



HAL
open science

L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale

Thibaut Fleury Graff

► **To cite this version:**

Thibaut Fleury Graff. L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale. Migrations et Droit international Colloque annuel de la Société française pour le droit international en partenariat avec le projet RefWar, Éditions Pedone, 2022. hal-03676473

HAL Id: hal-03676473

<https://hal.science/hal-03676473>

Submitted on 24 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'APPREHENSION JURIDIQUE DES MIGRATIONS PAR LE DROIT INTERNATIONAL, UN ENJEU POUR LA PAIX MONDIALE

Thibaut FLEURY GRAFF

Professeur à l'Université Paris-Saclay (UVSQ)
Co-porteur du Projet RefWar (ANR 2019-2023)

Sur les rives du Lac Daumesnil, à quelques dizaines de mètres du Musée National de l'Histoire de l'Immigration où s'est tenu le colloque dont on lira ici les actes, niché à l'automne des Chevaliers Guignette. Oiseau limicole de la famille des Scolopacidés, l'*actitis hypoleucos* – de son nom scientifique – est migrateur : le croiser en quittant le Palais de la Portée Dorée, c'est croiser un voyageur, qui sur son chemin vers le sud de l'Afrique, l'Inde, le Sud-Est Asiatique ou l'Australie se repose¹. C'est ainsi croiser, d'une certaine manière, un congénère². Car l'espèce humaine, comme certains oiseaux et d'autres espèces animales, est migratrice³. C'est ainsi qu'il y a plus de deux millions d'années, *homo erectus* et *homo sapiens* ont peuplé le continent africain, puis, petit à petit, les autres espaces disponibles et accessibles⁴. D'Ulysse échoué chez les Phéaciens⁵ aux Danaïdes dont Eschyle narre la recherche de protection au pays d'Argos⁶, nombreux sont les mythes antiques qui disent, déjà, la « propension à migrer » de l'espèce humaine⁷, les multiples formes de ces migrations et les questions juridiques, politiques, philosophiques, de civilisation

¹ Inventaire National du Patrimoine Naturel, « Common sandpiper. *Actitis hypoleucos* », https://inpn.mnhn.fr/espece/cd_nom/2616?lg=en

² D. S. MASSEY, J. ARANGO, G. HUGO, A. KOUAOUCI, A. PELLEGRINO, J.E. TAYLOR, *Worlds in motion. Understanding international migration at the end of the millennium*, Oxford, Clarendon Press 1998, not. p. 1. Voir aussi M. GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel 2007 qui laisse voir ce que la constitution des « groupes humains » en « société » doit aux déplacements (not. Chap. 6, « Comment des groupes humains se constituent en société », pp. 191-220) et B. DAVID (dir.), *Manifeste du Muséum d'Histoire naturelle. Migrations*, Paris, Relief 2018, spéc. pp. 16-17.

³ En une formulation sans doute maladroite mais néanmoins révélatrice de l'importance de ce phénomène et de son appréhension juridique, la « Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants » s'ouvre sur ces mots : « Depuis que le monde est monde, les Hommes se déplacent (...) » : « Déclaration de New York pour les Réfugiés et les Migrants », Résolution A/RES/71/1 adoptée le 19 septembre 2016 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁴ G. CHALIAND, M. JAN, J.-P. RAGEAU, *Atlas historique des migrations*, Paris, Seuil 1994, not. pp. 11.

⁵ HOMÈRE, « L'Odyssée », *L'Iliade et L'Odyssée*, Paris, Michel Laffont 1995, Chants V à VIII.

⁶ ESCHYLE, « Les suppliantes » in *Tragédies complètes*, Paris, Folio 1982, pp.41-87.

⁷ K. DAVIS, « The migrations of human populations », *Scientific American*, Sept. 1974, p. 93.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

et d'hospitalité aussi, qu'elles posent⁸. Ces mythes révèlent également l'inscription du phénomène dans le temps et dans les représentations collectives qui continuent d'animer nos sociétés actuelles. Les chiffres les plus récents, comme la teneur du débat public, le confirment aisément : en 2020, ce sont 281 millions de personnes environ qui constituent, comme disent les démographes, le « stock de migrants internationaux », désignant par ce terme l'ensemble des personnes ayant modifié leur pays de résidence habituelle pour trois mois au moins⁹. Ils n'étaient que 170 millions environ en 2000, soit une augmentation de plus de 65% en 20 ans¹⁰ – augmentation qui s'est par ailleurs accentuée au cours de la décennie écoulée¹¹. Pas de « remplacement » ni de « grand remplacement » des populations nationales par les migrants internationaux pour autant – si l'expression a seulement un sens¹² : les migrants ne représentent que 3,6% environ de la population mondiale¹³, et 7,5% de la population française¹⁴. En 2019 – dernière année de statistiques « hors covid » – les autorités françaises ont délivré 236 000 visas longs séjours¹⁵ et accordé 274 000 titres de séjour¹⁶, permettant respectivement aux migrants d'entrer et séjourner de manière régulière sur son territoire.

Tel est ce qui distingue le plus évidemment l'espèce humaine des autres espèces animales migratrices. Quand celles-ci voyagent sans titre au-dessus des territoires étatiques, où elles peuvent se poser librement – ce que protègent même certaines conventions internationales¹⁷ – l'être humain ne peut aujourd'hui, à l'inverse, voyager sans risques s'il est dépourvu de titre – la régularité des naufrages en mer¹⁸ et des violences aux frontières¹⁹ en témoignent. L'espèce humaine a pourtant longtemps migré sans être soumise pour ce faire à de telles exigences. En 1892, l'Institut de Droit International

⁸ Comme le note B. BOUDOU, « Les tensions théoriques et pratiques que l'on rencontre aux frontières de nos Etats entre morale et politique, public et privé, liberté individuelle et souveraineté nationale, justice et compassion, urgence et institution, ont toujours été présentes (...) » : B. BOUDOU, *Politique de l'hospitalité*, Paris, CNRS Editions 2017, p. 13.

⁹ A la date où ces lignes sont écrites, les chiffres 2020 sont, au niveau mondial, les chiffres stabilisés disponibles les plus récents. Voir IOM, *World Migration Report 2022*, p. 3.

¹⁰ *Id.*, p. 40.

¹¹ En particulier concernant les « déplacements forcés » : Voir UNHCR, *Global Report 2020*, spéc. p. 4.

¹² Selon une théorie en cours dans le débat politique, français notamment, en particulier à l'extrême droite, la population nationale serait peu à peu « remplacée » par des populations d'origines différentes. Voir N. BIRCHEM, « Immigration et démographie : le serpent de mer du "grand remplacement" refait surface », *La Croix* du 2 septembre 2021 et F. HÉRAN, « La formule du grand remplacement se propage à la vitesse de la lumière », *L'Opinion* du 4 octobre 2019.

¹³ IOM, *World Migration Report 2022*, p. 3.

¹⁴ INSEE, « L'essentiel sur les immigrés et les étrangers. Chiffres-clés », 1^{er} Juill. 2021, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3633212>.

¹⁵ Ministère de l'Intérieur, « Les chiffres clés de l'immigration 2019 », Juin 2021, p. 50.

¹⁶ *Id.*, p. 26.

¹⁷ Telle que la « Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage », signée à Bonn le 23 juin 1979.

¹⁸ Entre autres nombreux exemples, Voir « La barre des 20 000 migrants morts en Méditerranée franchie après un naufrage au large de la Libye », *ONU Info*, 6 mars 2020.

¹⁹ Voir par ex. « UE. De nouveaux éléments attestent de renvois illégaux systématiques et de violence aux frontières », *Amnesty International*, 6 Octobre 2021 et, plus largement, Lighthouse Reports, « Unmasking Europe's shadow armies », Oct. 6, 2021.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

rappelait encore, au titre des « principes du droit international », celui selon lequel « l'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un Etat civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public ou motifs extrêmement graves (...) »²⁰. La suite de ce passage laisse cependant entrevoir l'évolution qui se profile alors. En identifiant parmi les « motifs extrêmement grave » justifiant l'exception au principe de libre admission la « différence fondamentale de mœurs ou de civilisation » ou encore l'« accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse », l'Institut fait signe vers les lois adoptées à la fin du XIX^{ème} siècle pour limiter l'immigration – dont les lois américaines visant l'immigration chinoise constituent une illustration de choix²¹. L'« exemple » américain est bientôt imité et la possession d'un passeport, qui fut d'abord un outil de contrôle des déplacements internes plutôt qu'internationaux, se généralise comme condition du franchissement régulier des frontières nationales²².

Les Etats depuis lors revendiquent, sur le fondement notamment de leur « souveraineté territoriale »²³, une compétence exclusive et absolue quant à l'accès et au séjour des étrangers sur leur territoire. L'actualité en témoigne de manière topique. Ainsi, quelques jours avant l'ouverture de ce colloque, les 21 et 22 octobre 2021, alors que se réunissaient à Bruxelles les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres de l'Union européenne pour un sommet consacré, notamment, à la question des migrations, certains de ces dirigeants, douze très exactement, dont ceux de l'Autriche, de la Pologne, de la Hongrie ou encore de la Grèce, ont fait part de leur projet de construction de murs et barbelés à leur frontière. Déjà présenté dans une lettre à la Commission européenne du 7 octobre²⁴, ce projet, illustratif des dispositifs « teichopolitiques » qui animent le monde contemporain²⁵, survenait quelques jours après que la plateforme d'investigation *Lighthouse Reports*, regroupant entre autres les quotidiens français *Libération* et allemand *Der Spiegel*, ait révélé, images et enregistrements à l'appui, les terribles violences dont sont auteurs les autorités étatiques et victimes certains migrants aux frontières extérieures de l'UE – en

²⁰ Institut de droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », Session de Genève, 1892, *Annuaire de l'institution de droit international*, vol. 12, art. 6, cité par V. CHETAIL, *International migration law*, Oxford, Oxford UP 2019, p. 45.

²¹ Voir L. SALYER, *Laws Harsh as Tigers : Chinese Immigrants and the Shaping of Modern Immigration Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press 1995.

²² J. TORPEY, *L'invention du passeport*, Paris, Belin 2005, spéc. pp.116/117 et V. CHETAIL, « The Rise and Fall of Free Movement (19th Century to 20th Century) » in *International Migration Law*, Oxford, Oxford University Press 2019.

²³ Alors même qu'elle n'en est pas l'accessoire nécessaire : les Etats ont existé, comme entités territorialement souveraines, bien avant de prétendre contrôler l'entrée des étrangers.

²⁴ La lettre, adressée à Margaritis SCHINAS, Vice-président de la Commission et à Ylva JOHANSSON, Commissaire chargée des affaires intérieures, est disponible en ligne à l'adresse : <https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/euobs-media/59f9f4116a089cec71bf81b76413503a.pdf>

²⁵ Le terme de « teichopolitique » « désigne toute politique de cloisonnement de l'espace par la construction d'une barrière » étant entendu que le terme de « barrière » « est ici considéré comme générique et englobe toutes les formes concrètes du "cloisonnement" de l'espace » : S. ROSIÈRE, *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, Paris, Syllepse 2020, p. 70.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

particulier, mais pas seulement, aux frontières avec la Biélorussie, ou en mer, aux larges des côtes libyennes²⁶.

Certes, que les Etats s'estiment souverains quant à la maîtrise de l'entrée et du séjour des étrangers sur leur territoire, le droit international ne le conteste pas plus que leur droit d'ériger des murs et barrières à leurs frontières²⁷. Car si le droit de quitter « n'importe quel pays, y compris le sien » est bien établi²⁸, de même que celui d'y entrer²⁹, le droit pour un étranger d'être admis et de séjourner sur le territoire d'un Etat dont il n'est ni le ressortissant, ni le résident de longue durée, n'existe pas en dehors de régimes conventionnels spécifiques. Le droit des Etats de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux est ainsi fréquemment rappelé par la doctrine internationaliste généraliste³⁰, ainsi que par les cours de justice, internationales³¹ ou régionales³². Pour autant, que la question des migrations, dès lors qu'elle induit le franchissement d'une frontière nationale³³, intéresse directement le droit international, nul ne saurait le nier. D'une part, car le franchissement de cette frontière introduit sur le territoire de l'Etat de destination un élément d'extranéité, lequel génère des questions juridiques quant au statut de cet étranger. Le rattachement à l'Etat d'origine n'ayant pas cessé, ces questions intéressent ce dernier : le franchissement de la frontière par un individu fait ainsi naître, sinon une relation, à tout le moins un intérêt, sinon commun, à tout le moins partagé, entre l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine. D'autre part, la migration internationale, en tant que « mouvement » transfrontière, intéresse la société internationale, en ce sens qu'elle constitue un objet d'intérêt pour son organisation, au même titre que l'ensemble des phénomènes qui traversent les frontières étatiques – changement climatique,

²⁶ Lighthouse Reports, *Unmasking...*, préc. Les conclusions du rapport ont notamment été reprises in T. STATIUS, A. POPOVICIU, J. SAPOCH, L. SABIC, « "Pushbacks" de migrants : la police cogne aux frontières de l'Union européenne », *Libération* du 6 octobre 2021.

²⁷ Ainsi que l'a affirmé notamment la CIJ : CIJ, *Construction juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, *CIJ Recueil* 2004, p. 136.

²⁸ Voir *infra*, IA).

²⁹ Art. 12§4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) : « Nul ne peut être privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

³⁰ Voir par ex. J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien 2019 (13^e éd.), not. p. 405.

³¹ Aucun arrêt de la CPJI ou de la CIJ ne se prononce directement sur la question. En revanche, certains arrêts bien connus rappellent le droit souverain de chaque Etat de légiférer en matière de nationalité. Voir not. CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif n°4 du 7 février 1923, p. 24 ; CIJ, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, p. 20.

³² Voir, pour un exemple récent, Cour EDH, Grande chambre, *N.D. et N.T. c. Espagne*, arrêt du 13 février 2020, n°8675/15 et 8697/15, §167 et les arrêts cités et, implicitement, sur la compétence exclusive de l'Etat sauf dans l'hypothèse où elle a été « communautarisée » : CJUE, *X. et X. c. Etat Belge*, arrêt du 7 mars 2017, C-638/16 PPU.

³³ Ce qui n'est pas nécessairement le cas, dès lors que dans la terminologie consacrée, le terme de « Migrant » peut recouvrir une large palette de situations. Voir OIM, « Migrant » in *Glossary on Migration*, 2019 : « An umbrella term, not defined under international law, reflecting the common lay understanding of a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons. The term includes a number of well-defined legal categories of people, such as migrant workers; persons whose particular types of movements are legally defined, such as smuggled migrants; as well as those whose status or means of movement are not specifically defined under international law, such as international students ».

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

environnement, terrorisme... Ainsi la migration, phénomène international, appelle-t-elle une régulation internationale, condition – parmi de nombreuses autres – de la paix mondiale.

Le philosophe allemand Emmanuel Kant en a eu très tôt l'intuition qui, en 1795, faisait du « droit cosmopolitique » le troisième article définitif de son projet de paix perpétuelle³⁴. En dépit de sa dénomination, qui pourrait tromper, cet article n'est pas un appel à la constitution d'une citoyenneté mondiale qui se jouerait des frontières étatiques. L'objet de la réflexion kantienne n'est pas d'appeler les « grandes âmes cosmopolites » – comme le disait Rousseau³⁵ – à « franchir les barrières imaginaires qui séparent les peuples »³⁶ pour instaurer la paix à l'échelle mondiale. Nul cosmopolitisme stoïcien, nul cosmopolitisme utopique dans la pensée kantienne, mais une réflexion sur le statut de l'étranger comme condition de la paix mondiale, dans un monde d'Etats souverains, « politiquement pluriels »³⁷ et aspirant à le demeurer. Une souveraineté cependant, tel est le sens de ce « droit cosmopolitique », qui ne peut s'opposer au « droit qu'a toute personne de se proposer comme membre de la société », dont le corollaire est « le droit qu'a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi »³⁸. Ce « droit cosmopolitique » a ainsi pour objet de « changer le statut de l'étranger », en le faisant passer « de l'étranger comme ennemi potentiel ou effectif, celui à qui ont fait la guerre, que l'on veut détruire, rejeter ou au moins soumettre, à l'étranger comme celui qu'on accueille »³⁹. Sa visée pacificatrice ne fait aucun doute : ce droit cosmopolitique a pour fonction de « stabiliser, d'entretenir et de réguler » nos « émotions cosmopolitiques » qui risqueraient, sinon, de rester « toujours frustrées » dans un monde d'Etats souverains⁴⁰. Si Kant exprime avec une particulière acuité et une prescience certaine des enjeux de la modernité politique cette articulation nécessaire entre souveraineté étatique et accueil de l'étranger comme condition de la paix mondiale⁴¹, la question du statut de l'étranger est récurrente dans la doctrine internationaliste depuis Vitoria au moins. Chez ce dernier le « droit de passage » des étrangers et le devoir d'hospitalité à leur égard est un « droit naturel » : refuser

³⁴ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin 2002, p. 55.

³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les Hommes*, in *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard « La Pléiade », Tome III, 1964, p. 178.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ S. CHAUVIER, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris, L'Harmattan 1996, p. 56.

³⁸ E. KANT, *Projet de paix...*, préc., p. 55.

³⁹ Y. C. ZARKA, « Cosmopolitisme et hospitalité chez Kant », in Y. C. ZARKA, C. GUIBET LAFAYE (dir.), *Kant cosmopolitique*, Paris, Editions de l'éclat 2008, p. 21.

⁴⁰ O. DE FROUVILLE, « Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? » in O. DE FROUVILLE (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone 2015, not. p. 18 et p. 51.

