulement des modifications au niveau des règles décisionnelles (antéicipation du recours à la codécision pour certains domaines de la politique d'asile).

¹² Dans ce sens voir "O Tratado de Amsterdão e o novo passo da União Europeia", António GOUCHA SOARES, *Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 21, 1998, p. 20; "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça", Nuno PIÇARRA, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, n.º 1, 2000, p. 82 et suivantes.

1. La communautarisation de la politique d'immigration et d'asile

1.1 Une communautarisation progressive: les modulations intergouvernementales du titre IV du traité CE

A l'exception des mesures en matière de visas de court-séjour, notamment les règles concernant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visas pour franchir les frontières extérieures et de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation et le modèle type de visa (les domaines couverts par l'ancien article 100-C du traité CE) – lesquelles, à partir de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, sont arrêtées par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen (article 62, paragraphe 2, sous b i et iii, et article 67, paragraphe 3) –, les plusieurs domaines du volet communautaire de l'espace de liberté, sécurité et justice n'ont pas été soumis automatiquement au procès communautaire de décision.

En effet, l'article 67 du traité CE a prévu un passage progressif à la procédure de majorité qualifiée, établissant une période transitoire où la procédure communautaire de décision comporte de modulations de caractère intergouvernemental et ne diffère substantiellement pas de celui qui est institué dans le cadre du troisième pilier. Selon l'article 67, paragraphe 1 du traité CE, *"pendant une période transitoire de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou sur l'initiative d'un Etat membre et après consultation du Parlement européen"*. A partir du 1^{er} mai 2004, la Commission récupérera son monopole d'initiative législative, si caractéristique de la méthode communautaire, sous réserve de l'article 67, paragraphe 2, du traité CE, qui lui impose l'obligation d'examiner *"toute demande d'un Etat membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil"*.

Après cette période transitoire, et à l'exception des règles relatives aux procédures et conditions de délivrance des visas par les Etats membres et en matière de visas uniformes (article 67, paragraphe 4), le passage à la procédure de codécision (et à la majorité qualifiée) n'est pas automatique et dépend d'une décision préalable du Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen en vue de rendre la procédure de codécision applicable à tous les domaines couverts par le titre IV.

Néanmoins, le nouveau paragraphe 5 de l'article 67, introduit par le **traité de Nice**, vint accélérer ce passage à la procédure de codécision, en prévoyant son application aux mesures qui seront adoptées par la Communauté dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (à l'exception des aspects touchant le droit de

la famille), ainsi que son application conditionnée aux mesures dans le domaine du droit de l'asile, de la protection temporaire et de la protection subsidiaire, pour autant que le Conseil ait arrêté préalablement et à l'unanimité, sur proposition de la Commission ou sur l'initiative d'un Etat membre et après consultation du Parlement européen, une législation communautaire définissant les règles communes et les principes essentiels régissant ces matières.

Jusqu'au mois de juin 2003, le Conseil a seulement adopté des mesures législatives relatives à la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'espace communautaire, aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile et à la protection temporaire des personnes déplacées. C'est seulement en ce qui concerne ces domaines de la politique de l'asile que la Communauté peut adopter depuis février 2003, des mesures d'exécution et de développement selon la procédure de codécision.

La législation communautaire sur des autres domaines de la politique d'asile, tels que la définition des critères d'octroi du statut de réfugiés et de protection subsidiaire ou les règles relatives à la procédure d'asile, continuera à être adoptée par le Conseil selon la règle de l'unanimité.

Relativement aux mesures communautaires qui relèvent de la politique d'immigration, le traité de Nice ne les a pas soumis, ni de façon conditionnée, à la procédure de codécision. Elles continueront donc à être adoptées par le Conseil selon la règle de l'unanimité, jusqu'à ce que le Conseil décide par unanimité, à partir du 1^{er} mai 2004, de les soumettre à la procédure de codécision avec le Parlement européen (et donc à la majorité qualifiée).

1.2 Une communautarisation à géométrie variable ou "à la carte"

La communautarisation de la politique d'asile et d'immigration a été soumise non seulement au principe de progressivité mais aussi au principe de la flexibilité ou de l'intégration différenciée. Selon l'article 69 du traité CE, le titre IV "*s'applique sous réserve des dispositions du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande et du protocole sur la position du Danemark*". Ce sont ces protocoles qui règlent le *opting out* de ces Etats membres relativement à la définition d'une politique communautaire d'asile et d'immigration.

Aux termes de l'article premier du protocole sur la position du Royaume-Uni et l'Irlande, ces Etats membres ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures relevant de la politique communautaire de l'immigration et de l'asile, et n'y sont pas

liés selon l'article 2 (*opting out*). Néanmoins, et selon l'article 3, le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent participer à l'adoption et à l'application de mesures dans ces domaines, ainsi que, selon l'article 4 du Protocole, accepter, à tout moment, une mesure adoptée (*opting in*). Dans ces domaines, nous sommes en présence d'une véritable "Europe à la carte", où ces Etats peuvent choisir quand et comment ils assument les obligations résultantes de la définition d'une politique communautaire de l'immigration et de l'asile.

Le Danemark n'a pas consenti à la transférence de compétences dans les domaines du volet communautaire de l'espace de liberté, sécurité et justice vers les institutions communautaires. Ce pays est donc également exempté de tout lien au droit communautaire qui régit l'immigration et l'asile. Ainsi, selon le protocole sur la position du Danemark, annexée au Traité, "*aucune des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, aucune mesure adoptée en application de ce titre, aucune disposition d'un accord international conclu par la Communauté en application de ce titre et aucune décision de la Cour de justice interprétant ces dispositions ou mesures, ne lie le Danemark ou n'est applicable à son égard*". Néanmoins, la position du Danemark est juridiquement plus complexe, dans la mesure où il est signataire des Accords de Schengen, aujourd'hui intégrés dans l'Union européenne. Or une partie de l'acquis de Schengen trouve aujourd'hui la base légale pour son développement dans le titre IV du traité CE. C'est pour cette raison que l'article 5 du Protocole confère au Danemark la possibilité de décider, dans un délai de six mois après que le Conseil aura adopté une mesure visant à développer l'acquis de Schengen en application des dispositions du titre IV du traité CE, s'il transpose cette décision dans son droit national. S'il décide de le faire, cette décision créera pour le Danemark une obligation de droit international, et non de droit communautaire.

