

16<sup>ème</sup> commission

Migrations de Masse

*Mass Migrations*

Rapporteur : **Maurice Kamto**

La commission est composée de MM. Degan, Gannagé, Kateka, Iwasawa, Fadlallah, Mälksoo, Nolte, Paik, Remiro Brotons, Ronzitti, Roucounas, van Loon



## Table des matières

I. Introduction.....	119
II. Considérations générales .....	124
A- Définitions .....	125
1- Migration de masse .....	125
2- Migrants .....	127
B - Problématique .....	129
C - Etat du droit international sur le sujet .....	135
D- Délimitation du sujet.....	136
1- Migration de masse et admission .....	136
2- Migration de masse et expulsion des étrangers .....	137
3- Migration de masse et travailleurs migrants.....	139
4- Migration de masse et droit international des catastrophes.....	141
5- Migration de masse et droit international des réfugiés et de l'asile.	143
6- Champ de la présente étude.....	143
E- Méthodologie .....	154
1- Question terminologique: migrants de masse-refugiés et migrants de masse économiques .....	154
2- Approche méthodologique .....	154
III- Règles applicables aux migrants de masse en déplacement.....	156
A- La liberté de mouvement: le droit de quitter un pays .....	156
B- Non refoulement .....	158
1- Bénéficiaires: les réfugiés.....	159
2- Règle.....	163
3- Non refoulement et admission.....	168
4- Limites : l'exception de sécurité nationale.....	170
C- Obligation de secours en mer et devoir d'assistance sur terre .....	176
1- Obligation de secours en mer .....	177
2- "Considérations élémentaires d'humanité" et devoir d'assistance aux migrants de masse en détresse sur terre.....	184
D- Mesures nationales de contrôle de la migration de masse:	
Pratique des Etats - Conformité au droit international .....	187
1- Interception des navires en haute mer .....	187
2- Isolement du territoire national .....	192
3- Participation d'un Etat à l'empêchement par un autre Etat de la migration des réfugiés .....	193

MASS MIGRATIONS - PREPARATORY WORK

4- Sous-traitance de l'empêchement de la migration et la question du "pays sûr" ou du "pays tiers sûr" .....	195
IV. Migrants de masse et rapports avec l'Etat de destination ou d'accueil .....	205
A- Non discrimination .....	205
1- Règle.....	206
2- Limite .....	209
B- Droit d'asile .....	211
C- Sur les droits de l'homme des migrants de masse .....	216
1- Le droit d'être traité humainement et protégé contre la violence. ...	218
2- Protection de la vie et contre la torture ou d'autres traitement cruel, inhumains ou dégradants.....	219
3- Situation particulière des enfants et des autres personnes vulnérables.....	224
4- Conditions de rétention des migrants de masse.....	225
D- Conséquences du refus des migrants .....	226
1- Droit de renvoi/d'éloignement des migrants non admis .....	226
2- Droit du migrant au retour: obligation de réadmission dans son propre pays .....	229
E- Exigence de coordination et de coopération.....	232
V. Perspectives de la <i>lex ferenda</i> .....	235
A- Migration de masse comme catastrophe et devoir d'assistance humanitaire .....	236
B- Partage de la charge d'accueil des migrants de masse ?.....	240
C- Nécessité d'un partage de responsabilité ? .....	241
1- Responsabilité commune et partagé: teneur du concept.....	243
2- Application à la gestion de la crise de la migration de masse ....	244
D- Protection temporaire et normes minimales de protection.....	245
E- Remarques finales : Perspectives du droit de la migration de masse. ....	247

## I- Introduction\*

1. A sa session de Tallinn de 2015, l'Institut a créé une Commission sur le sujet "Migrations de masse" et a nommé M. Maurice Kamto Rapporteur. Aussitôt après sa création en 1873 et jusqu'à la Première guerre mondiale, l'Institut a consacré des efforts importants en rapports écrits et en débats et formulé des propositions relatives à divers aspects du mouvement international des personnes, qui pourraient faire partie de ce que l'on nomme de nos jours les migrations internationales: droit d'expulsion des étrangers, droit d'entrée et de séjour des étrangers, droit au refuge, droit de la nationalité, droit civil et privé des étrangers<sup>1</sup>. Bien que les travaux en question n'aient pas connu une traduction conventionnelle ou institutionnelle, il n'en demeure pas moins qu'ils ont exercé une influence importante sur l'évolution ultérieure du droit international sur les différents sujets précités, comme la montre, par exemple, la codification récente du droit de l'expulsion des étrangers par la Commission de droit international. A sa session de Bath, en 1950, l'Institut avait adopté une résolution sur le droit d'asile qui n'a pas été sans influence directe sur l'élaboration de la Convention relative au statut des apatrides de 1954. Il s'agira de voir, sur les aspects de la question abordés dans le présent rapport, qui n'étaient pas appréhendés comme tels par les travaux antérieurs de l'Institut et au regard des évolutions subséquentes, comment formuler des propositions juridiques pertinentes et adaptées à la lumière de l'état actuel du droit international et des défis nouveaux lancés par les migrations de masse.
2. Le phénomène migratoire est lié à l'histoire humaine. Depuis des siècles, les gens, toujours plus nombreux selon les périodes et les événements de l'histoire, ont cherché un meilleur avenir au-delà des frontières et des

---

\* J'exprime ma profonde reconnaissance à notre Confrère Georg Nolte, de l'Université de Berlin Humboldt, et au Professeur Heike Krieger de l'Université Libre de Berlin qui, en m'invitant pour un séjour de quatre mois dans le cadre du *Berlin Potsdam Research Group* sur "The International Rule of Law - Rise or Decline?", m'ont permis d'approfondir les recherches pour la rédaction de ce rapport. Je remercie vivement les assistants de recherche dudit Groupe de recherche, en particulier M. Julian Kulga, dont la disponibilité et la diligence dans la collecte de la documentation m'ont facilité grandement la tâche.

<sup>1</sup> V. Philippe RYGIEL, "Une impossible tâche? L'Institut de Droit International et la régulation des migrations internationales (1870-1920)" (Mémoire présenté en vue de l'obtention à diriger des recherches Histoire. Université Paris 1- Panthéon - Sorbonne, 2011), p.6. HAL Id: Tel- 00657654 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00657654>.

mers<sup>2</sup>. En effet, la migration internationale apparaît avec la structuration de l'espace terrestre en Etats aux limites territoriales définies, et dont l'accès dépend de la décision des gouvernements nationaux. La "migration de masse" est un phénomène tout aussi ancien, aux causes multiples liées notamment aux catastrophes naturelles (sécheresse, inondations, tremblements de terre, changements climatiques, etc.)<sup>3</sup>, ou d'origine humaine (conflit armé<sup>4</sup>; gouvernement dictatorial: répression et violations systématiques des droits de l'homme, rivalités ethniques et xénophobie)<sup>5</sup>, à une politique de l'emploi induisant ce que l'on a appelé la "migration pour l'emploi"<sup>6</sup>, ou à l'attrait des migrants par les opportunités économiques et l'espérance d'une vie meilleure. Par exemple, c'est une telle perspective qui attira l'immigration massive des populations venues d'Europe et d'Asie au Nouveau monde après la Révolution industrielle.

<sup>2</sup> On signale dans les temps anciens le mouvement vers l'ouest des tribus d'Asie centrale en Europe pendant les dernières années de l'Empire romain; les mouvements océaniques des Vikings dans l'hémisphère nord et des Polynésiens, Mélanésiens et Micronésiens dans le Pacifique; les mouvements des populations d'Afrique en Inde au cours des 1000 dernières années. Exemples mentionnés en note dans l'arrêt de la *High Court* de Nouvelle Zélande dans l'affaire *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, (civ-2013-404-3528 [2013] NZHC 3125, in the high court of New Zealand Auckland Registry, 26 November 2013).

<sup>3</sup> V. à ce sujet, par exemple C. BONANO, R. ZETTER and T. MORRIS, *Environmentally Displaced People: Understanding the Linkage Between Environmental Change, Likelihoods and Forced Migration*, Policy Briefing Series, Refugee Studies Centre, University of Oxford, Oxford, 2008; Donald A. BROWN "Climate Change Refugees: Law, Human Rights and Ethics" in Laura WESTRA, Stavinder JUSS and Tullio SCOVAZZI (eds.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Ashgate, 2015, pp. 43-61.

<sup>4</sup> Mouvements massifs des migrants-réfugiés fuyant la guerre en Europe pour l'Afrique du Nord, en particulier l'Algérie, le Maroc et la Tunisie lors de la première guerre mondiale, et répétition du même phénomène entre pays européens lors de la seconde guerre mondiale. Rien de vraiment nouveau donc avec les déplacements massifs des migrants, réfugiés des principaux foyers de conflits armés vers l'Europe et d'autres pays des régions concernées en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle. L'histoire ne serait qu'un inlassable recommencement.

<sup>5</sup> V. HCRNU, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

<sup>6</sup> Expression tirée de la Convention n° 7 (v. en particulier l'article 11) de l'OIT intitulée "Convention sur la migration pour l'emploi" (révisée en 1949); v. à ce sujet Richard PLENDER, *International Migration Law*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 136 et s. Pour des exemples plus ou moins récents d'immigration relativement importante s'inscrivant dans une politique de l'emploi, outre les cas des pays occidentaux, en particulier ouest-européens, après la seconde guerre mondiale, voir notamment les cas de la Corée du Sud et de l'Australie : Stephen CASTLES, Derya OZKUL and Magdalena ARIAS CUBAS (eds.), *Social Transformation and Migration. National and Local Experiences in South Korea, Turkey, Mexico and Australia*, Palgrave McMillan, 2015.

Animés par des peurs racistes contre ce que l'on appela les "hordes de migrants asiatiques", les barrières juridiques commencèrent à se dresser et, se développa les pratiques nationales favorables à l'expulsion des étrangers s'ils étaient considérés comme dangereux pour la paix du pays.<sup>7</sup> Comme autres exemples historiques de migration de masse, il y a lieu de mentionner l'immigration des millions de réfugiés européens à la suite de la première guerre mondiale et de la révolution russe de 1917, puis de la seconde guerre mondiale.<sup>8</sup> En somme, on considère que les migrations internationales sont dues, de tout temps, à trois types de facteurs: la volonté des migrants de chercher une vie meilleure ailleurs (*push factors*), leur désir d'échapper à des contraintes tenant à la gestion et au fonctionnement de la société telles que la guerre et la violation systématique des droits de l'homme (*pull factors*), le tout étant facilité de nos jours par les moyens de transport et de communication modernes (*network factors*)<sup>9</sup>. Mais si le phénomène migratoire est aussi ancien que l'histoire de l'humanité<sup>10</sup>, il se heurte de plus en plus à la résistance des Etats qui dans ce contexte de mondialisation, facilite le mouvement des biens et surtout des flux financiers, mais dresse des murs et autres barrières de toutes sortes au mouvement des personnes humaines.

3. Pour l'essentiel les migrations de masse en cours dans le monde au cours des années récentes sont directement liées aux conflits armés dans

<sup>7</sup> V. en ce sens le fameux arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1891, *Nishimura v. United States* 142 US 651 (1891), 659.

<sup>8</sup> Pour une perspective chronologique de ces exemples, v. B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, and J. REDPATH-CROSS, "Conceptualising international migration law", in Brian OPESKIN, Richard PERRUCHOUD, and Jillyanne REDPATH-CROSS, *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-16, spéc. pp. 1-4.

<sup>9</sup> V. H. VAN LOON, "El desafío doble de la migración internacional" (The twofold challenge of international migration), in *Revista Española de Derecho Internacional* (REDI), Vol 68 (2) 2016, pp. 15-17.

<sup>10</sup> Comme l'a rappelé la *High Court* de la Nouvelle Zélande dans l'affaire *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, (civ-2013-404-3528 [2013] NZHC 3125, in the high court of New Zealand Auckland Registry, 26 November 2013): "The history of the last 3,000 years of human kind records huge movements of people, driven in some cases by overpopulation or scarce resources. But the globe is currently divided between independent sovereign states which would certainly resist unimpeded migration across state boundaries." Source: <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/56/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94b0/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94b0.pdf>.

différentes régions de la planète<sup>11</sup>: au Proche et au Moyen-Orient avec les guerres d'Afghanistan et d'Irak et le conflit armé en Syrie, auxquels s'est sur-imprimé un terrorisme international organisé disposant d'une base territoriale significative, ainsi que le conflit armé au Yémen; en Afrique principalement avec la situation politique en Erythrée, les conflits armés en Somalie qui a un effet déstabilisateur sur les Etats voisins, au Soudan et au Soudan du Sud, en République démocratique du Congo, en Centrafrique et en Lybie; en Europe principalement avec les conflits armés en Géorgie et en Ukraine. Entre le nombre des réfugiés générés par les seuls conflits du Proche et du Moyen-Orient et celui des migrants morts en mer en tentant d'échapper au désastre, les chiffres donnent les vertiges.<sup>12</sup> Bien que l'on ait "clairement souligné la contribution positive apportée par les migrants à une croissance inclusive et à un développement durable", considérant même que "[c]ette contribution rend notre monde meilleur", il apparaît dans le même temps que les déplacements forcés et les flux migratoires irréguliers de grande ampleur posent souvent des problèmes complexes<sup>13</sup>." L'afflux massif des migrants pour des causes humaines ou naturelles, notamment dans l'Union européenne, a été décrit par le Président du Conseil européen lors de la réunion dudit Conseil, le 7 mars 2016, dans des termes intéressants

<sup>11</sup> Selon le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, M. Filippo Grandi, parmi les 10 plus importants fournisseurs de réfugiés figurent la Syrie, l'Afghanistan, l'Irak, l'Erythrée et la Somalie Source: <http://www.unhcr.org/print/56dec2e99.html>.

<sup>12</sup> Selon le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 60 millions de personnes dans le monde ont été contraintes de fuir leurs pays, et 42.500 doivent fuir leur domicile quotidiennement. 86% de ces personnes viennent d'autres continents que l'Europe. En 2015, 1 million de personnes sont arrivées en Europe à travers la Méditerranée. 3700 personnes n'ont pas atteint la destination, mortes durant la traversée. Au 8 mars 2016, 138.000 "réfugiés et migrants" sont arrivés dans le Sud de l'Europe. (*Statements by the High Commissioner* (Filippo Grandi), 8 March 2016 in the European Parliament, UNHCR, 09.03.2016 Source: <http://www.unhcr.org/print/56dec2e99.html>).

<sup>13</sup> Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants. Résolution adoptée le 19 septembre 2016 (A/71/L.1), par. 4; disponible sur le site : <http://refugeesmigrants.un.org/summit>; v. aussi OCDE, Perspectives du développement mondial 2017 : Les migrations dans un monde en mutation ; disponible sur le site : <http://www.oecd.org/fr/migrations/meilleure-coordination-internationale-pourrait-permettre-de-tirer-davantage-parti-des-migrations-au-niveau-mondial.htm>. M. Angel Gurría, Secrétaire général de l'OCDE, a déclaré: « Les migrations sont une résultante naturelle du développement économique dont peuvent tirer avantage aussi bien les pays d'origine que les pays de destination. C'est une tendance qui est appelée à durer, il faut donc que tous les pays y trouvent leur intérêt ». « Une amélioration de la coopération aiderait les économies en développement, émergentes et avancées à mieux gérer les migrations pour l'avantage de tous, et à garantir ainsi que celles-ci feront plus de gagnants et moins de perdants ».



pour la présente étude, notamment en raison de l'appréhension de l'afflux des migrants comme une catastrophe humanitaire et de la reconnaissance de la dualité des origines d'une telle catastrophe.<sup>14</sup>

4. Face à cette situation, les Etats réagissent comme ils peuvent, généralement sous la pression d'opinions contradictoires de leurs populations, quelques fois en violation des règles établies en matière des droits de l'homme.<sup>15</sup> A la politique d'accueil de certains pays peut s'opposer ainsi l'attitude de fermeture d'autres pays animés par toutes sortes de peurs, allant des considérations culturelles et religieuses aux appréhensions de l'impact économique et social des migrants. La politique d'entrave à la circulation des migrants menée sur cette base par ces Etats est-européens soulève des questions au regard du droit international.
5. De façon générale, on constate un vide juridique au niveau global en ce qui concerne la régulation internationale de la migration de masse économique. Il échet est dès lors d'essayer de dégager les règles internationales régissant les migrations de masse, celle des réfugiés

---

<sup>14</sup> "The migration and refugee crisis affecting the Union is a notable example of a situation where, in spite of the efforts undertaken by the Union in assisting the countries primarily concerned to address the root causes of such exceptional circumstances, the Union and its Member States have been directly affected in turn. It is also a striking illustration of the type of impact that crises and disasters may have on the Union and its Member States and the ensuing need for the latter to be in a better position to respond to those taking into account the prevailing economic situation of the affected Member States as well as the economic impact of those disasters on the Member States. The impact of both man-made and natural disasters within the Union is increasingly severe, linked to a number of factors, such as climate change, to which external factors and circumstances unfolding in the neighbourhood of the Union and other countries in the world may directly and severely contribute. Man-made or natural disasters may be of such a scale and impact that they can give rise to severe economic difficulties in one or several Member States; they can also occur in one or several Member States already facing for other reasons severe economic difficulties, with the ensuing result of exacerbating and aggravating even further the overall economic situation of the Member States concerned. In either case, the response capacity of the Member State concerned would be adversely affected so that the assistance being provided to people in need would in turn be negatively impacted." Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>.

<sup>15</sup> V. par ex. la réaction du Danemark avec une réforme de son droit d'asile qui introduit diverses mesures restrictives dans sa législation, telles que la confiscation des liquidités des migrants au-delà de 10. 000 couronnes danoises (environ 2100 \$ US) et de leurs effets personnels excédant 10. 000 couronnes, toutes mesures qui seraient contraires au droit international des droits de l'Homme, notamment de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

comme celle des migrants économiques, car il s'agit, au regard de l'histoire et de la nature de la société internationale, d'un phénomène renouvelable : la migration de masse est soit une migration fondée sur l'espoir des migrants d'améliorer leur situation économique et sociale dans l'Etat de destination, comme ce fut le cas, par exemple, de centaines de milliers de migrants allemands qui migrèrent aux Etats-Unis au XIXe siècle dans l'espoir d'une vie meilleure<sup>16</sup>; soit une migration de survie individuelle et collective dans un contexte de crise créé par des facteurs externes à la plupart des victimes. Aussi longtemps que se produiront les événements générateurs d'un tel phénomène, il se reproduira.

- 5<sup>bis</sup> Afin de déterminer son régime juridique dans l'ordre international, il est utile de faire un sort à certaines considérations générales (II) qui en constituent des préalables, avant d'examiner successivement les questions de fond dont la clarification concourra à la détermination dudit régime juridique, à savoir: les règles applicables aux migrants de masse en déplacement (III) ; migrants de masse et rapports avec l'Etat de destination ou d'accueil (IV) ; et les perspectives de la *lex ferenda* (V).

## II- Considérations générales

6. Le terme "migration de masse" est une expression descriptive d'un phénomène factuel. Il est plus courant de parler de "migration" et de "migrant" tout court que de migrant de masse ou de migration de masse. Cette expression suppose qu'il existe une autre forme de migration qui ne serait pas de masse. Dans ce cas, la migration de masse pose probablement des problèmes juridiques spécifiques que ne soulève pas nécessairement la migration ordinaire, non-de-masse pour ainsi dire. Bien que le phénomène migratoire soit ancien et a suscité un intérêt considérable chez les chercheurs, non seulement il ne fait pas l'objet d'une codification complète en droit international, mais la migration de masse quant à elle ne fait pas l'objet de règles spécifiques, ne serait-ce que sur les aspects où elle affiche des particularités évidentes. Le phénomène évoque des situations voisines ou connexes par rapport auxquelles il convient de le démarquer afin qu'apparaisse plus clairement sa spécificité. Par ailleurs, pour la clarté du rapport, il paraît utile d'indiquer la démarche que l'on suivra pour aborder le sujet.

On procèdera donc successivement à la définition de l'expression formant le sujet du rapport ainsi que du terme dérivé "migrant"(A), à la

---

<sup>16</sup> V. commentaire de M. Georg Nolte, sur le Rapport préliminaire.

formulation de la problématique qui est au cœur de cette thématique (B), à l'examen de l'état du droit international sur la question (C), à la délimitation du sujet (D), et enfin à une présentation succincte de la méthodologie (E) qui sera suivie.

#### **A- Définitions**

7. Elles porteront sur l'expression "migration de masse" et le texte connexe de "migrant". Il n'existe pas de définition généralement admise, ou encore moins établie, de ces termes en droit international, traduisant par là la difficulté à s'accorder sur le phénomène qu'il s'agit ici d'analyser.<sup>17</sup>

##### *1- Migration de masse*

8. Selon le Glossaire de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), le terme "migration" signifie le "(d)éplacement d'une personne ou d'un groupe de personnes, soit entre pays, soit dans un pays entre deux lieux situés sur son territoire." La notion "englobe tous les types de mouvements de population impliquant un changement du lieu de résidence habituelle, quelles que soient leur cause, leur composition, leur durée, incluant ainsi notamment les mouvements des travailleurs, des réfugiés, des personnes déplacées ou déracinées."<sup>18</sup> Ainsi entendue, elle couvre aussi bien les déplacements internes que les déplacements externes des populations. Le présent rapport entend aborder uniquement la migration internationale. Celle-ci intègre l'idée d'émigration et d'immigration, à savoir respectivement l' "(a)ction de quitter son Etat de résidence pour s'installer dans un Etat étranger", et l' "(a)ction de se rendre dans un Etat dont on n'a pas la nationalité avec l'intention de s'y installer"<sup>19</sup>.
9. La notion de "migration de masse" sera abordée à la lumière de ces définitions. Mais, il ne s'agit pas d'une notion juridique<sup>20</sup>. L'expression est simplement une description sociologique d'une réalité factuelle, celle du mouvement transfrontalier, soudain et rapide, d'un nombre important de

<sup>17</sup> V. sur ce point notamment Ségolène BARBOU DE LA PLACE, "Les étrangers saisis par le droit: enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants" *Migrations et société*, n°22, 2010, p. 128; Marie-Claire FOLETS, "Diversité et catégories de personnes", in Jean-Yves CARLIER (ed.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

<sup>18</sup> Richard PERRUCHOUD, *Droit international de la migration, Glossaire de la migration*, OIM (Organisation Internationale pour les Migrations) série consacrée au droit international de la migration no. 9, 2007, p. 47.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 26.

<sup>20</sup> Comme on l'a relevé justement, l'expression "Mass influx" et les expressions équivalentes ou voisines comme "large-scale influx", "refugee emergency", "mass exodus" ne sont pas des termes de l'art: v. Ann VIBEKE EGGLI, *Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 24.

personnes cherchant la sécurité et la sûreté, voire une vie meilleure dans un pays dont elles ne sont pas des ressortissantes<sup>21</sup>. Dans cette expression, le terme "masse" est particulièrement imprécis, en tant qu'elle renvoie à une idée quantitative indéterminée. Car, à partir de quel nombre de personnes est-on en présence d'une "masse"? Le terme est néanmoins entré dans le langage public courant et fait sens en raison de son association avec les images de la réalité de certaines migrations internationales passées, et surtout de celles que montre l'actualité internationale. Ainsi, lors même qu'il est dépourvu de toute pertinence juridique, il conserve un caractère opératoire. C'est un signifiant qui a un signifié rendu évident par sa force imagée, et qui pour cette raison se prête à un effort de régulation juridique.

10. De manière générale, la migration internationale de masse est une migration irrégulière en ce sens qu'elle contrevient au cadre légal tant de l'Etat d'origine que l'Etat de transit et de l'Etat de destination. Elle peut se nourrir aussi de ce que l'on appelle la "migration circulaire" qui "est une forme de migration internationale caractérisée par la répétition des déplacements entre pays d'origine et de destination<sup>22</sup>." Pour l'Etat d'origine, la situation de crise généralement à l'origine de la migration de masse ne permet pas l'accomplissement des formalités habituelles de sortie régulière du territoire : pour l'Etat de transit, les migrants de masse ne peuvent demander assurément pas à obtenir les documents habituels de transit délivrés en temps normal par l'Etat de transit; pour l'Etat de destination, il en est de même, l'entrée, le séjour, voire le travail, dans cet Etat se faisant sans les autorisations nécessaires ou les documents requis, selon la loi sur l'immigration. Il y aurait cependant "une tendance à restreindre l'usage de terme « migration illégale » aux cas de traite des personnes et au trafic illicite de migrants<sup>23</sup>."
11. Au regard des considérations qui précèdent, on entendra par "migration de masse", le déplacement concomitant, soudain et rapide, d'un nombre important de personnes qui quittent leur pays d'origine pour se rendre dans un Etat dont ils ne sont pas des ressortissants, pour y chercher refuge ou avec l'intention de s'y installer temporairement ou durablement.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>22</sup> Union européenne, GRIP, OIM: *Migration Circulaire. Au-delà des promesses, quels risques, quelles opportunités ?* (Alexandre Devillard), 2011, p. 25.

<sup>23</sup> Richard PERRUCHOUD, *Droit international de la migration, Glossaire de la migration, op. cit.*, p.50.