⁴¹ Il ne faut certes pas négliger le fait que la réflexion kantienne s'inscrit d'abord, comme cela est particulièrement net dans les lignes explicatives du contenu du « droit cosmopolitique », dans le contexte de la colonisation européenne qui lui est contemporain. Le « droit cosmopolitique » comme « droit de visite » et non comme « droit d'accueil » constitue une critique de cette colonisation. Pour autant, une lecture kantienne des questions actuelles des migrations internationales n'est pas nécessairement anachronique, dès lors qu'elles interrogent, au-delà de ces éléments conjoncturels, les conditions d'une paix mondiale au regard du statut de l'étranger dans un monde d'Etats souverains. Sur cette question du « risque anachronique », voir S. CHAUVIER, *Du droit d'être étranger...*, pp. 13-34.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

d'accueillir les étrangers, c'est le « mal incarné »⁴². Dans son *Droit de la guerre et de la paix*, Grotius écrit pour sa part que l'« on ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers qui, chassés de leur patrie, cherchent une retraite, pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi, et qu'ils observent toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions » car « c'est le propre des barbares de repousser les étrangers »⁴³. Il y a même chez Vattel, un peu plus tard et en dépit du souci de celui-ci de renforcer la souveraineté étatique, une forme de « droit à l'entrée illégale » des migrants en cas de nécessité⁴⁴. Plus proche de nous, au XX^{ème} siècle, Verdross, dans son cours sur le traitement des étrangers en droit international, note quant à lui qu'il s'agit « d'une question d'une énorme importance pour le développement pacifique des relations internationales »⁴⁵. En 1951, la Convention de Genève affirme à son tour, dans son préambule, l'importance d'une appréhension juridique internationale de la question pour éviter que « le problème des réfugiés » ne devienne « une cause de tension entre Etats »⁴⁶ – reprenant ce faisant une idée déjà exprimée dans le préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du travail⁴⁷. Nombreuses sont également les résolutions récentes du Conseil de Sécurité à faire le lien entre questions migratoires et paix internationale et/ou régionale⁴⁸. Ainsi les exemples pourraient-ils être multipliés – les tensions interétatiques intraeuropéennes provoquées, au mitan des années 2010, par l'arrivée, plus importante que par le

⁴² Cité par V. CHETAU, *International migration law*, préc., p. 23.

⁴³ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF 2005, Livre II, Chap. II, §XVI, p.193.

⁴⁴ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758, Livre II, Chap. IX, §123, p. 344 : « Lors donc que le Maître d'un Territoire juge à propos de vous en refuser l'accès, il faut que vous ayez quelque raison, plus forte que toutes les siennes, pour y entrer malgré lui. Tel est le droit de nécessité ».

⁴⁵ A. VON VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI* 1931 (vol. 37), p. 346.

⁴⁶ Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, Préambule.

⁴⁷ Constitution de l'Organisation International du Travail (1919), Préambule, alinéa 2 : « Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne (...) la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger (...) ».

⁴⁸ Tel est le cas, notamment, des résolutions portant sur le trafic de migrants. Voir par ex., la Résolution 2380 (2017) adoptée par le Conseil de Sécurité à sa 8061^{ème} séance, le 5 octobre 2017 : « conscient que la Charte des Nations Unies lui confie la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales », le Conseil « souligne (...) que les migrants, notamment les demandeurs d'asile et quel que soit leur statut migratoire, doivent être traités avec humanité et dignité et dans le plein respect de leurs droits » et « exhorte » « tous les Etats à s'acquitter des obligations que leur impose le droit international, notamment le droit international des droits l'Homme et le droit international des réfugiés ». Voir aussi, dans le même sens, les résolutions 2331 (2016), 2312 (2016) et 2240 (2015) ainsi que la contribution dans cet ouvrage de E. DECAUX, pp. 343-358. La question des migrations en général et des réfugiés en particulier entre également dans le mandat de certaines opérations de maintien de la paix : voir par ex. la résolution 872 (1993) du 5 octobre 1993 qui « décide que (...) la MINUAR aura le mandat suivant : contrôler le processus de rapatriement des réfugiés rwandais et de réinstallation des personnes déplacées » (point 3.f) ou, plus récemment les résolutions 2227 (2015) et 2295 (2016) des 29 juin 2015 et 29 juin 2016 qui « décident » que la MINUSMA sera compétente pour « contribuer à créer les conditions de sécurité indispensables (...) au retour volontaire (...) ou à l'intégration locale ou à la réinstallation (...) des réfugiés » (point 14.f.i).

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

passé, de migrants sur le territoire de l'Union⁴⁹, ou encore l'importance de la question migratoire dans les tensions entre l'Union européenne et la Turquie⁵⁰, ou la France et certains pays d'Afrique du Nord⁵¹ seraient également à mentionner – sans que la conclusion n'en soit modifiée : l'appréhension des migrations par le droit international est identifiée de longue date comme un enjeu pour la paix internationale.

Pourtant, et ce n'est pas là le moindre des paradoxes, il n'existe pas aujourd'hui d'instrument international conventionnel, universel et juridiquement contraignant définissant le « migrant » ou les « migrations », et qui conférerait à celles et ceux qui migrent un statut spécifique. Lorsque l'OIM définit le « migrant international » comme « toute personne qui a changé de pays de résidence pour trois mois au moins »⁵², lorsqu'elle définit la « migration internationale » comme « le mouvement des personnes qui quittent leur pays d'origine ou de résidence habituelle pour s'établir de manière permanente ou temporaire dans un autre pays dont elles n'ont pas la nationalité »⁵³, l'Organisation propose des définitions qu'aucun instrument juridique universel ne confirme ni n'infirme : l'objectif de « paix mondiale », tel qu'il est fixé par la Charte des Nations Unies, l'importance de la réglementation de la question des migrations pour atteindre cet objectif, n'a pas – pas encore – conduit à la constitution d'un droit international « des » migrations. En revanche, il existe assurément un ensemble de règles « applicables » aux migrations. Comme le note V. Chetail, ces règles forment un ensemble « *[which] can be compared to a pointillist painting whose clarity is only realized from a distance. As one approaches more closely, the picture becomes a juxtaposition of coloured dots which unveil the diversity of international law* »⁵⁴.

Ce tableau pointilliste se compose d'une multitude de règles, relevant tant du droit international privé⁵⁵ – ce droit qui doit son existence au fait même de la migration – que du droit international public, du droit international des droits de l'Homme que du droit international des réfugiés. Si ces règles ne remettent pas en cause, tout au contraire, la souveraineté de l'Etat – comme le note Story, l'un des pères fondateurs du *conflict of law*, c'est précisément parce que « *the Earth has long since been divided into distinct Nations, inhabiting different regions, speaking different languages, engaged in different pursuits and attached to different forms of government* » que « *questions (...) have arisen, as to the operation of the laws of one nation upon the rights and remedies of parties in the domestic tribunals* »⁵⁶ – elles

⁴⁹ Entre autres très nombreuses productions doctrinales, voir par ex. L. MARIN, S. PENASA, G. ROMEO, « Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism : Challenges for EU Law and Polity », *European Journal of Migration Law*, n°22 (2020), pp. 1-10.

⁵⁰ F. DÜVELL, « The EU's international relations and migration diplomacy at times of crisis: key challenges and priorities », *Perceptions*, vol. XXII, n°4 (Winter 2017), pp. 35-54.

⁵¹ C. GATINOIS, F. BOBIN et G. KADIRI, « Immigration : la France durcit 'drastiquement' l'octroi de visas aux Algériens, Marocains et Tunisiens », *Le Monde* du 28 septembre 2021.

⁵² OIM, « Glossaire sur les migrations », préc.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ V. CHETAIL, *International migration law*, préc., p.11.

⁵⁵ Voir sur ce point la contribution dans cet ouvrage de F. JAULT-SESEKE, pp. 155-169.

⁵⁶ J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, London, A. Maxwell 1841, §§1-2, pp. 1-2.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

obligent celui-ci, d'une manière ou d'une autre et selon des degrés qu'il conviendra de préciser, à réaliser l'objectif onusien d'une paix mondiale par l'appréhension « cosmopolitique » – au sens kantien défini plus haut – de l'étranger, qui ne saurait ainsi être traité, par principe – qui supporte un certain nombre d'exceptions – en ennemi (I). En revanche, ces règles continuent de former un corpus disparate, « pointilliste », que ne regroupe aucun instrument universel juridiquement contraignant ni ne surveille aucun organe juridictionnel international : la société internationale est encore dépourvue de tels mécanismes qui envisageraient la migration dans sa globalité, et créerait un cadre pour la coopération interétatique et la gouvernance mondiale des migrations – quoique les choses aient évolué récemment grâce à l'adoption, en 2018, du « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières »⁵⁷ (II).

Enjeu pour la paix mondiale, l'appréhension juridique des migrations demeure ainsi prise dans un entre-deux assez caractéristique des hésitations des Etats face aux questions qui les dépassent⁵⁸. Le « tournant global »⁵⁹ n'est certes pas encore intervenu en matière de migrations, si tant est qu'il n'intervienne jamais⁶⁰, mais le virage est assurément amorcé vers la constitution d'un régime juridique international pour les « personnes en mouvement », qui « *situate individual interests, rights, and potentialities within a constellation of state-based and multilateral migration regimes* »⁶¹.

I. LES APPRÉHENSIONS « COSMOPOLITIQUES » DES MIGRANTS PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Le terme de « cosmopolitisme » colporte l'image d'une « communauté d'égaux », d'un « univers unifié, sans frontières et sans entraves », au sein de laquelle « la notion d'étranger [devient] superflue »⁶². Assurément utopique – ou dystopique – cette forme morale, plutôt que juridique ou politique, de cosmopolitisme, qui doit beaucoup aux stoïciens, s'accorde difficilement avec la structuration classique du droit international, « instrument de découpage et de compartimentage artificiel du monde, qui permet la mise en place d'une cartographie de la paix dans la concurrence des égoïsmes » étatiques⁶³. Si Kant,

⁵⁷ « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », Résolution A/RES/73/195 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 2018.

⁵⁸ Voir par ex., pour des réflexions similaires sur la construction progressive du droit international face à des phénomènes globaux A. FITZMAURICE, « International protection of the environment », *RCADI* 2001 (vol. 293), spéc. pp. 27-47 ; S. MALJEAN-DUBOIS, « Le droit international de la diversité », *RCADI* 2020 (vol. 407), §§39 sq. Dans certains cas cependant, la construction est plus immédiate : voir en ce sens les réflexions de P. KLEIN, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI* 2006 (vol. 321) pp. 221-222 et A.-M. SLAUGHTER et W. BURKE-WHITE, « An International Constitutional Moment », *Harvard International Law Journal*, 2002, pp. 2 sq.

⁵⁹ Pour reprendre l'expression qui sert de titre à un ouvrage récent, H. MUIR WATT, L. BIZIKOVÁ, A. BRANDÃO DE OLIVEIRA, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO et M. MA (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone 2020.

⁶⁰ Voir néanmoins T. ALEXANDER ALEINIKOFF, « Towards a global system of human mobility : three thoughts », *AJIL Unbound*, vol. 111 (2017), pp. 24-28.

⁶¹ *Id.*, p. 24.

⁶² P. COULMAS, *Les citoyens du monde. Histoire du cosmopolitisme*, Paris, Albin Michel 1995, p. 77.

⁶³ D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général », in *Droit d'asile et des réfugiés* (Colloque de Caen), Paris, Pedone 1997, p. 80.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

dans la formulation qu'il propose du « droit cosmopolitique », s'inspire assurément de cette philosophie morale, il ne prétend cependant nullement plaider pour sa transcription en droit positif. Le philosophe de Königsberg, pas davantage que les stoïciens d'ailleurs, ne songe à la réalisation d'un « Etat universel englobant toute la planète (...) qui permettrait un mode de vie cosmopolite »⁶⁴. Son « droit cosmopolitique » est plutôt, et assez classiquement, une théorie de l'appréhension juridique de l'autre au sein d'une société internationale, déjà et encore animée par le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat. C'est précisément en cela qu'il offre à la question de l'appréhension juridique des migrations en droit international un substrat théorique fécond, ce d'autant plus qu'en postulant la nécessité, pour assurer la paix mondiale, d'adopter des règles relatives à l'hospitalité – à une certaine hospitalité – des étrangers, Kant s'inscrit dans le prolongement du développement, avec celui de la navigation et du commerce depuis le XVI^{ème} siècle, d'un « droit des étrangers et des immigrés »⁶⁵. Celui-ci, au fil des siècles, va s'étoffer, se construire autour du principe du standard minimum de traitement des étrangers⁶⁶, avant de prendre plus évidemment, et singulièrement depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, deux directions complémentaires.

La première est celle d'une appréhension cosmopolitique, car compassionnelle, de l'étranger, que le droit oblige à considérer comme un *alter ego* du ressortissant national, comme un « autre moi-même », car il est un être humain – égal en souffrance et en dignité. En saisissant le migrant dans son humanité, le droit international des droits de l'Homme « fait droit » au « sentiment cosmopolitique, c'est-à-dire à la sollicitude pour l'autre-lointain dans un monde constitué par des Etats souverains »⁶⁷. Ainsi la recherche de paix mondiale passe-t-elle ici par une négation de la spécificité du migrant. Appréhendé sous sa seule qualité d'être humain, il n'est pas réduit à sa nationalité, cause de discriminations et de déstabilisations (A). A l'inverse, la seconde voie suivie par le droit international réduit son objet en offrant un statut spécifique à *certain*s étrangers, et à certains étrangers seulement. L'appréhension juridique repose cette fois sur une appréhension dialogique de l'autre : il n'est plus seulement un « autre moi-même », mais également un autre « situé », avec ses différences qui le constituent en tant qu'étranger tout en justifiant qu'une protection particulière lui soit accordée⁶⁸ (B).

⁶⁴ P. COULMAS, *Les citoyens du monde...*, préc., p. 74. Voir aussi M. LEQUAN, « Le repli kantien de la solution maximale d'une république mondiale vers la solution minimale d'une confédération d'Etats », in Y. C. ZARKA, C. GUIBET LAFAYE (dir.), *Kant cosmopolitique*, préc., pp. 97-117.

⁶⁵ *Id.*, p. 78.

⁶⁶ Outre le cours à l'Académie de A. VON VERDROSS, déjà mentionné, voir M. J. DORCE, « L'émergence du standard minimum de traitement des étrangers en droit international », *Les Annales de Droit*, vol. 14 (2020), pp. 9-36. La théorie du standard minimum de traitement a notamment été mobilisé pour protéger *a minima* les investisseurs étrangers. Sur cette question des liens entre migrations et droit international économique, voir la contribution de P. JACOB dans cet ouvrage, pp. 141-154.

⁶⁷ O. DE FROUVILLE, « Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique », *préc.*, p. 51.

⁶⁸ *Ibid.*, spéc. pp. 24-25.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

A. Le migrant, cet être humain : droits de l'Homme et migration

Parmi les éléments constitutifs de l'appréhension juridique cosmopolitique des migrants figure chez Kant « le droit qu'à l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi »⁶⁹. Cette « idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout », « introduite dans notre science par François de Vitoria », a été « acceptée peu à peu par la coutume internationale »⁷⁰ pour donner lieu, comme l'a affirmé la CPJI dès l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise⁷¹, à un « droit international commun » relatif au traitement des étrangers. Ce corps de règles comprend ainsi, notamment, l'obligation pour les Etats « de respecter dans tous les Hommes, même dans les étrangers, la *personnalité humaine* »⁷². Les « droits internationaux de l'Homme », comme l'écrit, en 1909 déjà, le Tribunal international pour l'Amérique centrale⁷³, apparaissent ainsi très tôt dans la pratique des Etats et la doctrine internationaliste comme un corps de règles particulièrement adapté à l'appréhension juridique des migrants – au point que l'on peut dire aujourd'hui, du fait de la multiplication depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, et des migrations internationales, et des instruments internationaux et régionaux en la matière, que la protection des migrants est devenue « l'építome des droits de l'Homme »⁷⁴.

La philosophie et la logique qui sous-tendent le droit international et régional des droits de l'Homme l'expliquent aisément et de manière bien connue.

Ces droits en effet, puisqu'ils bénéficient à tout être humain se trouvant sous la juridiction d'un Etat partie aux conventions concernées, sont par définition indifférents à la nationalité, et à l'éventuelle irrégularité du séjour, de celles et ceux qu'ils protègent. Le droit international des droits de l'Homme contraint ainsi l'Etat à n'opérer aucune discrimination fondée sur la nationalité ou les origines, subsumant ce faisant le migrant sous l'être humain. Ainsi le migrant n'en est-il juridiquement plus un – et c'est précisément ce qui garantit qu'il ne peut être, c'est un impératif juridique, « traité en ennemi ». Il est protégé dans ce qui fonde son appartenance à la « grande famille humaine » qu'évoque le préambule du Pacte de 1966 comme « fondement de la paix dans le monde » : sa dignité, et les droits qui permettent de la préserver⁷⁵. Le statut des étrangers en droit international, longtemps limité à la seule règle du « standard minimum de traitement des

⁶⁹ E. KANT, *Projet pour rendre la paix perpétuelle...*, préc., p. 55.

⁷⁰ A. VON VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement... », préc., p. 332.

⁷¹ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, Série A, n°7, spéc. p. 22 : « Il découle de ces mêmes principes que les mesures défendues sont seulement celles que le droit international commun ne permet pas de prendre à l'égard des étrangers ».

⁷² A. VON VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement... », préc., p. 348 (souligné par l'auteur).

⁷³ Tribunal international pour l'Amérique centrale, *Dr. Pedro Andes Fornos Diaz*, Sentence du 6 mars 1909, *American Journal of International Law*, vol. III (1909), p. 743, cité par A. VON VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement... », préc., p. 350.

⁷⁴ Selon l'expression de V. CHETAIL, *International migration law*, préc., p. 68.

⁷⁵ « Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

étrangers » – qui a généré de multiples contentieux internationaux au XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècles⁷⁶ sans toutefois que son contenu ne soit très précisément fixé – s’est ainsi, aujourd’hui, considérablement amélioré du fait du développement du droit international des droits de l’Homme et de la philosophie qui le sous-tend. Ces droits en effet, couplés à l’interdiction et à la lutte contre le trafic d’êtres humains⁷⁷, facilitent la migration (1), et garantissent à celles et ceux qui l’entreprennent un nouveau « standard minimum » assurant leur subsistance et leur dignité sur le territoire des Etats d’accueil ou de transit (2).