Ces dérogations à la communautarisation de la politique d'immigration et d'asile mènent à une configuration géographiquement parcellée et juridiquement asymétrique de ce droit, difficilement conciliable avec l'objectif du développement de l'Union européenne en tant qu'espace de liberté, sécurité et justice.

2. Le champ d'application de la politique communautaire de l'asile et de l'immigration

Aux termes des dispositions de l'article 63, paragraphes 1 et 2, dans le domaine de l'asile, des réfugiés et des personnes déplacées, le Conseil doit légiférer, dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (donc jusqu'au 1^{er} mai 2004), afin d'adopter des mesures concernant la définition des critères et mécanismes

de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, et adopter des normes minimales sur: l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres; les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié; la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres; l'octroi d'une protection temporaire aux personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent pas rentrer dans leur pays d'origine; et l'octroi d'une protection subsidiaire aux personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale. A plus long terme, le Conseil doit aussi adopter des *"mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées, et supporter les conséquences de cet accueil"*.

En matière d'asile et de protection des réfugiés, les nouvelles compétences communautaires ne permettent pas l'adoption d'un vrai régime commun aux Etats membres, et donc, uniforme dans tout l'espace communautaire¹³. La Communauté dispose seulement de compétences pour adopter des normes minimales, visant à l'établissement d'une base d'harmonisation minimale du droit d'asile et de la protection internationale des étrangers; cela n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions nationales compatibles avec le traité CE et avec les accords internationaux, notamment la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le Protocole du 31 janvier 1967, relatifs au statut des réfugiés.

L'article 63, paragraphes 3 et 4, du traité CE définit les domaines de la politique d'immigration soumis à la compétence législative de la CE. L'article 63, paragraphe 3, sous a), du traité CE prévoit l'adoption par le Conseil de législation communautaire concernant les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant les procédures de délivrance par les Etats membres de visas et de titre de séjour de longue durée, y compris en vue du regroupement familial. Jusqu'au 1^{er} mai 2004, le Conseil doit adopter des mesures dans le domaine de l'immigration clandestine et séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier (article 63, paragraphe 3, sous b), du Traité CE). Les normes juridiques adoptées par la Communauté dans ces volets de la politique de l'immigration (admission et lutte contre l'immigration illégale) sont aussi des normes minimales et n'empêchent pas un Etat membre de

¹³ "Em direcção a um procedimento comum de asilo", Nuno PIÇARRA, Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, n.º 3, 2001, pp. 285.

maintenir ou d'introduire dans ces domaines des dispositions nationales compatibles avec le droit communautaire. Finalement, l'article 63, paragraphe 4, prévoit l'adoption de législation communautaire relative à la définition des *"droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire"*.

3. La stratégie politique

La concrétisation de l'ambitieux programme législatif défini par le traité d'Amsterdam en vue de la réalisation de l'espace de liberté, sécurité et justice jusqu'au 1^{er} mai 2004, fait l'objet de deux documents qui servent de guide aux travaux de l'Union européenne dans ce domaine: Le Plan d'action de Vienne¹⁴, où sont établies des priorités et agencées les mesures à adopter dans les domaines de l'espace de liberté, sécurité et justice, et les Conclusions du Conseil européen de Tampere, du 15 et 16 octobre 1999¹⁵, qui définissent la stratégie politique pour la réalisation de ce grand enjeu européen¹⁶.

Relativement aux domaines distincts, mais étroitement liés, de l'asile et des migrations, le Conseil européen de Tampere convertit les compétences législatives que l'article 63 du Traité CE confère à la Communauté européenne dans un mandat politique concret, chargeant la Commission et le Conseil de développer une politique commune d'immigration et d'asile.

Ainsi, après avoir affirmé que la liberté de circulation dans toute l'Union, dans des conditions de sécurité et de justice accessible à tous, *"ne doit toutefois pas être considérée comme une prérogative des seuls citoyens de l'Union"* et qu'il *"serait contraire aux traditions de l'Europe de refuser cette liberté à ceux qui, poussés par les circonstances, demandent légitimement accès à notre territoire"*, le Conseil européen de Tampere considère que *"l'Union se doit donc d'élaborer des politiques communes"*

¹⁴ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en oeuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, adopté par le Conseil de justice et des affaires intérieures du 3 décembre 1998 à Vienne, JO n° C 19 du 23/01/1999, pp. 1-15.

¹⁵ SN 200/99 (<http://www.europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm>).

¹⁶ Selon les Conclusions de Tampere, l'espace de liberté, sécurité et justice sera réalisée au tour de quatre grands axes: (1) la définition d'une politique européenne commune en matière d'asile et de migration; (2) la création d'un véritable espace européen de justice, dont la pierre angulaire est la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière civile et pénale; (3) la lutte contre la criminalité à l'échelle de l'Union; (4) une action extérieure plus forte dans les domaines de la Justice et affaires intérieures.

dans les domaines d'asile et de l'immigration, tout en tenant compte de la nécessité d'exercer aux frontières extérieures un contrôle cohérent à fin de stopper l'immigration clandestine et de s'opposer à ceux qui l'organisent et commettent ainsi des infractions relevant de la criminalité internationale". L'objectif est "une Union européenne ouverte et sûre, pleinement attachée au respect des obligations de la Convention de Genève sur les réfugiés et des autres instruments pertinents en matière de droits de l'homme, et capable de répondre aux besoins humanitaires sur la base de la solidarité", ainsi que "assurer l'intégration dans nos sociétés des ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans l'Union". Pour cela une stratégie politique centrée sur quatre axes est tracée:

1. Une approche globale du phénomène migratoire dans le cadre d'un **partenariat avec les pays d'origine** qui comprend les aspects politiques et les droits de l'homme et qui favorise le développement dans les pays d'origine et de circulation.
2. La mise en place d'un **régime d'asile européen commun**, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et sur le respect absolu du droit de demander l'asile, ainsi que sur la garantie que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté (le principe de non refoulement). L'instauration de ce régime implique dans une première phase, l'adoption d'une série de mesures législatives (normes minimales d'harmonisation des aspects processuels et matériaux de la reconnaissance du statut de réfugié, des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, complétées par des règles en ce qui concerne la protection subsidiaire et la protection temporaire des personnes déplacées) qui seront la base pour l'instauration, à long terme, d'une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile¹⁷.
3. Le **traitement équitable des ressortissants de pays tiers** résidant légalement sur le territoire des Etats membres.
4. Une **gestion plus efficace des flux migratoires**. Cela implique l'adoption de mesures préventives de l'immigration illégale (comme par exemple la réalisation

¹⁷ Sur la mise en place d'un régime d'asile commun voir "Em direcção a um procedimento comum de asilo", Nuno PIÇARRA, Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, n.º 3, 2001, pp. 281-293. Sur la politique de l'asile dans l'Union européenne voir "O futuro da política de asilo na União Europeia", António VITORINO, Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, n.º 3, 2001, pp. 295-301; "Vers une politique européenne commune en matière d'asile et de migration", Cláudia FARIA/Laura CORRADO, Eipascope n.º 2001/1 (<http://www.eipa.nl>), pp. 4 et suivantes.

dans les pays d'origine de campagnes d'information sur les possibilités d'immigration légale), ainsi que des mesures répressives (l'imposition de sanctions sévères pour la traite des êtres humains et l'exploitation économique des migrants, le renforcement de la coopération policière en vue du démantèlement des réseaux d'immigration clandestine et un contrôle plus efficace des frontières externes).