2- *Migrants*

12. Comme pour le terme de migration, il n'existe pas de définition universellement acceptée du terme « migrant ». D'après le Glossaire de l'OIM, "(c)e terme s'applique habituellement lorsque la décision d'émigrer est prise librement par l'individu concerné, pour des raisons « de convenance personnelle » et sans intervention d'un facteur contraignant externe." L'objectif du déplacement pour les "migrants" serait donc "d'améliorer leurs conditions matérielles et sociales, leurs perspectives d'avenir ou celles de leur famille."<sup>24</sup> C'est ainsi que l'on parlera par exemple des "migrants économiques" qui, à la différence des réfugiés fuyant les persécutions, sont des personnes qui essaient d'entrer dans un pays sans autorisation ou en usant des procédures d'asile sans motif légitime, ou des travailleurs saisonniers.<sup>25</sup>
13. Fort de cette approche, la terminologie courante parle "des réfugiés et migrants"<sup>26</sup>, pour bien signifier qu'il s'agit de deux catégories distinctes, comme si les réfugiés n'étaient pas avant tout des migrants. Telle n'est pas l'approche ici retenue. L'examen des "Travaux préparatoires" de la Convention de 1951 relative aux réfugiés montre qu'aucun des délégués à la Conférence de Genève n'eut le souci de la clarification terminologique, en particulier sur le point de savoir si l'afflux massif des personnes évoqué dans les discussions incluait des personnes n'entrant pas dans la définition de réfugié contenue dans l'article 1A de la Convention de 1951. Le délégué des Pays-Bas lui-même, qui était à la pointe des débats sur la question, n'établit pas de distinction entre "afflux massif des réfugiés" (*'mass influx of refugees'*) et "migrations de masse"<sup>27</sup>. Les autres délégués eurent une attitude similaire; ils exprimèrent plutôt leurs préoccupations quant aux difficultés que les Etats rencontreraient pour gérer un grand nombre de réfugiés. Leur souci, notamment celui du délégué des Pays-Bas - partisan d'une interprétation étroite de l'article 33 - était que dans ce cas l'Etat puisse bénéficier d'une importante coopération internationale<sup>28</sup>. Dans la pratique, il y aurait cependant une tendance à donner à l'article 33

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.45.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>26</sup> V. Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH and Vanessa FREZE, " Coastal States Obligations in the Context of Refugees at Sea under the European Convention on Human Rights", *20 Ocean and Coastal Law Journal*, 57, 2015, qui écrivent: "(...) refugees and illegal migrants primarily attempt to reach either the European mainland, (e.g. Spain) or towards islands (...)", p. 58.

<sup>27</sup> V. déclaration du Baron van Boetzelaer: Conférence des Plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides: Résumé du Procès-verbal de la Seizième réunion, p. 11.

<sup>28</sup> *Ibid.*

(1) de la Convention de 1951, une interprétation dans laquelle les Etats ont l'obligation d'accueillir, temporairement, les personnes arrivant en masse à leurs frontières, sans distinction<sup>29</sup>. Il convient néanmoins de préciser que si tous les réfugiés sont des migrants, tous les migrants ne sont pas des réfugiés.

14. Au bénéfice des remarques qui précèdent, l'expression "migrants de masse" sera entendue dans le présent rapport, largement, comme englobant aussi bien les réfugiés que les autres migrants irréguliers qui n'entrent pas dans la catégorie des réfugiés au sens du droit international. Le confinement de cette expression "migrants masse" aux personnes qui quitteraient leurs pays sans contrainte pour aller chercher une vie meilleure dans le pays de destination n'est techniquement pas recevable: il n'épouse ni l'hétérogénéité des migrants internationaux aujourd'hui, ni la réalité à laquelle elle renvoie de nos jours. L'expression "migrants internationaux" vise actuellement des personnes dont le déplacement a, comme on l'a vu, une diversité de motifs : une catastrophe humaine (conflit armé le plus souvent), ou une catastrophe naturelle (séisme, crise écologique majeure notamment). Autrement dit, elle englobe des personnes répondant aussi bien à la définition de réfugiée qu'à celle de migrant économique, l'origine géographique des migrants ne permettant pas parfois de faire clairement le départ entre les deux catégories de personnes. La distinction entre réfugiés et migrants de masse n'aurait éventuellement de pertinence qu'après l'appréciation de la situation réelle de chacun dans l'Etat de destination, car il paraît malaisé de dire au départ de la migration de masse qui est réfugié et qui ne l'est pas, en particulier lorsque les "migrants de masse" viennent tous d'une même région, voire d'un même pays.
15. La difficulté de la définition des termes migration et migrant de masse vient de ce que le sujet tel que formulé met l'accent sur le caractère massif de la migration ou bien, de façon implicite, la cause de celle-ci. Si l'on met l'accent sur l'importance quantitative des migrants comme le suggère le terme "de masse", il n'est point besoin, du moins à ce stade, d'insister sur la cause du déplacement et de distinguer entre migrants-

---

<sup>29</sup> V. Francesco CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, Routledge, 2015, p. 93. Selon cet auteur, cette obligation s'accompagne cependant du devoir des autres Etats, en particulier ceux de proximité, d'assister les Etats d'accueil à faire face à l'urgence et de tout faire pour régler la situation.

En outre, on a avancé l'idée selon laquelle la Convention de 1951 aurait évolué au point d'inclure les personnes qui, loin de courir un risque de persécutions dans leur pays d'origine, ont dû partir en raison des violations généralisées des droits de l'homme. M. Cherubini a des doutes à ce sujet et l'auteur du présent rapport également.

réfugiés et migrants économiques; une telle distinction pourra être faite par l'Etat d'accueil au moment de la vérification de la qualité de réfugié ou de l'examen de la demande d'asile. En revanche, si l'on met l'accent sur le fait que la persécution ou le risque de persécution doit être à l'origine du déplacement, alors il faudrait changer la terminologie dans l'intitulé du sujet et parler, par exemple de "Réfugiés de masse" et non plus de "migrations de masse". Cette seconde approche aurait l'inconvénient de restreindre outrancièrement le sujet dès l'abord et ne permettrait pas de couvrir une réalité plutôt complexe, comme le montre l'actualité internationale. Au demeurant, si tous les migrants de masse étaient des réfugiés, l'obligation de non refoulement imposerait qu'ils soient tous admis au refuge dans les Etats de destination; il n'y aurait pas lieu d'envisager le renvoi de certains d'entre eux au motif qu'ils n'auraient pas besoin de protection internationale.

16. Aussi, suggérons-nous d'adopter une approche large<sup>30</sup>, et d'entendre, pour les besoins du présent rapport, par "migrants de masse" un groupe ou plusieurs groupes de plusieurs personnes qui quittent leur(s) pays pour se rendre dans un pays dont ils ne sont pas des ressortissants, afin d'y trouver refuge ou en vue de s'y installer temporairement ou durablement; et par "migration de masse" le mouvement transfrontalier soudain et rapide des migrants de masse.

### ***B - Problématique***

17. Il n'existe pas d'obligation internationale, en tant que telle, d'admission ou d'accueil des migrants par un Etat, sauf s'il s'agit des réfugiés au sens du droit international. A cet égard, la recommandation "D" (*Solidarité internationale dans le domaine de l'asile et de la réinstallation*) des recommandations adoptées par la Conférence des Plénipotentiaires des Nations Unies sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides réunie à l'Office européen des Nations Unies à Genève, du 2 au 25 juillet 1951, est une indication sur le traitement particulier que les Etats entendaient réserver aux réfugiés. Elle était ainsi libellée:

---

<sup>30</sup> Le projet d' "International Migrants Bill of Rights" publié avec ses commentaires dans le *Georgetown Immigration Law Journal* (Vol. 28:23 en 2010) et reproduit dans Mary CROCK (ed.) *Migrants and Rights*, Ashgate, 2015, p. 451 et s., entend par "migrant", dans son article 1<sup>er</sup>, "a person who is outside of a State of which the migrant is citizen or national, or, in the case of stateless migrant, the migrant's State of birth or habitual residence." Il s'agit, comme le dit le commentaire de cet article d'un "purposefully broad and inclusive definition of "migrant" " (*ibid.*, p. 461).

*"Considérant que nombre de personnes quittent encore leur pays d'origine pour des raisons de persécution et qu'elles ont droit à une protection spéciale à cause de leur condition particulière,*

*Recommande aux Gouvernements de continuer à recevoir les réfugiés sur leur territoire et d'agir de concert dans un véritable esprit de solidarité internationale, afin que les réfugiés puissent trouver asile et possibilité de rétablissement."*

18. Cette recommandation, qui fut adoptée à l'unanimité, traduit un niveau de conscience collective sur un phénomène social international qui interpelle une des valeurs que l'on peut considérer comme partagée par toutes les nations: "les considérations élémentaires d'humanités" dégagées et affirmées par la C.I.J. à travers une jurisprudence constante, expression sur laquelle on reviendra plus loin lors de l'examen des obligations des Etats.
19. Constatant que les "déplacements massifs des réfugiés et des migrants" est un phénomène mondial appelant des approches et des solutions mondiales", les Etats membres des Nations Unies ont adopté, dans le cadre de l'Assemblée générale de l'organisation, une résolution portant "Déclaration de New York pour les réfugiés et migrants", le 19 septembre 2016<sup>31</sup>. Certes, il s'agit d'un instrument non contraignant; mais c'est bien la première fois que la communauté internationale se donne un cadre général d'analyse, d'action et de suivi du phénomène migratoire de masse. Cette résolution, qui se distingue sur la forme par sa longueur (27 pages), et sur le fond par un effort d'analyse des principaux problèmes politiques, juridiques, économiques et sociaux qu'entraînent les déplacements massifs des réfugiés et des migrants, comporte en dehors du texte-même de la Déclaration, deux annexes dont la première aborde le cadre d'action global pour les réfugiés, et dont la seconde ouvre les perspectives vers un pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Il est intéressant de noter que la Déclaration adopte l'approche suivie dans le présent rapport dont la version préliminaire a circulé dès avril 2016, en relevant que "[l]es « déplacements massifs » peuvent être constitués de flux associant réfugiés et migrants, qui se déplacent pour des raisons différentes, mais peuvent utiliser les mêmes routes migratoires<sup>32</sup>." Ainsi, lors même qu'elle adopte la terminologie traditionnelle qui distingue "réfugiés" et "migrants", elle reconnaît que ces deux catégories

<sup>31</sup> Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 septembre 2016. Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants Doc. (A/71/L.1), ci-après Déclaration de New York, par. 6.

<sup>32</sup> Déclaration de New York, par. 6.



participent du mouvement migratoire impliquant un déplacement massif de personnes<sup>33</sup>. A l'analyse, il ne s'agit pas de l'unique point de convergence entre la Déclaration et les développements contenus dans le présent rapport. Comme on le verra dans la suite de celui-ci, il existe d'autres points de convergence entre les deux documents<sup>34</sup>.

20. La question des migrations, en particulier dans ses aspects propres aux réfugiés, a suscité un intérêt certain dans certaines régions du monde et a donné lieu à des approches régionales. Ainsi, en est-il de l'Afrique, de l'Amérique latine et de l'Europe communautaire dont on évoquera plus loin dans le présent rapport son dispositif juridique en matière des migrations. Ces approches régionales ne sont pas antagonistes à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, instrument de portée universelle adoptée sous l'égide des Nations Unies; elles lui sont complémentaires.
21. Dès 1969, "[n]otant avec inquiétude l'existence d'un nombre sans cesse croissant de réfugiés en Afrique, et désireux de trouver les moyens d'alléger leur misère et leurs souffrances et de leur assurer une vie et un avenir meilleurs"<sup>35</sup>, les Etats africains ont adopté, dans le cadre de l'Organisation de l'Unité africaine, la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique. Ces Etats reconnaissent que "les problèmes des réfugiés doivent être abordés d'une manière essentiellement humanitaire pour leur trouver une solution"<sup>36</sup>, tout en étant conscient que ces problèmes sont à l'origine des frictions entre de nombreux Etats membres. Confrontés à des crises politiques à répétition au cours de cette première décennie des indépendances acquises autour de 1960, les Etats africains entendaient aussi combattre, à travers cette convention, les rebellions nationales qui avaient installé leurs bases-arrières dans d'autres Etats du continent. C'est pourquoi ils distinguent dans le même préambule entre "un réfugié qui cherche à se faire une vie normale et paisible et une personne qui fuit son pays à seule fin d'y fomenter la subversion à partir de l'extérieur"<sup>37</sup>, et se disent "[d]écidés à

<sup>33</sup> V. par ex. par. 9 où l'on parle des "refugiés et migrants participants aux déplacements massifs (...)".

<sup>34</sup> V. plus loin, notamment les analyses sur les droits de l'homme des migrants de masse, la non discrimination dans leurs relations avec l'Etat d'accueil, l'idée de responsabilité partagée dans la gestion de la migration de masse etc.

<sup>35</sup> Convention de l'UA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, adoptée à Addis Abeba, le 10 septembre 1969, entrée en vigueur le 20 juin 1974, paragraphe 1<sup>er</sup> du préambule.

<sup>36</sup> *Ibid.*, préambule.

<sup>37</sup> *Ibid.*

faire en sorte que les activités de tels éléments subversifs soient découragés, conformément à la déclaration sur le problème de la subversion et à la résolution sur le problème des réfugiés, adoptées à Accra, en 1965<sup>38</sup>. De manière plus significative, la Convention formule en son article 1<sup>er</sup> une définition élargie de la notion de réfugié, qui va bien au-delà de celle de la Convention de 1951, et sur laquelle on reviendra lors de l'examen de cette notion plus loin dans le présent rapport.

22. En 1984, les Etats d'Amérique latine et des Caraïbes se sont engagés à leur tour dans une approche régionale. En effet, au terme d'un colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama tenu à Carthagène, en Colombie, du 19 au 22 novembre 1984, fut adoptée la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés<sup>39</sup>. Il s'agit donc à l'origine d'un document d'experts devenu aujourd'hui un "instrument régional non contraignant"<sup>40</sup>. Son importance comme instrument régional a été validée par les Nations Unies et l'Organisation de Etats américains (OEA). Les conclusions du colloque de Carthagène tournaient essentiellement autour de la réaffirmation de l'importance de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et du Protocole de 1967 y relatif et de la nécessité d'élargir le concept de réfugié au regard de l'afflux massif des réfugiés en Amérique centrale, en ayant à l'esprit la situation dans la région et le précédent de la Convention de l'OEA de 1969 (article 1 §1), ainsi que la doctrine contenue dans les rapports de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. A cet égard, il était proposé d'ajouter à la définition du réfugié contenue dans la Convention de 1951 des éléments nouveaux complémentaires sur lesquels l'on reviendra - comme pour la définition contenue dans la Convention de l'OEA - lors de l'examen de la définition du réfugié en droit international. Les conclusions du colloque réaffirmaient en outre: l'importance du principe de non refoulement, estimant même que le droit international actuel doit le reconnaître comme une norme de *jus cogens*<sup>41</sup>; la nécessité d'assurer la sécurité et de protéger les droits de l'homme des réfugiés et de leur assurer un standard minimum de traitement. A la lumière de ces conclusions, le colloque recommandait que les

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> V. le texte de cette Déclaration dans UNHCR/ Governo Federal Brasil/Norwegian Refugee Council, *Memories +30 Cartagena*, Quito, Ecuador, 2015, p. 325-329.

<sup>40</sup> Antonio GUTTERES, "Origin and significance of the Cartagena+30 process" for commemorating the 30th anniversary of the Cartagena Declaration on refugees of 1984", in UNHCR/ Governo Federal Brasil/Norwegian Refugee Council, *Memories +30 Cartagena*, p. 14.

<sup>41</sup> Déclaration de Carthagène, Conclusions du colloque, par. 5.

engagements vis-à-vis des réfugiés contenus dans l'Acte de Contadora constituent des normes pour les dix Etats de la région participant au colloque; que les conclusions reçoivent une attention adéquate dans la recherche des solutions aux graves problèmes soulevés par *"the present massive flows of refugees in Central America, Mexico and Panama"*; que le document du colloque soit proclamé "Déclaration de Carthagène sur les réfugiés" et que son contenu soit officiellement transmis aux Chefs d'Etat des pays d'Amérique centrale, de Belize et des pays formant le Groupe de Contadora.

23. A l'occasion de la célébration du 10<sup>ème</sup> anniversaire de cette Déclaration de Carthagène fut adoptée une nouvelle déclaration dite "Déclaration de San José sur les réfugiés et les personnes déplacées", également au terme d'un colloque tenu dans la ville éponyme, du 5 au 7 décembre 1994, et conçue sur le modèle de la Déclaration de Carthagène. Suivra la "Déclaration et le Plan d'action de Mexico", adoptés le 16 novembre 2004. La Déclaration de Mexico est, à la différence des deux premières déclarations, un document intergouvernemental des pays latino-américains participant à la célébration du 20<sup>ème</sup> anniversaire de la Déclaration de Carthagène qui, selon la Déclaration de Mexico, *"revigorated the generous tradition of asylum in Latin America"*<sup>42</sup>. Il s'agit d'un texte déclaratoire assorti d'un Plan d'action fort détaillé comportant un préambule et quatre longs chapitres traitant respectivement de la situation des réfugiés en Amérique latine, de la protection internationale des réfugiés, des solutions durables au problème des réfugiés dans la région et de la promotion, le mise en œuvre, le suivi et l'évolution des mécanismes de protection des réfugiés. La dernière Déclaration en date des Etats d'Amérique latine sur les réfugiés est la "Déclaration de Brasilia", du 11 novembre 2010, adoptée à l'occasion du 60<sup>ème</sup> anniversaire du HCR et de la Convention de 1951 et du 50<sup>e</sup> anniversaire de la Convention de 1961 sur la réduction de l'apatridie. Elle reconnaît, entre autres, les progrès accomplis dans la protection des réfugiés et des déplacés internes depuis l'adoption de la Déclaration de Carthagène de 1984 et la Déclaration et le Plan d'action de Mexico de 2004 pour renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine *"and addressing the new challenges presented by mixed migratory movements in various regions of the continent"* ainsi que la nécessité d'apporter des solutions durables et participatives<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Déclaration de Mexico, préambule, par. 1.

<sup>43</sup> Déclaration de Brasilia, préambule §5.

24. Les quatre Déclarations<sup>44</sup> s'enchaînent et se confortent, transformant des conclusions et recommandations de colloques (Carthagène et San José) en instruments intergouvernementaux, certes non contraignants. Du moins sont-ils le reflet de ce que l'on peut considérer comme les éléments d'une pratique régionale latino-américaine en matière de traitement de la question des réfugiés. Relativement au sujet du présent rapport, il apparaît que les quatre Déclarations sont exclusivement consacrées aux réfugiés et aux personnes déplacées. Bien que la Déclaration de Brasilia mentionne le "*mixed migratory movements*", suggérant de la sorte l'idée d'une dualité migrants de masse-refugiés et migrants de masse économiques, les différentes déclarations évoquées n'abordent pas vraiment cette dernière catégorie des migrants de masse.
25. L'une des principales difficultés du sujet tel qu'il est formulé est qu'il décrit un phénomène qui en lui-même n'est pas pris en charge par le droit<sup>45</sup>, mais qui met en jeu le sort des personnes humaines dont la situation juridique individuelle, dans le contexte décrit, est déterminée par le droit international. Le sujet impose ainsi, pour son traitement juridique, un glissement du phénomène collectif qu'il décrit à l'examen du sort que le droit international réserve à chaque migrant pris individuellement. La question principale est de savoir si le caractère massif de la migration a ou peut avoir des conséquences sur le traitement de la situation individuelle de chaque migrant ? Il semble que ce soit le cas, dans la mesure où l'afflux des migrants peut être un indicateur important pour déterminer notamment si les migrants sont des réfugiés au sens du droit international. Dès lors se pose une autre question: Peut-on trouver dans l'arsenal juridique international des principes et règles permettant d'esquisser un régime international à la migration de masse au sens définie ci-avant ? Il est possible de répondre à cette question par l'affirmative en faisant le point sur l'état du droit international à ce sujet ainsi qu'à des sujets connexes. Pour autant, tout n'est pas clairement réglé par le droit international en vigueur. C'est pourquoi il y a lieu, sur

---

<sup>44</sup> Le texte des quatre Déclarations est publié dans UNHCR/ Governo Federal Brasil/Norwegian Refugee Council, *Memories +30 Cartagena, op. cit.*, p. 325- 350; pour une présentation succincte desdites Déclarations, v. Antônio Augusto CACADO TRINDADE, "The long road towards the humanisation of international law. A new decade of consultations of the United Nations High Commissioner for refugees (UNHCR)", in *ibid.*, pp. 19-43.

<sup>45</sup> V. Ph. WECKEL, "Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants" in G. S. GOODWIN et Ph. WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés au XXI<sup>e</sup> siècle. Aspects de droit international*, Académie de droit international de La Haye, 2015, particulièrement pp. 26-32.

certaines questions particulières, de suggérer des pistes pour un développement progressif du droit international à ce sujet.

**C - Etat du droit international sur le sujet**

26. Le présent rapport n'entend pas entrer dans le débat, somme toute purement académique, sur la question de savoir s'il existe ou pas un "droit international des migrations internationales". Louis Varlez, dans son cours à l'Académie du droit international de La Haye, le définissait très simplement comme l'ensemble des normes internationales applicables aux migrations.<sup>46</sup> Il suffit en tout cas qu'il existe dans l'arsenal juridique international des règles applicables à ce phénomène, et le droit international recèle un ensemble impressionnant de textes et de normes pertinents à cet égard<sup>47</sup>.
27. Bien que l'on puisse trouver des centaines d'accords bilatéraux touchant plus ou moins aux questions de migration<sup>48</sup>, il n'existe pas à l'heure actuelle un instrument juridique de portée universelle traitant de tous les aspects de la migration internationale<sup>49</sup>, ni même un ensemble de textes juridiques cohérents à ce sujet<sup>50</sup>, *a fortiori* sur les migrations de masse. Aucun instrument juridique existant n'offre à lui tout seul les réponses juridiques adéquates aux nombreux et délicates questions que soulève ce phénomène. Un examen poussé de la question suggère même que certains

<sup>46</sup> L. VARLEZ, "Les migrations internationales et leur réglementation", *R.C.A.D.I.*, 1927, t. 20 (V), p. 165. Sur l'idée d'un droit international des migrations, v. aussi V. CHETAIL, "Droit international des migrations. Fondements et limites du multilatéralisme", in H. GHERARI, R. MEHDI, (éd.), *La société internationale face aux défis migratoires*, Pedone, 2012 pp. 23-69.

<sup>47</sup> V. à cet égard l'impressionnant recueil de textes de plus de 900 pages sur le sujet: R. PERRUCHOU and K. TÖMÖLOVA (eds.), *Compendium of International Migration Law Instruments*, T.M.C. Asser Press, 2007; v. aussi R. PLENDER, *Basic documents on international migration law*, 3rd rev. ed., Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

<sup>48</sup> V. Demetrios G. PAPADEMETRIOU and Ulrich KOBER, "Council Statement: The Governance of International Migration - Defining the Potential for Reform in the Next Decade" in *Improving the Governance of International Migration*. The Transatlantic Council on Migration, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2011, p. 25.

<sup>49</sup> Ce constat a amené Thomas Straubhaar à proposer l'idée d'un Accord général sur le mouvement des populations. Mais, sa perspective est avant tout économique et repose sur l'idée que la mondialisation économique doit s'accompagner d'un cadre juridique de régulation de la migration internationale. Pour lui, la solution pour le contrôle de cette migration internationale passe par l'imposition d'une taxe sur les migrants: v. Thomas STRAUBHAAR, "Why do we need a General Agreement on Movements of People?" Discussion Paper edited by Presidential Department, Hamburg Institute of International Economics. Telle n'est évidemment la perspective du présent rapport.

<sup>50</sup> V. Daniel WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, C.U.P., pp. xiv et xv.

instruments dont la portée *ratione materiae* est limitée à des aspects spécifiques de la question peuvent donner lieu à des difficultés d'application pour certains Etats d'accueil, parce qu'à l'origine ils n'étaient pas censés s'appliquer aux migrations de masse en dehors de la sphère occidentale, et plus particulièrement de la situation résultant de la seconde guerre mondiale. A cet égard, il n'est pas sans intérêt de relever qu'à la conférence des plénipotentiaires sur la convention relative au statut des réfugiés et des apatrides, le représentant d'un Etat avait "insisté à maintes reprises sur le danger qu'il y aurait à étendre l'application de la convention aux réfugiés du monde entier."<sup>51</sup>

28. Au total, bien que l'on ne dispose pas pour le moment d'un instrument international englobant traitant spécifiquement de la migration de masse dans tous ses aspects, il existe une diversité d'instruments juridiques touchant à tel ou tel aspect particulier de la migration et susceptibles d'être étendus au traitement juridique de la question de la migration de masse, telle que définie précédemment.

***D- Délimitation du sujet***

29. La migration de masse évoque immédiatement un certain nombre de sujets connexes par rapport auxquels il convient de la situer, afin de mieux cerner sa spécificité. On examinera ainsi la relation entre ce phénomène et l'admission (1), l'expulsion des étrangers (2), les travailleurs migrants (3), le droit des catastrophes (4), le droit des réfugiés et des apatrides (5). A partir de cette mise en relation de la migration de masse avec des sujets ayant un rapport plus moins étroit avec elle, il sera possible de déterminer le champ la présente étude (6).

*1- Migration de masse et admission*

30. L'idée qu'il n'existe pas en droit international une obligation pour l'Etat d'admettre des étrangers sur son territoire est ancienne<sup>52</sup> et fort bien

<sup>51</sup> Rappel de la position du représentant de la France faite par le représentant du Canada, M. CHANCE. V. plus précisément ladite position dans les interventions de M. ROCHEFORT; v. en sens opposé, notamment la position du représentant du Royaume-Uni, M. HOARE, "(p)artisan de la théorie 'universaliste'", pour qui "un réfugié est un réfugié où qu'il se trouve"; ou encore celle du représentant du Saint-Siège (Mgr COMTE) et de la Belgique (HERMENT). Cette position en faveur de l'universalité de la convention triompha en définitive: v. *Travaux Préparatoires de la Convention, Compte rendu analytique de la Trente-troisième séance*. Source: <http://www.unchr.fr/4b151d551d.html>.

<sup>52</sup> A cet égard, Vattel, par exemple, écrivait: "It is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, as inherent in its sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to

établie<sup>53</sup>. L'admission et la non admission sont considérées comme inhérentes à la souveraineté de l'Etat, et il est admis en droit international que les règles y relatives relèvent du droit interne des Etats<sup>54</sup>. Il ne peut en aller autrement que si le terme non admission est entendu dans le même sens que le non refoulement, car dans ce cas le comportement de l'Etat est, comme on le verra dans la suite du rapport, régi par le droit international applicable aux réfugiés.