1. Les droits facilitant la migration

Le « droit de migrer », en tant que droit pour une personne de quitter son pays pour s’établir dans un autre dont elle n’est pas la ressortissante, n’est pas consacré par le droit international général, du fait de la prétention des Etats à contrôler souverainement l’entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire, que ne remet pas en cause le droit international et régional des droits de l’Homme⁷⁸. Pour autant, si l’on peut affirmer aujourd’hui que l’étranger ne doit pas être « traité en ennemi » à son arrivée sur le territoire d’un Etat dont il n’est pas le national, c’est que le droit international général protège le droit de quitter tout pays et celui de n’être pas renvoyé du pays d’accueil vers certains territoires (a). Le droit international régional prévoit parfois, pour sa part, un « droit fondamental » de l’étranger d’être accueilli (b).

a. Droit de quitter tout pays et de n’être pas refoulé

Les articles 12§2 et 12§4 PIDCP, qui reprennent l’article 13 de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme, prévoient que « toute personne est libre de quitter n’importe quel pays, y compris le sien » et que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d’entrer dans son propre pays ». La plupart des instruments régionaux – et beaucoup de constitutions nationales – reprennent également ces dispositions⁷⁹, si bien que l’on peut juger aujourd’hui que ce droit a valeur coutumière dans la société internationale⁸⁰. Cette règle fait en outre l’objet d’une interprétation assez large dans la pratique quant à son champ d’application, et assez stricte quant aux restrictions qui peuvent y être apportées⁸¹. Ainsi, dans l’Observation générale n°27 qu’il a consacré à l’article 12 PIDCP⁸², le Comité des

⁷⁶ Voir V. CHETAIL, « The human rights of migrants in general international law : from minimum standards to fundamental rights », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol.28, n°1 (2013), spéc. pp. 227-231.

⁷⁷ Voir sur ce point la contribution dans cet ouvrage d’E. Decaux, pp. 343-358.

⁷⁸ H. LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l’Homme*, Editions du Conseil de l’Europe, « Dossiers sur les droits de l’Homme n°8 », 2007, pp. 16 sq.

⁷⁹ Not. Conv. EDH, Art. 2§2, Protocole n°4 ; Conv. Américaine relative aux droits de l’Homme, Art. 22§2 ; Charte africaine des droits de l’Homme et des peuples, Art. 12§2 ; Charte arabe des droits de l’Homme, Art. 27(a).

⁸⁰ Voir les réf. citées par V. CHETAIL, *International migration law*, préc., p. 90, note 87.

⁸¹ Pour une vue d’ensemble, voir V. STOYANOVA, « The right to leave any country and the interplay between jurisdiction and proportionality in human rights law », *International Journal of Refugee Law*, vol.32, n°3 (2020), pp. 403-439.

⁸² Comité des droits de l’Homme, « Liberté de circulation (Art. 12) », Observation générale n°27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999)

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

droits de l'Homme estime – rappelant ses principales décisions sur ce point⁸³ – que « la liberté de quitter le territoire d'un Etat ne peut être subordonnée à un but particulier ni à la durée que l'individu décide de passer en dehors du pays ». De ce fait, se trouvent donc visés « le voyage à l'étranger aussi bien que le départ définitif de la personne qui souhaite émigrer »⁸⁴. Quant au droit d'entrer dans son propre pays, le Comité y voit certes un droit d'y entrer « après l'avoir quitté », mais également d'y entrer « pour la première fois » dans l'hypothèse d'un(e) ressortissant(e) de ce pays né(e) à l'étranger et, enfin, « d'y rester ». Autant d'éléments qui interdisent de considérer le migrant, de ce seul fait, comme se trouvant en une situation « illégale » au regard du droit international, ce d'autant plus que le droit de quitter son propre pays ne peut être restreint que pour des motifs de sécurité nationale, d'ordre public, de santé, de moralité publique ou de respect des droits et libertés d'autrui⁸⁵, et que celui d'entrer dans son pays ne peut être restreint pour sa part de manière « arbitraire » – ce que le Comité interprète strictement⁸⁶.

Le droit d'entrer dans son propre pays, qui comprend celui d'y demeurer, peut également avoir pour conséquence de protéger l'étranger contre son éloignement. Le rattachement à un pays fait en effet l'objet d'une interprétation fondée sur l'absence de mention, dans cet article 12§4 comme dans l'article 12§2, du pays « de nationalité ». Aussi le Comité des Droits de l'Homme estime-t-il que ces droits bénéficient aux nationaux, mais également aux résidents de longue durée, qui ont avec leur pays de résidence des attaches particulièrement fortes – et aucune ou très peu avec leur pays de nationalité⁸⁷, en une interprétation finalement assez

⁸³ *Montero c. Uruguay*, n°106/1981, p§9.4 ; *Vidal Martins c. Uruguay*, n°57/1979, §7 ; *Lichtenstein c. Uruguay*, n°77/1980. Pour des communications plus récentes que celles citées dans l'Observation Générale n°27, voir par ex. *Deepan Budlakoti c. Canada*, 6 avril 2018, n°2264/2013, CCPR/C/122/D/2264/2013 ; *Batyrova Zoolfiya c. Ouzbékistan*, 30 juillet 2009, n°1587/2007 ; *Farag El Dernawi c. Jamahiriya arabe libyenne*, 20 juillet 2007, n°1143/2002.

⁸⁴ Comité des droits de l'Homme, « Liberté de circulation (Art. 12) », Observation générale n°27, préc., §8. Voir aussi, plus largement, E. GUILD, « To protect or to forget ? The human right to leave a country », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27 déc. 2017.

⁸⁵ Pacte international sur les droits civils et politiques, Art. 12§3.

⁸⁶ Voir not., récemment, Comité des droits de l'Homme, *Deepan Budlakoti c. Canada*, 6 avril 2018, n°2264/2013, CCPR/C/122/D/2264/2013, §9.4 : « La notion d'« arbitraire » intègre le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect de garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité. Il a en outre indiqué que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares. Un Etat partie ne doit pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, empêcher arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays ».

⁸⁷ Voir Comité des Droits de l'Homme, Observation Générale n°27, préc. et *Deepan Budlakoti c. Canada*, préc., §9.2 : « [L]a signification des termes "son propre pays" n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité acquise à la naissance ou conférée par la suite ; l'expression s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays, ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Le comité renvoie à sa jurisprudence selon laquelle il existe des facteurs autres que la nationalité susceptible de créer des liens étroits et durables entre une personne et un pays, liens qui peuvent être plus forts que ceux de la nationalité. L'expression "son propre pays" amène à prendre en considération des éléments comme une résidence de longue durée, des liens personnels et familiaux étroits et l'intention de demeurer dans le pays, ainsi que l'absence d'autres liens du même type

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

proche de celle de la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* quant à l'importance accordée à l'effectivité du lien de rattachement⁸⁸. La même protection contre l'éloignement des personnes de nationalité étrangère pouvant se prévaloir de liens particulièrement forts – notamment familiaux – avec leur Etat de résidence vaut en outre, et en toute hypothèse, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par exemple aux articles 17 et 23 PIDCP et 8 Conv. EDH et tel qu'il est interprété par les organes de contrôle de ces instruments – lesquels y voient également, sous certaines conditions, un droit à la réunification familiale⁸⁹. Mais c'est surtout la protection contre l'éloignement et le refoulement vers certains Etats où le migrant courrait certains risques qui constitue le pendant le plus évident au droit de quitter son pays.

Sans pouvoir être analysée comme un droit d'entrée du migrant sur le territoire d'un Etat dont il n'est pas le ressortissant, cette protection contre le refoulement, conventionnelle⁹⁰ et coutumière⁹¹, régulièrement qualifiée par l'Assemblée générale des Nations Unies de « principe fondamental »⁹², garantit à tout le moins que l'exil peut ne pas être tout à fait vain. Elle interdit à l'Etat d'éloigner l'étranger vers un territoire où il risquerait de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants – et ce, quelles que soient les modalités de son arrivée sur le territoire de l'Etat d'accueil⁹³. Ce principe, qui vaut dès lors qu'un Etat exerce sa « juridiction » sur une personne – ce qui peut notamment inclure les hypothèses de sauvetage en mer⁹⁴ – oblige les autorités de l'Etat à ne pas l'éloigner sans examen individuel de sa situation, ce que protège également, par ailleurs mais de façon moins absolue⁹⁵, l'interdiction des expulsions collectives, que

ailleurs ». Voir aussi Comité des Droits de l'Homme, *Jama Warsame c. Canada*, 21 juillet 2011, n°1959/2010 et *Nystrom et Turner c. Australie*, 18 juillet 2011, n°1557/2007.

⁸⁸ CIJ, *Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

⁸⁹ Voir par ex. Comité des Droits de l'Homme, *Ngambi c. France*, 16 juillet 2004, n°1179/2003 ; Cour EDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n°9214/80, 9473/81 et 9474/81 et, plus largement, dans une étude consacrée aux réfugiés mais abordant très largement les principaux standards en la matière, F. NICHOLSON, « The "essential right" to family unity of refugees and others in need of international protection in the context of family reunification », UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series 2018, PPLA/2018/02.

⁹⁰ Les exemples, explicites ou implicites, sont très nombreux, tant au niveau universel que régional. Pour ne citer ici que les principaux, voir not. l'Art. 7 PIDCP ; Art. 3§1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT) ; Art. 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; Art. 5§2 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (CADH) ; Art. 5 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP) ; Art. 3 de la Conv. EDH ; Art. 33 de la Convention de Genève relative au statut de réfugié (CG51)...

⁹¹ G.A. DUFFY, « Expulsion to face torture ? Non-refoulement in international law », *International Journal of Refugee Law*, vol.20, n°3 (2008), p.389 et les références citées.

⁹² Voir par ex. « Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants », préc., not. §24.

⁹³ Voir sur ce point « Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea », Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Felipe González Morales, 12 May 2021, A/HRC/47/30.

⁹⁴ Voir not. Cour EDH, GC, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, n°27765/09.

⁹⁵ Dans un arrêt remarqué et fort critiqué du 13 février 2020, la Cour EDH a en effet jugé, tout en rappelant que « l'article 4 du Protocole n°4 (...) vise à préserver la possibilité, pour chacun des étrangers en cause, d'invoquer des risques de traitements incompatibles avec la Convention et notamment avec son article 3 en cas de renvoi », ce qui « exige des autorités de l'Etat qu'elles

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

contiennent de nombreux instruments internationaux et régionaux⁹⁶. Ainsi le migrant jouit-il, sous cet angle et sur le fondement du droit international et régional des droits de l'Homme, d'une forme de « droit de visite » – qui ne se mue cependant en « droit d'être accueilli » que dans des hypothèses très spécifiques.

b. Droit d'être accueilli

Le principe de non-refoulement n'est qu'une protection minimale du migrant. Certes indérogeable⁹⁷, il est cependant limité *ratione materiae* : il ne prohibe jamais que l'éloignement vers des pays « à risque qualifié », et non l'éloignement vers d'autres pays dit, en conséquence et en une forme de pirouette, « sûrs »⁹⁸. L'Union européenne en est pleine – le « système Dublin » en est l'illustration en matière d'asile⁹⁹ – mais d'autres sont apparus ces dernières années : ainsi par exemple de la Turquie¹⁰⁰. En outre, le principe de non-refoulement est constitutif d'une prohibition, non d'une prescription. Il oblige l'Etat à s'abstenir, non à agir. En particulier, il ne contraint nullement les autorités étatiques à délivrer à celui ou celle qui ne peut pas être refoulé un titre de séjour : il peut demeurer un « visiteur » à vie¹⁰¹.

Quelques – rares – organisations régionales intégrées ont néanmoins dépassé ce paradoxe qu'anime l'opposition entre droits de l'Homme, d'une part, et

permettent à chacun des étrangers en cause, de façon réelle et effective, d'exposer ses arguments s'opposant à son expulsion », qu' « il n'y a pas violation de l'article 4 du Protocole n°4 si l'absence de décision individuelle d'éloignement est la conséquence du propre comportement du requérant ». Tel est le cas notamment lorsque « le comportement de personnes qui franchissent une frontière terrestre de façon irrégulière, tirent délibérément partie de l'effet de masse et recourent à la force, est de nature à engendrer des désordres manifestement difficiles à maîtriser et à menacer la sécurité publique » : Cour EDH, GC, *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, n°8675/15 et 8697/15, §§199 et 201.

⁹⁶ Voir not. Art. 22§9 CADH ; Art. 12§5 CADHP ; Art. 4 Prot. 4 Conv. EDH.

⁹⁷ Art. 1§2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; Art. 2§2 CAT ; Art. 27§2 CADH ; Art. 15 CEDH...

⁹⁸ En vertu du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, un Etat membre de l'UE peut, sous certaines conditions, éloigner un demandeur d'asile vers un autre Etat membre de l'UE, l'ensemble des Etats membres étant réputé respecter les droits fondamentaux. Comme l'a affirmé la CJUE dans son fameux arrêt *N.S.* : « Il ressort de l'examen des textes constituant le système européen commun d'asile que celui-ci a été conçu dans un contexte permettant de supposer que l'ensemble des Etats y participant, qu'ils soient Etats membres ou Etats tiers, respectent les droits fondamentaux, en ce compris les droits trouvant leur fondement dans la convention de Genève et le protocole de 1967, ainsi que dans la CEDH, et que les Etats membres peuvent s'accorder une confiance mutuelle à cet égard » : CJUE, GC, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10, §78.

⁹⁹ Voir UNHCR, *Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries*, April 2018.

¹⁰⁰ Le 7 juin 2021, la Grèce a déclaré que la Turquie constituait un pays tiers sûr pour les migrants originaires d'Afghanistan, du Bangladesh, du Pakistan, de Somalie – une politique déjà appliquée pour les Syriens, notamment depuis l'accord UE-Turquie de 2016. Voir sur l'extension de cette politique UNHCR, « UNHCR's position and recommendations on the safe third country declaration by Greece », 2 Aug. 2021 et le texte de l'accord UE-Turquie disponible à l'adresse : <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

¹⁰¹ M. PAZ, « The incomplete right to freedom of movement », *AJIL Unbound*, vol.111 (2017), pp. 514-518 et D. GOSME, « Les limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger », *Rev. Crit. DIP* vol.104, n°1 (janv.-mars 2015), pp. 43-88.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

prétention à la maîtrise souveraine du séjour des étrangers sur le territoire étatique, d'autre part. L'obligation de ne pas refouler se mue alors en droit d'être accueilli.

Tel est singulièrement le cas au sein de l'Union européenne, dont les traités constitutifs¹⁰² et les règles de droit dérivé¹⁰³ protègent le droit d'entrée et de séjour, reconnus comme « droits fondamentaux », des ressortissants des Etats membres : en vertu de l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en effet, « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres » sans se voir imposer l'obligation d'obtenir un visa ou toute autre formalité équivalente¹⁰⁴. Ce droit se double, au sein de l'espace Schengen, de celui de circuler librement, sans même avoir à subir de contrôle aux frontières intérieures¹⁰⁵. Ainsi ces citoyens doivent-ils être accueillis sur le territoire des Etats membres dont ils ne sont pas les nationaux, sans condition pour des séjours de moins de trois mois, et sous quelques conditions d'activité professionnelle¹⁰⁶, pour les séjours d'une durée supérieure. Si la pandémie de coronavirus, tout comme la « menace terroriste », ont rappelé que certaines exceptions pouvaient être opposées aux droits de libre circulation et de séjour¹⁰⁷, il n'en demeure pas moins qu'au sein de l'Union, les ressortissants des Etats membres, citoyens de celle-ci, sont des « *free movers* »¹⁰⁸, ce qui les distingue radicalement des migrants internationaux qui circulent à l'échelle mondiale¹⁰⁹.

¹⁰² Art. 3§2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) ; Art. 21 et titres IV et V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹⁰³ Not. la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

¹⁰⁴ CJCE, *Pieck*, 3 juill. 1989, C-157/99 et CJCE, *Commission c. Pays-Bas*, 30 mai 1991, C-68/89.

¹⁰⁵ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes dit « Code frontières Schengen », Art. 22 : « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité »

¹⁰⁶ Ou, à défaut d'activités professionnelles, de ressources et d'assurance maladie.

¹⁰⁷ Des « menaces graves » tenant à l'ordre public et à la sécurité intérieure d'un Etat membre de l'espace Schengen permettent ainsi le rétablissement temporaire du contrôle aux frontières intérieures : voir art. 25 sq. du Règlement (UE) 2016/399 ; de même, la Directive 2004/38/CE prévoit en son article 27§1 que « les Etats membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques ». Sur l'usage de ces exceptions dans le contexte de menace terroriste et sanitaire, voir not. F. HAMON, A. FADIER, « Le droit de l'Union européenne à l'épreuve du paradigme sécuritaire : autour du refus du Conseil d'Etat d'annuler la décision de maintenir les contrôles aux frontières », *La revue des droits de l'Homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 avril 2018, <https://doi.org/10.4000/revdh.3834> et F. GÜLZAU, « A "new normal" for the Schengen area. When, where and why member States reintroduce temporary border controls », *Journal of Borderlands Studies*, 17 nov. 2021.

¹⁰⁸ A. FAVELL, « Immigration, migration and free movement in the making of Europe », in J. CHECKEL, P. KATZENSTEIN (dir.), *European Identity*, Cambridge, Cambridge University Press 2009, cité par D. DUEZ, « Libre circulation, contrôles aux frontières et citoyenneté » in *Belgeo. Revue belge de géographie*, n°2/2015, §21.