A partir des orientations de Tampere, la Commission présenta en 2000 deux communications au Conseil et au Parlement européen, une sur l'asile¹⁸ et l'autre sur l'immigration¹⁹, d'où ressortent les directives qui présideront aux propositions législatives dans ces domaines.

En ce qui concerne la première, la Commission confirme la stratégie définie à Tampere de procéder, dans une première phase, à l'harmonisation - et non pas à l'uniformisation - des aspects essentiels de la politique d'asile prévus à l'article 63 du traité CE, avec l'objectif d'éviter des mouvements secondaires de demandeurs d'asile motivés par les différences existantes de régime juridique entre les Etats membres, pour définir, dans une deuxième phase et à long terme, une procédure d'asile commune et un statut uniforme pour les personnes qui se voient accorder l'asile, valable dans toute l'Union²⁰. La configuration de ce régime d'asile commun fait encore l'objet de deux Communications que la Commission présenta en 2003²¹.

Relativement à l'immigration, la Commission défend l'adoption d'une politique proactive fondée *"sur la reconnaissance du fait que les pressions migratoires continueront et qu'une immigration ordonnée peut présenter des avantages pour l'Union européenne, pour les migrants eux-mêmes ainsi que pour leur pays d'origine"*. Surtout vis-à-vis du contexte économique et démographique de l'Union, l'inadaptation des politiques "d'immigration zéro" pratiquées par les Etats membres depuis les années 70 - qui se sont révélées inefficaces relativement au contrôle des flux migratoires et contribuaient à l'immigration illégale et à l'abus des systèmes nationaux d'asile - défend

¹⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen: Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile, COM(2000)755 final, du 22 /11/2000.

¹⁹ Communication de la Commission sur la politique communautaire en matière d'immigration, COM (2000) 757 final, du 22/11/2000.

²⁰ Sur cette Communication voir "Hacia una política europea de inmigración y un régimen común en materia de asilo", Rinaldo BONTEMPI, Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.º 53, 2001, pp. 112-117.

²¹ Communication sur la politique d'asile et l'Agenda pour la protection, COM (2003) 152 final, du 26/03/2003; Communication "Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés", COM (2003) 315 final, du 03/06/2003.

“une approche intégrée et globale de l’immigration” qui permet de gérer, et non seulement d’éviter, l’immigration vers l’Europe²², ayant pour base cinq piliers: L’ouverture des canaux de l’immigration économique légale à destination de l’Union²³; La lutte contre l’immigration clandestine; Une politique d’intégration inclusive qui confère aux ressortissants des pays tiers admis les mêmes droits et obligations que ceux dont jouissent les ressortissants de l’Union européenne²⁴; Les partenariats avec les pays d’origine et de transit afin de contrôler le flux d’immigration; Une politique d’admission pour des motifs humanitaires qui reconnaît le droit de demander l’asile et qui puisse offrir protection aux réfugiés, aux demandeurs d’asile et aux personnes ayant besoin d’une protection internationale.

4. Mesures législatives (Sélection)

Dans le cadre de la politique communautaire d’asile et d’immigration, un ensemble considérable de propositions législatives a déjà été présenté²⁵. Les progrès atteints au sein du Conseil sont, néanmoins, plus satisfaisants dans le domaine de l’asile que dans celui de l’immigration, où il est plus visible la tension entre la Commission qui soutient une approche globale et intégrée de l’immigration (qui focalise les aspects de l’admission, de l’intégration, de la gestion des flux en coopération avec les pays d’origine et du combat à l’immigration illégale) et le Conseil, qui - contrairement aux directives du Conseil européen de Tampere - préfère une approche sécuritaire centrée sur l’adoption de mesures de contrôle des frontières et de lutte contre l’immigration illégale²⁶.

²² Voir “El debate sobre la inmigración en la Unión Europea”, Ana TERRÓN i CUSÍ, Revista CIDOB d’ Affers Internacionals, n.º 53, 2001, pp. 21-26; “Hacia una política europea de inmigración y un régimen común en materia de asilo”, Rinaldo BONTEMPI, Revista CIDOB d’ Affers Internacionals, n.º 53, 2001, pp. 109-112.

²³ Dans ce contexte la Commission défend la création “d’un régime général souple (...) conçu de manière à faciliter plutôt qu’à entraver l’admission de migrants économiques”, qui fixe de façon claire “les conditions dans lesquelles des ressortissants de pays tiers peuvent entrer et résider dans l’Union européenne en qualité de travailleurs salariés ou indépendants”.

²⁴ “Ces droits et obligations pouvant toutefois être progressifs et liés à la durée du séjour prévue dans leurs conditions d’admission”.

²⁵ Pour une vision d’ensemble, voir le “scoreboard” de la Commission - un instrument de monitoring des mesures législatives et politiques nécessaires pour l’accomplissement du programme législatif de la réalisation de l’espace de liberté, sécurité et justice, qui est actualisé semestriellement, COM (2003) 291, du 22/05/2003.

²⁶ “El debate sobre la inmigración en la Unión Europea”, Ana TERRÓN i CUSÍ, Revista CIDOB d’ Affers Internacionals, n.º 53, 2001, pp. 26-27.

4.1 Dans le domaine de l'asile

Jusqu'en juillet 2003, le Conseil a adopté une série d'actes législatifs relatifs au droit d'asile et à la protection internationale des ressortissants de pays tiers, desquels il convient de relever les suivants: la directive sur la protection temporaire des personnes déplacées²⁷, le règlement "Eurodac"²⁸, le règlement "Dublin II"²⁹ et la directive sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile³⁰.