31. Le Projet d'articles de la CDI sur l' "Expulsion des étrangers" a exclu expressément l'admission de son champ d'application<sup>55</sup>. Le présent rapport n'entend pas non plus examiner cette question sous l'angle de la compétence exclusive qu'à chaque Etat en cette matière, mais uniquement en relation avec l'obligation de non refoulement et de la réserve de compétence dont dispose l'Etat lorsque les migrants de masse ne sont pas des réfugiés au sens du droit international.

#### 2- Migration de masse et expulsion des étrangers

32. La migration de masse touche dans une certaine mesure la question de l'expulsion des étrangers. En principe, le rapport entre les deux phénomènes existe à partir du moment où les migrants sont entrés dans le territoire de l'Etat d'accueil. Pour autant, cela ne devrait pas amener à

---

admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe".

Cité par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Nishimura v. United States* précité.

<sup>53</sup> V. les travaux de la CDI sur l'expulsion des étrangers. Le texte du Projet d'articles adopté en seconde lecture et leur commentaire sont publiés dans le *Rapport de la Commission du droit international* sur les travaux de sa Soixante-sixième session, A.G.N.U. Doc. officiels, Soixante-neuvième session, Supplément n°10 (A/69/10), New York, 2014, pp. 11, par. 44 et s.

<sup>54</sup> Ceci a été affirmé dès les premières décisions arbitrales du XIXe siècle et du début du XXe siècle sur l'expulsion des étrangers: v. notamment par exemple, *Lacoste v. Mexico* (Commission mexicaine), sentence du 4 septembre 1875, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 3347 et 3348; affaire *Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas-Venezuela, 1<sup>er</sup> juin 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 731; affaire *Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 528, 529, 531 et 532; affaire *Oliva*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 608 (arbitre Ralston); affaire *Paquet (Expulsion)*, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 325 (arbitre Filtz); et *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, sentence du 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 92 à 113. V. aussi le projet d'article 3 du Projet d'articles de la CDI sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*

<sup>55</sup> V. projet d'article 2 a) du Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*

confondre les deux situations, comme la Cr.EDH semble l'avoir fait récemment dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*. Dans cette affaire, les quatre demandeurs étaient entrés Grèce entre 2007 et 2008 en provenance d'Afghanistan. Après avoir embarqué clandestinement à bord des navires, ils étaient arrivés dans le port italien d'Ancona entre janvier 2008 et février 2009. Leur appliquant sa politique de "renvoi automatique", l'Italie les renvoya immédiatement, la demande italienne de réadmission en Grèce étant fondée sur l'article 5 de l'Accord bilatéral de 1999 sur la réadmission entre les deux pays et son Protocole d'application. Les migrants alléguèrent que ni la Grèce, ni l'Italie ne leur a permis de soumettre leur demande d'asile. La Cour a considéré que la politique des frontières dans la mer Adriatique étaient fréquemment en violation de l'Accord bilatéral de 1999 et les règles de procédures qui y sont contenues, et qu'il semble confirmé que cette politique est menée sans aucune protection pour les migrants concernés. Elle a jugé, à l'unanimité de ses membres, que dans ces circonstances, les mesures dont les demandeurs ont fait l'objet dans le port d'Ancona "s'analysent en des expulsions collectives et indiscriminées"<sup>56</sup>. De même, elle a jugé qu'il y a eu violation par la Grèce de l'article 13 en conjonction avec l'article 3 de la CEDH, et que l'Italie a violé les mêmes dispositions ainsi que l'article 4 du Protocole n°4<sup>57</sup>. La Cour avait déjà employé la même terminologie d'"expulsion collective" dans l'affaire *Hirsi Jaama et autres c. Italie*<sup>58</sup>.

33. Au regard des travaux de la CDI sur l'expulsion des étrangers, l'emploi de l'expression "expulsion collective"<sup>59</sup> dans ce cas est sujet à caution<sup>60</sup>. Selon ces travaux, la seule présence des migrants sur le territoire de l'Etat d'accueil ne suffit pas pour exiger l'application à eux des règles relatives à l'expulsion des étrangers. Si, comme c'est généralement le cas dans les situations de migration de masse, les migrants y sont en situation illégales en tant qu'ils n'y ont pas été régulièrement admis par l'Etat d'accueil, alors ils se trouvent encore, pendant un laps de temps que le projet

<sup>56</sup> Cr.EDH, Affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* (Requête n°16643/09) 21 octobre 2014, par. 225.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Cr.EDH, Affaire *Hirsi Jaama et autres c. Italie* (Requête n°27765/09) 23 février 2012, notamment par. 183-185.

<sup>59</sup> V. le projet d'article 9 du Projet d'article de la CDI sur l'expulsion des étrangers et le commentaire y afférent.

<sup>60</sup> Le foisonnement terminologique dans ce domaine est à la mesure de la confusion sémantique qui prévaut. Comme on l'a relevé, on parle dans la plus grande confusion de "Mass expulsion" et de "Mass exclusion", ou de "Mass refoulement" et de "Mass return". V. Ann VIBEKE EGGLI, *Mass Refugee Influx and The Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 221 et s.



d'articles de la CDI sur l'expulsion des étrangers a établi à six mois, dans la situation d'étrangers en demande d'admission. Dès lors, l'Etat d'accueil peut exercer vis-à-vis d'eux soit son droit de non admission des étrangers parce que les personnes concernées ne remplissent pas les conditions requises par la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers, soit son droit dérogatoire de refoulement ou de dérogation au principe de non refoulement, si les conditions d'une telle dérogation sont réunies. Le droit de l'expulsion s'appliquait d'autant moins aux plaignants dans l'affaire *Sharifi et autres* qu'ils se trouvaient encore dans les ports des Etats concernés et n'avaient donc pas encore franchis leurs frontières. On peut convenir que dans le cas de l'expulsion comme dans celui du refoulement s'applique l'exigence de l'examen de la situation individuelle de chaque migrant. On dira que, si aux étrangers résidant légalement ou illégalement dans l'Etat d'accueil la terminologie établie est celle de "l'interdiction de l'expulsion collective", aux migrants non admis et aux réfugiés refoulés la terminologie appropriée est "l'interdiction du refoulement collectif" ou "l'interdiction du renvoi collectif ou indiscriminé".

34. Ces précisions confirment qu'il est judicieux de distinguer la migration de masse de l'expulsion, même si, comme nous l'avons dit, il existe quelques points de rencontre possible entre les deux sujets. Quoi qu'il en soit, l'expulsion des étrangers a fait l'objet d'un traitement approfondi par la CDI. Par prudence, celle-ci a réservé le traitement du régime de l'expulsion des réfugiés<sup>61</sup> et des apatrides<sup>62</sup>, ce qui laisse de la place pour aborder certains de ses aspects dans le présent rapport.

### *3- Migration de masse et travailleurs migrants*

35. Le phénomène des travailleurs migrants s'est développé avec l'essor industriel. Il s'est accentué comme jamais avant avec l'accélération de la mondialisation de l'économie. Le chômage et la pauvreté croissante contribuent à l'amplification du phénomène en poussant de nombreux travailleurs des pays en développement à rechercher du travail ailleurs, notamment dans les pays développés. Dans ces pays, la demande de

<sup>61</sup> Le projet d'article 6 de Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers dispose: "Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles du droit international relatives aux réfugiés, ainsi que de toutes autres règles ou pratiques plus favorables relatives à la protection des réfugiés (..)" et, pour le reste réaffirme les dispositions de l'article 33 de la Convention de 1951 portant le statut des réfugiés.

<sup>62</sup> L'article 7 du Projet d'articles de la CDI dispose: "Le présent projet d'article est sans préjudice des règles de droit international relatives aux apatrides, et en particulier de la règle selon laquelle un État ne peut expulser un apatride se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public."

main-d'œuvre, en particulier de main-d'œuvre non ou peu qualifiée, a augmenté. Il y aurait ainsi environ 232 millions de migrants dans le monde aujourd'hui, soit 3,1 % de la population mondiale, dont près de la moitié sont des femmes, et un sur huit âgé de 15 à 24 ans<sup>63</sup>.

36. Divers instruments internationaux sont consacrés à la protection des travailleurs migrants et à ces derniers et leurs familles. Ainsi, la Convention (n° 97) de 1941 sur les travailleurs migrants (révisée) demande aux États Parties de faciliter les migrations internationales en faveur de l'emploi en s'assurant qu'il existe un service gratuit approprié chargé d'aider les travailleurs migrants, de leur fournir des informations exactes et en prenant les mesures qui s'imposent contre la propagande trompeuse concernant l'émigration et l'immigration. La Convention contient également des dispositions prévoyant une protection médicale suffisante des travailleurs migrants et le transfert des gains et de l'épargne. En outre, les États Parties doivent accorder aux immigrants qui se trouvent légalement sur leur territoire un traitement qui n'est pas moins favorable que celui qu'ils accordent à leurs ressortissants dans un certain nombre de domaines tels que les conditions d'emploi, la liberté syndicale et la sécurité sociale. La Convention (n° 143) de 1975 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) prévoit des mesures pour lutter contre l'émigration clandestine et l'emploi illégal; elle demande par ailleurs à tout État Partie de s'engager à respecter les droits fondamentaux de tous les travailleurs migrants. La convention élargit également la portée de l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants résidant légalement dans un pays et les travailleurs nationaux au-delà des dispositions de la convention de 1949, de façon à garantir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels, et de libertés individuelles et collectives. Cet élargissement s'étend aux personnes qui, en tant que travailleurs migrants ou en tant que membres de la famille, se trouvent légalement sur le territoire de l'État. La Convention demande également aux États Parties de faciliter le regroupement familial des travailleurs migrants résidant légalement sur leur territoire. D'autres instruments, dont certains ne sont pas contraignants, renforcent et complètent ces conventions. Il en est ainsi de la Convention concernant les migrations dans des conditions abusives et la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants (N° 143), les Recommandations concernant les travailleurs migrants (N° 86 et N° 151), ainsi que la Convention concernant le travail forcé ou obligatoire (N° 29) et la

<sup>63</sup> <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lan>.

Convention concernant l'abolition du travail forcé (N° 105), énumérées dans le préambule de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990<sup>64</sup>.

37. La question est de savoir si ces instruments sont applicables à la migration de masse. A priori, rien ne permet de les écarter. Le préambule de la Convention de 1990 incline même à penser que cette Convention est un des instruments constitutifs d'un régime juridique de la migration de masse. On y relève notamment que "les problèmes humains que comportent les migrations sont encore plus graves dans le cas des migrations irrégulières", et que les Etats Parties sont "convaincus par conséquent qu'il convient d'encourager des mesures appropriées en vue de prévenir et d'éliminer les mouvements clandestins ainsi que le trafic de travailleurs migrants, tout en assurant en même temps la protection des droits fondamentaux de ceux-ci." L'article 2 (1) dispose que "[l]'expression "travailleurs migrants" désigne les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un Etat dont elles ne sont pas ressortissantes". Le concept de travailleurs migrants apparaît ainsi plus large que celui de migrants de masse au sens du présent rapport. Dans la mesure où la Convention de 1990 "s'applique à tout le processus de migration des travailleurs migrants et des membres de leur famille, 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" (art. 1(2)), il apparaît que les travailleurs migrants peuvent constituer une catégorie déterminée de migrants de masse, en particulier les travailleurs migrants en situation irrégulière. Toutefois, le rapport n'entend pas examiner la situation des migrants de masse, qu'ils s'agissent des travailleurs migrants en situation régulière ou irrégulière, ou plus largement des migrants économiques une fois qu'ils sont pris en charge par l'Etat d'accueil et à fortiori font l'objet d'une insertion dans la société dudit Etat.

#### *4- Migration de masse et droit international des catastrophes*

38. La migration de masse est souvent la conséquence d'une catastrophe. Mais elle peut constituer elle-même une catastrophe au sens où la CDI a entendu ce terme dans son Projet d'articles sur la "Protection des personnes en cas de catastrophe". Aux termes du projet d'article 3 dudit

---

<sup>64</sup> Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990.

Projet d'articles tel qu'adopté en première lecture en 2014<sup>65</sup>, " (o)n entend par «catastrophe» une calamité ou une série d'événements provoquant des pertes massives en vies humaines, de graves souffrances humaines et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société." Bien que cette définition ne fasse pas la distinction entre catastrophe naturelle et catastrophe d'origine humaine, ce sont bien les catastrophes naturelles que la CDI vise principalement dans son projet. Le terme "calamité" contenue dans cette définition milite en ce sens et le commentaire du projet d'article 3 confirme cette analyse. Le Commission précise en effet qu'elle "a jugé nécessaire de délimiter la définition afin de cerner comme il convient le champ d'application du projet d'articles (...), sans toutefois, par exemple, traiter aussi d'autres événements graves tels que les crises politiques et économiques, qui peuvent également compromettre le fonctionnement de la société." Le projet d'article 11 consacré à l'obligation de prévention des risques de catastrophe va dans le même sens. Il dispose:

*"1. Chaque État prévient les risques de catastrophe en adoptant les mesures nécessaires et appropriées, y compris d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer.*

*2. Les mesures de prévention des risques de catastrophe incluent notamment la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide."*

39. Si la migration de masse ne consiste pas en la totalité de la série d'événements énumérés dans le projet d'article 3 précité, il est cependant indéniable qu'elle provoque "de graves souffrances humaines et une détresse aiguë", voire "des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant aussi gravement le fonctionnement de la société", tant d'ailleurs dans les pays d'origine des migrants que dans les pays de transit et d'accueil. Il est du reste significatif que dans les propos des dirigeants de bon nombre de ces pays d'accueil reviennent les expressions telles que "catastrophe humanitaire" ou "catastrophe" tout court<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> V. le Projet d'articles et le commentaire dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa Soixante-sixième session*, A.G.N.U. Doc. officiels, Soixante-neuvième session, Supplément n°10 (A/69/10), *op. cit.*, pp. 92, par.65 et s.

<sup>66</sup> V. *infra*, en particulier les notes 314-323.

40. A la lumière des remarques qui précèdent, il y a lieu de dire que si la migration de masse n'est pas une catastrophe au sens que la CDI lui donne aux fins de son projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe - et à ces fins-là uniquement - le contenu de ce terme et la situation qu'il décrit permettent d'y inclure les crises migratoires aiguës que constituent les migrations de masse. On verra dès lors dans quelle mesure il est possible de tirer parti des règles dégagées par la CDI dans ses travaux sur la protection des personnes en cas de catastrophe aux fins d'adaptation à la migration de masse.

*5- Migration de masse et droit international des réfugiés et de l'asile.*

41. Tous les migrants de masse ne sont pas des réfugiés. Mais au cœur de la migration de masse se trouve la question du droit des réfugiés et du droit d'asile. Le présent rapport entend traiter des aspects fondamentaux cette question, lesquels portent sur la liberté de mouvement des migrants de masse, y compris les réfugiés, l'assistance qui leur est due et l'accueil dans les Etats de destination. Le principal point commun entre ceux qui peuvent revendiquer la qualité de réfugiés et ceux qui ne le peuvent pas est qu'ils sont en général des migrants "sans-papiers" de leur pays d'origine parfois, assurément du pays de destination puisque toute migration de masse est une migration d'urgence qui, comme telle, ne suit pas la procédure de l'immigration régulière.

*6- Champ de la présente étude*

42. Si le régime des réfugiés est plutôt bien établi en droit international, comme on le verra dans la suite du rapport, il n'en va pas de même s'agissant des migrants de masse économiques. Le présent rapport entend examiner les règles applicables à ces deux catégories de migrants de masse, ou en suggérer de nouvelles au titre de la *lex ferenda*. L'analyse de la Déclaration de New York, instrument international - certes non contraignant - le plus récent sur la question est particulièrement utile à cet égard. La Déclaration a établi sur la base de la distinction catégorielle entre réfugiés et migrants trois types d'engagements: les engagements s'appliquant aussi bien aux réfugiés qu'aux migrants, ceux s'appliquant en faveur des migrants et ceux s'appliquant en faveur des réfugiés.

*a) Engagements s'appliquant aussi bien aux réfugiés qu'aux migrants*

43. Partant de l'idée qu'il est "essentiel" d'avoir une approche globale des problèmes, les Etats s'engagent à réserver "un accueil axé sur l'individu, prévenant, humain, digne, respectueux de la problématique hommes-femmes et prompt à toutes les personnes qui arrivent dans leurs pays, et en particulier à celles qui arrivent dans le contexte des déplacements

massifs de population, qu'il s'agisse de réfugiés ou de migrants"; ils veilleront également "au plein respect et à la protection de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales.<sup>67</sup>" Dans cet esprit, ils satisferont les besoins particuliers des personnes vulnérables qui voyagent dans le contexte des déplacements massifs de réfugiés et de migrants, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier ceux des femmes en situation difficile ; des enfants (notamment les enfants non accompagnés ou séparés de leur famille) ; des membres de minorités ethniques et religieuses ; des victimes de violence ; des personnes âgées ; des personnes handicapées ; des personnes qui font l'objet de discrimination pour quelque motif que ce soit ; des membres de peuples autochtones ; des victimes de la traite des êtres humains ; des victimes de l'exploitation et de la maltraitance dans le contexte du trafic de migrants. Les Etats se disent par ailleurs "[r]ésolus à mettre fin aux déplacements dangereux de réfugiés et de migrants, en particulier aux déplacements irréguliers de réfugiés et de migrants", "sans préjudice du droit de demander asile<sup>68</sup>." On se demande comment procéderont-ils pour rendre effective un tel engagement, sachant que la migration des réfugiés peut être due à une catastrophe naturelle dont les conséquences dépassent souvent les capacités de l'Etat victime, et que la migration de masse économique est largement liée à l'état de pauvreté de la plupart des pays pourvoyeurs de tels migrants. Qu'à cela ne tienne, les Etats expriment leur "profonde préoccupation devant le nombre élevé de personnes qui ont perdu la vie en transit"<sup>69</sup>. La sensibilité à la détresse des migrants de masse peut-elle dépasser le temps de l'émotion et des engagements non contraignants? Certes, des efforts sont déjà déployés pour secourir les personnes en détresse en mer et l'engagement des Etats à intensifier la coopération internationale en matière de renforcement des mécanismes de recherche et de sauvetage peut trouver une suite concrète. Mais, leur engagement "à s'attaquer aux facteurs de vulnérabilité au VIH et aux besoins en matière de santé qui sont propres aux migrants et aux populations mobiles, ainsi qu'aux réfugiés et aux populations touchées par des crises"<sup>70</sup> apparaît comme un vrai défi dont on peut douter qu'ils le relèvent au regard de l'ampleur des moyens nécessaires.

---

<sup>67</sup> Déclaration de New York, par. 22.

<sup>68</sup> *Ibid.*, par. 27.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par. 28.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par. 30.

44. La volonté de prendre en compte la problématique hommes-femmes, de protéger les droits et les libertés fondamentales de tous les enfants réfugiés et migrants, quel que soit leur statut, en donnant toujours la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant est réaffirmée à plusieurs reprises dans la Déclaration. Il est intéressant de noter sur ce point que les Etats s'engagent à se "conformer[...] à [leurs] obligations au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>71</sup>". Cet engagement politique ne lie-t-il que les Etats déjà parties à cette Convention ou peut-il être considéré comme une pratique assimilable à une déclaration d'acceptation de l'opposabilité de la Convention par les Etats non parties? A la vérité, la Déclaration est un impressionnant catalogue d'engagement à prévenir ou à lutter contre tous les facteurs qui sont à l'origine de la migration de masse et tous les comportements affectant les droits des migrants. Ainsi, les Etats s'engagent à lutter contre la xénophobie, le racisme et la discrimination contre les réfugiés et les migrants dans nos sociétés, et à prendre les mesures qui s'imposent pour améliorer leur intégration et leur insertion, selon qu'il conviendra, en particulier en ce qui concerne l'accès à l'éducation, aux soins de santé, à la justice et aux cours de langue, afin de réduire les risques de marginalisation et de radicalisation<sup>72</sup>. Dans le même esprit, ils réaffirment l'importance de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des deux protocoles s'y rapportant, et "encourage[nt] la ratification des instruments internationaux pertinents relatifs à la prévention de la traite des êtres humains et du trafic de migrants, à la lutte contre ceux-ci, l'adhésion à ces instruments et leur mise en œuvre<sup>73</sup>", conscients que les réfugiés et les migrants participant à des déplacements massifs de population sont davantage exposés à la traite des êtres humains et au risque d'être assujettis au travail forcé<sup>74</sup>.

*b) Engagements des Etats en faveur des migrants (migrants économiques de masse)*

45. La migration de masse économique est l'aspect de la migration internationale de masse disposant d'un régime juridique peu étoffé. Il ne dispose pas d'instruments juridiques spécifiques hormis ceux relatifs aux travailleurs migrants et leur famille, à la différence du déplacement massif des réfugiés. On ne peut pas dire que la Déclaration de New York comble cette lacune. Elle se borne pour l'essentiel à une réaffirmation de

<sup>71</sup> *Ibid.*, par. 32.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>73</sup> *Ibid.*, par. 34.

<sup>74</sup> *Ibid.*, par. 35.

principes établis en matière de mouvement international des étrangers et de droit international des droits de l'homme. En ce qui concerne le mouvement international des étrangers, les Etats rappellent que chaque État a le droit souverain de déterminer qui admettre sur son territoire, dans le respect des obligations internationales qui sont les siennes<sup>75</sup>. Il s'agit d'une règle de droit international coutumier transcrite par la Commission du droit international dans le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers<sup>76</sup>. Les Etats rappellent aussi qu'ils sont tenus de réadmettre leurs nationaux de retour et de faire en sorte que ceux-ci soient dûment accueillis sans délai injustifié, une fois leurs nationalités confirmées en application de la législation nationale<sup>77</sup>. S'agissant des droits de l'homme des migrants, les Etats s'engagent à protéger en tout temps la sécurité, la dignité et les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous les migrants, quel que soit leur statut migratoire<sup>78</sup>. Ils affirment que les enfants ne doivent pas être incriminés ni faire l'objet de mesures punitives en raison de leur statut migratoire ou de celui de leurs parents<sup>79</sup>.

46. L'engagement "à accroître les possibilités d'emploi, en particulier pour les jeunes, dans les pays d'origine"<sup>80</sup> paraît illusoire, et invraisemblable le fait *"d'envisager[...] d'ouvrir la voie à des migrations sûres, ordonnées et régulières, notamment, selon les cas, grâce à la création d'emplois, à la mobilité de la main-d'œuvre à tous les niveaux de compétence, à la migration circulaire, au regroupement familial et à des possibilités offertes dans le domaine éducatif"*<sup>81</sup>.

Plus réaliste paraît l'engagement des Etats à s'employer *"à rendre plus rapides, moins coûteux et plus sûrs les envois de fonds par les migrants tant dans les pays d'origine que dans les pays bénéficiaires, notamment grâce à la réduction des coûts de transaction, ainsi qu'en facilitant les échanges entre les diasporas et leur pays d'origine"*<sup>82</sup>.

47. La Déclaration accorde une attention particulière à l'application de normes du travail minimales pour les travailleurs migrants quel que soit leur statut, ainsi qu'au coût de leur recrutement et aux autres dépenses

<sup>75</sup> *Ibid.*, par. 42.

<sup>76</sup> *Rapport de la Commission du droit international* sur les travaux de sa Soixante-sixième session, doc. précité (n. 53).

<sup>77</sup> Enoncé conforme à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>78</sup> Déclaration de New York parle "des réfugiés et des migrants", par. 41.

<sup>79</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>80</sup> *Ibid.*, par. 44.

<sup>81</sup> *Ibid.*, par. 57.

<sup>82</sup> *Ibid.*, par. 46.



liées aux migrations, aux envois de fonds, aux transferts de compétences et de connaissances et à la création de possibilités d'emploi pour les jeunes. Il s'agit d'un aspect de la migration internationale, en particulier de la migration économique, qui met en évidence, d'une part, l'importance parfois méconnue ou sous-estimée des migrants dans la marché du travail, et en même temps la précarité du statut de ceux d'entre eux qui sont en situation irrégulière; d'autre part, leur contribution significative au développement économique et social des pays d'origine comme des pays d'accueil. On comprend que les Etats exhortent ceux d'entre eux qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de ratifier la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, et d'adhérer aux conventions pertinentes de l'Organisation internationale du Travail, selon qu'il conviendra.<sup>83</sup> De même, ils accueillent "chaleureusement" et appuient l'accord visant à rendre plus étroites les liens juridiques et les relations de travail entre l'Organisation internationale pour les migrations, "considérée par ses États membres comme l'institution pilote dans ce domaine à l'échelle mondiale", et l'Organisation des Nations Unies, en tant qu'organisation apparentée. Dans cet esprit, ils attendent "avec intérêt la mise en œuvre de cet accord qui rendra plus globales l'assistance et la protection assurées aux migrants, aidera les États à régler les problèmes liés aux migrations et favorisera une plus grande cohérence entre la question des migrations et les politiques qui s'y rapportent."<sup>84</sup>

48. Dans une formulation qui rappelle le travail de la CDI sur la Protection des personnes en cas de catastrophe, la Déclaration affirme également l'engagement des Etats à venir "en aide, de façon impartiale et en fonction des besoins, aux migrants dans les pays en proie à un conflit ou victimes d'une catastrophe naturelle, en œuvrant, le cas échéant, en coordination avec les autorités nationales compétentes. A cet égard, elle prend note de l'initiative Migrants dans les pays en crise et de l'Agenda pour la protection des personnes déplacées à l'extérieur de leur propre pays en raison d'une catastrophe et des changements climatiques, qui résulte de l'Initiative Nansen, tout en prenant acte du fait que tous les Etats n'y participent pas."<sup>85</sup>
49. Sur les conditions de retour et de réadmission des migrants, les Etats encouragent fortement "la coopération entre les pays d'origine ou de nationalité, les pays de transit, les pays de destination et les autres pays

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>84</sup> *Ibid.*, par. 48 et 49.