¹⁰⁹ Sur les autres régimes régionaux de libre circulation, moins développés toutefois que le régime européen, Voir S. NITA, A. PÉCOUD, Ph. DE LOMBAERDE, P. DE GUCHTENEIRE, K. NEYTS, H. GARTLAND, *Migration, Free Movement and Regional Integration*, UNESCO et UNU-CRIS 2017, 444 p.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

2. Les droits de l'Homme comme « *standard minimum de traitement* » du migrant

Au-delà de son rôle dans la « facilitation » des migrations, le droit international et régional des droits de l'Homme constitue également un socle commun d'obligations étatiques assurant aux migrants un standard minimum de traitement par les autorités de l'Etat d'accueil, bien plus protecteur que ce standard ne l'était au XIX^{ème} et dans la première partie du XX^{ème} siècle. Verdross estimait que ce standard se résumait à cinq droits : le droit à la personnalité et à la capacité juridiques ; le droit de voir respecter les droits privés acquis à l'étranger ; le droit à la liberté et à une vie digne ; le droit d'ester en justice ; le droit d'être protégé contre tout acte dommageable. Alors même qu'elle est déjà teintée d'une certaine philosophie des droits de l'Homme, qui ne semble pas nécessairement correspondre à la pratique d'alors¹¹⁰, cette description doctrinale témoigne toutefois d'une protection autrement moins consistante que celle qui prévaut aujourd'hui, et ce pour deux raisons au moins. La première tient à la multiplication des instruments en matière de droits de l'Homme depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, étendant ce faisant le champ *ratione materiae* de la protection des personnes situées sur le territoire d'un Etat dont elles ne sont pas les ressortissantes. Tel est notamment le cas du fait de l'adoption de conventions en matière de droits économiques et sociaux. Ainsi par exemple, au niveau universel, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et, au niveau régional, de la Charte sociale européenne¹¹¹. Ensuite, et c'est la seconde raison de l'amélioration de cette protection des étrangers, parce que les conventions de protection des droits de « première génération », tels le PIDCP ou les grandes conventions régionales en matière de droits de l'Homme, sont autrement plus fournies que ne l'était le « standard minimum de traitement ». Elles contiennent ainsi, aujourd'hui, un certain nombre de droits que l'on peut qualifier de « *migrants sensitive* », dans la mesure où ils sont particulièrement adaptés aux besoins des personnes en situation de migration, tant lors de leur trajet, qu'aux frontières et à l'arrivée sur le territoire de l'Etat d'accueil : droit de n'être pas torturé ou soumis à des traitements inhumains ou dégradants, mais aussi droit de n'être pas privé arbitrairement de sa liberté, droit au respect de sa vie familiale, droit à la santé, au travail, au logement ou encore à l'éducation – et droit de faire valoir ces garanties devant un juge indépendant au cours d'une procédure impartiale¹¹².

La proclamation de ces droits ne doit bien évidemment pas masquer les difficultés de leur actualisation. Le constat que faisait, à la fin des années 1990,

¹¹⁰ Ainsi peut-on relever que les obligations de l'Etat à l'égard des étrangers apparaissent beaucoup moins développées chez d'autres auteurs. Voir par ex. L. OPPENHEIM, *International law : a treatise*, London, New York and Bombay, Longmans, Green and Co. 1905, Vol. I, §321, p. 376 : « *Apart from protection of person and property, every State can treat foreigners according to discretion* ».

¹¹¹ Signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996.

¹¹² Au-delà des sources déjà citées dans les pages ci-dessus voir, pour les sources et l'importance de ces droits dans le contexte des migrations, United Nations Human Rights, Global Migration Group, *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*, United Nations Human Rights, *Recommended principles and Guidelines on Human Rights at international borders*, disponibles en ligne.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

le Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les droits de l'Homme des migrants, selon lequel « en tant que sujets des droits de l'Homme, les migrants sont vulnérables parce qu'ils sont privés de reconnaissance et de pouvoir », demeure d'une grande actualité. Souvent considérés comme « extérieurs » aux sociétés d'accueil, les migrants sont fréquemment privés, de ce fait, de l'application des normes internationales en matière de droits de l'Homme¹¹³. Les condamnations des Etats, par les cours régionales, et parfois nationales, sont ainsi fréquentes sur le terrain des traitements inhumains ou dégradants¹¹⁴, des détentions illégales¹¹⁵, ou des conditions de vie indignes¹¹⁶ – tout particulièrement concernant les migrants en situation irrégulière au regard de la législation nationale sur le séjour des étrangers.

L'appréhension cosmopolitique du migrant international est ainsi, assurément et davantage qu'au cours des deux derniers siècles, une obligation sur le fondement du droit international, et plus spécifiquement du droit international et régional des droits de l'Homme. Il n'en demeure pas moins que les pratiques, de plus en plus répandues, d'« encampement » et d'« illégalisation »¹¹⁷ de celles et ceux qui migrent sans titre¹¹⁸ témoignent d'une méfiance généralisée à leur égard – pouvant aller, en un retour à une époque précédant celle du « standard minimum de traitement », jusqu'à la négation de leur personnalité juridique¹¹⁹.

B. Le migrant, cet étranger « situé » : les « catégories » de migrants

Si le droit international ne connaît pas de « migrants », il connaît néanmoins des sous-catégories juridiques d'étrangers, obligeant l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent à leur reconnaître un statut juridique spécifique. Alors que les règles du droit international des droits de l'Homme protègent l'étranger en le soustrayant à sa condition de migrant, certaines règles conventionnelles internationales le saisissent au contraire dans la spécificité de sa situation pour lui offrir une protection adéquate. La prise en compte de sa *situation* permet alors la reconnaissance de droits adaptés à celle-ci.

Le droit international général n'est toutefois guère prolix en la matière. Il existe certes un grand nombre d'accords bilatéraux dont l'objet est de faciliter la migration de certaines catégories de ressortissants des Etats signataires. Tel est le cas notamment concernant les membres de la famille d'un étranger déjà installé

¹¹³ Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, « Rapport du groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les droits de l'Homme des migrants, présenté conformément à la résolution 1998/16 de la Commission des droits de l'Homme », 9 mars 1999, E/CN. 4/1999/80, §77.

¹¹⁴ Voir not., récemment, Cour EDH, *K.I. c. France*, 15 avril 2021, n°5560/19.

¹¹⁵ Voir sur ce point l'arrêt « FMS » de la CJUE, lequel rappelle l'état du droit européen en la matière et les jurisprudences utiles de la Cour : CJUE [GC], *FMS et autres c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, 14 mai 2020, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU.

¹¹⁶ Pour un exemple national, Voir CE, ord. du 31 juillet 2017, n°412125 et 412171, enjoignant l'Etat à assurer des conditions de vie respectant la dignité humaine dans le campement de migrants à Calais.

¹¹⁷ P.T. TARAN, « Human Rights of Migrants : Challenges of the New Decade », in R. Appleyard (dir.), *The Human Rights of Migrants*, IOM / United Nations 2001, p. 23.

¹¹⁸ M. BEULAY, A.-L. CHAUMETTE, L. DUBIN, M. EUDES (dir.), *Encampés, de quel(s) droit(s) ?*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie 2020, 470 p.

¹¹⁹ D. LOCHAK, « Préface » in *ibid.*, pp. 22-23.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

régulièrement sur le territoire de l'un de ces Etats. Ainsi la France est-elle, par exemple, signataire d'une dizaine d'accords de ce type avec des Etats du continent africain, lesquels prévoient l'obtention de plein droit de certains titres de séjour pour les ressortissants de ces Etats¹²⁰. De tels accord existent également concernant, notamment, les étudiants¹²¹, mais ils sont surtout répandus, à l'échelle internationale, pour la migration du travail¹²². Plus généralement, historiquement et aujourd'hui encore, ce sont deux catégories de migrants en particulier que le droit international a créé et pour lesquelles un statut spécifique a été mis en place : les travailleurs migrants, d'une part (1) et les réfugiés, d'autre part (2). Au-delà des catégories statistiques listées par l'OIM – « travailleurs », « étudiants », « réfugiés », « migrants irréguliers », « femmes et enfants migrants », « migrants environnementaux »¹²³ – ces deux catégories sont aujourd'hui les seules catégories juridiques internationales de migrants, à l'égard desquels les Etats ont donc des obligations spécifiques.

1. Les travailleurs migrants

Plus de 60% des migrants internationaux sont des « travailleurs migrants »¹²⁴, définis par la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille comme « les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un Etat dont elles ne sont pas ressortissantes »¹²⁵. L'appréhension juridique de ces « migrations du travail » est plus ancienne que celle des migrants en recherche d'une protection internationale¹²⁶ : la première grande convention internationale en la matière est en effet la Convention n°97 adoptée dans le cadre de l'Organisation internationale

¹²⁰ De tels accords existent avec l'Algérie, le Maroc, la Tunisie, le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo Brazzaville, la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal et le Togo. Pour le détail et le texte de ces accords, qui facilitent principalement le séjour des conjoint(e)s, parents ou enfants étrangers de Français par la délivrance de plein droit de titres de séjour, voir <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Europe-et-International/Les-accords-bilateraux/Les-accords-bilateraux-en-matiere-de-circulation-de-sejour-et-d-emploi/L-accord-franco-tunisien>. Concernant les accords bilatéraux conclus par l'UE en matière de migration, Voir A. ADEPOJU, F. VAN NOORLOOS, A. ZOOMERS, « Europe's migration agreements with migrant-sending countries in the global south : A critical review », *International Migrations*, vol. 48, n°3 (July 2009), pp. 42-75.

¹²¹ Pour une étude d'ampleur de cette question, Voir G.J. FELBERMAYR, I. RECZKOWSKI, « International student mobility and high-skilled migration : the evidence », *IFO Working Paper* n°132 (2012), 52 p.

¹²² Voir R. CHOLEWINSKI, « Evaluating bilateral labour migration agreements in the light of human labour rights », in M. PANIZZON, G. ZÜRCHER, E. FORNALÉ (dir.), *The Palgrave Handbook of International Labour Migration*, London, Palgrave Macmillan 2015, pp. 231-252.

¹²³ Sur cette question générale de la catégorisation, nous renvoyons à notre contribution « Les "catégories" de migrants », *Questions internationales*, n°97 (mai-juin 2019), pp. 24-33.

¹²⁴ IOM, *World Migration Report 2022*, p. 3.

¹²⁵ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, art. 2§1. Voir aussi la définition de l'article 11 des Conventions n°97 et 143 de l'Organisation internationale du travail : « Aux fins de la présente convention, le terme travailleur migrant désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ».

¹²⁶ D'où, certainement, le fait que la SFDI ait consacré un colloque à cette question dès 1979 : SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Actes du Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone 1979. Voir aussi la contribution dans cet ouvrage de D. Nakache, pp. 171-182.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

du travail (OIT) deux ans avant la Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié¹²⁷. Elle sera complétée en 1975 par la Convention n°143¹²⁸ puis, en 1990, par la Convention sur la protection de tous les travailleurs migrants adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU. Ces instruments confèrent à celles et ceux qui entrent dans le champ de la définition du « travailleur migrant » un ensemble de droits¹²⁹, et mettent un certain nombre d'obligations à la charge des Etats (a). Cependant, peu ratifiés et souffrant de la concurrence du droit international des droits de l'Homme, qui garantit beaucoup des droits que ces conventions contiennent, ils occupent une place finalement assez modeste dans l'appréhension juridique des migrations à l'échelle mondiale¹³⁰ (b).

a. Droits des travailleurs migrants

Sans remettre en cause le droit des Etats parties au contrôle de l'entrée et du séjour sur leur territoire des travailleurs migrants, les Conventions de l'OIT et celle de 1990 facilitent cette forme de migration, en conférant aux travailleurs migrants un statut juridique constitué notamment de ceux des droits de l'Homme que leur situation de travailleur étranger rend particulièrement sensibles. Elles y ajoutent également des droits spécifiques au profit des travailleurs migrants qui se trouvent en situation régulière sur le territoire de l'Etat d'accueil.

Les droits universels, valables quelle que soit la situation du travailleur au regard de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers, sont énumérés dans la première partie de la Convention n°143 et dans la Convention de 1990. La Convention n°143 rappelle ainsi que « tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à respecter les droits fondamentaux de l'Homme de tous les travailleurs migrants »¹³¹, tout en posant un certain nombre d'obligations à la charge de l'Etat quant à la lutte contre l'emploi de migrants en situation irrégulière¹³². Beaucoup plus large dans son objet – elle s'applique par principe « à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille sans distinction aucune » et « à tout le processus de migration (...) qui comprend les préparatifs de la migration, le départ, le transit et toute la durée du séjour, l'activité rémunérée dans l'Etat d'emploi, ainsi que le retour dans l'Etat d'origine ou dans l'Etat de résidence habituelle »¹³³ – la Convention de 1990, riche de près de cent articles, consiste surtout en un rappel des droits déjà consacrés par les divers instruments étudiés ci-dessus : non-discrimination¹³⁴, droit de quitter tout Etat y compris l'Etat d'origine¹³⁵, droit de n'être pas soumis à l'esclavage¹³⁶ ou à des

¹²⁷ Convention (n°97) sur les travailleurs migrants, adoptée le 1^{er} juillet 1949.

¹²⁸ Convention (n°143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 24 juin 1975.

¹²⁹ Pour les obligations pesant sur les Etats concernant la coopération internationale en matière de migrations du travail, voir *infra*, Partie II.

¹³⁰ Dans le même sens, Voir M. PANIZZON, G. ZÜRCHER, E. FORMALÉ, « Introduction : Conceptualizing a Pluralist Framework for Labour Migration », in *The Palgrave Handbook of International Labour Migration*, préc., p. 1.

¹³¹ Article 1.

¹³² Articles 2 à 9.

¹³³ Article 1.

¹³⁴ Article 7.

¹³⁵ Article 8.

¹³⁶ Article 11.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

traitements inhumains ou dégradants¹³⁷, mais aussi droit d'adhérer à un syndicat et de participer à ses activités¹³⁸.

Elle réserve toutefois certains droits spécifiques aux migrants en situation régulière¹³⁹, notamment la libre circulation sur le territoire de l'Etat d'accueil¹⁴⁰, le droit de former des syndicats¹⁴¹, de prendre part aux affaires publiques de l'Etat d'origine¹⁴² ou encore de bénéficier de l'égalité de traitement avec les nationaux dans l'accès à certains services en matière d'emploi, d'éducation, de logement et de services sociaux et sanitaires¹⁴³. La Convention n°97 prévoit quant à elle une obligation de traitement similaire à celle des nationaux dans un certain nombre de matières, incluant la rémunération, l'affiliation aux organisations syndicales, la sécurité sociale, les impôts et les actions en justice mentionnées dans la Convention¹⁴⁴. S'y ajoutent, notamment, deux droits particulièrement importants, au regard notamment de la question de la souveraineté de l'Etat d'accueil quant à la maîtrise du droit des séjours des étrangers sur son territoire : l'article 8 – commun aux Conventions n°97 et 143 – prévoit que le travailleur migrant « qui a résidé légalement aux fins d'emploi » sur le territoire de l'Etat d'accueil « ne pourra pas être considéré en situation illégale ou irrégulière du fait même de la perte de son emploi ». L'article 14 de la Convention n°143 garantit pour sa part le libre choix de l'emploi, que l'Etat d'accueil ne peut restreindre que durant les deux premières années de la résidence légale.

Enfin, la Convention de 1990 présente également l'avantage – inédit dans le champ de l'appréhension juridique des migrations – de créer un mécanisme de surveillance du respect de ses dispositions. L'article 72 de la Convention crée en effet un « Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille », composé, comme le prévoit l'article 71§1b), d'experts élus par les Etats parties. Chargé d'examiner les rapports soumis par les Etats parties au titre de l'article 73, le Comité peut également, pour les Etats qui l'acceptent expressément, être saisi par un autre Etat partie (art. 76) voire par un travailleur migrant (art. 77). Le nombre de déclarations d'Etats nécessaires à l'entrée en vigueur de cette possibilité, fixé à 10, n'a toutefois pas encore été atteint.

b. Faiblesses des instruments de protection spécifique des travailleurs migrants

Telle est la faiblesse générale des instruments qui viennent d'être mentionnés. A leur vocation universelle ne répond en effet qu'un très faible niveau de ratification : 53 ratifications pour la Convention n°97, 28 pour la Convention n°143 et 56 pour la Convention de 1990 – seuls cinq Etats ayant accepté la

¹³⁷ Article 10.

¹³⁸ Article 26.

¹³⁹ Article 36 : « Les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont pourvus de documents ou en situation régulière dans l'Etat d'emploi bénéficient des droits prévus dans la présente partie de la Convention, en sus de ceux énoncés dans la troisième Partie ».

¹⁴⁰ Article 39.

¹⁴¹ Article 40.

¹⁴² Article 41.

¹⁴³ Article 43.

¹⁴⁴ Article 6.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

compétence du Comité créé par cette dernière pour connaître des communications formulées par des particuliers et/ou d'autres Etats parties¹⁴⁵. Ce petit nombre de ratifications s'explique notamment par certaines obligations qui, ainsi qu'en témoignent les articles 8 et 14 de la Convention n°143, étudiés ci-dessus, de même que son article 6 relatif à l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers, limitent la souveraineté de l'Etat quant à la définition de ses politiques migratoire et économique¹⁴⁶. Au-delà de cet argument, ces instruments sont également et tout à la fois redondants, voire parfois moins protecteurs, notamment pour les travailleurs migrants en situation irrégulière, que les conventions internationales universelles en matière de droits de l'Homme et, à l'inverse, plus exigeants en matière de coopération internationale¹⁴⁷. Ainsi, s'il existe assurément une catégorie spécifique des « travailleurs migrants » en droit international, bénéficiant d'un statut *sui generis* qui garantit leur accueil et leur maintien sur le territoire étatique dans des conditions meilleures que celles qui prévalent pour les migrants en général, il manque tout aussi assurément à ce régime l'universalité qui prévaut pour cette autre catégorie de migrants que constituent les réfugiés et, plus largement, les bénéficiaires d'une protection internationale.