Malgré les progrès atteints, le Conseil n'est pas arrivé à un consensus relativement à ces Directives proposées par la Commission qui constituent le noyau dur de la "première étape" d'un régime d'asile européen en émergence: la directive sur la

²⁷ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO n° L 212 du 07/08/2001, p. 12 - 23. Sur la directive voir "A protecção temporária enquanto elemento de um sistema europeu de asilo. A proposta de directiva comunitária sobre a protecção temporária", Constança URBANO de SOUSA, Revista da Faculdade de Direito da UNL, n.º 3, 2001, pp. 263-279; "Vers une politique européenne commune en matière d'asile et de migration", Cláudia FARIA/Laura CORRADO, Eipascope n.º 2001/1 (<http://www.eipa.nl>), p. 7.

²⁸ Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO n° L 316 du 15/12/2000, pp. 1-10. Ce règlement crée un système informatisé de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile, composé d'une unité centrale, établie au sein de la Commission. Le système "Eurodac", permettant à l'Etat membre de vérifier si un étranger a déjà présenté une demande d'asile dans un autre Etat membre, vise à une application plus efficace des critères de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. Sur "Eurodac" voir "Vers une politique européenne commune en matière d'asile et de migration", Cláudia FARIA/Laura CORRADO, Eipascope n.º 2001/1 (<http://www.eipa.nl>), pp. 6-7.

²⁹ Règlement (CE) n° 343/03 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO n° L 50 du 25/02/2003, pp. 1 - 10. Ce Règlement substitue dans les relations entre les Etats membres, à l'exception du Danemark, la Convention de Dublin de 1990 et établit une hiérarchie de critères (unité familiale, autorisation d'entrée et permanence, lieu d'entrée) qui servent à déterminer lequel des Etats membres est responsable pour le traitement d'une demande d'asile.

³⁰ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO n° L 31 du 06/02/2003, pp. 18 - 25. Cette Directive fixe les normes minimales d'harmonisation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, avec l'objectif d'éviter les mouvements secondaires de demandeurs d'asile motivés par la diversité de ces conditions. Ces normes portent sur plusieurs aspects de l'accueil des demandeurs d'asile, comme par exemple l'accès à l'information sur leurs droits et obligations, à l'obtention de documents qui leur permettent de rester dans l'Etat membre d'accueil, les restrictions à la liberté de circulation dans le territoire de l'Etat d'accueil, l'accès au marché de travail et les conditions où celui-ci peut être refusé ou limité ou l'accès aux prestations matérielles (logement dans des centres d'accueil, soins médicaux).

reconnaissance et le contenu du statut de réfugié et formes subsidiaires de protection, et la directive concernant la procédure d'asile.

La directive sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié et formes subsidiaires de protection, proposée en 2001³¹, vise à l'harmonisation des normes juridiques nationales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié au sens de la Convention de Genève de 1951 ou la personne qui ne remplit pas les conditions d'octroi du statut de réfugié mais qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale (subsidaire). La directive vise à garantir non seulement un niveau de protection équivalant dans tout l'espace communautaire, mais aussi à éviter les mouvements secondaires des demandeurs d'asile motivés par des différences des régimes juridiques nationaux.

La directive relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, proposée en 2000 et modifiée en 2002³², a comme objectif l'harmonisation des règles applicables aux procédures accélérées - applicable quand la demande d'asile est irrecevable (par exemple, parce qu'il y a un pays tiers qui est considéré comme le premier pays d'asile du demandeur ou comme un pays sûr pour lui) ou manifestement non fondée -, aux procédures normales et aux procédures de recours administratif et de recours juridictionnel contre la décision prise sur la demande d'asile, ainsi que l'établissement des garanties minimales de procédure pour les demandeurs d'asile (par exemple, un examen et des décisions individuelles, objectives et impartiales, le droit du demandeur d'asile à l'information, aux services d'un interprète ou à l'assistance judiciaire, l'obligation de motivation des décisions négatives, la possibilité d'un recours juridictionnel contre la décision prise sur la demande d'asile).

Ces directives établiront seulement des normes communes minimales relativement aux aspects substantiels et processuels du droit de l'asile, sans empêcher les Etats membres d'adopter ou de maintenir des normes plus favorables, pour autant que ces normes soient compatibles avec le droit communautaire.

³¹ Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM (2001) 510 final, JO n° C 051 du 26/02/2002, p. 325 - 334.

³² Proposition modifiée de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM (2002) 326 final, JO n° C 291 du 26/11/2002, pp. 143 - 171.

4.2 Dans le domaine de l'immigration

C'est dans le domaine de l'immigration que surgissent les difficultés les plus accentuées pour définir une politique globale et intégrée, comprenant ses aspects les plus importants (admission, intégration et combat à l'immigration illégale). En effet, les progrès atteints au Conseil sont loin des attentes tracées par le Conseil européen de Tampere. Les préoccupations sécuritaires qui ont suivi le 11 septembre 2001 et le succès des partis de l'extrême droite en France, Hollande et Danemark, qui ont fait du discours anti-immigration et de la relation entre immigration et déficit de sécurité leur cheval de bataille, paraissent contagier l'Union avec le discours de peur d'invasion, en essayant de la mener à renforcer les mesures de contrôle des frontières externes et de combattre l'immigration illégale (exigence de visas, sanctions aux transporteurs, inclusion de conditions de réadmission dans les accords de coopération avec les pays d'origine, reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, etc.), dont la priorité fut soulignée par le Conseil européen de Séville en 2002. Cette approche fragmentée et cette vision réductrice de la politique d'immigration sont fortement présente dans le rapport limité des mesures formellement adoptées par le Conseil jusqu'en juin de 2003, desquelles je souligne trois, toutes proposées par la France:

1. La Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001³³, relative à la **reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers**, dont l'objectif est de permettre l'exécution d'une décision d'éloignement prise par un Etat membre, à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat membre, par celui-ci.
2. La Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001³⁴, qui harmonise les **sanctions applicables aux entreprises de transport** qui mènent les nationaux de pays tiers sans les documents nécessaires à l'accès du territoire d'un Etat membre. Au-delà de l'imposition aux transporteurs de l'obligation de réacheminer ces ressortissants de pays tiers, même ceux qui sont en transit, lorsque leur entrée est refusée, et de supporter tous les coûts de ce réacheminement ou, lorsque cela n'est pas possible, les frais de séjour et de retour, la directive harmonise les sanctions pécuniaires en cas de violation des obligations de contrôle qui incombent aux transporteurs, qui ne peuvent être inférieur à 3000 euros. Avec ces sanctions, on prétend interdire l'entrée

³³ JO n° L 149 du 02/06/2001, p. 34 – 36.