<sup>85</sup> *Ibid.*, par. 50.

concernés pour faire en sorte que les migrants qui n'ont pas la permission de rester dans le pays de destination puissent retourner, en application des obligations internationales de tous les États, dans leur pays d'origine ou de nationalité dans la sécurité, l'ordre et la dignité, de préférence sur une base volontaire, en tenant compte de la législation nationale et dans le respect du droit international." On retrouve ici l'écho des travaux de la CDI sur l'expulsion des étrangers. Dans la mesure où la coopération en matière de retour et de réadmission constitue un élément important de la coopération internationale en matière de migrations, une telle coopération "devrait", selon la Déclaration, "passer par une identification en bonne et due forme et la fourniture des documents de voyage voulus." L'énoncé selon lequel tout type de retour, qu'il soit librement consenti ou non, "doit être conforme à nos obligations au regard du droit international des droits de l'homme et au principe de non refoulement" est à la fois rassurant et ambiguë au regard de certains termes utilisés. Car, cette formulation donne à penser qu'un retour peut être conforme à la règle de non refoulement alors que cette règle exclut par principe tout retour, au sens de "renvoi" des réfugiés. Il eût été sans doute plus correct de dire: "*et s'effectuer dans le respect du principe de non refoulement*". L'ajout selon lequel il doit aussi être conforme aux règles du droit international et s'effectuer dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la légalité, paraît superflu; l'exigence de conformité au droit international, notamment le droit international des droits de l'homme, ainsi que le respect du principe de non refoulement, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la légalité auraient exprimé ces idées de manière plus ramassée. En tout état de cause, une attention particulière doit être accordée aux besoins des migrants en situation de vulnérabilité qui sont de retour dans leur pays, tels que les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées et les victimes de la traite. Les États jugent que les accords de réadmission existants "doivent être pleinement appliqués", bien qu'ils n'engagent que les États qui y ont souscrit. Ainsi, satisfaction a-t-elle été donnée à une des préoccupations majeures des pays de destination ou d'accueil des migrants qui voient dans ces accords de réadmission un instrument juridique approprié pour le renvoi des nombreux migrants en situation irrégulière. En contrepartie, ces pays se disent "favorables à l'octroi d'une aide accrue au titre de l'accueil et de la réintégration de ceux qui sont de retour dans leur pays."<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, par. 58.

*c) Engagements des Etats en faveur des réfugiés ('migrants de masse-réfugiés')*

50. Comme on l'a vu dans l'introduction générale au présent rapport, les conflits armés, les persécutions et la violence, y compris le terrorisme, comptent parmi les facteurs qui donnent lieu à des déplacements massifs de réfugiés. En le réitérant dans la Déclaration de New York, les Etats entendent s'attaquer aux "causes profondes de ces situations de crise" et s'employer à prévenir ou à régler les conflits par des moyens pacifiques. A cet égard, ils prendront "tous les moyens possibles" pour parvenir au règlement pacifique des différends, à la prévention des conflits et à la mise en place des solutions politiques à long terme qui s'imposent. La diplomatie préventive et la réaction rapide aux conflits de la part des Etats et de l'Organisation des Nations Unies "sont essentielles" à cette fin, de même que la défense des droits fondamentaux, la promotion de la bonne gouvernance et de l'état de droit, la mise en place d'institutions efficaces, responsables et inclusives, ainsi que le développement durable aux niveaux international, régional, national et local. Il est à noter que le respect du droit international humanitaire par toutes les parties aux conflits armés pourrait, selon la Déclaration, également contribuer à l'atténuation de l'ampleur du mouvement des réfugiés, dans la mesure où il pourrait entraîner la réduction des déplacements de population. Aussi, les Etats s'engagent "à défendre les principes humanitaires et le droit international humanitaire" et confirment également le respect qu'ils vouent aux règles de protection des civils en situation de conflit<sup>87</sup>.
51. Une des déclarations les plus significatives des Etats est la réaffirmation que la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et le Protocole de 1967 s'y rapportant "constituent la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés" et la reconnaissance de "l'importance de l'application intégrale et rigoureuse de ces textes par les Etats parties ainsi que les valeurs qui y sont consacrées." On pourrait se poser la question de la portée juridique de cette déclaration sachant que tous les Etats ayant acquiescé à la résolution portant Déclaration de New York ne sont pas parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967. Il semble que ce questionnement n'a pas échappé aux Etats, puisqu'ils "observ[ent] avec satisfaction que 148 Etats sont actuellement parties à l'un de ces textes ou aux deux" et "engage[nt] les Etats qui ne le sont pas à envisager d'y adhérer et les Etats parties ayant émis des réserves à songer à les retirer", constatant par ailleurs que certains Etats

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, par. 64.

non parties aux instruments internationaux applicables ont fait preuve de générosité dans l'accueil des réfugiés<sup>88</sup>. La formule précitée n'entend donc pas rendre opposable la Convention et son Protocole aux Etats qui n'en sont pas parties, mais les engagent à s'intégrer dans la pratique générale de l'application explicite ou implicite de ces instruments juridiques.

52. Les Etats réaffirment le droit international des réfugiés, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire comme cadre juridique permettant de renforcer la protection des réfugiés, faisant au passage une ouverture sur les textes régionaux précités concernant les réfugiés, en l'occurrence la Convention de l'Organisation de l'unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique et la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés dont ils prennent acte. Ils réaffirment par ailleurs l'importance de l'institution du droit d'asile et de la faculté de l'exercer, ainsi que du principe fondamental de nonrefoulement, en conformité avec le droit international des réfugiés<sup>89</sup>.
53. La Déclaration souligne la centralité de la coopération internationale qu'elle place "au cœur même du régime de protection des réfugiés". Conscient de ce que les déplacements massifs de réfugiés font peser un fardeau sur les ressources nationales, en particulier dans le cas des pays en développement, les Etats s'engagent, pour répondre aux besoins des réfugiés et des États d'accueil, "à promouvoir un partage plus équitable de la charge et des responsabilités que représentent l'accueil des réfugiés du monde entier et l'aide dont ils ont besoin, compte étant tenu des contributions actuelles et de la différence qui existe entre les États en termes de capacités et de ressources"<sup>90</sup>. Sur un plan pratique, pour chaque situation donnant lieu à des déplacements massifs de réfugiés, il revient au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, en étroite coordination avec les États concernés, y compris les pays hôtes, et avec la participation d'autres entités compétentes des Nations Unies, d'élaborer et d'amorcer une action globale à la question. Il s'agit de favoriser une "démarche multipartite mettant à contribution les autorités nationales et locales, les organisations internationales, les institutions financières internationales, les partenaires de la société civile (notamment les organisations confessionnelles, les organisations de la diaspora et les milieux universitaires), le secteur privé, les médias et les réfugiés eux-

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, par. 65.

<sup>89</sup> *Ibid.*, par. 66-67.

<sup>90</sup> *Ibid.*, par. 68.

mêmes<sup>91</sup>", dans les conditions établies par le cadre global prévu à cet effet et annexé à la Déclaration. La coopération passe également par des politiques ou accords d'admission des réfugiés qui soient conformes aux obligations que le droit international impose aux Etats<sup>92</sup>.

54. Le reste des énoncés de la Déclaration concernant les engagements en faveur des réfugiés est un catalogue de souhaits et de mesures pratiques que les Etats se proposent de prendre pour améliorer l'accueil et la sécurité des réfugiés. Dans ce cadre, le souhait de voir les formalités administratives assouplies afin que les procédures d'admission puissent être accélérées dans la mesure du possible est sans doute émis en direction des pays développés, principales destinations des réfugiés et autres migrants de masse. La disposition à aider les États à procéder à l'enregistrement rapide et efficace des réfugiés et à la délivrance des documents correspondants participe du même souci d'assurer un meilleur accueil et une protection adéquate aux réfugiés et de faciliter la fourniture de l'aide humanitaire. Dans le même temps, les Etats reconnaissent que la possibilité pour les réfugiés de demander l'asile dans le pays de leur choix peut être réglementée, pourvu qu'ils puissent solliciter et obtenir cette protection ailleurs. Par ailleurs, l'apatridie pouvant être l'une des principales causes du déplacement forcé, qui peut à son tour conduire à l'apatridie, les Etats prennent acte de la campagne lancée par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en vue de mettre fin à l'apatridie dans un délai de dix ans, et encouragent les États à réfléchir aux mesures qu'ils pourraient prendre afin de réduire le nombre de cas d'apatridie. A cette même fin, ils engagent les pays qui n'ont pas encore adhéré à la Convention relative au statut des apatrides de 1954 et à la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961 à envisager de le faire<sup>93</sup>.
55. En ce qui concerne les camps de réfugiés, les Etats considèrent qu'ils devraient être l'exception et, autant que possible, une mesure temporaire prise en réponse à une situation d'urgence. Ils soulignent que c'est aux États d'accueil qu'il incombe "au premier chef" de préserver le caractère civil et humanitaire des camps et installations de réfugiés; ils s'engagent à veiller à ce que ce caractère ne soit pas compromis par la présence ou les activités d'éléments armés et à faire en sorte que les camps ne servent pas à des fins incompatibles avec leur nature civile. Ils s'engagent également à veiller à ce que la fourniture d'aide aux réfugiés et aux communautés d'accueil soit adaptée aux circonstances, et à renforcer la sécurité dans les

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 69.

<sup>92</sup> *Ibid.*, par. 70.

<sup>93</sup> *Ibid.*, par. 71-72.

camps et les communautés locales environnantes, à la demande et avec le consentement du pays hôte<sup>94</sup>.

56. Les Etats saluent la "contribution extraordinairement généreuse" apportée à ce jour par les pays qui accueillent d'importantes populations de réfugiés et s'engagent à accroître l'appui qui leur est accordé. Ils demandent par ailleurs que les montants annoncés aux conférences d'annonce de contributions soient décaissés sans retard. Dans la recherche des solutions à la situation de réfugiés, ils privilégieront activement les solutions à long terme, en particulier pour les réfugiés de longue date, en mettant l'accent sur leur retour rapide et durable, dans la sécurité et la dignité, ce qui suppose des mesures de rapatriement, de réintégration, de réhabilitation et de reconstruction. Ces mesures méritent d'être appuyées par les États et autres intervenants, notamment par des contributions financières. Le rapatriement librement consenti par les réfugiés ne devrait pas nécessairement être subordonné au règlement des problèmes politiques dans le pays d'origine. Les Etats affichent au demeurant leur "intention d'accroître le nombre et la diversité des voies de droit offertes aux réfugiés en vue de leur admission ou de leur réinstallation dans un pays tiers", ce qui, en plus d'alléger le sort des intéressés, présente des avantages tant pour les pays tiers qui reçoivent des réfugiés que pour ceux qui accueillent d'importantes populations. Dans cette perspective, les États qui n'ont pas encore mis en place des programmes de réinstallation sont exhortés à envisager de le faire dans les meilleurs délais, cependant que ceux qui l'ont déjà fait sont encouragés à en augmenter l'étendue. L'objectif est de fournir des lieux de réinstallation et d'autres voies d'admission à une échelle qui permettrait de répondre aux besoins que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés recense annuellement<sup>95</sup>.
57. En dehors des programmes de réinstallation, les Etats comptent envisager l'expansion des programmes d'admission humanitaire existants, la possibilité de programmes d'évacuation temporaire (notamment pour raisons médicales), la mise au point d'arrangements souples qui faciliteraient le regroupement familial, le parrainage privé des réfugiés individuels, les possibilités, pour les réfugiés, de mobilité professionnelle, notamment par le biais de partenariats avec le secteur privé, et d'accès aux études, au moyen de bourses et de visas d'étudiants. Dans le cadre des mesures de protection des réfugiés, les Etats s'engagent à leur fournir une aide humanitaire de manière à subvenir à leurs besoins essentiels

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, par.73.

<sup>95</sup> *Ibid.*, par.74-78.

dans les principaux secteurs vitaux que sont, par exemple, les soins de santé, le logement, l'alimentation, l'eau et l'assainissement, à soutenir les pays et les communautés d'accueil, notamment en mettant à profit les connaissances et les capacités disponibles localement. Ils affirment par ailleurs leur détermination à assurer une éducation primaire et secondaire de qualité dans des environnements d'apprentissage sûrs pour tous les enfants réfugiés, et ce, dans les mois qui suivent le déplacement initial. Un appui sera fourni aux pays d'accueil à cet égard, car l'accès à une éducation de qualité, notamment pour les communautés hôtes, constitue une protection fondamentale pour les enfants et les jeunes dans les situations de déplacement, surtout en cas de conflit et de crise. Toujours dans le domaine de l'éducation, les Etats comptent également promouvoir l'enseignement supérieur, ainsi que l'apprentissage et la formation professionnelle ; car dans les situations de conflit et de crise, l'enseignement supérieur est un puissant facteur de changement, en ce qu'il protège et met à l'abri un groupe important de jeunes, hommes et femmes, en préservant leurs espoirs pour l'avenir, favorise l'intégration et la non-discrimination, et sert de catalyseur pour le relèvement et la reconstruction des pays sortant d'un conflit. Comme si ces engagements en matière sociale n'étaient pas déjà assez importants, vu leur ampleur et les moyens qu'ils requièrent pour leur mise en œuvre, les États s'engagent en outre à fournir un appui aux pays d'accueil à cet égard et à mettre au point des stratégies nationales concernant les réfugiés dans le cadre des systèmes nationaux de protection sociale, en tant que de besoin<sup>96</sup>.

58. Parmi les difficultés posées par les déplacements massifs de réfugiés, figurent la gestion des problèmes environnementaux et infrastructurels. Outre la nécessité de répondre aux besoins de développement et aux besoins humanitaires directs, les Etats s'emploieront à appuyer le relèvement sur les plans de l'environnement, de la société et de l'infrastructure dans les zones touchées par des déplacements massifs de réfugiés<sup>97</sup>.
59. Un constat s'impose: il existe un écart important entre les besoins des réfugiés et les ressources disponibles. Et les Etats s'en inquiètent. C'est pourquoi ils encouragent la diversification des donateurs et entendent prendre des mesures pour rendre plus souple et plus prévisible le financement de l'action humanitaire, en réduisant l'affectation spécifique de crédits et en favorisant un financement pluriannuel accru, afin de combler cet écart. Les Etats se félicitent à cet égard de la participation accrue de la Banque mondiale et des banques de développement

<sup>96</sup> *Ibid.*, par.79-83.

<sup>97</sup> *Ibid.*, par.85.

multilatérales, ainsi que des améliorations apportées à l'accès au financement du développement à des conditions avantageuses pour les communautés touchées. Il faudra compter avec l'engagement du secteur privé en faveur des communautés de réfugiés et des pays hôtes qui prendra dans les années à venir une importance capitale. De même, la Déclaration considère que la société civile est un partenaire clef dans toutes les régions du monde pour répondre aux besoins des réfugiés<sup>98</sup>.

### ***E- Méthodologie***

#### *1- Question terminologique: migrants de masse-refugiés et migrants de masse économiques*

60. La principale difficulté du sujet vient de son ambivalence. Il combine le phénomène collectif de la migration de masse et la question des droits de chaque migrant pris individuellement. Car, le phénomène décrit par le sujet du présent rapport est appréhendé en droit international essentiellement sous l'angle du droit des réfugiés. L'approche ici retenue est que la migration de masse inclut le phénomène des réfugiés, mais le dépasse. C'est du reste pourquoi tous ceux qui prétendent être des réfugiés ne sont pas nécessairement reconnus comme tels. Si tel était le cas, aucun migrant revendiquant la qualité de réfugié ne ferait l'objet de renvoi dans son pays, sauf pour des motifs de sécurité nationale, puisqu'il serait protégé par l'obligation de non refoulement.
61. L'expression "migrants de masse" recouvre, à notre compréhension, les deux catégories que sont les "réfugiés" d'une part, et les "migrants" d'autre part<sup>99</sup>, dans la terminologie courante. Si cette terminologie - qui donne à croire que les réfugiés ne seraient pas de migrants - ne nous paraît pas pertinente, la distinction catégorielle, elle, est fondée sur le plan juridique : les deux catégories de migrants ne sont pas régies en tout par les mêmes règles. Afin de mettre en évidence le fait que les réfugiés et les migrants économiques de masse sont des migrants, relevant cependant de régimes juridiques différents, on distinguera entre "migrants de masse-refugiés" (habituellement appelés "refugiés") et "migrants de masse économiques" (habituellement appelés "migrants").

#### *2- Approche méthodologique*

62. Bien que la migration de masse soulève divers problèmes qui ne peuvent tous être réglés uniquement par le droit, l'on se gardera d'une approche

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, par.86.

<sup>99</sup> Déclaration de New York parle "des réfugiés et des migrants".



philanthropique qui sort du cadre de la mission que s'est assignée l'Institut, dont le but est, comme le dispose l'article 1 (2) de ses Statuts, "de favoriser le progrès du droit international" suivant les modalités énoncées dans cette disposition. Le sujet sera donc abordé à partir des principes juridiques applicables au phénomène des réfugiés, mais aussi aux migrants qui n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie; l'idée étant que c'est après examen de la situation des migrants que l'on peut déterminer ultimement ceux qui relèvent de la catégorie des réfugiés et ceux qui ne peuvent pas accéder à cette catégorie. En effet, dans le contexte de la migration de masse, les migrants arrivent en masse, et quand bien même il pourrait y avoir des présomptions sur leur qualité au regard de leur origine géographique (viennent-ils d'un pays ou d'une région en conflit ou confronté à une catastrophe naturelle de grande ampleur) par exemple, on ne peut être fixé en définitive sur le statut des uns et des autres qu'après examen de leur situation.

63. L'approche du sujet sera strictement de droit international, car lors même qu'il porte sur une question spécifique, le droit relatif à la migration s'inscrit dans le droit international général. Cette approche de droit international exclut l'examen de la manière dont le droit interne de l'Etat organise la gestion des flux migratoires massifs sur son territoire. L'examen du sujet ne suivra pas un découpage fondé sur l'opposition entre les droits des migrants de masse et les obligations des Etats; il explorera plutôt les règles fondamentales régissant les rapports entre l'Etat et les migrants de masse à différentes étapes de la migration. De façon plus précise, il n'entre pas dans l'intention du rapporteur d'examiner l'ensemble des droits de l'homme des migrants de masse<sup>100</sup>, c'est-à-dire aussi bien pendant le parcours de migration qu'après l'admission sur le territoire d'accueil. On s'en tiendra dans le cadre du présent rapport à l'examen des droits des migrants de masse jusqu'à la prise d'une décision sur leur statut par rapport à l'Etat d'accueil. Enfin, le rapport n'examinera pas les questions institutionnelles ou celles liées aux conditions de séjour des migrants dans l'Etat d'accueil, telles que l'installation et la gestion des

---

<sup>100</sup> Sur les différentes facettes de la question on peut lire entre autres: Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, The Collected Courses of the Academy of European Law, Volume XXI/1, Oxford, Oxford University Press, 2014; et pour un aspect plus limité: Joan FITZPATRICK, "The Human Rights of Migrants", in T. A. ALEINIKOFF and V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 169-184; v. aussi Sylvie SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations: De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

camps ou structures d'accueil des migrants, ou l'insertion sociale des migrants dans la société d'accueil.

### III- Règles applicables aux migrants de masse en déplacement

64. La migration de masse suppose un mouvement de personnes. Ce mouvement, qui est suscité en général par une situation critique les amenant à fuir ou à quitter le pays où ils se trouvent, repose juridiquement sur le droit de toute personne de quitter un pays (A). Le droit international consacre au profit de la catégorie des migrants de masse appelés 'réfugiés' l'obligation de non refoulement par l'Etat de destination (B). Il prescrit en outre, pendant le parcours migratoire, une obligation d'assistance aux migrants de masse en détresse (C). Par ailleurs, il a paru utile d'examiner les mesures nationales de contrôle de la migration de masse à la lumière du droit international, la pratique de certains Etats visant à empêcher les migrants de masse d'arriver à leurs frontières (D).

#### *A- La liberté de mouvement: le droit de quitter un pays*

65. Le concept de "liberté de mouvement" est une expression doctrinale que l'on ne retrouve pas comme telle dans les instruments des droits de l'homme<sup>101</sup>. Ceux-ci la consacrent plutôt sous la formulation du "droit de quitter son pays". En tout état de cause, il est admis en droit international que l'Etat a, certes, compétence pour contrôler et réguler le mouvement des personnes à travers ses frontières, mais que "(c)ette compétence n'est pas absolue"; elle est "limitée par les droits des individus de se mouvoir à travers les frontières et par les obligations de l'Etat découlant des principes de droit international généralement acceptés et les accords internationaux applicables"<sup>102</sup>.
66. Le droit de toute personne de quitter un pays, qui implique la liberté d'émigrer, est établi en droit international. On trouve trace d'un tel droit déjà dans une très vieille législation britannique, la Magna Carta de 1215<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> V. V. CHETAIL, "Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights perspective", *in op. cit.*, pp. 47 et s.

<sup>102</sup> Louis SOHN and Thomas BUERGENTHAL, "The Movement of Persons Across Borders", (1992) 23 *Studies in Transnational Legal Policy*, p. 1 (Traduction du Rapporteur).

<sup>103</sup> Il y était dit au Chapitre 42: "In future, it shall be lawful for any man to leave and to return to our kingdom unharmed and without fear, by land or water, and preserving his allegiance to us, except in time of war, for some short time, for the common benefit of the realm.", cité par G. CONRNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 137.

Les auteurs anciens, de F. Vitoria au XV<sup>ème</sup> siècle à J. C. Bluntschli et F. de Martens au XIX<sup>ème</sup> siècle, en passant notamment par Grotius, Pufendorf et Vattel soutenaient et justifiaient, souvent pour des raisons différentes motivées dans certains cas par les intérêts de leurs pays, l'idée de liberté d'émigration en tant qu'attribut de la liberté individuelle<sup>104</sup>. Par la suite, ce droit a été consacré par les traités des droits de l'homme<sup>105</sup>. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948, qui est sans doute le premier instrument de droit international à énoncer clairement ce droit, affirme que "(c)haacun a le droit de quitter un pays"<sup>106</sup>. Elle a été suivie par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966<sup>107</sup> qui adopte, comme on le verra, une formulation nuancée, puis par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (CEDR)<sup>108</sup>, la Convention sur les droits de l'enfant (CDE)<sup>109</sup>, la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille<sup>110</sup>, et tous les principales conventions régionales en matière des droits de l'homme<sup>111</sup>. On a montré de façon convaincante qu'au regard, notamment, du nombre particulièrement élevé d'Etats parties aux conventions internationales consacrant ce droit, de la rareté des réserves formulées par lesdits Etats, il y avait lieu de conclure, avec plusieurs autres auteurs, que cette règle a désormais un fondement en droit international coutumier<sup>112</sup>.

67. La liberté de mouvement est un principe auquel l'acte constitutif de l'OIM invite les Etats à adhérer: selon l'article 2 de cet acte, la qualité de membre de cette organisation est ouverte aux Etats "qui ont un intérêt avéré pour le principe de la liberté de mouvement des personnes".

<sup>104</sup> V. V. CHETAIL, "The transnational movement of persons under general international law - Mapping the customary law foundations of international migration law", in V. CHETAIL and Celine BAULOZ (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar, 2014 pp. 10-14.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 16-19.

<sup>106</sup> Article 13(2); v. parallèlement l'article 29.

<sup>107</sup> V. article 12(2).

<sup>108</sup> V. article 5(d) (ii).

<sup>109</sup> V. article 10(2).

<sup>110</sup> V. article 8(1).

<sup>111</sup> V. Protocole n°4 à la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme), article 2(2); Convention américaine des droits de l'homme, article 22(2); Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 12(2).

<sup>112</sup> V. V. CHETAIL, "The transnational movement of persons under general international law - Mapping the customary law foundations of international migration law", *op. cit.*, p. 25, et la note 136 pour la longue liste des auteurs qui partagent cette analyse.

68. On estime que ce principe comporte trois aspects: le droit de quitter tout pays, le droit d'entrer ou de retourner dans son propre pays, et le droit de chacun se trouvant légalement sur le territoire d'un Etat d'y jouir de la liberté de mouvement et de la liberté de choisir sa résidence dans cet Etat,<sup>113</sup> l'exercice de chacun de ces droits étant susceptible de limitation dans les conditions prévues par le droit international.
69. Les conditions d'exercice du droit de quitter un pays ne sont pas les mêmes en temps normal et en temps de crise. En temps normal, le droit de quitter un pays est soumis à l'obtention des documents de voyage délivrés par les autorités du pays en question. Il s'agit en général d'un passeport en cours de validité auquel certains pays ajoutent l'exigence d'un visa de sortie. Il en va différemment en temps de crise où l'Etat d'origine de l'émigré est sévèrement affecté. Bien souvent, les services d'émigration, voire de l'administration dans son ensemble, ne fonctionnent guère, dans un contexte où l'Etat s'est effondré. C'est ce type de situation qui génère la migration de masse qui, on l'a dit, est une migration d'urgence et des temps de crise. En effet, les migrants de masse sont engagés dans une course pour la survie; ils veulent quitter le plus vite possible et par tous les moyens un pays où leur vie est en danger du fait des événements dont ils ne sont généralement pas les acteurs, ou du traitement qui leur est infligé ou peut leur être infligé, ou de toutes sortes d'actes discriminatoires contraires au droit international. Le droit de quitter un pays est ici souvent un droit d'échapper à la mort, à la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants. Dans ces conditions, on ne peut s'attendre à ce que les personnes concernées obtiennent des documents de voyage. En général, ceux d'entre eux qui en possèdent les ont obtenus avant la crise ou avant que celle-ci n'affecte sévèrement le fonctionnement de l'Etat.