2. Les réfugiés et autres bénéficiaires d'une protection internationale

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 proclame en son article 14 le droit « devant la persécution », de « toute personne » à « chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Ce droit n'a pas été repris tel quel dans les grands instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, tel que le PIDCP, ou dans les instruments régionaux, telle la Conv. EDH – à l'exception notable de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 18 prévoit que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ». Adoptée à la suite d'une multitude d'arrangements internationaux spécifiques relatifs à certains réfugiés, conclus

¹⁴⁵ Il s'agit du Salvador, de l'Equateur, du Guatemala, du Mexique et l'Uruguay. Voir l'état des ratifications, réserves et déclarations à l'adresse : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_fr.

¹⁴⁶ Ainsi, si l'on en croit un rapport déjà ancien, « Travailleurs migrants », Rapport III (Partie 1B) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du travail, 87^e session (Juin 1999), § 643 : « En ce qui concerne la convention n° 97, ce sont les articles 6 (égalité de traitement entre travailleurs étrangers et travailleurs nationaux) et 8 (maintien du droit de résidence en cas d'incapacité de travail) qui ont été le plus souvent invoqués par les gouvernements comme source de difficultés. En ce qui concerne la convention n° 143, ce sont les articles 8 (protection en cas de perte d'emploi), 10 (égalité de chances et de traitement) et 14 a) (droit à la mobilité géographique et professionnelle du travailleur migrant) qui ont été mentionnés par les gouvernements comme posant le plus de difficultés d'application ». Pour une argumentation réactualisée, insistant davantage sur les limites – réelles ou supposées – que posent les Conventions de l'OIT aux politiques migratoires des Etats, voir not. M. RUHS, « The human rights of migrant workers : why do so few countries care ? », *American Behavioral Scientist*, vol. 56, n°9 (2012), pp. 1277-1293.

¹⁴⁷ Voir *infra*, Partie II.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

avant la Seconde guerre mondiale et qu'elle abroge¹⁴⁸, la Convention de 1951 (CG51) constitue en effet la « pierre angulaire » du droit international des réfugiés, dont elle institue une définition d'autant plus universelle qu'elle est aujourd'hui largement ratifiée¹⁴⁹ et que le Protocole de New York a levé en 1967 la limitation *ratione temporis* initiale de son champ d'application¹⁵⁰ (a). A cette définition correspond un statut juridique qui, s'il a perdu de son originalité du fait du développement du droit international et régional des droits de l'Homme, n'en reste pas moins remarquable quant à la protection internationale qu'il confère aux réfugiés, distinguant très nettement ceux-ci des « autres migrants » (b). De ce point de vue, le « réfugié » est l'objet d'une appréhension juridique internationale cosmopolitique, celui-ci étant titulaire sinon d'un véritable « droit d'accueil », du moins du droit de n'être pas traité en ennemi et d'être même protégé sur les territoires d'Etats dont il n'est pas le ressortissant.

a. Définition des réfugiés et bénéficiaires d'une protection internationale

Le renvoi opéré par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE à la Convention de 1951 et au Protocole de New York de 1967 n'est évidemment pas anodin, dès lors que celle-ci, sans reprendre le « droit d'asile » mentionné par la DUDH, définit le « réfugié » par référence à la notion de persécution que mobilise le texte de 1948, et lui reconnaît le droit à une protection par un Etat autre que son Etat de nationalité ou, à défaut de nationalité, de résidence habituelle. Selon l'article 1A2 de la Convention en effet, tel que modifié par le Protocole de 1967, est « réfugiée » toute personne qui « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». Ainsi, contrairement aux conventions internationales signées avant la Seconde guerre mondiale en la matière, la protection offerte par la CG51 n'est pas réservée à certaines nationalités : toute personne est éligible à la qualité de réfugié dès lors qu'elle entre dans le champ d'application de cette définition. Telle est l'universalité du système de Genève : depuis 1951, aucune limite *ratione personae* ne restreint la reconnaissance de la qualité de réfugié. Les Etats parties s'engagent à protéger tout étranger entrant dans le champ de l'article 1A2, quelle que soit son origine¹⁵¹.

¹⁴⁸ Article 37 CG51. Sur ces différents accords antérieurs, voir D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, Paris, PUF 2002, pp. 58-72 et, plus largement, J. HATHAWAY, « The evolution of the refugee rights regime », in *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge UP 2021, pp. 10-26.

¹⁴⁹ Au 31 décembre 2021, 146 Etats avaient ratifié la Convention : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_fr

¹⁵⁰ L'article 1A2 CG51 limite la reconnaissance de la qualité de réfugié aux personnes craignant des persécutions du fait d'évènements « survenus avant le 1^{er} juillet 1951 ». Le Protocole de New York, ratifié par l'ensemble des Etats parties à la CG51, lève cette restriction temporelle.

¹⁵¹ Il faudra néanmoins attendre le Protocole de 1967 pour que soient interdites pour l'avenir les réserves limitant *ratione loci* le champ d'application de la Convention. Aujourd'hui, seule la Turquie

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

A cette universalité *ratione personae* s'ajoute en outre une certaine flexibilité du champ *ratione materiae* de la Convention, gage de son adaptabilité – certes relative¹⁵² – à certains motifs contemporains de persécution, assurant ainsi la protection des étrangers craignant d'être persécutés du fait de leur orientation sexuelle¹⁵³, de leur refus de l'excision¹⁵⁴ ou encore d'un mariage forcé¹⁵⁵ – que ces motifs soient réels, ou imputés par les acteurs de persécution¹⁵⁶. Soixante-dix ans d'interprétations de la Convention ont également permis d'ouvrir la protection aux personnes craignant d'être persécutées par des personnes physiques ou morales, y compris non-étatiques, publiques ou privées¹⁵⁷. De ce point de vue, le droit international des réfugiés apparaît assurément comme a « *dynamic and ever-challenging area of international law* »¹⁵⁸ et la Convention de Genève « *at the heart of the endeavor to advance refugee rights, its age notwithstanding* »¹⁵⁹.

La définition du réfugié, telle qu'elle est prévue par l'article 1A2 CG51, demeure néanmoins restrictive et, par certains aspects, inadaptée aux besoins de protection de certains migrants. Si les clauses d'exclusion et de cessation, prévues aux articles 1C et 1F, ont plutôt bien résisté aux évolutions du monde contemporain – encore que leur adaptabilité aux questions de sécurité publique soulève de nombreux débats¹⁶⁰ – la notion de « persécution », telle qu'elle est interprétée, et l'exhaustivité de la liste des motifs de persécution qui ouvrent droit à une protection, ferment le champ de la Convention à de nombreux exilés, qui fuient pourtant des situations indépendantes de leur volonté. Ainsi, définie comme une « violation grave des droits fondamentaux », et plus précisément encore des

et Madagascar n'appliquent la Convention qu'à la suite d'événements survenus *en Europe*. Voir « Déclarations et réserves », https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&clang=_fr.

¹⁵² Cf. *infra*

¹⁵³ Voir UNHCR, « Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », *Principes directeurs sur la protection internationale* n°9, octobre 2012, HCR/GIP/12/09 et, pour une illustration récente d'une protection en ce sens, entre autres nombreux exemples, CNDA, *M.K.*, 28 mai 2020, n°19051793 C, *Rec. CNDA* 2020, p.57.

¹⁵⁴ Voir UNHCR, « Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines », mai 2009. Pour une illustration récente : CNDA, *Mme A.*, 1^{er} septembre 2020, n°18053674 C+, *Rec. CNDA* 2020, p. 22.

¹⁵⁵ Voir UNHCR, « Demandes de statut de réfugiés fondées sur (...) l'identité de genre (...) », préc. et CNDA, *Mme K.*, n°19046460 C, 4 septembre 2020, *Rec. CNDA* 2020, p. 45.

¹⁵⁶ Pour de plus amples développements, voir T. FLEURY GRAFF, A. MARIE, *Droit de l'asile*, Paris, PUF 2021 (2^e édition), §203, pp. 213 sq.

¹⁵⁷ Pour un aperçu des débats sur cette question dans les années 1990, Voir ELENA, « Research paper on non-state agents of persecution », London 2000. Il est bien établi aujourd'hui que peuvent être prises en compte au titre de l'éligibilité à une protection internationale les craintes de persécution par des agents de persécution non-étatiques. Voir not. en ce sens l'article 6 de la Directive 2011/95/UE dite « Directive qualification » et, plus largement, D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité...*, préc., pp. 466 sq.

¹⁵⁸ C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM, « Introducing international refugee law as scholarly field », in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (dir.), *Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press 2021, p. 1.

¹⁵⁹ J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees...*, préc., p. 127.

¹⁶⁰ Nous renvoyons ici aux contributions, dans cet ouvrage, de M. GRANGE, pp. 203-230, C. BRICE-DELAJOUX, pp. 479- 506 et P.-F. LAVAL pp. 249- 272.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

« droits auxquels aucune dérogation n'est possible »¹⁶¹, la « persécution » crainte ne peut être celle de voir d'autres droits violés – tels que, par exemple, les droits dits de « deuxième génération », protégés notamment par le Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La notion même de « persécution » suppose une identification individuelle de la personne visée par celle-ci¹⁶², ce qui tend à exclure les hypothèses de violations graves de droits fondamentaux du seul fait de l'appartenance à un groupe – à moins que la persécution de ses membres ne soit systématique¹⁶³. Enfin, certains motifs de déplacements forcés, déjà existants en 1951 – tel qu'un conflit armé dans le pays d'origine¹⁶⁴ – ou qui se sont développés depuis lors – tels les effets du changement climatique¹⁶⁵ – sont absents de la Convention, qui n'a pas été amendée depuis son adoption.

Certains régimes régionaux sont néanmoins venus la compléter, en particulier quant aux motifs de persécution. La Convention de l'OUA, pour le continent africain, et la Déclaration de Carthagène, pour le continent sud-américain, reconnaissent ainsi comme réfugiés ceux qui fuient « une agression, une occupation extérieure, une domination étrangère ou des événements troublant gravement l'ordre public »¹⁶⁶. Au sein de l'Union européenne, la « Directive Qualification » a mis en place une protection *sui generis*, dite subsidiaire au regard de la Convention de Genève, afin de protéger celles et ceux qui encourent en cas de retour dans leur pays d'origine, *pour quelque motif que ce soit*, la peine de mort ou une exécution, la torture ou des traitements inhumains ou dégradants ou, pour un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international¹⁶⁷. Celles et

¹⁶¹ UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, Février 2019, §§51-53 et Art. 9§1a) de la Directive Qualification, qui définit notamment la persécution comme un acte « suffisamment grave du fait de sa nature ou de son caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'Homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2 de la [Conv. ED] ».

¹⁶² D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité...*, préc., § 244, p. 345.

¹⁶³ UNHCR, *Guide des procédures...*, préc., not. §§70, 73 et 79. Pour une illustration jurisprudentielle, voir par ex. CNDA, *Mme T.*, 27 septembre 2016, n°15004721 C, *Rec. CNDA* 2016, p.84, concernant les personnes homosexuelles au Cameroun ou CNDA, *M.U.*, 26 juin 2013, n°12013646, *Rec. CNDA* 2013, p. 52 concernant les Rohingyas en provenance de Birmanie.

¹⁶⁴ Voir sur ce point UNHCR, « Demandes de statut de réfugié liées aux situations de conflit armé et de violence relevant de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés et des définitions régionales du statut de réfugié », *Principes directeurs sur la protection internationale n°12*, Décembre 2016, HCR/GIP/16/12 ainsi que les contributions, dans cet ouvrage, de Ph. LAGRANGE, pp. 439-454, C. VIEL, pp. 455- 477 et L. PAIOLA, pp. 507-528.

¹⁶⁵ Nous renvoyons pour un aperçu d'ensemble de cette problématique à T. FLEURY GRAFF, « Le droit international des réfugiés face aux déplacements générés par le changement climatique », *Revue de droit international d'Assas*, n°3 (2020), pp. 60-68 et, pour une étude détaillée, à J. MCADAM, *Climate change, forced migration and international law*, Oxford, Oxford University Press 2012.

¹⁶⁶ Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (1969), Art. 1§2. Voir aussi la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984), §3 : « (...) la définition ou le concept de réfugié dont l'application est à recommander dans la région pourrait, non seulement englober les éléments de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967, mais aussi s'étendre aux personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'Homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public ». Voir aussi sur ce point la contribution dans cet ouvrage de N. NEGM, pp. 321- 330.

¹⁶⁷ Article 15 de la Directive 2011/95/UE.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

ceux qui entrent dans le champ d'application de ce texte bénéficient de ce fait d'un statut juridique très proche de ceux des réfugiés – et très éloigné de celui des autres migrants.

b. Statut des réfugiés et des bénéficiaires d'une protection internationale

Adoptée « pour éviter que le problème des réfugiés ne devienne une cause de tension entre États », la Convention de 1951 a créé ainsi la catégorie juridique, et donc spécifique, des migrants « réfugiés » que complètent les instruments régionaux mentionnés ci-dessus. Sans reconnaître, loin s'en faut, un droit subjectif d'asile au bénéfice des étrangers persécutés, qu'ils pourraient opposer aux États dont ils ne sont pas les ressortissants¹⁶⁸, le droit international et régional, notamment européen, de la protection internationale contraint néanmoins assurément les États parties, introduisant ce faisant une distinction devenue fondamentale entre les réfugiés et les autres migrants¹⁶⁹, à tolérer sur leur territoire celles et ceux qui, quelle que soit la manière dont ils y sont parvenus, craignent en d'autres lieux une violation grave de certains de leurs droits fondamentaux. Ceux-là assurément ne doivent pas être traités en ennemis mais protégés, afin de les soustraire aux persécutions et de les prémunir contre celles-ci. La Convention contraint ainsi les États à ne pas « appliquer de sanctions pénales » aux réfugiés « qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation »¹⁷⁰. Elle prévoit également une « défense d'expulsion et de refoulement, de quelque manière que ce soit, [d'] un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée » du fait d'un motif ouvrant droit à protection (religion, opinions politiques, etc.)¹⁷¹, ainsi qu'un ensemble de droits – de n'être pas discriminé, d'ester en justice, d'accès à l'éducation ou au marché du travail...¹⁷².

Si ces droits ont assurément vieilli du fait notamment du développement depuis soixante-dix ans du droit international des droits de l'Homme¹⁷³, dont le niveau de protection est plus élevé, certains demeurent particulièrement pertinents, et signent la spécificité du statut des personnes placées sous protection internationale. Tel est le cas notamment de l'article 12 CG51, qui garantit que « le statut personnel de

¹⁶⁸ La Convention de Genève est d'ailleurs tout à fait muette sur la question du « droit d'asile », entendu comme droit de trouver refuge en un certain lieu. Voir sur ce point D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité...*, préc., pp. 44-47 et, pour un aperçu des débats sur ce point lors des négociations sur le texte de la Convention, J.-Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés... », préc., pp. 43-49.

¹⁶⁹ Distinction fondamentale dont l'importance a été confirmée récemment par l'adoption, en décembre 2018, de deux « Pactes mondiaux » distincts, l'un consacré aux « réfugiés », l'autre aux « migrations », ce dernier précisant expressément que si « les réfugiés et les migrants jouissent des mêmes libertés fondamentales et droits de l'Homme universels, qui doivent être respectés, protégés et exercés en toutes circonstances », « toutefois », « les migrants et les réfugiés sont deux groupes différents relevant de cadres juridiques distincts » car « seuls les réfugiés bénéficient de la protection internationale définie par le droit international des réfugiés ».

¹⁷⁰ Article 31.

¹⁷¹ Article 33.

¹⁷² Articles 3 à 30.

¹⁷³ Voir néanmoins V. CHETAIL, « Towards an integrated approach of refugee law and human rights law », in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (dir.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, préc., pp. 202-2020.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence », les « droits précédemment acquis (...) et découlant du statut personnel » étant également protégés. En outre, ici encore, le droit régional complète les dispositions de la Convention de Genève : le droit de l'Union européenne, notamment, oblige les Etats à accorder à celles et ceux qui se trouvent sous sa protection un titre de séjour d'une durée minimum¹⁷⁴.

L'ancienneté, l'universalité et les multiples pratiques du « système de Genève » ont ainsi généré une multitude de problématiques et de solutions, dont l'exposé dépasserait très largement le cadre de ce rapport introductif et que résumer en toute hypothèse les contributions rassemblées dans le chapitre de cet ouvrage consacré aux soixante-dix ans de ce système¹⁷⁵. Il suffit ici d'insister sur le fait que la Convention, et les instruments qui la complètent, reconnaissent l'Autre – en l'espèce, celui qui quitte son pays d'origine pour certaines raisons et pour certains motifs limitativement énumérés – comme un semblable, sans pour autant le défaire de ses différences, lesquelles sont indispensables à la compréhension de sa *situation* et de ses craintes de persécution. Près de trente millions de personnes entrent aujourd'hui dans son champ d'application¹⁷⁶, pour lesquelles la frontière, loin d'être une ligne de contrôle et d'exclusion, est devenue une ligne de protection. Ce faisant, ces instruments sont au fondement d'une division des migrations en deux mondes juridiques : celui des réfugiés et autres bénéficiaires d'une protection internationale, migrants protégés, d'une part ; et celui des autres migrants, dépourvus de définition juridique – et de statut universel, d'autre part, soumis de ce fait aux politiques migratoires, aux quotas, bref, soumis, beaucoup plus évidemment que les réfugiés, à la souveraineté des Etats¹⁷⁷. Et s'il est incontestable que le développement des droits de l'Homme a permis l'émergence d'une protection *a minima* – mais autrement plus consistante que le « standard minimum des étrangers » qui prévalait auparavant¹⁷⁸ – de tous les migrants, quelles que soient les raisons et motifs de leur exil, il n'en demeure pas moins que l'appréhension cosmopolitique des migrants demeure largement parcellaire dans le droit international actuel.

¹⁷⁴ Article 24 de la Directive Qualification, obligeant les Etats membres à délivrer un titre de séjour renouvelable valable pendant une période d'au moins trois ans pour les réfugiés, et un an pour les bénéficiaires d'une protection subsidiaire.

¹⁷⁵ Voir notamment les contributions dans cet ouvrage de J.-Y. CARLIER, M. GRANGE et S. TOUZÉ, pp. 185-202, pp. 203-230 et pp. 231-246.