³⁴ JO n° L 187 du 10/07/2001, p. 45 – 46.

d'immigrés illégaux, transférer aux transporteurs privés le contrôle des personnes et diminuer les dépenses publiques avec l'expulsion des étrangers non admis dans le territoire des Etats membres.

3. Enfin, le 28 novembre 2002, le Conseil adopta deux actes normatifs visant à l'harmonisation des normes de droit pénal des Etats membres relatives au **crime d'aide à l'immigration clandestine**: une directive qui définit l'infraction et une décision-cadre³⁵ qui vise au renforcement des sanctions pénales pour aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. La Directive 2002/90/CE³⁶, adoptée en application de l'article 63 du traité CE, impose aux Etats membres l'obligation d'adopter des sanctions contre celui qui donne ou essaie de donner de l'aide, avec ou sans but lucratif, à l'entrée ou transit d'immigrés en situation illégale, ainsi que contre les personnes qui, dans un but lucratif, contribuent à la permanence illégale d'étrangers sur le territoire d'un Etat membre. Cela signifie que l'aide à l'entrée illégale d'étrangers sans but lucratif est aujourd'hui considérée une infraction dans tout l'espace de l'Union, les Etats membres pouvant, néanmoins, exempter les personnes en cause de l'application d'une sanction. Seule l'aide charitable pour la permanence d'un immigré en situation illégale n'est pas considérée comme crime.

Face aux divergences relativement à la compétence communautaire d'harmonisation de sanctions pénales, le Conseil a adopté, se basant sur le titre VI du traité (3^{ème} Pilier), la Décision-cadre 2002/946/JAI³⁷ qui impose aux Etats membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer que l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, telle que définie par la directive, fassent l'objet des *"sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles de donner lieu à l'extradition"*. Lorsque ces infractions sont commises dans un but lucratif et dans le cadre des activités d'une organisation criminelle ou en mettant en danger la vie des immigrants, le maximum de la peine privative de liberté ne peut pas être inférieur à 8 ou 6 ans, si la préservation de la cohérence du régime des peines d'un Etat membre

³⁵ La décision-cadre est un acte normatif de droit de l'Union européenne (e non de droit communautaire) prévue par l'article 34 du traité UE. A l'instar de la directive communautaire, la décision-cadre sert à harmoniser la législation des Etats membres dans le domaine du droit pénal. Contrairement à la directive, la décision-cadre n'est pas susceptible d'avoir un effet direct et son non-accomplissement n'est pas sanctionné par la Cour de justice dans le cadre du recours en manquement, qui est une voie processuelle inexistante dans le système juridictionnel du troisième pilier (article 35 du traité UE).

³⁶ JO n° L 328 du 05/12/2002, p. 17 – 18.

³⁷ JO n° L 328 du 05/12/2002, p. 1 – 3.

l'exige et s'il s'agit d'une des peines maximales les plus sévères prévues pour des infractions d'une gravité comparable (article 2).

Relativement à l'admission et à l'intégration des immigrés, le procès de négociation pour l'adoption de législation communautaire s'est révélé bien difficile, surtout à cause de la sensibilité particulière qu'a la question de l'immigration au niveau de la politique interne des Etats membres. Ceci conduit à une résistance accrue des Etats membres pour limiter leur souveraineté et à une diminution de leur disponibilité pour atteindre un consensus qui ne se limite pas seulement au dénominateur commun minimum des politiques nationales. Ainsi, jusqu'en juin 2003, aucune proposition législative présentée par la Commission dans le domaine de la politique d'admission des ressortissants de pays tiers (et notamment les propositions des directives du Conseil relatives aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers dans le but d'un emploi salarié, de l'exercice d'une activité économique indépendante³⁸ ou d'études, de formation professionnelle ou de volontariat³⁹) ne fut adoptée par le Conseil.

Finalement, j'aimerais relever deux directives communautaires proposées par la Commission dont l'objectif est de conférer aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans l'espace européen un statut juridique qui facilite leur intégration - la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

a) La directive relative au droit au regroupement familial

La directive relative au droit au regroupement familial⁴⁰ constitue, à mon avis, un exemple paradigmatique de ce que les difficultés de négociation dans le domaine de l'immigration et le manque d'un objectif politique commun peuvent conduire à des solutions normatives basées sur une quête exhaustive d'un consensus fondé sur le dénominateur commun minimale des politiques nationales. En vue de réglementer l'immigration familiale, qui constitue une des principales voies d'immigration légale pour l'Europe, et l'objectif de l'intégration des immigrés légaux dans les sociétés européennes, la Commission, juste après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en

³⁸ COM (2001)386 final, JO n° C 332 du 27/11/2001, p. 248 – 256.

³⁹ COM (2002) 548 final, JO n° C 45 du 25/02/2003, p. 18 – 41.

⁴⁰ Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, JO n° L 251, du 3/10/2003, p. 12.

1999⁴¹, présentait au Conseil une première proposition, modifiée en 2000⁴² en conséquence de l'avis du Parlement européen. Cette proposition modifiée a fait l'objet de dures négociations au sein du Conseil, sans que celui-ci soit néanmoins parvenu à un consensus. Compte tenu de ces difficultés de négociation, qui imposèrent une "cure d'amaigrissement" au contenu normatif de cette proposition, la Commission a présenté, en 2002, sur demande du Conseil européen de Laeken, une deuxième proposition modifiée⁴³, qui répond aux intérêts de certains Etats membres, en particulier de l'Allemagne et de l'Autriche, de contrôler et limiter l'immigration familiale.