### ***B- Non refoulement***

70. Le principe de non refoulement est un corolaire du droit au refuge<sup>114</sup>; il est le fondement de la protection de tous les migrants entrant dans la catégorie des réfugiés. Ceux-ci sont, en principe, les seuls bénéficiaires de cette règle (1). Après avoir rappelé ce que le droit international entend par le terme 'réfugié', on examinera la teneur et la portée de la règle de non refoulement (2). On exposera ensuite que cette règle n'implique pas une admission automatique,

---

<sup>113</sup> V. R. PERRUCHOUD, "State sovereignty and freedom of movement", in B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, and J. REDPATH-CROSS, *op. cit.*, p. 129.

<sup>114</sup> Sur le droit au refuge, v. notamment B. M. METOU, "Le droit au refuge" in G. S. GOODWIN-GILL et Ph. WECKEL, *op. cit.*, pp. 561-594.

par l'Etat de destination, de tous les migrants qui se revendiquent de la catégorie des réfugiés (3), avant de montrer ses limites (4).

*1- Bénéficiaires: les réfugiés*

71. Les migrants de masse, dans l'acception du présent rapport, correspondent en partie à ceux que le droit international considère comme des réfugiés en vertu de l'article 1 A de la Convention de 1951 relative au Statut des réfugiés, ensemble les dispositions de l'article 1 (1) du Protocole de 1967<sup>115</sup> à ladite Convention, qui entendent par "réfugié":

*"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.*

*Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression "du pays dont elle a la nationalité" vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle la nationalité, toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est pas réclamée de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité."*

72. L'article 1<sup>er</sup> (1) et (2) de la Convention de l'OUA du 10 septembre 1969 donne une définition à la fois plus large et plus spécifique, qui se veut complémentaire à la Convention de 1951 et reste d'application régionale<sup>116</sup>. Il dispose:

*"(1) Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'applique à 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 et 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*

<sup>115</sup> Résolution 2198 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>116</sup> Convention régissant les aspects spécifiques du problème des réfugiés en Afrique, entrée en vigueur en 1974. Pour une analyse de fond et un guide pour l'interprétation de cette Convention, voir UNHCR, *Guidelines on international protection N° 12*. (Distr. Général: HCR/GIP/16/12), 02 December 2016, p. 10-12.

*sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.*

*2. Le terme "réfugié" s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité."*

73. Dans le même souci de se donner une définition du réfugié leur permettant de faire face à leur situation régionale propre, les Etats d'Amérique latine ont décidé, dans le cadre de la Déclaration de Carthagène de 1984, d'élargir la définition contenue dans la Convention de 1951 à des personnes fuyant leur pays pour divers motifs d'atteinte aux droits de l'homme. En effet, la Déclaration inclut dans le concept de réfugié
- "persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflict, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order."<sup>117</sup>*
74. Comme la Convention de l'OUA de 1969 - et sans qu'il soit besoin de revenir sur son caractère non contraignant - la Déclaration de Carthagène, comme celles subséquentes, est avant tout d'un instrument de portée régionale. Toutefois, rien n'empêche que ces instruments régionaux puissent servir de source d'inspiration pour l'évolution de la pratique générale sur le concept de réfugié. Pour l'instant, sur un plan général, l'analyse sera basée sur la définition contenue dans la Convention de 1951 et la pratique à laquelle elle a donnée lieu, telle que dégagée notamment par le HRC.
75. L'impact des droits de l'homme sur la définition des réfugiés n'est pas négligeable. Après tout l'idée même de crainte de la persécution ne renvoie-t-elle pas à celle d'atteinte ou de menace d'atteinte grave aux droits des personnes concernées? Cette approche de la définition des réfugiés à partir d'une perspective des droits de l'homme trouverait écho auprès de plusieurs juridictions nationales<sup>118</sup>. La notion de persécution

<sup>117</sup> Déclaration de Carthagène, Conclusions de colloque, par. 4. Pour une analyse de fond et un guide pour l'interprétation de cette Convention, voir UNHCR, *Guidelines on international protection N° 12*, op. cit., p. 12-16.

<sup>118</sup> V. les cas cités par V. CHETAIL, "Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law", in, in Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, op. cit., p. 27.

qui est à la base de cette analyse étant présente dans la définition de la Convention de 1951 sur les réfugiés, cette lecture des choses n'ajoute rien de fondamental à cette définition.

76. Au regard de la définition de l'article 1 A de la Convention de 1951 relative au Statut des réfugiés, ensemble les dispositions de l'article 1 (1) du Protocole de 1967<sup>119</sup> à ladite Convention rappelée ci-dessus, trois principaux critères permettent d'identifier un réfugié. Premièrement, le demandeur du refuge doit être un étranger par rapport à l'Etat d'accueil. Deuxièmement, il doit courir un risque réel, d'où l'expression "craignant avec raison"; ce genre de risque est identifié dans certaines jurisprudences nationales par des expressions comme "*reasonable possibility*", "*reasonable degree of likelihood*", "*serious possibility*", "*real chance*"<sup>120</sup>, toutes formules qui écartent un risque simplement spéculatif. Troisièmement, le risque encouru n'est pas n'importe lequel; il doit s'agir pour la personne en quête de refuge du risque sérieux "d'être persécuté", ce qui implique que la personne concernée puisse apporter la preuve d'un tel risque. A cet égard, on peut partager la position, d'une jurisprudence interne certes, selon laquelle cette preuve peut être établie à travers une "*sustained or systematic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection*"<sup>121</sup>.
77. On peut penser que le test de ces trois critères ne serait pas nécessaire dans les cas où la migration de masse est la conséquence directe d'un conflit armé; car, dans ce cas les deux éléments déterminants que sont la probabilité du risque et sa dangerosité pour les personnes concernées sont, *a priori*, inhérents à la cause de la migration<sup>122</sup>. Pour autant, et en

<sup>119</sup> Résolution 2198 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>120</sup> V. les références jurisprudentielles données par James C. HATHAWAY, in *op. cit.*, p. 184, notes 331 à 35.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 185, note 37. Rappelons que d'après le HCR, la qualité de réfugié est acquise avant que la personne qui a une telle qualité reçoit formellement le statut de réfugié. Ce n'est donc pas la reconnaissance de ce statut qui fait de lui un réfugié, elle a une portée déclarative. La personne ne devient pas réfugié du fait de cette reconnaissance, mais elle est reconnue comme tel parce qu'elle est un réfugié. Pour l'interprétation que la HRC donne de la définition de réfugié contenue dans la Convention de 1951 à partir de sa pratique, voir UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedure and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Reissued Geneva, 2011, p. 9-22.

<sup>122</sup> Une telle analyse peut trouver appui dans le *Guidelines on international protection N° 12* précité, où l'on lit au paragraphe 5: "Any particular classification of an armed group, for example as criminal or political, is not necessary or determinative for the purpose of refugee status determination [...] Regardless of [...] characterizations [of different situations of armed conflicts], the method of assessing the claim to refugee status is the

dépit de cette forte présomption, il ne semble pas que toute personne provenant d'une zone de conflit armé soit automatiquement considérée comme un réfugié. C'est ce que laisse apparaître une Directive de l'UE, qui applique une "protection temporaire" à ceux qui ne sont pas qualifiés de réfugiés mais courent un risque réel de préjudice, notamment lorsqu'il y a un *'serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.'*<sup>123</sup> Quoi qu'il en soit, rien n'interdit à l'Etat d'accueil de procéder même dans le cas d'afflux de personnes provenant d'une zone de conflit armé, non seulement à l'identification des migrants pour vérifier s'ils proviennent effectivement de la zone du conflit ou du pays où les droits élémentaires de l'homme sont systématiquement violés, mais également pour s'assurer qu'ils ne comprennent pas des personnes qui, même en provenant des pays affectés, constituent une menace pour sa sécurité nationale, voire son ordre public.

78. En pratique, l'identification du réfugié repose sur une présomption favorable qui permet d'accorder au demandeur du refuge des droits avant même que ne leur soit octroyé formellement le statut de réfugié. Comme l'indique le HCR:

*"A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee."*<sup>124</sup>

79. Pour autant, il ne suffit pas que des personnes répondent à la définition de réfugié pour que l'admission sur le territoire de l'Etat de refuge leur soit acquise de plein droit et que le statut de réfugié leur soit accordé

---

same –a full and inclusive application of the refugee definition to the situation at hand is required, as is set out in these Guidelines."

<sup>123</sup> European Union: Council of the European Union, Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), 20 December 2011, OJ L 337; December 2011, Article 2(F).

<sup>124</sup> United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (UNHCR, 1992), p. 28.



immédiatement<sup>125</sup>. Comme on le verra plus loin dans ce chapitre, l'Etat sollicité peut encore exercer un droit de refoulement sur la base des considérations de sécurité nationale.

80. Enfin, il convient de rappeler l'effet extraterritorial du statut de réfugié établi par le Comité exécutif du HCR des Nations Unies dans sa Conclusion n°12 "Sur l'effet extraterritorial de la détermination du statut de réfugié", certes non contraignante. Le point *f*) de cette Conclusion énonce que "le but même de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 implique que le statut de réfugié déterminé par un Etat Partie sera également reconnu par les autres Etats Parties". Selon le point *g*), le statut de réfugié déterminé par un Etat Partie ne pourrait être remis en question par un Etat Partie que s'il apparaît que la personne concernée ne remplit manifestement pas les exigences de la Convention."

## 2- Règle

81. A l'origine, la règle de non refoulement est une obligation conventionnelle contenue dans l'article 33 (1) de 1951 sur le Statut des réfugiés. Il convient de rappeler la teneur de cette disposition expressément intitulée "Défense d'expulsion et de refoulement":

*"Aucun des Etats Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions."*

Il s'agit d'une disposition dont le caractère fondamental avait été affirmé par la Conférence des Plénipotentiaires de 1951.<sup>126</sup> Bien que d'origine conventionnelle, l'obligation de non refoulement est généralement considérée de nos jours comme une règle de droit international coutumier<sup>127</sup>. On a même argué de la nature *jus cogens* de la règle<sup>128</sup>. On

<sup>125</sup> Par exemple, on estime que sur les 42 millions de réfugiés qui existaient dans le monde en 2012 d'après le HCR, seule une infime partie avaient acquis le statut de réfugié; v. Stéphanie J. SILVERMAN and Amy NETHERY, "Understanding immigration detention and its human impact", in Amy NETHERY and Stephany SILVERMAN (eds.), *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, Routledge, London/New York, 2015, p. 4.

<sup>126</sup> V. *Travaux préparatoires*, 16<sup>ème</sup> séance, le 23 novembre 1951, (UN Doc. A/CONF.2/SR. 35, p. 21) les interventions des représentants de divers Etats, notamment de Mgr COMTE (Saint-Siège) et de M. CHANCE (Canada).

<sup>127</sup> V. en ce sens par exemple: D. MARTIN, in *op. cit.*, p. 37 qui dit : "This obligation (of non refoulement) may now be considered part of customary international law"; voir aussi KALIN e.al., commentaire de l'Article 33 (1) dans A. ZIMMERMANN (ed.) *The*

se gardera de débattre de cette idée qui apparaît au mieux comme une approche de *lege ferenda* de la portée de cette obligation.

82. La première question que soulève le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 33 est l'association des deux termes "expulsion" et "refoulement". Nul ne peut croire qu'ils sont ici employés comme des synonymes, car cela ne relèverait pas de la bonne rédaction juridique. Si les rédacteurs de la Convention ont employé les deux termes, c'est assurément pour signifier deux faits juridiques différents. Mais faute d'explication ou de définition des deux termes, il y avait un risque de confusion. Ce risque n'échappa pas au représentant de la Suisse à la Conférence dont l'interprétation fournit une clarification qui s'avérait nécessaire. Il déclara: "D'après la conception du Gouvernement suisse, le terme « expulsion » s'applique à un réfugié déjà admis sur le territoire d'un pays. Le terme « refoulement » a un sens plus vague, mais ne peut pas s'appliquer à un réfugié qui n'a pas encore pénétré sur le territoire d'un pays. L'expression employée dans le texte anglais « *to return* » indique bien cette idée. L'article 28 implique cependant l'existence de deux catégories de réfugiés : les réfugiés susceptibles d'être expulsés et les réfugiés susceptibles d'être refoulés".
83. En tout état de cause, la question du sens qu'il convient de donner au mot « refoulement » exigea que les Etats représentés à la Conférence prennent, sur ce point, une position nette. Le délégué de la Suisse estima que ce terme concerne uniquement les réfugiés qui ont déjà pénétré dans un pays, mais qui n'y ont pas encore leur résidence. Selon son

---

*1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp. 1345–1346.

<sup>128</sup> V. Jean ALLAIN, "The *Jus Cogens* Nature of non-refoulement", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, N°4, p. 533 et s.; Satvinder JUSS, "Exodus after Conflict", in Laura WESTRA, Stavinder JUSS and Tullio SCOVAZZI (eds.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, *op. cit.* p. 114 Cette idée est reprise et suivie par les auteurs du projet du "International Migration Bill of Rights" précité dans le commentaire de l'article 12 dudit projet (in *op. cit.*, p. 498), citant à l'appui Guy S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, OUP, 1983, p. 97 et Erika FELLER, "Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths, and the Promise of Things to Come" *18 International Journal of Refugee Law*, 2006, pp. 509 et s., spéc. p. 523. Ces auteurs confondent manifestement "règle indérogeable" et règle "la plus fondamentale", car ils citent un passage de l'article d'E. Feller où celle-ci dit de la règle de non refoulement qu'elle est "the most fundamental of all international refugee law obligations"; or, une obligation peut être "la plus fondamentale" (notion doctrinale) sans être "indérogeable". L'idée selon laquelle l'obligation de non refoulement serait *jus cogens* est également reprise, mais sans commentaire dans un sens ou dans autre par Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH and Vanessa FREZE, "Coastal States Obligations in the Context of Refugees at Sea under the European Convention on Human Rights", *20 Ocean and Coastal Law Journal*, 57, 2015, pp. 60-61.

interprétation, "les Etats ne sont pas obligés d'admettre à franchir leur frontière des groupes considérables de personnes réclamant le statut des réfugiés<sup>129</sup>." Mais, il suffira à la Conférence d'établir qu'elle est une règle de droit international en vigueur dont on s'accorde aujourd'hui sur le caractère coutumier. Et il ajouta que son pays "serait heureux de savoir si l'interprétation qu'il a donnée des deux termes en question est acceptée par les Etats représentés à la Conférence"; car, si tel était le cas, la Suisse n'éprouverait aucune difficulté à accepter l'article 28 "sur lequel, conformément à l'article 36 du projet de convention, les Etats ne peuvent formuler aucune réserve."

84. Aucun Etat ne s'opposa à cette interprétation. Au contraire, elle fut appuyée par le représentant des Pays-Bas. Ce dernier insista pour que, afin d'éviter toute ambiguïté et de rassurer son Gouvernement, il fût consigné dans le compte rendu de la Conférence "qu'il y avait un accord sur l'interprétation que la possibilité pour des migrations de masse à travers les frontières ou des tentatives de migrations de masse n'étaient pas couvertes par l'article 33(...)<sup>130</sup>." En l'absence d'objection, le Président décida que la déclaration du délégué des Pays Bas serait consignée dans le compte rendu de la Conférence. Cette déclaration fut soutenue au demeurant par les représentants de l'Italie et de l'Allemagne, en plus de la Belgique et de la Suède qui avaient soutenu l'interprétation de la Suisse en première lecture. Il faut bien croire donc que l'interprétation proposée par de la Suisse, appuyée par les Pays Bas et les autres Etats précités, est le sens à donner aux termes expulsion et refoulement dans le cadre de l'article 33 (1) de la Convention de 1951, ce d'autant plus que la pratique des Etats semble ne pas la contredire.
85. La déclaration du représentant des Pays-Bas est particulièrement intéressante dans le cadre de l'étude sur les migrations de masse. Au nom de ce pays, son représentant dit se rendre parfaitement compte de l'importance des principes fondamentaux sur lesquels repose l'article 28, mais, affirmait qu' "en tant que pays limitrophe d'autres pays, les Pays-Bas hésit(ai)ent quelque peu à accepter sans conditions des obligations lorsqu'il s'agit d'afflux massifs de réfugiés, à moins que la collaboration internationale ne soit suffisamment organisée pour faire face à une telle

<sup>129</sup> Déclaration de M. ZUTTER pour la Suisse: *Travaux préparatoires*, 23 novembre 1951, UN Doc. A/CONF.2/SR. 35.

<sup>130</sup> V. *Travaux préparatoires*, 16e séance, le 23 novembre 1951, UN Doc. A/CONF.2/SR. 35, p. 21.

situation<sup>131</sup>." Le représentant de la Belgique attira pour sa part l'attention de la Conférence "sur le fait que, dans l'article 28, l'interdiction de refoulement peut être comprise comme s'appliquant aux particuliers mais non à des groupes considérables. C'est ainsi que l'interprète le Gouvernement belge<sup>132</sup>." Ces deux déclarations ne suscitèrent vraiment pas de débat, et la question de l'application du principe de non refoulement en cas d'afflux massif de migrants fut passée sous silence. En effet, le représentant de la France se borna à faire observer "que l'amendement commun de la France et du Royaume-Uni parle du pays où réside le réfugié. Il n'est dès lors pas possible d'envisager l'hypothèse d'un afflux massif de réfugiés."<sup>133</sup> Cette question est donc restée entière.

86. Le second point important des débats de la Conférence au sujet de l'article 28 (33 actuel) portait sur l'amendement conjoint de la France et du Royaume-Uni, relativement à la portée de cet article. Cet amendement consistait, selon le représentant de la France, à dire que puisqu'il ressort du projet de Convention "le principe qu'un Etat peut refuser le droit d'asile", il est donc "légitime que les pays qui l'accordent puissent le retirer dans certaines circonstances", car, si le droit d'asile devait être "un droit inconditionnel", l'Etat regarderait à deux fois avant de l'accorder. Et de préciser que "la France et le Royaume-Uni n'ont nullement l'intention d'opposer au droit d'asile des raisons fondées sur l'indigence. Seules peuvent être invoqués contre ce droit des raisons telles que la sécurité du pays."<sup>134</sup> Mais dans sa rédaction, l'amendement parlait plutôt des "raisons sérieuses", formulation introduite par le représentant du Royaume-Uni qui expliquait qu'il fallait "laisser aux Etats la faculté de déterminer eux-mêmes<sup>135</sup>." Tout en se disant intéressé par l'amendement conjoint, le représentant du Saint-Siège exprima cependant son désaccord avec l'expression "raisons sérieuses" qu'il trouvait vague et porteur d'un risque d'abus. Quelques modifications sur ce projet d'amendement conjoint France-Royaume-Uni furent approuvées. Ainsi, de la suppression<sup>136</sup>, sur proposition de la Suède, des mots "dans ce même pays" qui faisait craindre qu'une personne non considérée comme réfugié pourrait être

---

<sup>131</sup> Déclaration de M. van BOETZELAER (Pays-Bas), *ibid.*; v. aussi les déclarations de M. THEODOLI (Italie) et de M. von TRÜTZSCHLER (République fédérale allemande), *ibid.*

<sup>132</sup> Déclaration de M. HERMENT (Belgique), *ibid.*

<sup>133</sup> Déclaration de M. ROCHEFORT, *ibid.*

<sup>134</sup> Déclaration de M. ROCHEFORT, *ibid.*

<sup>135</sup> Déclaration de M. HOARE, *ibid.*

<sup>136</sup> Par 6 voix contre 4, avec 12 abstentions, *ibid.*

renvoyée dans le pays qu'il avait fui; moyennant quoi, l'amendement conjoint, ainsi modifié, fut adopté<sup>137</sup>.

87. En principe, le non refoulement n'entraîne pas automatiquement l'octroi du droit d'asile, ou de quelque autre statut conférant un droit de résidence durable ou permanente au réfugié. La pratique est cependant contrastée. Certains pays en développement ont tendance à octroyer le droit d'asile à des personnes qui remplissent les conditions pour bénéficier du statut de réfugié. Mais une telle pratique s'accompagne-t-elle vraiment d'une *opinio juris* ? Ou bien s'agit-il simplement de réaction compassionnelle face à la détresse humaine? Il est bien difficile de répondre à ces questions, ce d'autant plus qu'aucun Etat ne semble prêt à renoncer à ses prérogatives souveraines en matière d'admission des étrangers, migrants de masse ou non, sur son territoire.
88. Il échet de rappeler qu'il ressort des travaux préparatoires de la Conférence de 1951 que lors de l'examen du projet d'article 28, devenu l'article 33 dans la version finale de la Convention, le représentant de la Suède avait proposé un amendement au paragraphe 1 visant "le cas où les réfugiés seraient expulsés à destination d'un pays où leur vie ne serait pas directement en danger mais où ils seraient exposés au risque d'être expulsés à nouveau vers un pays où ils seraient effectivement en danger."<sup>138</sup> Les représentants de la France et du Royaume-Uni qui avaient proposé un amendement conjoint au même projet d'article, mais également le représentant du Saint-Siège s'étaient opposés à cette proposition suédoise<sup>139</sup>. Pour la France, "si les pays limitrophes d'un Etat contractant ne sont pas parties à la Convention et décident, comme ce pourrait être le cas, de n'accorder le droit de séjour à aucun réfugié, cet Etat contractant risquerait de se retrouver dans une situation très difficile car l'amendement suédois ne lui permettrait pas alors d'expulser le réfugié<sup>140</sup>." On aurait pu voir dans cette position un prélude à la notion de "pays sûr", sauf qu'il ressort des débats que la sûreté du pays ne fut pas la préoccupation de ceux qui ont objecté à la proposition suédoise. Il leur suffisait qu'un pays limitrophe - quel qu'il fût - veuille bien accueillir des réfugiés.

<sup>137</sup> Par 19 voix contre zéro, avec 3 abstentions, *ibid.*

<sup>138</sup> Déclaration de M. PETERSEN pour la Suède, *ibid.*

<sup>139</sup> V. les interventions respectives de M. ROCHEFORT pour la France, de M. HOARE pour le Royaume-Uni, et de Mgr COMTE pour le Saint-Siège, *ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

89. Quoi qu'il en soit, selon la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *John Doe v. Canada*<sup>141</sup>, le principe de non refoulement interdit à l'Etat non seulement de renvoyer le réfugié directement vers le pays d'où il a fui la persécution, mais aussi de pratiquer le "refoulement indirect" ou "en chaîne" ("*indirect refoulement*" or "*chain refoulement*") qui consiste à renvoyer les réfugiés vers un Etat tiers. Telle est la jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *T. I. c. Royaume-Uni* par exemple, la Cr.EDH a déclaré que le Royaume-Uni ne pourrait pas dégager sa responsabilité pour violation du principe de non refoulement en renvoyant un réfugié demandeur dans la cause dans un autre Etat Partie à la Convention de Dublin régissant la politique du "pays tiers sûr" au sein de l'Union européenne<sup>142</sup>. Dans une jurisprudence plus récente, la Cour a procédé "à un élargissement notable du champ matériel du non refoulement en y incluant le risque de violation flagrante du droit à la liberté et à la sûreté<sup>143</sup>", clarifiant ainsi une question qui demeurerait non tranchée jusque-là<sup>144</sup>.

### 3- Non refoulement et admission

90. Le principe de non refoulement inclut-il la non exclusion ou le refus à la frontière des personnes qui apparaissent comme des réfugiés ou qui en demandent le statut? La question a été débattue. Il semble que la règle était considérée, au moins dans les années 1960, comme n'englobant pas une obligation absolue de non exclusion ou de non refus des migrants de masse à la frontière. C'est du moins ce que montre la Déclaration de Nations Unies de 1967 sur l'Asile territorial.<sup>145</sup> Si l'alinéa 1 de l'article 3 de cette Déclaration interdit le refus à la frontière, l'alinéa 2 du même article autorise une exception à cette règle "*for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in case of mass influx of persons.*" Mais, il faut bien voir qu'alors il n'y avait déjà pas d'unanimité sur la portée de l'article 33 en 1951, les auteurs ne

<sup>141</sup> *John Doe v. Canada*, Report N°78/11 - Case 12586 Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), 21 July 2011.

<sup>142</sup> E.C.H.R. *T. I. c. Royaume-Uni* (Requête n° 43844/98) 7 mars 2000; voir aussi E.C.H.R. *K.R.S. c. Royaume-Uni* (Requête n° 32733/à8) 2 décembre 2008 qui confirme le principe affirmé dans l'arrêt *T. I. c. Royaume-Uni*.

<sup>143</sup> V. Cr.EDH (4e sect.), *Othman (Abu Katada) c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, (req. 8139/09), pars. 231-235, cité par V. CHETAIL et Géraldine RUIZ, "Asile et immigration", *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/5, p. 868.

<sup>144</sup> V. V. CHETAIL, in *op. cit.*, p. 868.

<sup>145</sup> Déclaration adoptée par l'Assemblée générale, NUAG Res. 2312 (XXII), 14 décembre 1967.

s'accordent pas non plus à ce sujet même de nos jours. Il n'est pas douteux les Etats n'avaient pas voulu introduire dans la Convention des dispositions sur la question de l'admission des réfugiés<sup>146</sup>.