¹⁷⁶ UNHCR, *Global trends 2020*.

¹⁷⁷ Le Pacte mondial sur les migrations rappelle ainsi, bien plus évidemment que le Pacte mondial pour les réfugiés, l'importance de la « souveraineté de l'Etat ». Voir notamment son §15c) : « Souveraineté nationale. Le Pacte mondial réaffirme le droit souverain des Etats de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international. Compte tenu de la diversité des situations, des politiques, des priorités et des conditions d'entrée, de séjour et de travail des pays, les Etats peuvent, dans les limites de leur juridiction souveraine, opérer la distinction entre migrations régulières et irrégulières, notamment lorsqu'ils élaborent des mesures législatives et des politiques aux fins de l'application du Pacte mondial, conformément au droit international ».

¹⁷⁸ Et qui s'est notamment développé en matière d'investissements réalisés par des étrangers. Sur les liens entre droit international économique et migrations, voir plus largement la contribution dans cet ouvrage de P. JACOB, pp. 141-154.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

II. LES PRÉMISSSES D'UNE « GOUVERNANCE GLOBALE » DES MIGRATIONS

Droits de l'Homme et droits des réfugiés assurent aujourd'hui aux migrants des formes, inégales certes, de protection, quand les accords bilatéraux, ou les accords multilatéraux régionaux, facilitent la migration elle-même. Ce tableau d'ensemble des appréhensions cosmopolitiques des étrangers en droit international permet d'affirmer assez aisément que ceux-ci ne peuvent être traités « en ennemi » à leur arrivée sur le territoire d'un Etat étranger : ce dernier doit leur reconnaître une personnalité juridique, ainsi qu'un ensemble de droits associés. Pour autant, s'il s'agit assurément là d'un premier pas, et d'un pas indispensable sur le chemin de la paix mondiale, il s'avère insuffisant. Ces avancées en effet n'ont pas résolu la question de la coopération internationale en matière de migrations – et elles ont même, à dire vrai, des conséquences retorses sur celle-ci. Les tensions actuelles l'illustrent particulièrement nettement.

Ainsi l'Union européenne a-t-elle adopté récemment des sanctions contre la Biélorussie en réaction à « l'instrumentalisation des migrants » par le régime du Président biélorusse Lukashenko¹⁷⁹. Les relations au sein même de l'Union européenne, qui auront vu certains Etats membres porter en justice la question de la répartition des migrants sur le territoire européen¹⁸⁰, les relations entre l'Union et la Turquie¹⁸¹, les Etats-Unis et le Mexique, ou encore le Venezuela et la Colombie sont tout également envenimées par la question des migrations¹⁸². Le développement du droit international des migrations autour de la protection des droits de migrants n'a pas, jusqu'à présent, permis le développement d'un cadre de coopération interétatique satisfaisant pour résoudre efficacement ces tensions, qui supposent une appréhension juridique de la migration, du mouvement, et non seulement du migrant, situé sur le territoire d'un Etat donné. La statique du droit et de la frontière, autour de laquelle le droit international demeure largement organisé, n'envisage qu'avec difficultés la dynamique de la migration¹⁸³. Le droit international saisi l'étranger *situé*, pour le protéger d'une manière ou d'une autre, mais s'est peu intéressé jusqu'alors aux difficultés et tensions que les *situations de migrations*, les *mouvements de population*, provoquent entre Etats. Si l'appréhension juridique de la question des migrations est un enjeu pour la paix mondiale, l'appréhension cosmopolitique de l'étranger ne saurait ainsi suffire à

¹⁷⁹ Council of the EU, « Belarus : EU adopts 5th package of sanctions over continued human rights abuses and the instrumentalisation of migrants », Press Release, 2 December 2021.

¹⁸⁰ CJUE, *République Slovaque et Hongrie c. Conseil*, arrêt du 6 septembre 2017, C-643/15 et C-647/15 et CJUE, *Commission c. Pologne, Hongrie et République Tchèque*, arrêt du 2 avril 2020, C-715/17, C-718/17 et C-719/17.

¹⁸¹ Sur toutes ces questions, voir not. M. BENLOLO-CARABOT (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant 2020.

¹⁸² Sur ces aspects et, plus généralement, la question des migrations dans la diplomatie mondiale, Voir F. B. ADAMSON, G. TSOURAPAS, « Migration diplomacy in world politics », *International Studies Perspectives*, vol.20 (2019), pp. 113-128 et, sur la difficulté de la coopération internationale concernant plus spécifiquement la question des réfugiés, A. BETTS, *Protection by persuasion : international cooperation in the refugee regime*, Ithaca, London, Cornell University Press 2009, 224 p.

¹⁸³ Voir, dans le même sens mais à propos plus spécifiquement du statut des demandeurs d'asile, la contribution dans cet ouvrage de N. ALOUPI et S. GAKIS, pp. 57-76.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

l'établir¹⁸⁴ : elle est insuffisante à elle seule à résoudre certaines tensions interétatiques que provoquent les migrations entre Etats, en particulier lorsque les flux migratoires sont importants (A). De récentes évolutions témoignent cependant d'un frémissement favorable à la mise en place de solutions institutionnalisées de coopération en la matière.

En effet, alors qu'au mitan des années 2010 les mouvements de migrants et de réfugiés atteignaient des chiffres inédits depuis la Seconde guerre mondiale¹⁸⁵, l'Assemblée générale des Nations Unies s'est emparée de la question pour affirmer que « les déplacements massifs de réfugiés et de migrants ont des ramifications politiques, économiques, sociales, développementales et humanitaires et des ramifications en matière de droits de l'Homme qui ne connaissent pas de frontières ». Elle ajoute en conséquence dans cette « Déclaration de New York » qu'« il s'agit d'un phénomène mondial appelant des approches et des solutions mondiales » car « aucun Etat ne peut à lui seul gérer ces déplacements ». Reconnaissant la « responsabilité partagée » qui incombe aux Etats, l'Assemblée estime que « la coopération internationale, et en particulier la coopération entre les pays d'origine ou de nationalité, les pays de transit et les pays de destination, n'a jamais été aussi importante »¹⁸⁶. L'intégration, à la même période, de l'Organisation internationale pour les migrations dans l'orbite onusienne¹⁸⁷, puis l'adoption, deux ans plus tard, de deux « pactes mondiaux », l'un sur les migrations, l'autre sur les réfugiés, démontre que cet appel n'est pas resté lettre morte, et qu'une « gouvernance mondiale » des migrations, entendue très largement comme « *the multilevel collection of governance-related activities, rules and mechanisms, formal and informal, public and private* », se met peu à peu en place (B)¹⁸⁸.

A. Aperçu de la coopération internationale en matière de migrations

En dépit de la reconnaissance, dans le préambule de la Convention de Genève de 1951, de l'importance de la « solidarité internationale » quant aux « charges exceptionnellement lourdes » que peut représenter « l'octroi du droit d'asile » pour « certains pays », en dépit, également, des affirmations répétées de l'importance d'une appréhension internationale de la question des migrations¹⁸⁹, celle-ci n'a pas donné lieu jusqu'à présent à une institutionnalisation suffisante et convaincante, de nature à apaiser les tensions interétatiques provoquées par les migrations, en augmentation constante depuis plusieurs années. Si quelques

¹⁸⁴ Dans le même sens, R. DOWD, J. MCADAM, « International cooperation and responsibility-sharing to protect refugees : what, why and how ? », *ICLQ* vol. 66 (Oct. 2017), p. 868.

¹⁸⁵ Voir not. « IOM releases global migration trends 2015 factsheet », News – Global, 19 April 2016.

¹⁸⁶ « Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants », Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 septembre 2016, A/RES/71/1, §§7 et 11.

¹⁸⁷ « Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation internationale pour les migrations », Résolution 70/296 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 juillet 2016.

¹⁸⁸ I. AWAD, « The multiple levels of governance of international migration : understanding disparities and disorder », *AJIL Unbound* vol.111 (2017), p.153. Voir aussi la contribution dans cet ouvrage d'O. DE FROUVILLE, pp. 77-108.

¹⁸⁹ Voir *supra*, introduction.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

instruments et acteurs de la coopération internationale en la matière existent néanmoins (1), ils s'avèrent insuffisants pour contraindre les Etats à une appréhension concertée des migrations (2).

1. Instruments et acteurs de la coopération internationale

Les instruments normatifs de coopération internationale ne sont pas inexistantes, en particulier au niveau régional et bilatéral (a). En outre, certaines institutions, internationales ou régionales, sont également compétentes en la matière, mais doivent composer avec d'autres modes plus informels de dialogue interétatique (b).

a. Instruments normatifs

Alors que la Convention de Genève, au-delà de la pétition de principe de son préambule, est muette sur la question de la coopération internationale en matière de réfugiés, les instruments bilatéraux ou multilatéraux réglementant certains aspects de la coopération interétatique en matière de migration sont nombreux – et probablement même indénombrables – si l'on inclut dans cette catégorie tout accord appréhendant plus ou moins directement cette question, de même que les recommandations et guides de bonnes pratiques qui fleurissent sur tous les continents et au sein des ensembles régionaux¹⁹⁰.

La conclusion de cadres communs, d'accords spécifiques, ou l'insertion de stipulations sur les migrations dans des accords plus vastes, afin d'améliorer la coopération des pays tiers en matière de surveillance des frontières, de retours et de réadmission des étrangers, en échange d'une facilitation de l'émigration régulière, sont des pratiques très répandues. Ainsi par exemple, au-delà des accords classiques en matière d'exemptions de visa, signés par les Etats membres¹⁹¹, l'UE a signé de tels accords globaux, comprenant des clauses sur les questions migratoires avec, notamment, l'Arménie¹⁹², l'Inde¹⁹³, le Maroc¹⁹⁴, la Tunisie¹⁹⁵, l'Ethiopie¹⁹⁶ ou encore le Nigéria¹⁹⁷. L'Union a

¹⁹⁰ Voir ainsi, pour les nombreux instruments existants sur le continent africain, T. TADESSE ABEBE, *Migration policy frameworks in Africa*, Institut for Security Studies, Dec. 2017 et, plus largement, E. MOYO, J. P. LAINE, C. CHANGWEWE NSHIMBI (ed.), *Intra-Africa Migrations*, Routledge 2021, 230 p.

¹⁹¹ Voir *supra*.

¹⁹² « Accord de partenariat global et renforcé entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Arménie, d'autre part », *OJ L 23*, 26 janvier 2018, not. Art. 14 et 15.

¹⁹³ « Joint declaration on a Common Agenda on Migration and Mobility between India and the European Union and its Member States », 26 mars 2016, disponible en ligne.

¹⁹⁴ « Déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre le Royaume du Maroc et l'Union européenne et ses Etats membres », 3 juin 2013, disponible en ligne ; ainsi que les articles 69 et 71 de l'Accord euro-méditerranéen, *OLJ L 70*, 18 mars 2000.

¹⁹⁵ « Déclaration conjointe pour le Partenariat de Mobilité entre la Tunisie, l'Union européenne et ses Etats membres participants », 3 mars 2014, disponible en ligne.

¹⁹⁶ « Joint declaration on a Common Agenda on Migration and Mobility between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the European Union and its Member States », 11 novembre 2015, disponible en ligne.

¹⁹⁷ « Joint declaration on a Common Agenda on Migration and Mobility between Nigeria and the European Union and its Member States », 12 mars 2015, disponible en ligne.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

également développé, sur le modèle de la quasi-totalité des pays développés¹⁹⁸, dont l'Australie constitue peut-être le cas le plus connu¹⁹⁹, des instruments de coopération par l'externalisation des politiques migratoires.

Le plus emblématique et le plus explicite en ce sens – mais non le seul²⁰⁰ – est assurément l'accord « UE-Turquie » conclu en mars 2016, lequel prévoit notamment une obligation renforcée pour la Turquie de surveillance et de contrôle de ses frontières, une réadmission des migrants illégalement partis de Turquie et parvenus jusqu'aux côtes grecques, en échange de la réinstallation de réfugiés syriens présents en Turquie, d'un accès facilité aux visas pour les ressortissants turcs, et d'une aide financière²⁰¹. Cette politique de coopération passe aussi par des voies juridiques moins assurées – quoique le statut juridique de l'accord UE-Turquie ne soit lui-même pas très aisé à identifier²⁰². Ainsi en va-t-il notamment de la conclusion par l'Agence européenne Frontex de « *Working arrangements* » – 20 l'ont déjà été, avec par exemple la Turquie ou le Niger²⁰³ – qui visent, sans créer *a priori* d'obligations légales, à faciliter le travail de l'agence : ce sont des *Memorandum of understandings* très vagues qui appellent à la coopération et à l'échange d'informations entre les autorités compétentes. Ces documents accompagnent le renforcement des opérations de l'agence européenne sur terre et sur mer. Dans ce dernier cas, ils permettent notamment l'échange d'informations sur les positions des navires de migrants, afin de faciliter leur « sauvetage »

¹⁹⁸ Voir D.S. FITZGERALD, *Refugee beyond reach : how rich democracies repel asylum seekers*, New York, Oxford UP 2019, 376 p. et, pour un aperçu de ces différents instruments, S. CARRERA, N. EL QADIM, M. FULLERTON, B. GARCÉS-MASCAREÑAS, S. YORK KNEEBONE, A. LÓPEZ SALA, N. CHUN LUK, et L. VOSYLIŪTĖ, *Offshoring asylum and migration in Australia, Spain, Tunisia and the US : lessons learned and feasibility for the EU*, Rapport du Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruxelles 2018 ainsi que les nombreuses références citées in M. FOURER, N. DIETRICH JONES et Y. CIFTCI, « Offshore processing arrangements : effect on treaty ratifications of receiving states », *Laws* vol. 9, n°4 (2020), pp. 1-40.

¹⁹⁹ Voir not. T. PENOVIC, A. DASTYARI, « Boatloads of incongruity : the evolution of Australia's offshore processing regime », *Australian Journal of Human Rights*, vol. 13 (2007), pp. 33-61 et N.F. TAN, « State responsibility and migration control : Australia's international deterrence model », in T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. VEDSTED-HANSEN (ed.), *Human rights and the dark side of globalisation : transnational law enforcement and migration control*, Oxford, Routledge 2017, pp. 215-237.

²⁰⁰ Pour un autre exemple récent, voir « Accord entre l'Union européenne et la République de Biélorussie visant à faciliter la délivrance de visas », *Journal officiel de l'Union européenne*, 9 juin 2020, L 180/3.

²⁰¹ « Déclaration UE-Turquie », 18 mars 2016, disponible en ligne. La déclaration prévoit notamment que : 1) Tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie ; 2) Pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE ; 3) La Turquie prendra toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'UE ; 4) La concrétisation de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas sera accélérée à l'égard de l'ensemble des Etats membres participants afin que les obligations en matière de visa pour les citoyens turcs soient levées au plus tard à la fin du mois de juin 2016. Pour une analyse assez dépassionnée de cet accord, Voir C. DE MARCILLY, A. GARDE, « L'accord UE-Turquie et ses implications. Un partenariat incontournable mais sous conditions », Fondation Robert Schuman, Policy Paper, Questions d'Europe n°396, 13 juin 2016.

²⁰² O. CORTEN, M. DONY, « Accord politique ou juridique : quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile ? », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 juin 2016.

²⁰³ Ces accords sont listés et disponibles à l'adresse : <https://frontex.europa.eu/about-frontex/key-documents/?category=working-arrangements-with-non-eu-countries>

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

par les garde-côtes d'Etats tiers, avant qu'ils n'atteignent la mer territoriale d'un Etat européen²⁰⁴.

Ainsi, de manière globale et au-delà du cas spécifique des accords régionaux visant à faciliter la libre-circulation et des traités bilatéraux en matière de visa, la coopération normative en matière de migration apparaît aujourd'hui surtout destinée à confier aux Etats d'origine et de transit le soin de gérer, pour le compte des pays de destination, la question de la migration illégale, en échange d'une facilitation de la migration légale. Les Etats d'origine et de transit sont ainsi chargés d'effectuer les contrôles « *with traditional asylum countries in the Global North taking a back seat and limiting their role to the provision of training, equipment, funding and advice* »²⁰⁵.

b. Acteurs institutionnels

Qu'il existe en matière de migrations une myriade d'instruments internationaux, bilatéraux et multilatéraux, contraignants ou incitatifs, aux objets multiples, n'est guère surprenant : tel est le cas dans la plupart des domaines saisis par le droit international. Peut-être l'une des spécificités de la coopération en la matière tient-elle cependant à sa très faible architecture institutionnelle. En effet, alors que tout ordre juridique décentralisé comme l'est le droit international produit nécessairement un « buissonnement normatif à l'arborescence bigarrée » – comme l'écrivait déjà P.-M. Dupuy à propos du droit international de l'environnement²⁰⁶ – tout buissonnement n'est pas nécessairement anarchique : une contrainte institutionnelle peut, notamment, servir de tuteur²⁰⁷. Elle manque toutefois dans le champ des migrations, qui apparaît comme « *a substance without architecture* »²⁰⁸ : si de multiples formes institutionnelles l'animent, aucune n'en constitue une armature centrale. A la fragmentation normative répond ainsi une fragmentation institutionnelle²⁰⁹.

Certes, deux grandes institutions sont prééminentes en matière de migrations : l'Organisation internationale pour les migrations, créée en 1951 mais qui n'a

²⁰⁴ Sur tous ces aspects, nous renvoyons à T. FLEURY GRAFF, « Extraterritorialité, externalisation et protection des migrants », in A. HERVÉ, C. RAPOPORT (dir.), *L'Union européenne et l'extraterritorialité*, Rennes, PUR 2022 (à paraître). Quant à la question du régime européen et de la coopération internationale dans ce cadre, voir la contribution dans cet ouvrage de A.-M. TOURNEPICHE, pp. 305-320.

²⁰⁵ A. PIJNENBURG, T. GAMMELOFT-HANSEN, C. RIJKEN, « Controlling migration through international cooperation », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20 (2018), p. 367.