En effet, la proposition initiale de la directive reconnaissait au ressortissant de pays tiers titulaire d'un titre de séjour d'une durée de validité supérieure ou égale à 1 an, au réfugié et au citoyen de l'UE n'exerçant pas leur droit à la libre circulation (et donc, non bénéficiaire des normes du droit communautaire relatives au regroupement familial), un droit au regroupement avec les membres de sa famille élargie (conjoint, partenaire non marié, enfants mineurs, y compris les enfants adoptés, les ascendants à leur charge et les enfants majeurs, lorsqu'ils ne sont pas mariés et qu'ils ne peuvent subvenir à leurs besoins en raison de leur état de santé), ce qui leur permet l'accès et la résidence dans le territoire de l'Etat membre d'accueil, une fois vérifiées certaines conditions (par exemple, possession de logement, d'une assurance-maladie et des ressources stables ou une période de résidence légale qui ne peut pas dépasser un an). Ce régime juridique fut soumis à plusieurs restrictions au sein du Conseil, qui se trouvent de façon claire dans la troisième proposition de la Commission, base de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial. Selon le texte de la directive, celle-ci imposera seulement aux Etats membres l'obligation de reconnaître au réfugié et à l'immigré titulaire d'un titre de séjour d'une durée de validité supérieure ou égale à un an et ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent, un droit au regroupement familial avec les membres de sa famille nucléaire, et donc, le conjoint et les enfants mineurs non mariés (articles 3 et 4). L'entrée et le séjour des autres membres de la famille (les ascendants en ligne directe au premier degré à la charge du regroupant, les enfants majeurs célibataires et incapables de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé, et le partenaire non marié), relève du pouvoir discrétionnaire

⁴¹ Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM (1999) 638 final, du 01/12/1999.

⁴² Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM (2000) 624 final, JO n° C 062 du 27/02/2001, p. 99 – 111.

⁴³ Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM (2002) 225 final, JO n° C 203 du 27/08/2002, p. 136 – 141.

des Etats membres. Même relativement à la famille nucléaire, il sera possible aux Etats membres de limiter le droit au regroupement familial, conditionnant ainsi l'entrée et résidence des enfants âgés de plus de 12 ans à la réalisation d'un examen de leur capacité d'intégration tel qu'il est exigé par l'Allemagne, si cela est prévu par la législation nationale en vigueur à la date de la mise en oeuvre de la Directive (article 4).

En ce qui concerne les conditions de l'exercice du droit au regroupement familial le régime communautaire adopté est également plus restrictif. Au-delà de la possibilité qu'ont les Etats membres d'exiger au regroupant la preuve qu'il dispose d'un logement adéquat, d'une assurance-maladie et des ressources stables, régulières et suffisantes, l'article 8 de la directive leur confère la faculté d'exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période de deux à trois ans, avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Si on combine cette période d'attente avec la possibilité de restriction de l'entrée des enfants des immigrés âgés de plus de 12 ans, ce régime conduit à ce que dans l'UE l'accès et la permanence légale des enfants des immigrés âgés de plus de 9 ou 10 ans puisse être restreint. Cela est en contradiction avec la Convention relative aux droits de l'enfant, qui consacre le principe de la non-séparation de l'enfant de ses parents (article 9) et qui prévoit que les demandes de réunification familiale proposées par les enfants ou par les parents soient considérées par les Etats dans un esprit positif (article 10), avec humanité et diligence, et est aussi difficilement compatible avec le droit fondamental au respect de la vie familiale, tel qu'il est prévu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et interprété par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴.

Relativement au statut juridique des membres de la famille admis, la Directive reste également loin de ce qu'il fut proposé initialement. Même si elle continue à reconnaître aux membres de la famille du regroupant le droit à l'accès à l'éducation, à la formation professionnelle, à l'emploi salarié ou à une activité indépendante dans l'Etat membre d'accueil, leur statut juridique est devenu beaucoup plus précaire que celui initialement prévu. D'une part, l'article 15 de la directive permet que les membres de la famille aient accès à un titre de séjour autonome vis-à-vis de celui du regroupant, mais seulement au bout de cinq ans de résidence. D'autre part, l'article 16 prévoit le retrait ou le non-renouvellement du titre de résidence des membres de la famille, lorsque

⁴⁴ Voir notamment l'arrêt *Sen c. Pays Bas* (2001) de la CEDH (violation de l'article 8 de la Convention causée par le rejet de la demande de M et Mme Sen (des ressortissants turcs résidents aux Pays-Bas) d'un permis de séjour pour leur fille mineur, qui a resté en Turquie). Sur la jurisprudence récente de la CEDH voir "Immigration and the European Convention on Human Rights: Are new principles emerging?", Nicola ROGERS, E.H.R.L.R. Issue 1. 2003, pp.53-64.

la vérification des conditions de l'exercice du droit au regroupement familial n'est plus possible, et donc, lorsque par exemple le regroupant ne dispose pas de ressources suffisantes sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat membre de résidence.

Ces insuffisances législatives de la directive contribueront à ce que son objectif initial, de permettre aux nationaux de pays tiers de maintenir une vie familiale normale dans des conditions similaires dans tous les Etats membres et favoriser ainsi leur intégration dans la société d'accueil, ne puisse être accompli. Par ailleurs, et partant du principe que le regroupement familial est un corollaire du droit fondamental de toute personne à l'unité et au respect de la vie familiale, protégé par le droit international des droits de l'homme, et en particulier par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les solutions législatives accordées représentent un retour inacceptable du niveau de protection des droits de l'homme, peu concordant avec le principe du respect absolu des droits fondamentaux, sur lequel l'Union européenne se base.

b) La directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée

La directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée⁴⁵, sur laquelle le Conseil est parvenu à un accord politique le 5 juin 2003, a fait également l'objet d'un procès de négociation difficile ayant conduit à l'exclusion des réfugiés de son champ d'application et à des dérogations importantes à certains droits des immigrés, surtout en ce qui concerne l'accès au marché de travail. Cette directive règle les conditions d'octroi et de retrait du statut communautaire de résident de longue durée accordé par un Etat membre aux immigrants qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur son territoire pendant cinq ans⁴⁶.

L'octroi de ce statut est subordonnée aux conditions processuelles et matérielles fixées par la directive (existence de ressources stables, régulières et suffisantes, d'une assurance-maladie, satisfaction des conditions d'intégration prévues par la législation

⁴⁵ Doc. 10214/03 MIGR, du 10 juin 2003 (<http://register.consilium.eu.int>)

⁴⁶ Selon l'article 3 de la Directive, le statut de résident de longue durée ne peut pas être acquis par plusieurs catégories d'étrangers: ceux qui séjournent dans le territoire de l'Etat membre pour faire des études, suivre une formation ou pour des motifs à caractère temporaire (par exemple, les prestataires des services frontaliers), ainsi que les bénéficiaires d'une protection temporaire ou d'une protection subsidiaire, les réfugiés ou les demandeurs d'asile.

nationale, comme par exemple la bonne connaissance ou maîtrise de la langue du pays d'accueil). Les Etats membres peuvent refuser le statut pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique.