91. Le comportement des Etats fournit divers exemples de renvoi à la frontière allant dans le sens de l'alinéa 2 de l'article 3 de la Déclaration précitée. Ce fut le cas à la fin des années 1970, de la Malaisie et de la Thaïlande au plus fort de la guerre du Vietnam, lorsque le pic des réfugiés vietnamiens était à son niveau le plus élevé. Dans le même sens, on mentionnera l'attitude plus récente de l'Australie rejetant à ses frontières les migrants venus de pays en guerre au Moyen-Orient et en Asie mineure, notamment d'Irak et d'Afghanistan, ou, comme on l'a vu, mettant en place des dispositifs pour empêcher ces migrants d'approcher de ses frontières maritimes. Il convient cependant d'indiquer que ces pratiques suscitent la réprobation internationale. Les Etats-Unis quant à eux ont mis en place un programme d'interdiction pour prévenir l'arrivée des navires transportant les migrants demandeurs d'asile potentiels, comportant un mécanisme de tri parmi les réfugiés avant le renvoi des migrants interdits. Toutefois, les instructions furent modifiées pendant un moment au début des années 1990 pour autoriser le renvoi immédiat des migrants haïtiens sans tri. La Cour suprême des Etats-Unis rejeta, dans un arrêt de 1993<sup>147</sup>, une mise en cause de tels renvois sur la base de l'article 33 de la Convention de 1951 sur les réfugiés et ses lois d'application aux Etats-Unis, après un long examen du langage de cette Convention et de ses travaux préparatoires.<sup>148</sup>
92. Cette décision de la juridiction suprême américaine est restée controversée. Néanmoins la pratique montre clairement que le principe de non refoulement n'empêche nullement les Etats d'utiliser diverses barrières et obstacles procéduraux pour empêcher les migrants d'atteindre leurs frontières et *a fortiori* d'accéder à leurs territoires. En dépit des critiques récurrentes de telles pratiques, l'examen des travaux préparatoires de la Convention de 1951 révèle, comme l'a montré D. Martin, une aversion partagée par les représentants de plusieurs Etats " *to granting a 'blank*

<sup>146</sup> V. G. S. GOODWIN-GILL, Jane McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2007, 3rd ed. 2016, p. 207.

<sup>147</sup> *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993).

<sup>148</sup> V. David A. MARTIN, "The Authority and Responsibility of States", in T. A. ALEINIKOFF and V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 38.

*cheque' for future migration through refugee guarantees.*"<sup>149</sup> Toutefois, la pratique de certains Etats et la position du HCR montrent que le réfugié est réfugié dès lors qu'il se déclare comme tel, et il doit bénéficier dès cet instant d'une certaine protection. Dans sa *Conclusion N° 15 sur les réfugiés sans pays d'asile*, le Comité exécutif du HCR insistait en 1979 déjà, sur la nécessité d'accorder aux demandeurs d'asile un refuge temporaire, dans les situations d'afflux massif de réfugiés :

*"In case of large-scale influx, persons seeking asylum receive at least temporary refuge. States which because of their geographical situation, or otherwise, are faced with a large-scale influx should as necessary and at the request of the State concerned receive immediate assistance from other States in accordance with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees as soon as possible to ensure that the persons involved are fully protected, are given emergency assistance, and that durable solutions are sought (paragraph f)".*

93. Le principe de non refoulement est une obligation formulée négativement, ce qui donne à penser qu'elle ne s'appliquerait vraiment que lorsque le refoulement n'a pas pour conséquence que les réfugiés "soit poussé à nouveau dans les bras de leurs persécuteurs."<sup>150</sup> Dès lors qu'un pareil risque existe, le principe de non refoulement s'impose à l'Etat sollicité, et confère aux réfugiés un droit d'admission implicite ou *de facto*. En fait, dès lors qu'une personne se déclare réfugié, le principe de non refoulement s'applique et continue de s'appliquer jusqu'à ce que le statut de la personne soit déterminé par l'Etat d'accueil.<sup>151</sup> Cependant, il appartient ultimement à chaque Etat de régler la question de l'admission des étrangers quels qu'ils soient, selon son droit interne.

#### *4- Limites : l'exception de sécurité nationale*

94. La règle de non refoulement peut ne pas s'appliquer à certaines circonstances. Une limite à ce principe est clairement établie par l'article 33 (2) de la Convention de 1951 relative aux réfugiés dispose:

*"Le bénéfice de la présente disposition ne pourra être évoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet*

<sup>149</sup> D. MARTIN, in *op. cit.*, p. 39; et du même: "Strategies for a Resistant World: Human Right Initiatives and the Need for Alternatives to Refugee Interdiction", *Cornell International Law Journal* (1993), p. 753, pp. 756-757.

<sup>150</sup> "be pushed back in the arms of their persecutors": déclaration de M. CHANCE (Canada), UN Doc. E/AC. 32. SR. 21, 2 February 1950, p. 7.

<sup>151</sup> J. C. HATHAWAY, in *op. cit.*, p. 193.



*d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays."*

Cette limite à la règle est également admise par l'article 21 (2) de la Directive 2004/83/EC du 29 avril 2004 du Conseil de l'Union européenne qui reprend les termes de l'article 33 (2) précité<sup>152</sup>.

95. Une question que l'on peut se poser est de savoir si la migration de masse peut constituer en elle-même une menace pour la communauté de l'Etat d'accueil? Au regard de la pratique, on est enclin à croire que certains Etats donnent à cette question une réponse affirmative. Dans une affaire de 2003 concernant des migrants d'Haïti détendus aux Etats-Unis, l'Attorney-General de ce pays avait donné une réponse allant plutôt dans ce sens. Il déclarait:

*"Having considered the record and the briefs of the parties, and exercising my authority under section 236(a) of the INA, I have determined that the release of respondent on bond is unwarranted.*

*I conclude that releasing respondent, or similarly situated undocumented seagoing migrants, on bond would give rise to adverse consequences for national security and sound immigration policy. As demonstrated by the declarations of the concerned national security agencies submitted by INS, there is a substantial prospect that the release of such aliens into the United States would come to the attention of others in Haiti and encourage future surges in illegal migration by sea. Encouraging such unlawful mass migrations is inconsistent with sound immigration policy and important national security interests. As substantiated by the government declarations, surges in such illegal migration by sea injure national security by diverting valuable Coast Guard and DOD resources from counterterrorism and homeland security responsibilities. Such national security considerations clearly constitute a "reasonable foundation" for the exercise of my discretion to deny release on bond under section 236(a). See Carlson, 342 U.S. at 534; Barbour, 491 F.2d at 578.*

*"In any event, the application of U.S. law to protect the nation's borders against mass migrations by hundreds of undocumented aliens violates no right protected by the UDHR or any other applicable rule of international law. As the Supreme Court has recognized, "[T]he*

<sup>152</sup> Sur l'article 33 (2) de la Convention de 1951 et la jurisprudence de la Cr.EDH ayant un rapport avec cette disposition, v. notamment le commentaire d'Andreas ZIMMERMANN et de Philipp WENNHOLZ dans Andreas ZIMMERMANN, Felix MACHTS, Jonas DÖRSCHNER (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of the Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 1396 et s.

*power to expel or exclude aliens [is] a fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments . . . .” Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787, 792 (1977) (quoting Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei, 345 U.S. 206, 210 (1953)). The authority to expel aliens is meaningless without the authority to detain those who pose a danger or a flight risk during the process of determining whether they should be expelled. The national security interests invoked in this opinion are directed at unlawful and dangerous mass migrations by sea, not the right to seek asylum. Aliens who do arrive in the United States, including the respondent himself, are afforded the right to apply for asylum and have those applications duly considered<sup>153</sup>.”*

96. Une telle conception de l'immigration, même de masse, serait contraire au droit international. En effet, celui-ci ne considère ni l'immigration en soi, ni les migrants eux-mêmes - si nombreux soient-ils - comme un danger pour la sécurité nationale de l'Etat d'accueil ou de destination. C'est chaque migrant, ou groupe de migrants, qui, de par son comportement ou ses activités actuelles ou passées, peut constituer un tel danger. Aux Etats-Unis, la jurisprudence exige d'ailleurs que le danger invoqué par l'Etat soit précis et qu'il ne s'agisse pas simplement d'une vague menace, d'une crainte non fondée ou d'un danger imaginaire ou un refoulement pour des motifs sous couvert de danger pour la sécurité nationale. Ainsi, dans l'affaire *R. I. L-R, et al. v. Jeh Charles Johnson, et al.*, le Tribunal du District de Columbia aux Etats-Unis, contrairement à la position précitée de l'Attorney-General de 2003, a jugé :

*“Even assuming that general deterrence could, under certain circumstances, constitute a permissible justification for such detention, the Court finds the Government's interest here particularly insubstantial. It seeks to deter future mass immigration; but to what end? It claims that such Central American immigration implicates “national security interests,” see Def. Reply at 4 (citing Matter of D-J-*

<sup>153</sup> *In re D-J*, 23 I&N Dec. 572 (A.G. 2003), United States Attorney-General, 17 April 2003. Source: <http://www.refworld.org/docid/3f5734684.html> . Déjà, dans le passé l'intensité des peurs américaines vis-à-vis du communisme dans les années 1950, qui se perçoit par exemple dans l'arrêt *Denis v. U.S* et les propos du juge Jackson dans *American Communist Association v. Douds*, avaient amené ce pays à intégrer dans sa Loi sur l'immigration et la nationalité la prohibition de l'admission des étrangers membres du Parti communiste des Etats-Unis ou qui y étaient affiliés. Il s'agissait manifestement d'une discrimination fondée sur les opinions politiques qui ne pouvait se justifier sur le plan juridique qu'au titre de limite fondée sur la menace à la sécurité nationale ou à l'ordre public. L'étude de la pratique des Etats montre que la référence à ces notions peut être explicite ou implicite.

, 23 I. & N. Dec. at 572), but when pressed to elaborate, the principal thrust of its explanation is economic in nature. It argues, in essence, that such migrations force ICE to “divert resources from other important security concerns” and “relocate” their employees.

The Government has not, however, proffered any evidence that this reallocation of resources would leave the agency somehow short-staffed or weakened. Defendants have not conjured up the specter of an influx’s overwhelming the country’s borders or wreaking havoc in southwestern cities. The simple fact that increased immigration takes up government resources cannot necessarily make its deterrence a matter of national security, with all the attendant deference such characterization entails. In addition, a general-deterrence rationale seems less applicable where – unlike paedophiles, see *Hendricks*, 521 U.S. at 354-55, 362, or other violent sexual offenders, see *Crane*, 534 U.S. at 869 – neither those being detained nor those being deterred are certain wrongdoers, but rather individuals who may have legitimate claims to asylum in this country.<sup>154</sup>

97. La jurisprudence internationale aide à circonscrire ce qu'il fait entendre par "un réfugié qu'il y aurait des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve". Dans l'arrêt *Saadi c. Italie* relatif à l'expulsion vers la Tunisie d'un réfugié tunisien condamné dans son pays pour crimes liés au terrorisme, la Cr.EDH a estimé que l'article 3 de la CEDH, qui interdit la torture et le traitement inhumain ou dégradant, prime sur l'article 33 (2) de la Convention de 1951. La Cour déclare :

*"Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subject to such treatment. As the Court has repeatedly held, there can be no derogation from that rule. It must therefore reaffirm the principle...that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account, with the consequence that the*

<sup>154</sup> *R. I. L-R, et al. v. JEH CHARLES JOHNSON, et al.*, Civil Action No. 15-11 (JEB), Document 33, Filed 02/20/15, Page 1 of 40, UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 20 February 2015 (Italiques ajoutées). Source: <https://www.aclu.org/legal-document/rilr-v-johnson-memorandum-opinion?redirect=immigrants-rights/rilr-v-johnson-memorandum-opinion>.

*protection afforded by Article 3 is broader than that provide for in Article 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of the Refugees.*<sup>155</sup>"

98. Cette position est logique et conforme au droit international. En effet, l'interdiction de la torture ayant été reconnue comme *jus cogens*<sup>156</sup>, l'exception à l'obligation de non refoulement contenue dans l'article 33 (2) doit céder le pas devant norme impérative, laquelle doit empêcher le refoulement des migrants vers un pays où ils risquent la torture. Le débat existe en ce qui concerne les « autres traitements cruels, inhumains et dégradants ». Dans son Projet d'article sur l'expulsion des étrangers, la CDI a étendant l'interdiction à un pays où les étrangers courraient le risque de subir ces autres traitements<sup>157</sup>.
99. L'expression "un réfugié qu'il y aurait des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve" doit être entendue largement comme englobant tout ce que le pays en question considère comme une menace sérieuse à sa sécurité. Elle inclue donc une diversité de menace pouvant aller de l'espionnage au terrorisme. S'agissant en particulier de ce dernier, la plupart des Etats intègrent dans leur législation anti-terroriste des dispositions excluant les terroristes ou les personnes dont il y a des raisons sérieuses de croire qu'elles sont à risque, c'est-à-dire qui sont ou peuvent être impliquées dans des activités terroristes, de l'entrée sur leurs territoires. Ils pratiquent alors des contrôles renforcés à l'entrée et refoulent ou excluent ceux qui ont déjà pu pénétrer sur leurs territoires.<sup>158</sup>
100. Certains auteurs ont cependant exprimé de sérieuses préoccupations par rapport à cette limitation du principe de non refoulement pour motif de sécurité nationale. Ils craignent que l'article 1F de la Convention relative aux réfugiés et l'exception de sécurité nationale contenue dans l'article 33 (2) de la Convention soient utilisés d'une manière par trop expansive. En

<sup>155</sup> Cr. EDH, arrêt du 28 février 2008 (Requête N° 37201/06), para. 138.

<sup>156</sup> V. notamment, *Le Procureur c. Furundzija* Aff. n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998; et l'arrêt de la Cr.EDH dans l'affaire *Al Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

<sup>157</sup> V. projet d'article 24 et le commentaire *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa Soixante-sixième session, A.G.N.U. Doc. officiels, Soixante-neuvième session, Supplément n°10 (A/69/10)*, New York, 2014, pp. 11, par. 44 et s.

<sup>158</sup> Pour les législations américaine, britannique et indienne par exemple, voir: Andrew I. SCHOENHOLTZ, "Anti-terrorism Law and the Legal framework for International Migration", in Ryszard CHOLEWINSKI, Richard PERRUCHOUD, Euan MacDONALD (eds.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, IOM/ T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007, pp. 4-6.

ce sens, on a prétendu que l'adoption en 2001 de la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies pouvait conduire "*to a significant expansion in the use of this clause to exclude refugees accused of terrorism.*"<sup>159</sup> Un tel risque existe. Mais on peut difficilement reprocher à une Etat de s'appuyer sur des dispositions du droit international en vigueur pour se prémunir contre le risque terroriste, en particulier dans le contexte international actuel.

101. La résolution 1373 adoptée, comme on le sait, en réaction aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 contre les Etats-Unis demande aux Etats de "*(p)revent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents, and through measure for preventing or counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents.*"<sup>160</sup>
102. Avant cette résolution du conseil de sécurité, le Protocole contre le trafic des migrants par terre, mer et air<sup>161</sup> et le Protocole pour la prévention, la suppression et répression du trafic des personnes spécialement les femmes et les enfants, tous deux complémentaires à la Convention des Nations Unies contre la Criminalité transnationale organisée<sup>162</sup> prescrivait déjà aux Etats parties d'établir des contrôles nationaux effectifs sur le voyage et les documents d'identité. On peut trouver des dispositions similaires dans des instruments juridiques régionaux ainsi que dans certains documents non contraignants.<sup>163</sup>
103. S'agissant du refoulement d'un réfugié ayant déjà obtenu formellement le statut de réfugié dans l'Etat d'accueil, dans une affaire qui ne portait pas sur le terrorisme, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la dérogation au principe de non refoulement doit être une solution de dernier recours. La Cour déclare:
- "The refoulement of a refugee, while in principle authorised by the derogating Article 21 (2) of Directive 2004/83, is only the last resort a Member State may use where no measure is possible or is sufficient for*

<sup>159</sup> M. ZARD, "Exclusion, Terrorism and the Refugee Convention", 13 *Forced Migration Review* (2002), pp. 33-34.

<sup>160</sup> S.C. Res. 1373, U.N. SC. 4385th meeting, 28 September 2001, U.N. Doc. N° S/RES/1373 (2001).

<sup>161</sup> Du 15 novembre 2000, ch. II, U.N. Doc. A/55/383 (2000), 40 *ILM* 335 (2001).

<sup>162</sup> Du 9 janvier 2001, GAOR 55th Session U.N. Doc. A/Res/55/25, 40 *ILM* 335 (2001).

<sup>163</sup> V. notamment, la Convention interaméricaine contre le terrorisme du 3 juin 2002 (OAS Doc. AG/Res. 1840 (XXXII-O/02); la *Déclaration de Bangkok sur la migration irrégulière* du 23 avril 1999).

*dealing with the threat that that refugee poses to the security or the public of that Member State*<sup>164</sup>."

104. Comme le relève la Cour, suivant en cela l'opinion de son Avocat général<sup>165</sup>, les conséquences de la dérogation au principe de non refoulement peuvent être drastiques dans la mesure où le refoulement pourrait conduire au renvoi du réfugié dans un pays où il est en danger. C'est pour cette raison que les dispositions permettant le refoulement sont soumises à des conditions rigoureuses, puisqu'en l'occurrence, seul un réfugié qui a été condamné par une décision de justice devenue définitive pour "un crime particulièrement grave" peut être considéré comme constituant "un danger pour la communauté de cet Etat membre". Bien plus, même lorsque ces conditions sont réunies, "le refoulement du réfugié en question constitue seulement une option à la discrétion de l'Etat membre, celui-ci étant libre de choisir d'autres options moins rigoureuses (...)"<sup>166</sup>
105. Un tel raisonnement vaut sans doute pour un migrant 'normal', paisible, qui cherche un refuge ou même simplement une vie meilleure dans l'Etat d'accueil. Il en va différemment d'un migrant terroriste dont le but ultime de sa migration est la destruction de l'Etat qui l'accueille: il représente un danger grave ou extrême pour "la communauté de cet Etat". Dans ce cas, il est légitime que l'Etat d'accueil le refoule sans autre considération; car il ne peut être plus soucieux de la vie de l'intéressé que lui-même, ou que de celle de sa propre population dont il a un devoir de protection.

### ***C- Obligation de secours en mer et devoir d'assistance sur terre***

106. On a écrit que "*no State is obliged to protect the person until he or she comes under its formal or de facto jurisdiction*"<sup>167</sup> Une telle assertion est ambiguë et paraît contestable au regard du droit international. L'obligation d'assistance en mer, y compris dans les espaces maritimes au-delà des juridictions nationales est fermement établie en droit de la mer. L'assistance sur terre a un fondement juridique moins formel, mais un tel fondement n'est pas inexistant: si elle ne repose sur des règles de droit international coutumier comme l'assistance en mer, il y a lieu de suggérer qu'elle pourrait se fonder sur une règle tirée "des considérations

---

<sup>164</sup> C.J.E.U. *T. v. Land of Baden-Württemberg*, C-373/13, 11 September 2014, par. 71.

<sup>165</sup> V. Opinion de l'Avocat général Sharpston: *T. v. Land of Baden-Württemberg*, *ibid.*

<sup>166</sup> C.J.E.U. *T. v. Land of Baden-Württemberg*, *ibid.*, par. 72.

<sup>167</sup> James C. HATHAWAY, "Refugees and Asylum", in B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, and J. REDPATH-CROSS, *op. cit.*, p. 183.

élémentaires d'humanité", telles que l'entend la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (C.I.J.).

*1- Obligation de secours en mer*

107. En temps de crises humanitaires résultant des conflits armés ou des catastrophes naturelles, la mer constitue pour les personnes affectées la voie privilégiée pour échapper au désastre. C'est la voie naturelle qu'empruntent les migrants de masse, hier comme aujourd'hui.<sup>168</sup>
108. L'obligation d'assistance ou de secours aux personnes en danger en mer est une vieille tradition maritime. Un auteur a suggéré qu'une telle obligation peut faire partie des principes généraux de droit au sens de l'article 38 (1) c) du statut de la Cour internationale de Justice, mais aussi être comprise comme un aspect du droit de l'homme à la vie consacré par divers traités des droits de l'homme, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, en son article 2(1)<sup>169</sup>. Il suffira ici de constater que cette obligation est clairement fondée sur plusieurs conventions internationales, comme l'ont montré divers travaux sur la question<sup>170</sup>. Il s'agit, d'une part, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) du 10 décembre 1982, d'autre part, de

<sup>168</sup> Cas, par exemple, de la migration en masse des populations de la péninsule indochinoise dans les années 1970 (v. J. PUGASH, "The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge", *18 Harvard International Law Journal* (1977), pp. 577 et s.) que l'on appela les "Boat People"; de la vague des migrants Cubains arrivant par bateaux sur les côtes des Etats-Unis au début des années 1980 (v. D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, (2009)); de celle des migrants Haïtiens à la même période (v. A. HELTON, "The United-States Government Program of Interception and Forcibly Returning Haitian Boat People to Haiti: Policy Implications and Prospects", *10 New York Law School Journal Of Human Rights*, (1993), p. 325 et s.). Et plus récemment, les cas: des migrants de masse, quelque 107. 000 réfugiés et non réfugiés, de la corne de l'Afrique (Ethiopiens et Somaliens en majorité) (v. UNHCR, "Record Number of African Refugees and Migrants Cross the Gulf of Aden in 2012" (*Briefing Notes*, janvier 2013); de centaines de milliers de migrants venant de divers pays du Moyen-Orient en particulier entre 2014 et 2016.

<sup>169</sup> V. Tullio SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, op. cit., p.225.

<sup>170</sup> Pour ceux dont la lecture est accessible au Rapporteur, v. notamment: B. MILTNER, "Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception" *Fordham International Law Journal*, 2006, pp. 75 et s.; S. TREVISANUT, "Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?" *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 523; Tullio SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, op. cit., pp. 225-237; Efthymios PAPASTAVRIDIS, "Rescuing migrants at sea: the responsibility of States under international law", in G. S. GOODWIN-GILL et Ph. WECKEL, op. cit., pp. 269-308.

diverses autres conventions internationales dont certaines ont été signées sous l'égide de l'Organisation maritime internationale (OMI).

*a) Sous l'empire de la CNUDM*

109. L'immigration par mer peut se faire à travers les différents espaces maritimes définis par la CNUDM, entrée en vigueur le 16 novembre 1994 et à laquelle au moins 165 Etats et une organisation internationale (Union européenne) sont désormais parties. Les différents espaces maritimes en question, à savoir la mer territoriale (art. 21), la zone contigüe (art. 33), la zone économique exclusive (arts. 56 et 57), et la haute mer (arts. 87, 89, 92, 110), sont tous ouverts à la navigation internationale, bien que sous des régimes différents dans l'analyse desquels il n'y a lieu pas d'entrer ici.

110. L'obligation générale d'assistance aux personnes en détresse en mer incombe à tout Etat qui participe aux activités de navigation maritime, en particulier aux Etats du pavillon et aux Etats côtiers. Elle est clairement établie par l'article 98 de la Convention, particulièrement pertinent dans le cas de l'immigration de masse par la mer. Cet article expressément intitulé "Obligation de prêter assistance" dispose:

*"1. Tout Etat exige du capitaine du navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible a) il prête assistance à qui quiconque est trouvé en péril en mer;*

*b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement attendre qu'il agisse de la sorte;*

*c) en cas d'abordage, il prête assistance à l'autre navire, à son équipage et à ses passagers, et, dans la mesure du possible, il indique à l'autre navire le nom et le port d'enregistrement de son propre navire et le port le plus proche qu'il touchera.*

*2. Tous les Etats côtiers facilitent la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvetage adéquat et efficace pour assurer la sécurité aérienne et maritime, et, s'il y a lieu, collaborent à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux."*

*b) Dans d'autres conventions internationales*

111. Parmi plusieurs conventions internationales signées dans le cadre l'OMI visant la sécurité en mer, deux abordent l'assistance aux personnes en détresse en mer: la Convention sur la recherche et le secours en mer (CRSM) de 1998, révisée en 2004, et la Convention sur la sécurité de la vie en mer (CSVM) de 1974, révisée à plusieurs reprises.



112. La règle fondamentale en matière d'assistance aux personnes en détresse en mer, posée par la CRSM, est la suivante:

*"Parties shall ensure that assistance is provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such person or the circumstances in which that person is found (Chapter 2.1.10)".*

113. Selon l'article 10 (1) de la Convention internationale sur le sauvetage de 1989, chaque commandant à bord d'un navire a l'obligation, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire et aux personnes, de porter assistance à toute personne en danger de se perdre en mer<sup>171</sup>. L'obligation est placée ici directement sur le commandant du navire; mais vu les obligations de l'Etat du pavillon au titre de l'article 94 de la CNUDM, il y a lieu de dire que l'obligation découlant de l'article 10 (1) CRSM s'impose à cet Etat, en ce qu'il doit veiller à sa mise en œuvre correcte et effective. Selon Tullio Scovazzi, au regard de l'alinéa 5 de l'article 94 qui dispose que "(l)orsqu'il prend les mesures prévus aux paragraphes 3 et 4, chaque Etat est tenu de se conformer aux règles, procédures et pratiques internationales généralement acceptées et de prendre toutes les dispositions nécessaires pour en assurer le respect", c'est l'ensemble des instruments multilatéraux, y compris ceux adoptés dans le cadre de l'OMI, qui acquièrent ainsi indirectement un caractère contraignant pour toutes les Parties à la CNUDM.<sup>172</sup>

114. La CRSM demande par ailleurs aux Etats Parties d'établir par voie d'accords, des zones de recherche et de secours, entendues comme des espaces aux dimensions définies associées à un centre de coordination de secours à l'intérieur desquels les services de recherche et de secours sont fournis (chapitre 1.2.4.). Il en est ainsi, par exemple, de l'Agence européenne de Gestion opérationnelle de la Coopération aux Frontières extérieures des Etats Membres (Frontex) déjà cité.

115. Reste la question du sort des personnes secourues. Ces personnes ne disparaissent pas après avoir été sauvées du naufrage. Que faire d'elles? La question se pose avec une particulière acuité s'agissant des migrants

---

<sup>171</sup> "every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereof, to render assistance to any person in danger of being lost at sea."