²⁰⁶ P.-M. DUPUY, « Le droit international de l'environnement et la souveraineté des Etats. Bilan et perspectives », in *L'avenir du droit international de l'environnement*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers 1985, p.30. Voir aussi, déjà et dans le domaine des migrations cette fois, les conclusions du Doyen Colliard au colloque 1978 de la SFDI, « Les travailleurs étrangers et le droit international », qui évoque « le foisonnement des règles internationales » : *Les travailleurs étrangers et le droit international*, préc.

²⁰⁷ Pour un parallèle avec le droit international de la santé, Voir G. LE FLOCH, « Rapport introductif. Santé et droit international : l'ébullition permanente », in *Santé et droit international*, Actes du Colloque de Rennes, Paris, Pedone 2019, not. pp. 13-21.

²⁰⁸ T.A. ALENIKOFF, « International legal norms on migration : substance without architecture », in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (ed.), *International migration law : developing paradigms and key challenges*, The Hague, T.M.C. Asser Press, pp. 467-479.

²⁰⁹ A. BETTS, L. KAINS, « The history of global migration governance », *Refugee Studies Centre*, Working Papers Series No. 122, July 2017, not. p. 6.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

rejoint la galaxie onusienne qu'en 2016, et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, créé en 1950. Les deux cependant ne sont que des agences des Nations Unies, spécialisées et dépourvues de pouvoir normatif contraignant. S'il est incontestable qu'elles œuvrent favorablement au renforcement de la coopération internationale en matière de migrations, elles sont limitées par le champ restreint de leurs compétences respectives.

Il est vrai que le HCR a vu ses activités et responsabilités croître de manière exponentielle depuis sa création. Simple fonction rattachée au Secrétaire Général des Nations Unies lors de sa création en 1949²¹⁰, dont l'office est alors limité aux événements survenus en Europe avant 1951, c'est aujourd'hui une agence présente dans 132 Etats, employant près de 18 000 personnes pour un budget de plus de neuf milliards de dollars, et dont le mandat concerne plus de 80 millions de personnes²¹¹. Ce mandat a en outre été considérablement élargi : limité, dans son statut constitutif, aux personnes répondant à la définition du « réfugié » que reprendra la Convention de Genève en 1951, il s'est vu étendre par l'Assemblée générale aux apatrides²¹², aux demandeurs d'asile²¹³, aux personnes rentrées dans leur pays d'origine²¹⁴ ou encore aux déplacés internes²¹⁵. Dans toutes ces hypothèses cependant, l'assistance du HCR ne bénéficie jamais qu'aux personnes *contraintes* de se déplacer (dont il faut exclure celles et ceux qui dépendent de l'UNRWA²¹⁶), qui ne représentent que 30% environ des migrations mondiales. Qui plus est, les activités du HCR sont principalement opérationnelles : 91% de son personnel évolue ainsi sur le terrain, en particulier dans l'administration et la gestion de camps de réfugiés²¹⁷. Quant à son activité normative, qui lui permet, d'après son statut, de « conclure et ratifier des conventions internationales pour la protection des réfugiés »²¹⁸, elle est davantage tournée vers les « accords particuliers avec les gouvernements » afin de « mettre en œuvre toutes mesures destinées à améliorer le sort des réfugiés et à diminuer le nombre de ceux qui ont besoin de protection »²¹⁹ – à travers, notamment, des programmes spécifiques d'accueil,

²¹⁰ Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 319 (IV) du 3 décembre 1949.

²¹¹ Chiffres à jour au 31 décembre 2021. Les chiffres actualisés sont disponibles à l'adresse : <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>

²¹² Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 3274 (XXIX) du 10 décembre 1974 et 31/36 du 30 novembre 1976.

²¹³ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, « Protection of asylum-seekers in situations of large-scale influx », 21 oct. 1981, A/36/12/Add.1.

²¹⁴ Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 40/136 du 13 déc. 1985.

²¹⁵ Voir UNHCR, « Internally displaced persons : the role of the UNHCR », 20 June 2000, EC/50/SC/INF.2

²¹⁶ En vertu de l'Article 1D de la Convention de Genève, et de l'article 7 du Statut du HCR, celles et ceux qui dépendent de l'Office de l'UNRWA ne dépendent pas de celui du HCR.

²¹⁷ Une carte des implantations de ces camps est disponible à l'adresse : <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/87930>

²¹⁸ « Statut de l'office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 428 (V) du 14 déc. 1950, Art. 8a).

²¹⁹ *Id.*, Art. 8b).

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

d'intégration²²⁰ et de réinstallation²²¹. Ainsi le HCR n'est-il pas tant une institution internationale de coopération en matière de migration qu'une agence d'appui aux politiques gouvernementales et d'assistance aux réfugiés, dont le rôle indispensable – y compris en matière d'harmonisation de l'interprétation de la Convention de 1951 grâce à la publication régulière de notes et lignes directrices – est néanmoins limité à cet office.

Quant à l'OIM, elle jouit assurément d'un spectre d'action plus large et expressément dédié à la coopération, puisqu'elle est notamment chargée d'« offrir aux Etats, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales et à d'autres parties prenantes des conseils spécialisés et un appui en matière de recherche, de coopération technique et d'opérations, de façon à renforcer les capacités nationales et à faciliter la coopération internationale, régionale et bilatérale en matière migratoire »²²². L'article 1e) de sa Constitution ajoute par ailleurs qu'elle se doit « d'offrir aux Etats, ainsi qu'aux organisations internationales et autres organisations, un forum pour des échanges de vues et d'expériences »²²³. Cet article, comme l'ensemble de ce texte constitutif, révèlent cependant les limites de l'action de l'Organisation, qui ne saurait être assimilée, comme certains l'appellent régulièrement de leurs vœux, à une « Organisation mondiale des migrations » modelée sur l'OMC²²⁴. A la différence de cette dernière, l'OIM n'est pas un lieu de négociations visant à l'adoption d'instruments de *soft* ou de *hard law* – et encore moins une instance de règlement des différends en la matière. L'OIM est une organisation principalement dédiée au soutien de ses Etats membres en matière migratoire – par divers fonds, programmes et actions sur le terrain²²⁵. Elle constitue également un outil de promotion du droit international des migrations²²⁶ et un « forum de discussion » sur les migrations. Elle a cependant été largement concurrencée sur ce point par d'autres organisations et mécanismes internationaux et régionaux.

Certaines organisations internationales, sans avoir la migration pour objet central, sont en effet également compétentes en la matière. Tel est le cas au premier chef de l'OIT, au sein de laquelle ont été adoptées les conventions déjà mentionnées relatives

²²⁰ L'ensemble des activités du HCR est répertorié sur son site internet, à l'adresse : <https://www.unhcr.org/what-we-do.html>

²²¹ Voir sur ce point et, plus largement, la question des voies légales de migration, les contributions dans cet ouvrage de C.-A. CHASSIN, pp. 381-398 et T.K. ACKA, pp. 529-550.

²²² OIM, « Document de stratégie de l'OIM », Annexe à la résolution du Conseil n°1150 (XCIII), 9 nov. 2007, MC/INF/287, Point 3.

²²³ Constitution de l'Organisation internationale des Migrations du 19 octobre 1953, telle qu'amendée le 20 mai 1987, le 24 novembre 1998 et le 28 octobre 2020, Article 1e), disponible à l'adresse <https://www.iom.int/fr/constitution>

²²⁴ Voir not. A. HELTON, « People movement : the need for a world migration organization », *OpenDemocracy*, May 1st, 2003 et, bien avant déjà, J. BHAGWATI, « A champion for migrating peoples », *The Christian Science Monitor*, Feb. 28, 1992. Plus récemment, Voir le Rapport du Secrétaire Général de l'ONU, « Making migration work for all », 12 Dec. 2017, A/72/643, pp.16-17, ainsi que les références citées par V. CHETAIL, *International migration law...*, préc., pp.341-342.

²²⁵ Voir OIM, « Notre action », disponible à l'adresse <https://www.iom.int/fr/notre-action>. L'organisation se présente elle-même comme une instance chargée d'« offrir des services et de prodiguer des conseils aux gouvernements et aux migrants ».

²²⁶ Voir not. la « Migration Law Database », disponible à l'adresse https://imldb.iom.int/_layouts/15/IML.Portal/AppPages/Home.aspx

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

aux travailleurs migrants²²⁷ – lesquelles contiennent de nombreuses dispositions en matière de coopération interétatique, obligeant notamment les Etats parties – dont on sait cependant qu'ils sont peu nombreux – à échanger des informations relatives à leurs lois et politiques en matière de migration du travail, à mettre en relation leurs services administratifs dédiés à ces questions, ou encore à conclure, lorsque nécessaire, des accords en la matière²²⁸. Mais au-delà de ce cas spécifique, ce sont aujourd'hui une trentaine d'agences et programmes de l'ONU qui sont parties prenantes au *United Nations Network on Migration*, témoignant de leur intérêt pour la question et de l'importance d'une coordination de leur action en la matière : tel est le cas notamment, outre de l'OIM, du HCR et de l'OIT, de l'OHCHR, de l'UNCTAD, de l'UNODC, de l'UNDESA, de l'UNDP ou encore de la Banque mondiale²²⁹. A ce réseau principalement chargé d'appuyer la mise en œuvre, le suivi et l'examen du Pacte mondial de 2018, s'ajoutent d'autres processus de discussions plus ou moins formels : tel est le cas notamment des dialogues de haut-niveaux organisés en 2006 et 2013 à l'initiative de l'Assemblée générale des Nations Unies, du *Global Forum on Migration and Development* (GFMD) au sein duquel sont menées des discussions interétatiques informelles hors du cadre onusien, et des *Regional Consultative Processes* (RCP), l'équivalent du GFMD au niveau régional²³⁰ – sans même évoquer les multiples formes de « minilatéralisme » qui ont fleuri sur certaines thématiques spécifiques²³¹ et les instances régionales telles que Frontex.

2. Insuffisance de la coopération internationale

Fragmentée, structurée par des institutions aux compétences parcellaires et très spécialisées, animée par des mécanismes divers plus ou moins formalisés, la coopération internationale en matière de migrations est insuffisante. Elle se caractérise par de nombreux mécanismes « informels, ad-hoc, non-contraignants » souvent peu transparents²³². Si d'incontestables progrès ont été réalisés du fait de l'adoption en 2018 des deux Pactes mondiaux²³³, ils demeurent insatisfaisants : les « crises » récentes l'ont montré. Souvent qualifiées de « crise des migrations », elles ont été surtout des crises de la coopération en matière migratoire. L'Union européenne en fournit, à nouveau, un exemple éloquent.

Alors qu'au mitan des années 2010, un nombre croissant de migrants tentent de pénétrer de manière irrégulière sur le territoire de certains Etats membres, ces derniers se révèlent incapables de mettre en place une coopération efficace afin de gérer cet afflux soudain – mais pourtant prévisible. L'absence d'autorité interna-

²²⁷ Voir *supra*.

²²⁸ Voir les articles 1, 7 et 10 de la Convention n°97 et les remarques de V. CHETAIL, *International migration law*, préc., pp. 202-208.

²²⁹ La liste complète est disponible à l'adresse : <https://migrationnetwork.un.org/network-members>

²³⁰ Sur tous ces aspects, voir A. BETTS, L. KAINS, « The history of global migration governance », *Refugee Studies Centre, Working Papers Series No. 122*, July 2017 et E. LEBON-MCGREGOR, « A history of global governance : challenging linearity », *International Migration Institute Working Papers n°167*, Sept. 2020.

²³¹ Telles que l'« Initiative Nansen » sur les déplacements dus aux catastrophes naturelles et l'initiative « Migrants in countries in crisis » (MICIC) : Voir A. BETTS, L. KAINS, « The history... », préc., p. 9.

²³² Voir en ce sens les remarques du Rapporteur spécial sur les droits de l'Homme des migrants F. CRÉPEAU dans son rapport de 2013, « Droits de l'Homme des migrants. Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'Homme des migrants », 7 août 2013, A/68/283.

²³³ Cf. *infra*.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

tionale en matière de secours en mer, couplée aux interprétations aléatoires des instruments internationaux en la matière²³⁴ et aux enjeux diplomatiques et de politiques internes, aboutit à priver certains navires d'un port de débarquement durant plusieurs jours, alors que se trouvent à leur bord des centaines de personnes secourues en Méditerranée²³⁵. Quelques années auparavant, les tentatives d'imposer, en dérogation au Règlement Dublin III, un mécanisme de réinstallation et de relocation obligatoire afin de « soulager » les Etats de première entrée – Italie et Grèce notamment – s'étaient déjà soldées par un échec, seuls quelques Etats membres ayant respecté le quota qui leur était imposé par ces décisions²³⁶. Cette absence de solidarité au niveau régional n'est que plus marquée encore au niveau international.

En rejetant, en 1951, la proposition d'instaurer un mécanisme de répartition équitable des réfugiés entre les Etats parties à la Convention de Genève²³⁷, les négociateurs de celle-ci ont en effet affecté durablement toute évolution en la matière. Ainsi les Etats ont-ils encore refusé, lors des négociations sur le texte de la Déclaration de New York de 2016, l'engagement de réinstaller 10% du nombre total de réfugiés chaque année²³⁸. La mise en place d'un « *mechanism to systematically, equitably and predictably allocate responsibilities between States at a global level* » en matière de migrations se fait toujours attendre, si bien que c'est la proximité des pays d'accueil avec les pays d'origine qui, aujourd'hui, fait office de « critère » de répartition²³⁹. Enfin, plus récemment encore, c'est la pandémie de Covid-19 qui a mis au jour le manque de concertations et d'autorité de supervision en la matière, les Etats ayant adopté de manière unilatérale de multiples restrictions de circulation pour les migrants en général, et d'accès aux procédures d'asile pour les réfugiés en particulier²⁴⁰.

Cette faible structuration institutionnelle de la coopération en matière de migration découle largement de la volonté des Etats – en particulier du Nord – de ne pas voir leur souveraineté diminuée en matière de contrôle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers de leur territoire²⁴¹. Cette crainte, bien moindre en matière d'échanges commerciaux²⁴², demeure vivace. Elle a fléchi

²³⁴ Voir sur ce point la contribution dans cet ouvrage d'H. RASPAIL, pp. 359-380 et les contributions de S. TREVISANUT, « D'une obligation de sauvetage en mer à un droit de l'Homme d'être sauvé » et V. CHETAIL, « L'obligation de non-refoulement en mer », in H. RASPAIL (dir.), *Les droits de l'Homme et la mer*, Paris, Pedone 2020.

²³⁵ R. RÉROLLE, « Au cœur de l'éprouvant périple de l'"Aquarius" », *Le Monde* du 18 juin 2018.

²³⁶ Voir not. M. TISSIER-RAFFIN, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des Droits de l'Homme* n°8 (2015).

²³⁷ R. DOWD, J. MCADAM, « International cooperation and responsibility-sharing to protect refugees : what, why and how ? », *JCLQ* vol. 66 (Oct. 2017), pp. 871/872.

²³⁸ *Id.*, p. 892.

²³⁹ Or, « proximity doesn't define responsibility » : P. SUTHERLAND, UN Special Representative of Secretary General for International Migration, Interview for UN News, Oct. 2, 2015. Sur la question plus générale de la responsabilité des Etats du fait des flux migratoires, et les difficultés de l'application de ce régime à cette situation, voir dans cet ouvrage la contribution de V. CHETAIL, pp. 109-140.

²⁴⁰ Voir K. NEWLAND, « Will international migration governance survive the Covid-19 pandemic ? », *Migration Policy Institute*, Oct. 2020 et les références citées par H. DE POOTER, dans sa contribution à cet ouvrage, pp. 273-302.

²⁴¹ A. BETTS, L. KAINS, « The history of global... », *préc.*, p. 1.

²⁴² Sur cette comparaison, voir A.O. SYKEST, « International cooperation on migration : theory and practice », *The University of Chicago Law Review*, vol. 80 (2013), pp. 315-340 – spéc. p.316.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

cependant – sans rompre toutefois – du fait, notamment, de l’augmentation sans précédent des migrations forcées durant la décennie écoulée. Cette crise a fait passer la gouvernance des migrations dans un « quatrième âge »²⁴³ qui, sans être celui de la maturité, s’annonce à tout le moins comme une adolescence, encore ingrate sans doute mais prometteuse.

B. Pactes mondiaux et gouvernance mondiale des migrations

Constituant juridiquement des résolutions de l’Assemblée générale des Nations unies²⁴⁴, les deux Pactes mondiaux adoptés en 2018 constituent le résultat d’un processus de négociations de près de deux ans, qui aura associé tant les Etats que diverses organisations internationales et acteurs de la société civile²⁴⁵. Ils trouvent leur principale origine dans le « Programme de développement durable à l’horizon 2030 », adopté par les Etats membres de l’ONU en septembre 2015²⁴⁶, et dont le dixième objectif prévoit l’adoption de mesures destinées à « faciliter la migration et la mobilité de façon ordonnée, sûre, régulière et responsable, notamment par la mise en œuvre de politiques migratoires planifiées et bien gérées ». Un an plus tard, la « Déclaration de New York », adoptée à l’unanimité et s’appuyant notamment sur le rapport « *In Safety and Dignity* » du Secrétaire Général de l’ONU Ban Ki-Moon²⁴⁷, concrétise le projet de négociation et d’adoption de deux textes destinés à être les premiers instruments internationaux universels d’encadrement de la coopération interétatique en la matière²⁴⁸. Rappelant l’inscription de la migration dans le temps long de l’histoire humaine, la Déclaration contient un certain nombre d’« engagements » concernant les réfugiés et les migrants, concrétisés et précisés dans les deux Pactes. Ceux-ci constituent, en cela, un encadrement inédit de la coopération internationale en la matière (1) – encadrement qui demeure toutefois non-contraignant et dont l’avenir dépend donc encore largement de la bonne volonté des Etats (2)²⁴⁹.

²⁴³ Nous reprenons ici la chronologie proposée par A. BETTS et L. KAINS, qui identifient quatre périodes de la gouvernance globale des migrations : « early migration governance » (1919-1989), « taking stock » (1994-2006), « Migration and development » (2007-2015) et « New York Declaration and Global Compacts » (2016-...).