Ce statut, titulé par un permis de séjour de résident de longue durée CE avec une période de validité d'au moins cinq ans et renouvelable de plein droit, confère au bénéficiaire un ensemble de droits, notamment le droit à l'égalité de traitement vis-à-vis des nationaux de l'Etat membre qui accorde le statut de longue durée en ce qui concerne, entre autres, l'accès à une activité salariée ou indépendante, à l'éducation et à la formation professionnelle, à la sécurité sociale, aux avantages fiscaux, au logement, les droits à la liberté d'association ou à la reconnaissance des titres professionnels (article 11). L'accord politique sur ce principe général d'assimilation ne fut néanmoins possible qu'assorti de la prévision de certaines dérogations permettant aux Etats membres de maintenir certaines restrictions à l'accès de certaines activités spécifiques de la sécurité sociale.

La directive garantit au titulaire de ce statut une protection accrue contre l'éloignement, consacrant un régime restrictif d'expulsion, qui limite le pouvoir discrétionnaire des Etats membres et qui est comparable à celui qui est en vigueur pour les citoyens communautaires. Selon l'article 12, les Etats membres peuvent seulement éloigner un résident de longue durée quand il "représente une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique", la "décision d'éloignement ne pouvant pas être justifiée par des raisons économiques". Par ailleurs, la directive garantit le droit au recours juridictionnel contre une décision d'éloignement et à l'aide judiciaire.

Finalement, la directive confère au résident de longue durée un droit de mobilité dans l'espace de l'UE, réglant les conditions qui lui permettent de résider et travailler dans un autre Etat membre. Néanmoins, les Etats membres peuvent limiter l'accès de ces personnes sur leur territoire, surtout dans le cadre d'un système de quotas prévu par leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la directive. En principe, le résident de longue durée autorisé à résider dans un deuxième Etat membre, jouit ici d'un traitement assimilé à celui des nationaux. Des dérogations significatives à ce principe peuvent néanmoins être établies, surtout en ce qui concerne l'accès au marché de travail.

Bien que la directive n'aborde pas l'importante question des droits de participation politique des immigrés et de leur accès à la nationalité, qui constituent des domaines de compétence réservée des Etats membres, elle constitue un instrument essentiel pour l'intégration des immigrés dans les sociétés européennes et un pas important pour la concrétisation de l'objectif fixé à Tampere de garantir aux citoyens de pays tiers des droits et obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne.

5. Évaluation

Ainsi qu'il est possible de l'évaluer par les progrès jusqu'ici atteints au Conseil, l'adoption par l'Union d'une véritable politique globale d'immigration portant sur un phénomène qui est structurel et non seulement conjoncturel se révèle une tâche difficile. Jusqu'ici, on assiste à une politique fragmentée, coordinatrice d'intérêts nationaux, plus focalisée sur la restriction de l'immigration et la lutte contre l'immigration illégale que sur l'admission et l'intégration des immigrés. Elle mérite trois observations:

En premier lieu, une politique purement réactive comprenant seulement une partie du phénomène de l'immigration est, sauf meilleure opinion, incapable de garantir une gestion efficace des flux migratoires. Ceci exige un cadre régulateur cohérent et une politique globale comprenant également les aspects de l'admission et de l'intégration des immigrés. Une politique d'immigration restrictive et centrée sur le renforcement des contrôles des frontières et sur la lutte contre l'immigration illégale, typique de ce qu'on appelle "Europe Forteresse", contribue pour une consolidation dans les opinions publiques européennes de l'association dangereuse entre criminalité et immigration, génératrice de phénomènes de racisme et de xénophobie. Elle a aussi comme effet pernicieux de favoriser les intérêts des réseaux criminels de trafic d'êtres humains et par conséquent l'immigration clandestine, ainsi que contribuer à l'abus des systèmes d'asile.

La lutte contre l'immigration clandestine sera toujours vaine tant qu'il existera une disparité alarmante de développement économique qui incite des milliers de personnes à rechercher leur survivance au-delà des frontières, tant qu'il existera en Europe un secteur fort d'économie parallèle qui alimente ses nécessités de main d'œuvre par le recours aux immigrants clandestins, tant qu'il n'existera pas une responsabilisation de chacun et de tous les intervenants dans une chaîne de production en ce qui concerne l'exploitation du travail des immigrés illégaux.

En deuxième lieu, les effets négatifs de cette politique sécuritaire dans le domaine du droit de l'asile et de la protection internationale, conditionnée de plus en plus par des considérations portant sur l'immigration, sont préoccupants du point de vue des droits humains. L'adoption de mesures de contrôle de frontières et de lutte contre l'immigration clandestine est légitime et nécessaire. Néanmoins, ces mesures ne peuvent pas être aveugles à la différence qui existe entre un réfugié et un immigré, et surtout ne

⁴⁷ Voir Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires, François CREPEAU, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 205-208.

peuvent pas avoir comme effet une limitation illégitime du droit fondamental de chercher l'asile, tel qu'il est consacré dans l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Un bon exemple de l'interférence de la politique d'immigration dans la politique d'asile est l'obligation de visa pour l'entrée de nationaux de pays d'origine des flux de réfugiés, combiné avec l'imposition de sanctions aux transporteurs, qui transfère aux entreprises privées le fardeau de refuser l'accès au territoire communautaire non seulement aux immigrés illégaux mais aussi aux réfugiés⁴⁷. Contrairement aux immigrés, les réfugiés et les personnes qui nécessitent de protection internationale n'ont pas la possibilité de choisir le moment de la fuite ni comment l'exécuter.

A quoi sert-il que l'Union européenne ait un système d'asile qui offre toutes les garanties processuelles et les conditions d'accueil aux demandeurs d'asile, une Charte des droits fondamentaux qui garantit le droit d'asile dans le respect de la Convention de Genève relatif au statut des réfugiés (article 18), un Conseil européen qui réaffirme le respect absolu de l'Union par le principe du non-refoulement, si des mesures aptes à maintenir loin de ses frontières les réfugiés sont adoptées, les empêchant d'exercer leur droit de chercher l'asile? Quelle utilité a pour un persécuté la garantie prévue par l'article 31 de la Convention de Genève qu'il ne sera pas sanctionné pour son entrée illégale ou le principe du "non-refoulement", dont l'application implique l'accès effectif à une procédure d'asile⁴⁸, si l'entreprise de transport refuse de le transporter. A cause des difficultés croissantes d'accéder à un pays d'asile, la personne persécutée ou menacée dans ses droits et libertés fondamentales ne peut que recourir aux réseaux d'immigration clandestine, même si cela représente un danger réel et un tel comportement est illégal. Tout cela, bien évidemment, ne fait qu'accroître l'immigration illégale⁴⁹.