<sup>172</sup> V. Tullio SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, op. cit., p.226; v. du même: "The Particular Problems of Migrants and Asylum Seekers Arriving by Sea" (qui reprend pour l'essentiel le précédent article), in Laura WESTRA, Stavinder JUSS and Tullio SCOVAZZI (eds.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, op. cit., pp. 175-229.

de masse dont le nombre important pose immédiatement le problème de disponibilité des besoins de base: nourriture, eau potable, propagation des maladies infectieuses qui entraîne l'urgence du débarquement des migrants pour des soins etc. L'urgence peut amener le navire de sauvetage à envisager un débarquement des migrants à des endroits inappropriés. C'est sans doute pour essayer de fournir des règles permettant de faire face à une telle situation que, dans sa révision de 2004, la CRSM exhorte les Etats Parties à la coopération. En effet, elle énonce que "chaque Etat partie devrait autoriser ses centres de coordination à faire les arrangements nécessaires, en coopération avec d'autres centres de coordination, pour identifier l'endroit ou les endroits les plus appropriés pour le débarquement des personnes trouvées en détresse en mer (chapitre 3.1.6.4.)."

116. Le principe de coordination et de coopération des secours et d'organisation de l'accueil des migrants de masse est ainsi affirmé par la Convention. Il est vrai que dans la formulation précitée, il s'agit d'une recommandation comme le montre le verbe "devrait" et non pas d'une obligation juridique. Mais le principe correspond à une nécessité pratique, parce qu'elle est la condition de l'efficacité des opérations de secours et d'assistance. Au demeurant, la modification de la CRSM contenue dans la révision de 2004 poursuit, en disposant que "les parties doivent coordonner et coopérer" pour assurer que les commandants des navires portant assistance par l'embarquement des personnes en détresse en mer" sont libérées de certaines de leurs obligations. L'Etat sous la juridiction duquel se trouve la zone de recherche et de secours assume la "responsabilité première" ("*primary responsibility*") de cette exigence de coordination et de coopération, y compris pour assurer la sécurité des personnes secourues.<sup>173</sup> Selon les Directives de l'OMI sur le traitement des personnes secourues en mer, un emplacement sécurisé s'entend d'une installation intermédiaire (ou provisoire) entre le navire ayant porté assistance et la destination finale des personnes secourues. Un endroit ou emplacement sûr ou sécurisé

*"is a location where rescue operations are considered to terminate. It is a place where the survivors' safety life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs)*

<sup>173</sup> V. aussi l'amendement de 2004 à la CSVM et les Directives de l'OMI sur le traitement des personnes secourues en mer qui énonce: "Governments should co-operate with each other with regard to providing suitable places of safety for survivors after considering relevant factors and risk" (Directive (Guideline) 6. 15).

*can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*"<sup>174</sup>

117. Un tel emplacement peut être en mer ou sur terre, ou à bord d'une unité de sauvetage ou d'un navire approprié, ou une installation en mer pouvant servir à cette fin jusqu'au débarquement des survivants à leur dernière destination.<sup>175</sup> La nécessité de ne pas mettre une charge excessive sur le navire de sauvetage et de fournir aux migrants ou aux demandeurs d'asile un emplacement où ils sont en sécurité a été mise en exergue par l'affaire du navire "*Tampa*"<sup>176</sup>.
118. L'obligation d'assistance en mer est également consacrée par le Protocole sur les migrants. Cet instrument qui vise essentiellement à protéger la vie de ces derniers, qui sont souvent l'objet de toutes sortes de trafics, fait obligation aux Etats parties d'adopter des mesures législatives pour établir comme une circonstance aggravante de l'infraction de trafic de migrants, le fait qu'un tel trafic constitue une menace ou soit susceptible de constituer une menace à la vie et la sécurité des migrants. S'agissant plus précisément de l'assistance aux migrants, alors que l'autorisation de l'Etat de pavillon est en principe nécessaire pour l'intervention des navires exerçant leur liberté de navigation, l'article 7 (5) du Protocole permet que des mesures soient prises sans autorisation, "*if necessary to relieve imminent danger to the lives of persons.*" Dans cet ordre d'idées, on a suggéré que le principe de la responsabilité de l'Etat du pavillon n'étant pas considéré comme une règle de droit international coutumier opposable quelles que soient les circonstances, face à une situation de crise comme celle du *Tampa*, par exemple, mieux vaut invoquer la responsabilité de l'Etat du premier port d'appel, étant donné que les réfugiés sont présents dans ses eaux territoriales<sup>177</sup>.
119. Le défaut d'assistance en mer est clairement sanctionné par certaines juridictions internes, comme le montre la décision rendue par une juridiction italienne dans l'affaire *Kater I Rades*: le Tribunal de Brindisi a jugé dans cette affaire que même s'il apparaît clairement que la corvette des côtes italiennes n'avait aucune intention de causer le coulage du *Kater* surchargé de migrants illégaux albanais et le désastre qui en est résulté, le

<sup>174</sup> Directive (Guideline) 6. 12.

<sup>175</sup> Directive (Guideline) 6. 14.

<sup>176</sup> V. à ce sujet, P. MATHEW, "Australian Refugee Protection in the Wake of the *Tampa*", *A.J.I.L.*, 96, 2002, pp. 661 et s.; et pour des analyses de cette affaire dans le présent rapport, v. *infra* pars. 121 et s.

<sup>177</sup> V. G. S. GOODWIN-GILL, Jane McADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 280.

comportement de l'Italie est un exemple d'action négligent en violation de l'obligation internationale de protection de la vie en mer.<sup>178</sup>

120. L'étendue de l'obligation d'assistance et de secours en mer a été au cœur de l'affaire du *MV Tampa*.<sup>179</sup> Le *MV Tampa* est un cargo porte-conteneurs battant pavillon norvégien. Le 26 août 2001, répondant à un appel de détresse d'une embarcation transportant des réfugiés, il porte secours à environ 450 réfugiés en provenance d'Afghanistan et les prend à son bord. Mais n'étant pas équipé pour prendre en charge un nombre aussi élevé des personnes, le *Tampa* met cap sur l'Australie pour y débarquer les réfugiés. A son arrivée, le capitaine du navire est arrêté pour trafic des migrants parce que les réfugiés ne possédaient pas de documents de voyage<sup>180</sup>. L'opinion des experts réunis à l'occasion de la Table ronde organisée par le HCR en 2002 à la suite de cet incident était que le refus de débarquement dans les ports australiens des migrants secourus équivalait au refoulement, car l'Australie avait des responsabilités en matière de protection des migrants secourus. Les experts se sont accordés sur ce que le secours et le soulagement de la détresse constituent "l'impératif premier et absolu, indépendamment de qui sont les personnes concernées et comment elles sont arrivées là où elles se trouvent." En outre, ils ont observé qu'un navire non étatique n'est pas l'endroit approprié pour faire le tri et la catégorisation des demandeurs d'asile, de même qu'il ne devrait pas être utilisé comme un "centre de détention flottant"<sup>181</sup>.
121. Il faut dire que de l'échange des notes verbales entre l'Australie et la Norvège, il apparaissait clairement une opposition des positions entre les deux Etats. Une nouvelle interprétation de la CRSM et de la CSVN était nécessaire<sup>182</sup>, afin d'assurer la préservation des trois principes fondamentaux du droit humanitaire en ce domaine, à savoir: que les personnes en détresse en mer recevront assistance, sans considération de leur nationalité, de leur statut, ou des circonstances dans lesquelles elles ont

<sup>178</sup> V. T. SCOVAZZI, in *op. cit.*, pp. 235-236.

<sup>179</sup> V. à ce sujet Frederick J. KENNY, Jr. and Vasilias TASIKAS, "The *Tampa* Incident: IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea" *12 PAC. RIM L. & POL'Y J.* 143 (2003); Catherine DAUVERGNE, "Making People Illegal", in Mary CROCK (ed.), *Migrants and Rights*, Ashgate, 2015, pp. 77-93.

<sup>180</sup> V. Julian BURNSIDE, "Refugees/ The Tampa Case" *Future Leaders* <http://www.julianburnside.com.au/asylum-seekers-australias-treatment-of-refugees-the-tampa-case/> (à la date du 12 mai 2015).

<sup>181</sup> V. G. S. GOODWIN-GILL, Jane McADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>182</sup> OMI Res. A. 920 (22), E/A22/Res. 920 (Nov. 29, 2001).

été trouvées; que les navires qui secourent les personnes en mer seront autorisés à débarquer les personnes secourues en lieu sûr; que les personnes secourues, indépendamment de leur nationalité, statut, ou circonstances dans lesquels elles ont été trouvées, y compris les migrants sans documents de voyage, les réfugiés, les demandeurs d'asile seront traitées à bord de la manière prescrite par les instruments de l'OMI et conformément au droit international, notamment le droit international des droits de l'homme ainsi que la pratique établie en droit international humanitaire.

122. En réaction aux conclusions de cette revue juridique, l'OMI a adopté les Directives adressées aux Etats Parties à la CRSM et à la CSVM, dont la finalité est de donner un cadre juridique sûr aux secourus qui remplissent leurs obligations vis-à-vis de personnes qui ont besoin d'assistance en mer, et d'éviter aux personnes secourues de se retrouver dans une impasse. Bien que ces Directives ne soient pas contraignantes, on estime qu'elles sont largement respectées par la plupart des Etats concernés, en particulier à un moment où la professionnalisation du transport maritime diminue le phénomène des pavillons de complaisance. Les changements dans le régime de secours et d'assistance en mer sous l'empire de l'OMI ont finalement été consignés dans la Résolution A.920 (22) du 1<sup>er</sup> juillet 2006.
123. De façon générale, l'une des difficultés pour le capitaine du navire ayant porté secours à des migrants, notamment quant à la possibilité de renvoyer dans leur pays ceux d'entre eux qui ne satisfont pas à la définition des réfugiés, vient de ce que les navires transportant ces migrants sont généralement des embarcations de fortune ou des navires sans pavillon, "apatrides" pour ainsi dire, et que le secourus ne peut dès lors faire jouer l'Etat de nationalité de telles embarcations. La tendance de la pratique, y compris celle des juridictions de certaines pays, est de considérer que de telles navires peuvent être saisis par n'importe quel Etat<sup>183</sup>, puisqu'ils ne jouissent d'aucune protection; ce sont des "parias internationaux"<sup>184</sup> qui ne peuvent pas invoquer la liberté de navigation en haute mer et contre lesquels tout Etat peut intervenir pour empêcher leur passage, procéder à leur arrestation et les ramener dans un port<sup>185</sup>. Mais

<sup>183</sup> V. Anne T. GALLAGHER and Fiona DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 421-423.

<sup>184</sup> V. l'arrêt de la Cour d'appel des Etats-Unis dans *United-States v. Marino-Garcia and Others*, 679 F. 2d 1373 (11th Cir. 1982); ILDC 687 (US 1982), 9 juillet 1982, cité par A. T. GALLAGHER and F. DAVID, *op. cit.*, p. 422, note 89.

<sup>185</sup> V. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rapport de la Commission sur la Migration, Réfugiés et Population, *L'interception et le secours en mer des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants illégaux*, Doc. 12628, 1<sup>er</sup> juin 2011, par. 25.

n'est-ce pas précisément le but recherché par ceux qui organisent le trafic des migrants dans des conditions de transport plus qu'aventureuses? Il semble que l'on ne peut écarter vis-à-vis des responsables de telles embarcations l'idée de la mise en danger de la vie d'autrui qui, même si elle ne constitue pas une infraction au sens du droit international pénal, existe dans la plupart de législations pénales nationales et devrait inspirer les poursuites à engager contre ces responsables, faute de quoi il y aurait comme un encouragement au crime.

124. En conclusion, sont établies en droit international les règles suivantes applicables à la migration de masse:

- le non refoulement d'un réfugié (que nous appelons 'migrant-réfugié'), de quelque manière que ce soit, sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions.

Est exclu du bénéfice de cette règle, un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays, ce qui signifie que le fait d'être réfugié ne confère pas automatique le droit d'admission dans l'Etat de destination ou d'accueil.

La pratique des Etats suggère que l'exclusion du bénéfice de la règle de non refoulement est radicale lorsque la personne concernée est identifiée comme terroriste ou à des liens avec un groupe identifié comme tel.

- l'obligation pour tout Etat d'exiger du capitaine du navire battant son pavillon, qu'il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement attendre qu'il agisse de la sorte, et pour autant que cela lui est possible.

2- *"Considérations élémentaires d'humanité" et devoir d'assistance aux migrants de masse en détresse sur terre*

125. C'est dans son tout premier arrêt, rendu en 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, que la C.I.J. a évoqué de manière laconique l'idée de "considérations élémentaires d'humanité". La Cour relevait que l'Albanie avait l'obligation de faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans ses eaux territoriales et d'avertir les navires de guerre britanniques au moment où ils s'approchaient "du danger imminent auquel les exposaient ces champs de mines"; selon la Cour:

*"Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye de 1097, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains*

*principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues en temps de paix qu'en temps de guerre (...).*<sup>186</sup>"

126. Ce *dictum* annonçait les perspectives d'une contribution significative de la Cour à la mise en évidence des valeurs fondamentales de la communauté internationale. La Cour reprendra ce concept de "considérations élémentaires d'humanité" dans divers arrêts et avis consultatifs postérieurs à celui de 1949<sup>187</sup>. Plus récemment, elle s'est référée à nouveau à ce concept ainsi qu'à des éléments de sa jurisprudence constante à ce sujet dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*<sup>188</sup>.
127. Le Professeur Pierre Marie Dupuy a attiré, sans doute le premier, l'attention sur cette notion<sup>189</sup> dont la Cour n'avait pas déterminé le contenu. Selon lui, une analyse circonstanciée de cette notion "permet de constater que les juges les ont bien identifié comme source de droit"<sup>190</sup>.
128. Certes, la CIJ a employé l'expression "considérations élémentaires d'humanité" surtout à propos des situations de conflit armé. Mais, il est incontestable que les valeurs humaines fondamentales sont communes au droit humanitaire et aux droits de l'homme. La distinction repose non pas sur la nature de ces valeurs et des droits qui les véhiculent, mais sur leur contexte d'application. C'est en ce sens que la CIJ reconnaît l'application continue des droits de l'homme en temps de paix comme en tant de conflit armé<sup>191</sup>. Le concept de "considérations élémentaires d'humanité"

<sup>186</sup> *Détroit de Corfou (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 22.

<sup>187</sup> V. par exemple: *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)* arrêt (fond), *C.I.J. Recueil 1986*, p. 112; *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*.

<sup>188</sup> La Cour a déclaré, en effet, que "les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens militaires italiens" par les forces armées du Reich allemand, ont été commis au mépris des "considérations élémentaires d'humanité" *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie); Grèce (intervenant)*, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 121, par. 52.

<sup>189</sup> V. Pierre Marie DUPUY, "Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", in René-Jean DUPUY (dir.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Paris, A. Pedone, 1999, pp. 117-131.

<sup>190</sup> Pierre Marie DUPUY, "Vattel et le droit des traités", in Peter HAGGENMACHER et Vincent CHETAİL (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXI<sup>e</sup> siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff/Brill, 2011, p. 165.

<sup>191</sup> V. V. CHETAİL, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", *Revue internationale de la Croix Rouge (RICR)*, 2003, Vol. 85, n°850, pp. 240 et 241.

est l'expression d'une conception élevée de la valeur humaine en tant que fondement normatif d'un ordre public international dont les règles fondamentales relatives à la protection de la personne humaine s'imposent à tous les Etats<sup>192</sup>. Il est à la base du "principe d'humanité" qui, comme le relève le commentaire du projet d'article 7 du projet d'articles de la CDI sur la "Protection des personnes en cas de catastrophe" "constitue la pierre angulaire de la protection des personnes humaines en droit international"<sup>193</sup>. "La Commission rappelle, d'une part, le commentaire des principes de la Croix Rouge par Pictet, pour qui le principe d'humanité comprend trois éléments: prévenir et soulager les souffrances, protéger la vie et la santé, et assurer le respect des personnes"<sup>194</sup>; et d'autre part, les Directives d'Oslo qui, en rapport précisément avec le contexte de catastrophe, affirme que le principe d'humanité demande que "*human suffering must be addressed wherever it is found*".<sup>195</sup>

129. En conclusion, les "considérations élémentaires d'humanité" sont la source d'un principe d'humanité qui doit guider le comportement des Etats envers toute personne humaine, en l'occurrence tout migrant en situation de détresse. Il implique par exemple la prévention de tout fait, toute situation ou tout événement qui pourrait porter atteinte à sa vie, de recueillir toute personne qui serait dans la souffrance ou en détresse, de s'abstenir de toute comportement qui pourrait la mettre dans une telle situation.

<sup>192</sup> V. Maurice KAMTO, « Valeur humaine et construction d'un ordre public international » in *Mélanges Abdelfatah Amor*, Centre de Publications Universitaires, Tunis, 2005, pp. 581-601.

<sup>193</sup> United Nations Report of the International Law Commission Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014) General Assembly Official Records Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) Doc. A/69/10 p. 103. Il convient cependant de préciser que sous l'intitulé "Devoir d'assistance", la CDI a formulé un projet d'article qui ne fait pas obligation aux Etats d'assister l'Etat affecté par la catastrophe, mais reconnaît seulement que l'Etat en question peut demander l'assistance des autres Etats, ceux-ci ayant l'obligation de procéder à un examen rapide de la demande d'assistance (projets d'articles 11 et 12).

<sup>194</sup> Jean PICTET, *The Fundamental Principles of the Red Cross Proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary*, Geneva, Henry Dunant Institute, 1979, pp. 21–27.

<sup>195</sup> Cité dans United Nations Report of the International Law Commission Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014) General Assembly Official Records Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) Doc. A/69/10, p. 103.



130. L'Etat de destination, l'Etat d'accueil et l'Etat de pavillon ayant des obligations déjà clairement établies en matière d'immigration de masse, l'Etat de transit en particulier est tenu par ce principe d'humanité.

***D- Mesures nationales de contrôle de la migration de masse: Pratique des Etats - Conformité au droit international***

131. Il existe diverses mesures extraterritoriales visant à entraver l'immigration des migrants illégaux, notamment l'interception des navires en haute mer, les restrictions sur les visas, le "airlines screening" consistant pour un Etat à poster ses agents dans les aéroports de pays étrangers, l'isolement territorial (*excising territory*). Mais toutes ces mesures ne sont pas destinées à contenir ou à empêcher la migration de masse; seuls l'interception des navires en haute mer (1) et l'isolement du territoire sont généralement utilisés à cette fin (2). S'y sont ajoutées plus récemment la participation d'un Etat à l'empêchement par un autre Etat de la migration des réfugiés (3) et la sous-traitance, par certains Etats destinataires des flux migratoires massifs aux Etats qui sont proches de la source de ces migrations de masse, de leur tarissement (4).

*1- Interception des navires en haute mer*

132. Les Etats rivalisent d'imagination pour empêcher les migrants de masse d'approcher leurs frontières, notamment par la mer. Divers Etats ont mis en place un dispositif de gardes-côtes chargés d'empêcher l'afflux des migrants à leurs côtes. Les Etats-Unis disposent à cet égard d'un programme d'interdiction visant à barrer la voie aux navires transportant les migrants - demandeurs d'asile potentiels - qui opèrent en haute mer, bien avant que les navires en question ne s'approchent des frontières nationales.<sup>196</sup> L'Italie a commencé, en 2009, une nouvelle politique face à la migration de masse consistant à intercepter en haute mer des migrants et à les renvoyer immédiatement dans les pays d'où sont partis leurs navires. Cette politique appelée "*push-back policy*" a été appliquée généralement vis-à-vis de la Lybie et de l'Algérie, et la plupart des migrants étaient des nationaux de divers pays africains, notamment l'Erythrée et la Somalie.<sup>197</sup>
133. On a émis des doutes sur la conformité de cette pratique aux obligations de l'Italie en vertu de la Convention européenne de 1987 pour la

<sup>196</sup> V. David A. MARTIN, "The Authority and Responsibility of States, in *op. cit.*, p. 38.

<sup>197</sup> On indique que pour la brève période de mai à juillet 2009, 602 migrants ont ainsi été renvoyés en Lybie et 33 en Algérie, parmi lesquels des enfants et des femmes enceintes; voir. T. SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in *op. cit.*, p. 252.

prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants, les autorités italiennes ayant reconnue notamment qu'elles n'ont pas procédé à l'identification formelle des migrants qui sont interceptés en mer et renvoyés. Il est ressorti de l'interview par le HCR de certaines personnes renvoyées qu'elles avaient immédiatement besoin d'une protection internationale et qu'elles étaient qualifiées à cette fin.<sup>198</sup> La non conformité de la politique italienne du "push-back" aux obligations de l'Italie en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a du reste été établie par la Cour européenne des droits de l'homme (Cr.EDH) dans l'arrêt rendu le 21 février 2012 en l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*. Selon la Cour,

*"les éloignements effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités de l'Etat dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants d'atteindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n°4"<sup>199</sup>.*

134. L'Italie ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en s'appuyant sur des obligations découlant d'arrangements bilatéraux avec la Lybie. Même si l'on présumait que ces arrangements contiennent des dispositions expresses sur le renvoi en Lybie des migrants interceptés en haute mer, la responsabilité des Etats Parties continue même après qu'ils ont pris des engagements conventionnels postérieurement à l'entrée en vigueur de la (CEDH) ou ses protocoles pour ces Etats<sup>200</sup>.
135. La démarche récente de l'Union européenne s'inscrit dans la logique générale de prévention de l'accès des migrants de masse au territoire européen. Dans cet objectif, l'UE s'efforce, depuis 2001, à donner corps au concept de "gestion intégrée des frontières extérieures" qui associe très étroitement sécurité des frontières et gestion des flux migratoires<sup>201</sup>. L'un des dispositifs mis en place par l'Union est l'Agence européenne de Gestion opérationnelle de la Coopération aux Frontières extérieures des

<sup>198</sup> V. Conseil de l'Europe, Rapport au Gouvernement italien, n° 130, par. 13.

<sup>199</sup> Cr. EDH, (Requête N° 27765/09) arrêt du 21 février 2012, par. 180.

<sup>200</sup> *Ibid.* par. 129.

<sup>201</sup> V. Hélène JORRY, "Institutionnalisation et gestion des frontières extérieures de l'Union européenne: Quelle situation juridique pour les migrants?" in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration*, Bruylant/CERIC, 2011, pp. 115-137, spéc. p. 118.

Etats Membres (Frontex) créé en 2004<sup>202</sup>. Cette Agence, dont le siège est en Pologne<sup>203</sup>, ne se substitue pas aux Etats membres dans leur responsabilité en matière de contrôle et de surveillance de leurs frontières extérieures. Elle est appelée à faciliter l'application des mesures communautaires existantes ou futures relatives à la gestion des frontières extérieures en assurant la coordination des actions des Etats membres dans la mise en œuvre de ces mesures<sup>204</sup>. Vu l'importance pour les Etats membres du contrôle effectif et de la surveillance de leurs frontières extérieures et le besoin conséquent de "promouvoir la solidarité" entre les membres à cette fin, l'Agence est conçue pour les assister "dans la mise en œuvre des aspects opérationnels de la gestion des frontières extérieures, y compris dans le renvoi des ressortissants des pays tiers illégalement présents dans les Etats membres<sup>205</sup>". Dans son rapport général pour l'année 2014, Frontex fait état de l'accroissement de ses actions opérationnelles en Méditerranée centrale: en novembre 2014, afin d'aider l'Italie à faire face à l'afflux croissant des migrants de masse depuis le "Printemps arabe" suivi par la guerre en Syrie<sup>206</sup>, l'Agence a lancé l' "Opération mixte Triton", après avoir reçu de la Commission de l'UE une allocation budgétaire additionnelle. Cette Opération lancée avec la participation de 18 Etats membres de l'UE remplaçait deux précédentes opérations menées en Italie depuis 2013: l' "Opération Hermes" et l' "Opération Aeneas". Comme ces deux autres opérations, "Triton" a pour objectif d'améliorer la surveillance et le contrôle des frontières à travers des patrouilles mixtes avec les moyens fournis par les Etats membres. La zone opérationnelle couverte comprend les eaux territoriales de l'Italie et de Malte ainsi que des parties des zones de recherche et de secours des deux Etats<sup>207</sup>.

136. D'une manière générale, Frontex a généralisé la "déterritorialisation"<sup>208</sup> des contrôles aux frontières extérieures de l'UE déjà mise en œuvre dans

<sup>202</sup> Par le Règlement du Conseil (EC) N° 2007/2004 du 26 octobre 2004, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 349/1, 25. 11. 2004.

<sup>203</sup> V. Décision 2005/358/EC du Conseil du 26 avril 2005 fixant le siège de l'Agence, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 114/13, 5. 05. 2005.

<sup>204</sup> Paragraphe 4 du préambule de la Décision n° 2007/2004, 26. 11. 2004 précitée.

<sup>205</sup> Paragraphe 6, *ibid.*

<sup>206</sup> En 2014, près de 218.000 migrants ont été détectés lors des opérations mixtes de Frontex, (soit environ 600 par jour) contre 54.000 seulement en 2013 : *FRONTEX - General Report 2014*, p. 17.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> Hélène JORRY, "Institutionnalisation et gestion des frontières extérieures de l'Union européenne: Quelle situation juridique pour les migrants?" in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration, op. cit.*, p. 128.

la pratique de certains Etats, à l'instar de la politique italienne du "push back" relevée ci-dessus. Cette pratique de Frontex est dépourvue de base juridique, le Règlement qui l'institue ne prévoyant aucune disposition spécifique relative à la déterritorialisation des contrôles. Elle n'entre pas non plus dans le champ d'application du code de franchissement des frontières Schengen dont les dispositions ne visent que les frontières extérieures au sens strict. L'objectif d'une telle pratique, qui repose sur une présomption d'illégalité de toute migration en l'occurrence par mer, est de repousser les frontières extérieures de l'UE au plus près du départ des flux migratoires afin de transférer la charge des migrants de masse sur les Etats d'origine ou de transit<sup>209</sup>. Ce faisant, l'on anéantit l'exercice par les migrants de leur droit de quitter un pays. En principe, une telle pratique n'est pas contraire au droit international, pour autant qu'elle n'aboutisse pas à la violation du principe de non refoulement en haute mer.