²⁴⁴ « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », Résolution A/RES/73/195 adoptée par l’Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 2018. « Haut-Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés », Résolution A/RES/73/151 adoptée par l’Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 2018. Le texte du Pacte, facilement accessible en ligne, se trouve, dans sa version officielle, annexé au rapport du HCR qu’endosse la résolution 73/151.

²⁴⁵ Sur le processus de négociation, voir M. L. SOLOMON, S. SHELDON, « The global compact for migration : from the sustainable development goals to a comprehensive agreement on safe, orderly and regular migration », *International Journal of Refugee Law*, vol.4, n°3 (2019), pp. 584-590. Cette revue a publié un dossier spécial sur les Pactes, dont les articles sont largement cités dans les lignes qui suivent, et disponible à l’adresse : <https://academic.oup.com/ijrl>.

²⁴⁶ « Transformer notre monde : le programme de développement durable à l’horizon 2030 », Résolution A/RES/70/1 adoptée par l’Assemblée générale des Nations unies le 25 septembre 2015.

²⁴⁷ « In safety and dignity : addressing large movements of refugees and migrants », Report of the Secretary General, Résolution A/70/59 du 21 avril 2016.

²⁴⁸ « Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants », Résolution A/RES/71/1 adoptée par l’Assemblée générale des Nations unies le 19 septembre 2016.

²⁴⁹ Nous reprenons ici, sous une forme actualisée, deux contributions récentes à ce débat sur la gouvernance mondiale des migrations : T. FLEURY GRAFF, « Multiplicité des acteurs et répartition de

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

1. Un encadrement inédit de la coopération internationale concernant les migrants et les réfugiés

Au-delà du rappel des conventions internationales qui lient les Etats en matière de droits de l'Homme, dont l'importance de l'application aux migrants est soulignée²⁵⁰, le Pacte sur les migrations constitue le premier cadre de coopération globale en matière migratoire. Il a vocation à régir la question dans son ensemble, quelles que soient les causes des déplacements – on notera d'ailleurs certaines références, plus ou moins explicites, aux déplacés climatiques²⁵¹ – en préconisant assez clairement une approche favorable au développement des migrations. Le Pacte repose en effet sur l'idée que les migrations sont un phénomène inhérent à l'espèce humaine, « facteurs de prospérité, d'innovation et de développement durable » et qu'une meilleure gouvernance « peut permettre d'optimiser ces effets positifs » (point 8). L'objectif général du texte est ainsi de « faciliter la mobilité humaine »²⁵², en assurant un meilleur accueil et une meilleure intégration des migrants, mais également un retour de ceux-ci dans leur pays d'origine dans de meilleures conditions (objectif 21). Plus précisément, ce Pacte s'articule autour de dix principes directeurs, que l'on peut diviser en deux catégories principales.

La première regroupe ceux des principes qui ont trait aux modalités de l'action de la communauté internationale : il est affirmé à ce titre que la coopération internationale est nécessaire, aucun Etat ne pouvant « seul, faire face aux migrations » (principe b), même si la souveraineté étatique, notamment concernant le droit d'entrée et de séjour sur le territoire de l'Etat, doit être préservée (principe c). En outre, cette coopération doit mobiliser « l'ensemble des pouvoirs publics » (principe i) et de la société (principe j). La migration est en effet conçue comme « un phénomène multidimensionnel » qui ne peut être traité ni par un « seul secteur de gouvernement » ni par un seul acteur : le Pacte appelle

leurs compétences : gouvernance globale ou flou général ? Premières impressions à la lecture des Pactes sur les migrations et les réfugiés », *Vers une gouvernance mondiale des migrations ?*, *Droits fondamentaux*, n°17 (2019) et « Les deux pactes mondiaux sur les réfugiés et les migrations : forces et faiblesses d'une nouvelle coopération internationale », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 34 (n°4/2018), pp. 223-230.

²⁵⁰ Les deux pactes sont en effet, et dès leurs premières lignes, très clairs sur l'importance primordiale des instruments internationaux existants en matière de droits de l'Homme, dont ils rappellent l'applicabilité aux migrants quels qu'ils soient. « Le Pacte mondial est guidé par les instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'Homme (...) » rappellent ainsi les Etats signataires dans le point 5 du Pacte sur les réfugiés, quand le Pacte sur les migrations liste, dès son deuxième point, une dizaine d'instruments internationaux en matière de droits de l'Homme sur lesquels il « s'appuie ». Les Etats y ajoutent en outre qu'« en appliquant le Pacte mondial, [ils veillent] au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'Homme de tous les migrants, quel que soit leur statut migratoire, à tous les stades de la migration ». Ils y « réaffirment » en outre leur « attachement à l'élimination de toutes les formes de discrimination, dont le racisme, la xénophobie et l'intolérance, à l'endroit des migrants et de leur famille » (point 15f). De ce point de vue, les deux Pactes ne sont certainement pas novateurs, mais ont le mérite de constituer un utile rappel des obligations des Etats à l'égard de tout être humain – migrant ou non, en situation régulière ou non.

²⁵¹ Voir not. les objectifs 2, 5 et 21 et leur interprétation par W. KÄLIN, « The global compact on migration : a ray of hope for disaster-displaced persons », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, n°4 (2019), pp. 664-667.

²⁵² F. CRÉPEAU, « Towards a mobile and diverse world : "facilitating mobility" as a central objective of the global compact on migration », *International Journal of Refugee Law* vol. 30, n°4 (2019), pp. 650-656.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

à ce que soit instituée une véritable gouvernance des migrations associant « les diasporas, les populations locales, la société civile, les milieux universitaires, le secteur privé, les parlementaires, les syndicats, les institutions nationales de défense des droits de l'Homme, les médias et les autres acteurs concernés » (principe j).

Les six autres principes directeurs donnent corps à cette coopération internationale et globale en précisant qu'elle doit conférer « priorité à la dimension humaine », en promouvant « le bien-être des migrants » (principe a), ce qui passe par la primauté du droit et des procédures régulières (principe d), le respect des droits de l'Homme (principe f), et par une sensibilité particulière à la problématique « femmes-hommes » (principe g) et aux besoins des enfants (principe h). Enfin, cette coopération doit également être organisée de telle manière à favoriser le développement durable, le Pacte visant à « tirer parti du potentiel qu'offrent les migrations » (principe e).

Ces principes doivent guider la réalisation des vingt-trois objectifs assignés par le Pacte, dont certains ne font guère débat, quand d'autres sont davantage controversés. Ainsi, les objectifs relatifs à la collecte de données sur les migrations (objectif 1), à l'importance de munir tous les migrants de preuves d'identités légales (objectif 4), à la lutte contre le trafic d'êtres humains (objectif 9) ou encore à la gestion « intégrée, sûre et coordonnée des frontières » (objectif 11) sont consensuels. Il en va autrement, par exemple, de l'objectif consistant à « faire en sorte que les filières de migration régulière soient accessibles et plus souples » (objectif 5), à « mettre en place des mécanismes de portabilité des droits de sécurité sociale et des avantages acquis » (objectif 22) ou, enfin, de « donner aux migrants (...) des moyens en faveur de la pleine intégration (...) » (objectif 16). Ces derniers objectifs seront sans aucun doute plus difficiles à atteindre que les premiers.

Si le Pacte sur les migrations institue ainsi un nouvel « écosystème » de la coopération internationale en matière de migrations, l'objectif du Pacte sur les réfugiés est très sensiblement différent²⁵³. En effet, outre qu'il ne concerne que les « réfugiés », ce Pacte prend appui sur un terrain qui, à la différence du précédent, n'est pas vierge normativement²⁵⁴. Nous savons cependant que le principal instrument en la matière, la Convention de 1951, a de l'action étatique une approche statique. Elle fait peser sur les Etats d'accueil un certain nombre d'obligations, indifférentes au contexte migratoire dans lequel elles s'inscrivent, et auxquelles ne répond aucune coopération interétatique, alors même que les réfugiés se répartissent de manière très inégale entre les pays. Il n'existe ainsi dans la Convention aucun mécanisme de partage des réfugiés entre Etats plus ou moins sollicités. La réinstallation ou la relocalisation n'y sont pas mentionnées. C'est à cette situation que le Pacte sur les réfugiés tente de remédier.

²⁵³ T. A. ALEINIKOFF, « The unfinished work of the global compact on refugees », *International Journal of Refugee Law*, vol.19, n°4 (2019), pp. 611-617.

²⁵⁴ Le pacte énonce d'ailleurs clairement, dès son point 5, qu'il « repose sur le régime international de protection des réfugiés (...) au cœur duquel se trouvent la Convention de 1951 et son protocole de 1967 (...) ».

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

Selon les termes mêmes du Pacte, celui-ci a donc notamment pour principe directeur, outre le respect des droits de l'Homme et de la souveraineté étatique, « d'opérationnaliser les principes de partage de la charge et des responsabilités pour mieux protéger et assister les réfugiés, et soutenir les pays et communautés d'accueil » (point 5). Ses principaux objectifs, énumérés au point 7, sont ainsi d'« i) alléger la pression sur les pays d'accueil », de « ii) renforcer l'autonomie des réfugiés », d'« (iii) élargir l'accès aux solutions dans des pays tiers » et, enfin, de « iv) favoriser les conditions d'un retour dans les pays d'origine en sécurité et dans la dignité ». Pour ce faire, le Pacte s'appuie, en particulier, sur deux instruments : d'une part, le « Cadre d'action global pour les réfugiés », annexé à la Déclaration de New York et qu'il reprend, destiné à être mis en place « dans chaque situation donnant lieu à un déplacement massif de réfugiés » et comportant des mesures relatives à l'accueil et à l'admission des personnes déplacées (enregistrement, éligibilité à la qualité de réfugié, respect des droits de l'Homme dans les camps...), à la satisfaction des besoins immédiats et à plus long terme des réfugiés et des pays d'accueil, et à la définition de solutions durables (rapatriement ou réinstallation notamment)²⁵⁵ ; d'autre part, l'« arrangement pour le partage de la charge et des responsabilités ». Il s'agit d'un arrangement mondial, qui prend la forme d'un Forum sur les réfugiés destiné à réunir les Etats tous les quatre ans afin d'échanger leurs bonnes pratiques en la matière (points 17 à 19). Cet arrangement connaît également des déclinaisons régionales et nationales : le Pacte invite les Etats d'accueil ou groupes d'Etats à élaborer, avec l'appui du HCR ainsi que des autres Etats et parties prenantes, des plans stratégiques faisant mention de leurs besoins en matière de financements, de réinstallation ou de rapatriement. Ils peuvent pour cela faire appel à une « plateforme d'appui » organisée par le HCR.

En outre, au-delà de ces considérations assez techniques, le Pacte insiste sur l'importance de mettre en place « des mécanismes efficaces » alternatifs aux camps de réfugiés (point 54) ce qui passe notamment par une meilleure intégration de ceux-ci : le Pacte met en avant la nécessité de permettre aux réfugiés d'accéder à l'éducation, à l'emploi, à la santé, au logement, à l'alimentation, etc. (points 64 et s.).

A la différence du Pacte sur les migrations, le Pacte sur les réfugiés est ainsi tourné vers une logique plus technique, visant à la fois, grâce au plan d'action global, à gérer plus efficacement l'arrivée massive de réfugiés dans un Etat et à favoriser, grâce à ses nombreux objectifs, l'intégration des réfugiés reconnus comme tels dans leur pays d'accueil. S'il s'agit sans conteste, en ce sens, du « texte le plus important depuis 1951 » en matière de réfugiés²⁵⁶, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un texte non contraignant, dont l'efficacité est dès lors soumise à la bonne volonté des Etats et des nombreuses autres parties prenantes qu'il mentionne. Un constat auquel le Pacte sur les migrations n'échappe pas.

²⁵⁵ Points 4 à 16 du Plan d'action global, annexé à la Déclaration de New York de 2016.

²⁵⁶ V. TÜRK, « The promise and potential of the global compact on refugees », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, n°4 (2019), p. 581.

S.F.D.I. – COLLOQUE DE PARIS-SACLAY (UVSQ)

2. Un encadrement non-contraignant soumis à la bonne volonté des Etats et autres parties prenantes

Les « deux Pactes » peuvent s'analyser comme « une combinaison de plusieurs accords et compromis, entre différents acteurs et à propos de problématiques diverses »²⁵⁷. Ils sont en effet, et avant tout, des textes programmatiques, invitant les Etats mais aussi, et très largement, la société civile à s'emparer de la question des migrations et des réfugiés, et de conclure entre eux de nouveaux accords mettant en œuvre les objectifs qu'ils fixent : telle est la « gouvernance globale des migrations ». Toutefois, à la diversité des acteurs cités ne répond pas une architecture précise et soignée des rôles de ces derniers. Les Pactes recourent à de nombreuses expressions laissant une très large part à l'interprétation, tant quant à la nécessité pour un acteur d'agir ou non, que quant à la définition de son rôle lui-même : les parties prenantes doivent agir « si nécessaire », « lorsque l'Etat le juge nécessaire », ou « selon le contexte », et doivent le faire « sans préjudice » des rôles des uns et des autres – ces rôles demeurant définis en des termes excessivement généraux : il s'agit de « mettre en place des structures et des mécanismes appropriés », d'« explorer les mesures politiques et les arrangements pour l'élimination des risques » ou encore « d'explorer les meilleurs moyens d'inclure les réfugiés et les membres des communautés d'accueil ». Cette indécision, faisant la part belle à des processus de consultations et de négociations, ont fait dire à certains que les Pactes constituaient un « rêve de bureaucrate »²⁵⁸. Il s'agit, en outre, d'instruments qui laissent intouchée la souveraineté de l'Etat. Non seulement parce qu'ils ne sont pas contraignants, mais également parce qu'ils rappellent que l'Etat demeure seul compétent pour décider qui, et à quelles conditions, peut entrer et séjourner sur son territoire. Nous l'avons dit, le Pacte sur les migrations « réaffirme » ainsi « le droit souverain des Etats de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international »²⁵⁹.

Ces critiques sont assurément légitimes. Les tensions générées au sein de l'Union européenne par l'augmentation des migrations et les difficultés éprouvées par les Etats membres pour mettre en place des solutions équitables de gestion de celles-ci témoignent de la quasi-impossibilité, même grâce à des textes contraignants, de mettre en place des politiques respectueuses des principes et objectifs énumérés par les Pactes. Pour autant, deux considérations au moins permettent de nuancer les critiques adressées à ces nouveaux instruments universels. Tout d'abord, dans le contexte actuel de défiance à l'égard du multilatéralisme, l'adoption des deux Pactes est, en elle-même, une évolution salubre, et l'on voit à vrai dire difficilement comment des textes plus ambitieux auraient pu voir le jour. L'affirmation d'une volonté de coopérer en la matière est déjà, en elle-même, une avancée. Ensuite, et peut-être surtout, ces Pactes ont, en

²⁵⁷ T. GAMMELTOFT-HANSEN, « The normative impact of the global compact on refugees », *International Journal of Refugee Law*, vol.30, n°4 (2019), p. 606.

²⁵⁸ J. C. HATHAWAY, « The global cop-out on Refugees », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, n°4 (2019), p. 594.

²⁵⁹ Point 15c) du Pacte sur les migrations et le point 33 du Pacte sur les réfugiés.

MIGRATIONS ET DROIT INTERNATIONAL

dépit de (ou grâce à ?) leur caractère non-contraignant, déjà produits certains effets, en particulier sur le continent africain, où de nouvelles législations favorables à l'inclusion des réfugiés dans les sociétés d'accueil ont vu le jour²⁶⁰. L'incitation vaut peut-être parfois mieux que la contrainte, et les Pactes sont, de ce point de vue, assurément un succès sur la voix d'une appréhension internationale juridique et pacifiée de la question des migrations.

* * *

Tout en maintenant fermement la distinction traditionnelle entre les « migrants » et les « réfugiés », tout en rappelant la souveraineté de l'Etat en matière d'immigration, les Pactes de 2018, et singulièrement le Pacte pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, constituent les prémisses d'un régime universel et d'une gouvernance mondiale des migrations. Depuis l'intuition kantienne d'une « paix perpétuelle » conditionnée par l'appréhension juridique de l'étranger, les Etats ont ainsi façonné un ensemble de règles internationales qui, plus ou moins directement, intéressent la question des migrations. Sans se départir jamais du pouvoir souverain et ontologique de définir le migrant – puisqu'ils définissent librement leurs nationaux – les Etats ont créé un milieu juridique favorable aux migrations, composé d'une multitude d'accords multi- et bilatéraux, universels et régionaux, et de quelques règles devenues principielles. Le droit de quitter son pays et de n'être victime ni de trafic ni de traite des êtres humains, couplé aux droits garantis par le droit international des droits de l'Homme et à celui de n'être pas refoulé vers certains territoires, ont assuré le développement d'une migration internationale qui est aujourd'hui, très majoritairement et pour reprendre les termes du Pacte, « sûre, ordonnée et régulière ». En l'absence, toutefois, d'une structuration institutionnelle internationale solide et unifiée, le droit international des migrations demeure assez largement « inapte » – comme l'écrivait déjà D. Alland en 1997²⁶¹ – à garantir le respect de ces règles et la coopération interétatique en la matière. Le droit international demeure pourtant le seul instrument à même de concilier de manière pacifique la propension des êtres humains à migrer et celle des Etats à contrôler ces migrations. Il y œuvre depuis longtemps. Il lui reste assurément beaucoup à accomplir : c'est ce que cet ouvrage a pour objet d'étudier.

²⁶⁰ Voir « Global compact for safe, orderly and regular migration », Report of the Secretary-General, 27 December 2021, A/76/642 ainsi que les rapports des Etats sur les mesures adoptées pour mettre en œuvre les recommandations du pacte, disponibles à l'adresse <https://migrationnetwork.un.org/regional-reviews>.

²⁶¹ D. ALLAND, « Le dispositif international... », préc., p. 80.