L'obligation imposée aux transporteurs de renvoyer les étrangers sans document à leur lieu d'origine peut aussi configurer une violation indirecte du principe du non-refoulement⁵⁰ qui, tel qu'il est consacré par l'article 33 de la Convention de Genève, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, garantit que nul ne peut être reconduit à une frontière d'un Etat où existe le risque de persécution, de peine de mort, de tortures ou de toute peine ou traitement inhumain et dégradant. Le bilan entre la

⁴⁸ Sur le principe de non refoulement, voir "Derecho de Asilo y «no rechazo» del refugiado", Cristina GORTAZAR, Dykinson, Madrid, 1997.

⁴⁹ Dans ce sens voir aussi "Intégration régionale et politique migratoire. Le "Modèle européen entre coopération et communautarisation", François CRÉPEAU / Jean-Yves CARLIER, *Journal du Droit International*, Octobre-Décembre 1999, n.° 4, p. 997.

⁵⁰ Dans ce sens voir *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, François CRÉPEAU, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 205.

nécessité de combattre l'immigration illégale et le respect du droit de chercher l'asile est sûrement une tâche difficile, mais qui ne pourra pas être réalisée avec le sacrifice de l'obligation de protection des réfugiés et du respect du principe du non-refoulement, sous peine de nier le principe du respect des droits de l'homme, dans lequel l'Union, selon l'article 6 du traité UE, se fonde. Il faut, en effet, instaurer des voies légales d'entrée de personnes qui ont besoin de protection internationale, qui leur permettent d'accéder à un processus juste d'asile.

En troisième lieu, il faut que l'Europe ne se laisse pas dominer par la peur bleue de la venue d'étrangers propagée par une certaine opinion publique plus populiste. D'abord, parce que telle peur n'a aucune base factuelle. Selon les données du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, le nombre de demandeurs d'asile dans l'UE en 2001 (388.372), fut la moitié de ce qui a été enregistré en 1992 (675.455)⁵¹. D'un autre côté, le pourcentage d'immigrés dans l'ensemble de la population européenne (en 2000, environ 4%, selon les statistiques de l'Eurostat⁵²) est bien inférieur à celui d'autres zones du monde. Enfin, selon la récente Communication de la Commission sur l'immigration, l'intégration et l'emploi du 3 juin 2003⁵³, dans les prochaines décennies les effets négatifs du vieillissement démographique sur l'emploi, la croissance économique et les systèmes de sécurité sociale, ne pourront être résolus, même si partiellement, que par une augmentation significative de l'immigration, qui permettra de maintenir l'équilibre entre le taux de la population active et celui de la population native.

6. Quelles perspectives pour une politique communautaire d'immigration et d'asile?

Ainsi, face au contexte économique social et démographique, l'immigration devra être traitée non pas comme un problème mais, en tant que facteur de richesse économique et sociale, comme une solution pour ce problème. Il est donc urgent que l'Union adopte une stratégie globale, intégrée et qui développe une politique proactive d'admission d'immigrés, combinée avec une politique cohérente d'aide au développement des pays d'origine, qui permettra une meilleure gestion des flux

⁵¹ UNHCR Statistical Yearbook 2001.

⁵² In COM (2003) 336, du 3 juin 2003.

⁵³ COM (2003) 336.

migratoires, ainsi que des politiques d'intégration des plus de quinze millions de nationaux de pays tiers qui résident dans l'Union européenne, pour *"relever les nouveaux défis démographiques et économiques auxquels l'UE est actuellement confrontée"*, tel qu'il a été souligné récemment par la Commission et par le Conseil européen de Thessalonique du 19 et 20 juin 2003.

Sans mettre en cause cette détermination de la Commission et du Conseil européen, il existe encore quelques handicaps au niveau de l'efficacité et de la légitimité qui peuvent limiter la capacité de l'UE pour l'adoption d'une politique commune d'immigration et d'asile, qui ne se résume pas au dénominateur commun minimal des politiques nationales. Dans le plan de l'efficacité, la persistance de la règle de l'unanimité dans le processus de décision, rend l'action de l'UE, dans ces domaines, fortement dépendante de la volonté politique des Etats membres et de leur capacité pour le consensus. Au niveau de la légitimité, les limitations existantes aux pouvoirs du Parlement européen sont problématiques, car nous sommes en présence de domaines d'action de l'UE avec un fort potentiel d'ingérence dans les droits et libertés fondamentales. Ces handicaps pourront à peine être résolus par une révision du cadre juridique de la politique communautaire d'immigration et d'asile, en la subordonnant à la logique communautaire, ainsi que le propose la Convention sur l'avenir de l'Europe, convoqué par le Conseil européen réuni à Laeken, les 14 et 15 décembre 2001 et présidé par Valéry Giscard d'Estaing. En effet, le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe⁵⁴, proposée par la Convention et remis au Conseil européen réuni à Thessalonique, le 20 juin 2003, et qui servira de base pour la Conférence Intergouvernementale qui sera convoquée en octobre 2003 pour l'approbation d'un traité Constitutionnel qui substitue les traités existants, ouvre de nouvelles perspectives pour le développement d'une politique européenne d'asile et d'immigration.

Positive, avant tout, est la proposition de simplification des instruments normatifs, qui met fin à la structure complexe des piliers. Positive, en deuxième lieu, est l'attribution à l'Union de l'objectif de développer une politique commune d'asile et d'immigration, *"fondée sur la solidarité entre les Etats membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers"*. Dans le cadre d'une compétence partagée avec les Etats membres, l'Union pourra adopter des actes législatifs dans ces domaines et les Etats membres pourront exercer leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer.

⁵⁴ CONV 820/1/03, du 27 juin 2003.

L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le futur traité constitutionnel, la généralisation de la procédure de co-décision avec le Parlement européen et la règle de la majorité qualifiée, ainsi que la compétence de l'UE pour adopter des lois européennes et lois-cadres européennes qui ne se limitent pas à établir des normes minimales, sont les autres aspects positifs de la proposition présentée par la Convention, qui, s'ils sont approuvés par la CIG, pourront contribuer sûrement à l'émergence d'un droit de l'Union dans les domaines de l'immigration et de l'asile qui ne se limite pas au dénominateur commun minimal et qui puisse proportionner un cadre juridique plus conforme au respect des droits et libertés fondamentales de la personne humaine.