137. Il convient de rappeler que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a déclaré, dans son Observation générale n°31 de 2004 sur la nature des obligations générales des Etats Parties au PIDCP, que ces Etats *"must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or the effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party."*
138. Dans sa décision du 21 novembre 2008 sur la communication *J.H.A. c. Espagne* relative au cas de 369 migrants illégaux interceptés en haute mer et renvoyés en Mauritanie, le Comité contre la Torture a précisé que *"jurisdiction must also include situations where a State Party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto control, in accordance with international law ..."* (paragraph 8.2). En l'occurrence, l'Etat Partie avait maintenu le contrôle sur les personnes à bord du navire *Marine I* à partir du moment où le navire avait été secouru et pendant le processus de son identification et de son rapatriement à Nouadhibou.
139. La Cr.EDH, marquant à cet égard une évolution par rapport à sa jurisprudence antérieure fondée sur l'interprétation de l'article 1 de la CEDH<sup>210</sup>, semble aller également dans le sens que les Etats parties à la Convention demeurent tenus par cette dernière au-delà de leur territoire, en particulier en haute mer. Encore convient-il de rappeler que la Cour a déclaré dans l'affaire *Amuur c. France* qu'en dépit de son appellation, la

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>210</sup> V. la jurisprudence citée à ce sujet par T. SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in *op. cit.*, p. 249, note 116.

"zone internationale n'a pas un statut extraterritorial<sup>211</sup>", et que selon le HCR, une demande d'asile faite dans la 'zone internationale' repousse la frontière de l'Etat<sup>212</sup>. En tout état de cause, dans un arrêt rendu le 29 mars 2010 en l'affaire *Medvedyev et autres c. France*, la Grande Chambre de la Cr.EDH a jugé que l'interception par la France, en haute mer, d'un navire cambodgien engagé dans le trafic de drogue était dans le ressort de la France aux fins de l'application de la CEDH.<sup>213</sup> Dans l'arrêt du 23 février 2012 en l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la Cour a confirmé que la CEDH s'impose aux Etats Parties en haute mer. Elle déclare:

*"Furthermore, as regard the exercise by a State of its jurisdiction on the high sea, the Court has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction (paragraph 178)."*

140. En conséquence, la Cour a jugé que les opérations d'interception des migrants illégaux en haute mer doivent être menées dans le respect des obligations découlant de la CEDH et ses protocoles:

*"Having regard the foregoing, the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State, constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol N°4 (paragraph 180)."*

141. Dans la compréhension qu'en a le HCR, l'obligation de non refoulement a la même portée *ratione loci*: les parties à la Convention de 1951 sont tenues par cette obligation partout où agissent leurs agents, y compris en haute mer; le navire étant sous la juridiction de l'Etat du pavillon, les réfugiés à bord reçoivent la même protection que s'ils étaient sur le territoire dudit Etat. Aussi, selon le HCR:

---

<sup>211</sup> *Amuur c. France* 22 ECHR (1996), 533.

<sup>212</sup> UNHCR, "The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law: Response to the Question posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Republic of Germany in Cases 2BvR 1938/93, 2BvR 1953/93, 2BvR 1954/93" 31 January 1993, para. 33.

<sup>213</sup> Cr.EDH (Requête n° 3394/03), arrêt 29 mars 2010.

*"The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all government agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept persons at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligation under international refugee law and human rights<sup>214</sup>."*

142. En somme, le principe de non refoulement emporte deux exigences: d'une part, il s'applique non seulement sur le territoire de l'Etat, mais partout où s'exerce sa juridiction, notamment en haute mer; d'autre part, la protection due aux réfugiés s'applique dans le cadre de cette juridiction élargie, notamment dans le contexte de l'interception et du renvoi des migrants en haute mer.

#### *2- Isolement du territoire national*

143. Le dispositif mis en place par l'Australie est sans doute l'un des plus originaux et aussi l'un des plus contestés au regard du droit international. Le *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act* adopté en 2001<sup>215</sup> permet d'exclure ("*excision*") certaines parties du territoire australien telles que Christmas Island, les îles Cocos, les îles Ashmore et Cartier de la "zone de migration", c'est-à-dire un espace où les demandes de visas de protection peuvent être faites par des personnes qui sont entrées illégalement en Australie, y compris les réfugiés. Dans ces "zones d'exclusion", les migrants, réfugiés ou non, sont considérés comme des "*offshore entry persons*", des "personnes hors sol" pour ainsi dire, et sont exclus de la demande d'asile, à moins que le ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté, exerçant son pouvoir discrétionnaire et sans appel, ne les y autorise. Aucun recours juridictionnel n'est disponible pour eux. Ils peuvent être amenés dans un autre Etat appelé "pays déclaré" ("*declared country*"), où leur demande d'asile peut être examinée si le ministre a des assurances que les mesures appropriées ont été mises en place pour qu'ils ne soient pas refoulés dudit pays.<sup>216</sup>

<sup>214</sup> UNHCR, *Interception of Asylum-Seekers*, n 12, para. 23; et S. TREVISANUT, "The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection", *12 Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2008), p. 205.

<sup>215</sup> V. aussi *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001*.

<sup>216</sup> V. Melissa PHILLIPS, "Out of Sight Out of Mind/ Excising Australia from Migration Zone" *Conservation* (May 17, 2013) <http://theconservation.com/out-of-sight-out-of-mind-excising-australia-from-migration-zone-14387>.

144. Il y a des doutes sur la conformité de cette pratique australienne au droit international relatif aux réfugiés<sup>217</sup> et à l'asile, notamment à l'obligation d'accorder à chaque réfugié des procédures justes et efficaces d'examen de son cas. L'exclusion territoriale dans le cadre du territoire d'un Etat n'est pas nécessairement contraire au droit international, dans la mesure où un Etat peut être fondé à limiter la liberté de mouvement à l'intérieur de son propre territoire. Toutefois, en l'espèce, elle prolonge indûment la précarité de la situation des réfugiés et contrevient à l'obligation d'être traité humainement, et plus largement à l'obligation de respect de la dignité humaine du migrant, qu'il soit réfugié ou non<sup>218</sup>.

3- *Participation d'un Etat à l'empêchement par un autre Etat de la migration des réfugiés*

145. Au regard du droit international, il n'est pas interdit à un Etat de prêter assistance à un autre Etat, à la demande de ce dernier, pour la sécurisation de ses frontières internationales. Dès lors qu'il est admis que l'admission ou le refus d'admission est un droit souverain de l'Etat, une telle assistance entrerait sans difficulté dans le droit de tout Etat de préserver sa souveraineté territoriale en la matière.

146. Le fait pour un Etat de prêter assistance à un autre Etat n'ayant pas des frontières communes avec lui, pour faire échec à l'afflux des réfugiés paraît en revanche contestable au regard du droit international. Concrètement, le fait pour un Etat membre de l'Union européenne de prêter assistance à un Etat non membre de l'Union, par exemple par l'envoi de forces de sécurité, pourrait être perçu comme une complicité de violation de l'obligation de non refoulement des réfugiés. Comme on l'a montré précédemment, l'obligation de non refoulement n'a pas une limitation géographique, en ce sens qu'elle n'est pas circonscrite *ratione*

<sup>217</sup> V. T. SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in *op. cit.*, p. 252. Les autorités australiennes sont sans doute conscientes de cette situation. Le 02 mars 2016 le Premier ministre Peter O'Neill a déclaré qu'il espérait la fermeture du Centre de détention controversé de l'île Manus en Papouasie Nouvelle Guinée: "At some stage of course we need to close the centre, these people cannot remain on Manus forever" Source: [http://www.shanghaidaily.com/article/article\\_xinhua.aspx?id=321872](http://www.shanghaidaily.com/article/article_xinhua.aspx?id=321872) (consulté le 11.3.2016).

<sup>218</sup> Cette pratique des 'entrées offshore' ("*offshore entry*") rappelle le choix par les Etats-Unis de l' "*offshore facility*" pour la détention des présumés terroristes à Guantanamo après les attaques terroristes du 11 septembre 2001, choix motivé par le fait que les juridictions américaines considèrent traditionnellement que les étrangers n'ont aucun droit constitutionnel tant qu'ils ne sont pas entrés sur le territoire américain (v. par ex. la décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Mezei*, cité par D. WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, CUP, 2014, p. 213).

*loci*, et qu'il n'est point besoin que les réfugiés atteignent les frontières physiques d'un Etat pour qu'il soit astreint à son respect.

147. En revanche, un Etat membre de l'UE qui apporterait une telle assistance à un autre Etat membre - par exemple à la Grèce qui est l'une des principales portes d'entrée des migrants et subit de ce fait une pression considérable - contribuerait simplement au contrôle de leurs frontières extérieures communes<sup>219</sup>. Son action ne constituerait pas une violation ou une complicité de violation de ses obligations internationales, pour autant qu'elle respecte les exigences du droit international en matière de traitement des migrants et en particulier des réfugiés. C'est dans ce contexte que s'inscrit la décision de l'UE dans le cadre de ses engagements pris lors de la réunion du Conseil européen des 7 et 8 mars 2016 sur la crise migratoire en Europe.<sup>220</sup> Cette réunion du Conseil des 7

<sup>219</sup> Le Président de la Commission de l'UE, Donald Tusk, a souligné la nécessité de la solidarité entre Etats membres dans la protection des frontières extérieures de l'UE dans un message lors d'une réunion informelle des chefs d'Etat et de Gouvernements au Parlement européen, le 23 September 2015: "This is why I ask you all to show responsibility and common sense. The first commandment today is the restoration of control on the EU's external borders as a *conditio sine qua non* of an effective, humanitarian and safe migratory policy. Tomorrow, in the European Parliament you will hear Angela Merkel and François Hollande. We all know how much depends on them. In this crisis situation they have both demonstrated beautiful moral gestures, which we all highly appreciate. Tomorrow, they must pass an even harder exam: an exam in responsibility for the protection of the European political community and its external borders. Otherwise, they, and all of us will become responsible for the re-emergence of walls and barriers on our internal borders, here in Europe. We have to finally say it loud and clear: Europe without its external borders equals Europe without Schengen. Europe without its external borders will become a breeding ground for fear in each and every one of us. And this will lead us, sooner than later, to a political catastrophe." Source: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/10/06-tusk-address-european-parliament-informal-euco-september/>

<sup>220</sup> Parmi les axes d'action retenus par le Conseil pour inscrire dans la durée la rupture avec "la politique du "laisser passer" aux frontières maritimes, il y a les suivantes:  
a) se tenir aux côtés de la Grèce en ce moment difficile et tout mettre en œuvre pour aider à gérer la situation qui a résulté de ce développement. Il s'agit là d'une responsabilité collective de l'UE qui requiert une mobilisation rapide et efficace de l'ensemble des moyens et ressources dont dispose l'UE ainsi que des contributions des Etats membres; b) apporter une réponse immédiate et efficace à la situation humanitaire très difficile, qui évolue rapidement sur le terrain. Une aide d'urgence sera fournie dans les plus brefs délais par la Commission, en étroite coopération avec la Grèce, d'autres Etats membres et des organisations non gouvernementales sur la base d'une évaluation des besoins réalisée par la Commission et la Grèce et d'un plan d'urgence et d'action. Dans ce contexte, les chefs d'Etat ou de gouvernement se félicitent de la proposition de la Commission concernant la fourniture d'une aide d'urgence au sein de l'UE et demandent au Conseil de l'adopter avant le Conseil



et 8 mars a été suivie par celle des 17 et 18 mars 2016 au cours de laquelle les Etats membres de l'UE se sont déclarés "disposés à fournir à la Grèce, à bref délai, les moyens nécessaires, notamment des garde-frontières, des experts en matière d'asile et des interprètes<sup>221</sup>". L'UE a conclu à cette occasion un accord avec la Turquie sur la migration de masse dont on analyse ci-dessous la teneur.

4- *Sous-traitance de l'empêchement de la migration et la question du "pays sûr" ou du "pays tiers sûr"*

148. A côté des dispositifs de prévention ou d'anticipation comme Frontex, l'UE a mis en place plus récemment (en 2016) un dispositif de sous-traitance du contrôle par un autre pays, des migrants de masse en direction du territoire de l'Union. En effet, dans le cadre d'une entente entre l'UE et la Turquie, principal Etat de 'départ' ou de transit des migrants de masse fuyant les conflits armés au Proche et Moyen-Orient, les deux parties ont convenu d'œuvrer de concert sur la base des règles ci-après convenues lors de la réunion du Conseil européen des 17 et 18 mars 2016:

---

européen de mars, de manière à élargir l'éventail d'instruments financiers susceptibles d'être utilisés; ils invitent l'autorité budgétaire à prendre les mesures de suivi qui seraient nécessaires; c) fournir une aide supplémentaire à la Grèce pour ce qui est de gérer les frontières extérieures, y compris celles avec l'ancienne République yougoslave de Macédoine et l'Albanie, et d'assurer le bon fonctionnement des "hotspots", l'identification, l'enregistrement et les contrôles de sécurité devant être effectués à 100 %, ainsi que la fourniture de capacités d'accueil suffisantes. Frontex lancera dès que possible un nouvel appel à agents invités nationaux, et tous les États membres devraient y répondre intégralement pour le 1<sup>er</sup> avril au plus tard. Europol déploiera rapidement des agents invités dans tous les "hotspots" afin de renforcer les contrôles de sécurité et d'appuyer les autorités grecques dans la lutte contre les passeurs; d) aider la Grèce à assurer, selon des procédures globales, à grande échelle et accélérées, le retour vers la Turquie de tous les migrants qui sont en situation irrégulière et qui n'ont pas besoin d'une protection internationale, sur la base de l'accord de réadmission entre la Grèce et la Turquie et, à partir du 1<sup>er</sup> juin, de l'accord de réadmission entre l'UE et la Turquie; e) accélérer sensiblement la mise en œuvre de la relocalisation afin d'alléger la lourde charge qui pèse actuellement sur la Grèce. Le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) lancera un nouvel appel à expertise nationale pour soutenir le régime d'asile grec, et tous les États membres devraient y répondre rapidement et intégralement. Les États membres sont également invités à prévoir de toute urgence davantage de places à des fins de relocalisation. La Commission rendra compte chaque mois au Conseil de la mise en œuvre des engagements en matière de relocalisation ". Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>

<sup>221</sup> Conclusion du Conseil européen, 17 et 18 mars 2016, Communiqué de presse 143/16 18/03/2016.

## MASS MIGRATIONS - PREPARATORY WORK

*"Turkey and the European Union reconfirmed their commitment to the implementation of their joint action plan activated on 29 November 2015. Much progress has been achieved already, including Turkey's opening of its labour market to Syrians under temporary protection, the introduction of new visa requirements for Syrians and other nationalities, stepped up security efforts by the Turkish coast guard and police and enhanced information sharing. Moreover, the European Union has begun disbursing the 3 billion euro of the Facility for Refugees in Turkey for concrete projects and work has advanced on visa liberalisation and in the accession talks, including the opening of Chapter 17 last December. On 7 March 2016, Turkey furthermore agreed to accept the rapid return of all migrants not in need of international protection crossing from Turkey into Greece and to take back all irregular migrants intercepted in Turkish waters. Turkey and the EU also agreed to continue stepping up measures against migrant smugglers and welcomed the establishment of the NATO activity on the Aegean Sea. At the same time Turkey and the EU recognise that further, swift and determined efforts are needed. In order to break the business model of the smugglers and to offer migrants an alternative to putting their lives at risk, the EU and Turkey today decided to end the irregular migration from Turkey to the EU. In order to achieve this goal, they agreed on the following additional action points:*

*1) All new irregular migrants crossing from Turkey into Greek islands as from 20 March 2016 will be returned to Turkey. This will take place in full accordance with EU and international law, thus excluding any kind of collective expulsion. All migrants will be protected in accordance with the relevant international standards and in respect of the principle of non-refoulement. It will be a temporary and extraordinary measure which is necessary to end the human suffering and restore public order. Migrants arriving in the Greek islands will be duly registered and any application for asylum will be processed individually by the Greek authorities in accordance with the Asylum Procedures Directive, in cooperation with UNHCR. Migrants not applying for asylum or whose application has been found unfounded or inadmissible in accordance with the said directive will be returned to Turkey. Turkey and Greece, assisted by EU institutions and agencies, will take the necessary steps and agree any necessary bilateral arrangements, including the presence of Turkish officials on Greek islands and Greek officials in Turkey as from 20 March 2016, to ensure liaison and thereby facilitate the smooth functioning of these*

*arrangements. The costs of the return operations of irregular migrants will be covered by the EU.*

*2) For every Syrian being returned to Turkey from Greek islands, another Syrian will be resettled from Turkey to the EU taking into account the UN Vulnerability Criteria. A mechanism will be established, with the assistance of the Commission, EU agencies and other Member States, as well as the UNHCR, to ensure that this principle will be implemented as from the same day the returns start. Priority will be given to migrants who have not previously entered or tried to enter the EU irregularly. On the EU side, resettlement under this mechanism will take place, in the first instance, by honouring the commitments taken by Member States in the conclusions of Representatives of the Governments of Member States meeting within the Council on 20 July 2015, of which 18.000 places for resettlement remain. Any further need for resettlement will be carried out through a similar voluntary arrangement up to a limit of an additional 54.000 persons. The Members of the European Council welcome the Commission's intention to propose an amendment to the relocation decision of 22 September 2015 to allow for any resettlement commitment undertaken in the framework of this arrangement to be offset from non-allocated places under the decision. Should these arrangements not meet the objective of ending the irregular migration and the number of returns come close to the numbers provided for above, this mechanism will be reviewed. Should the number of returns exceed the numbers provided for above, this mechanism will be discontinued.*

*3) Turkey will take any necessary measures to prevent new sea or land routes for illegal migration opening from Turkey to the EU, and will cooperate with neighbouring states as well as the EU to this effect.*

*4) Once irregular crossings between Turkey and the EU are ending or at least have been substantially and sustainably reduced, a Voluntary Humanitarian Admission Scheme will be activated. EU Member States will contribute on a voluntary basis to this scheme.*

*5) The fulfilment of the visa liberalisation roadmap will be accelerated vis-à-vis all participating Member States with a view to lifting the visa requirements for Turkish citizens at the latest by the end of June 2016, provided that all benchmarks have been met. To this end Turkey will take the necessary steps to fulfil the remaining requirements to allow the Commission to make, following the required assessment of compliance with the benchmarks, an appropriate proposal by the end*

*of April on the basis of which the European Parliament and the Council can make a final decision.*

*6) The EU, in close cooperation with Turkey, will further speed up the disbursement of the initially allocated 3 billion euros under the Facility for Refugees in Turkey and ensure funding of further projects for persons under temporary protection identified with swift input from Turkey before the end of March. A first list of concrete projects for refugees, notably in the field of health, education, infrastructure, food and other living costs, that can be swiftly financed from the Facility, will be jointly identified within a week. Once these resources are about to be used to the full, and provided the above commitments are met, the EU will mobilise additional funding for the Facility of an additional 3 billion euro up to the end of 2018.*

*7) The EU and Turkey welcomed the ongoing work on the upgrading of the Customs Union.*

*8) The EU and Turkey reconfirmed their commitment to re-energise the accession process as set out in their joint statement of 29 November 2015. They welcomed the opening of Chapter 17 on 14 December 2015 and decided, as a next step, to open Chapter 33 during the Netherlands presidency. They welcomed that the Commission will put forward a proposal to this effect in April. Preparatory work for the opening of other Chapters will continue at an accelerated pace without prejudice to Member States' positions in accordance with the existing rules."*

*9) The EU and its Member States will work with Turkey in any joint endeavour to improve humanitarian conditions inside Syria, in particular in certain areas near the Turkish border which would allow for the local population and refugees to live in areas which will be more safe. All these elements will be taken forward in parallel and monitored jointly on a monthly basis. The EU and Turkey decided to meet again as necessary in accordance with the joint statement of 29 November 2015<sup>222</sup>."*

149. En somme, l'UE sous-traite à la Turquie la responsabilité de dire qui peut être admis comme migrant-réfugié sur le territoire de l'UE et qui ne peut pas. Cet arrangement semble basé sur la doctrine du "pays tiers sûr" (a), en vertu de laquelle les Etats membres de l'UE croit qu'en renvoyant des migrants de masse qui cherchent à entrer sur le territoire de l'Union

---

<sup>222</sup> Source: Press office - General Secretariat of the Council, Rue de la Loi 175 - B-1048 BRUSSELS - Tel.: +32 (0)2 281 6319 [press.office@consilium.europa.eu](mailto:press.office@consilium.europa.eu) - [www.consilium.europa.eu/press](http://www.consilium.europa.eu/press).

dans un tel pays, ils ne violent pas leurs obligations internationales, en particulier l'obligation de non refoulement. Mais le problème posé par l'accord du 18 mars 2016 entre l'UE et la Turquie va au-delà de la question du "pays tiers sûr". Il soulève également la question de l'empêchement de l'exercice par les migrants de leur droit de quitter un pays (b).

*a) La question du "pays sûr" ou du "pays tiers sûr"*

150. Un des stratagèmes par lequel les Etats contournent la contrainte principale imposée par l'obligation de non refoulement, à savoir l'examen du cas individuel de chaque migrant, est de transférer sans coup férir les demandeurs d'asile dans un pays avec lequel ils ont un lien de quelque nature, et qui garantira la sécurité des demandeurs<sup>223</sup>. C'est ce que l'on vient de voir, notamment avec la pratique de l'UE et dans une certaine mesure celle de l'Australie. Dans le cas de l'UE, le Conseil européen a pris note, à sa réunion des 17 et 18 mars 2016, " de la manière dont une demande d'asile émanant d'un migrant qui part de la Turquie pour gagner la Grèce peut être déclarée irrecevable, sur la base du concept du "premier pays d'asile " ou du "pays tiers sûr", conformément au droit européen et au droit international<sup>224</sup>." Ces pays d'accueil, en l'occurrence la Turquie, ou Nauru et la Papouasie Nouvelle Guinée dans le cas de l'Australie seraient donc des "pays sûrs", au sens du droit international des réfugiés.
151. La notion de "pays sûr" n'est pas en soi incompatible avec la Convention de 1951, et l'examen des instruments des droits de l'homme n'amènent pas à une conclusion différente<sup>225</sup>. Elle est bien établie dans la pratique internationale et dans le droit de l'Union européenne où elle figure à l'article 38 de la Directive sur les procédures d'asile. En outre, le Règlement UE n°604/213 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (Dublin III) prévoit clairement qu'un Etat membre de l'Union a toujours le choix d'envoyer un demandeur d'asile dans un "pays tiers", sous réserve des règles et garanties énoncées à l'article 3 (3) de la Directive 2013/32.EU.
152. Il existe cependant différentes opinions sur ce que devrait être le lien entre l'Etat qui renvoie et celui qui accueille. On estime en particulier que divers éléments déterminent si un pays est "sûr", y compris entres autres,

<sup>223</sup> V. J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 293.

<sup>224</sup> Conclusion du Conseil européen, 17 et 18 mars 2016, Communiqué de presse 143/16 18/03/2016.

<sup>225</sup> V. cependant V. MORENO-LAX, "The legality of the "Safe Third Country" notion contested: Insights from the law of treaties" in G. S. GOODWIN-GILL et Ph. WECKEL, *op. cit.*, pp. 665-720.

le respect du principe de non refoulement sans lequel le renvoi dans un "pays sûr" constituerait un refoulement déguisé, qui tomberait dans le cadre de l'interdiction prévue par l'article 33 (1) de la Convention de 1951. A cet égard, le HCR a précisé les conditions d'application de cette notion. Il recommande :

*"In determining whether a country is 'safe', states should take into account the following factors: its respect for human rights and rule of law, its record of not producing refugees, its ratification and compliance with human rights instruments and its accessibility to independent national or international organisations for the purpose of verifying and supervising respect for human rights<sup>226</sup>."*

153. Par la suite, le HCR a ajouté, concernant la question de la "sûreté", qu'il ne peut pas y être répondu uniquement "sur la base des critères formels", tels que la qualité d'Etat Partie du pays tiers à la Convention de 1951 et le Protocole de 1967, et/ou les traités pertinents relatifs aux droits de l'homme. Il faut que l'Etat tiers fasse une application effective et juste des procédures appropriées en matière d'asile<sup>227</sup>.
154. Ces conditions d'application de la notion de "pays sûr" offrent une protection importante aux réfugiés. Mais tiennent-elles suffisamment compte des contraintes que pourraient avoir un Etat d'accueil en cas d'afflux massif des personnes cherchant un refuge ? Il y a lieu de se demander si elles sont vraiment conformes à l'objet et surtout au but de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967. Si le but de la Convention est d'assurer la protection des personnes qui fuient leur(s) pays pour cause de persécutions (etc.), le souci premier de ces personnes doit être de trouver un refuge dans un pays sûr. Il est du devoir de l'Etat d'accueil de leur offrir un tel refuge soit sur son propre territoire, soit dans un autre pays, à la seule condition qu'il s'agisse d'un "pays sûr". Dès lors qu'un tel pays est identifié et accepte d'accueillir le réfugié, donner à celui-ci le droit de choisir son Etat de destination, y compris en refusant de demander le droit d'asile dans un Etat d'accueil "sûr" ou dans un "Etat tiers sûr" serait un luxe qui n'entre pas dans le but poursuivi par la Convention de 1951. Ce n'est pas le lien avec un pays qui devrait déterminer en priorité le choix du pays de destination, mais la sécurité qu'offre le pays d'accueil. Les considérations telles que les liens

<sup>226</sup> V. UNHCR *Position Relating to the Resolution on Safe Countries of Origin*, London, 30 November - 1 December 1992.

<sup>227</sup> V. UNHCR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, 31 May 2001, par. 14; v. aussi Francisco CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, Routledge, 2015, pp. 248-249.

parentaux, le regroupement familial et autres ne devraient intervenir que dans un second temps, une fois réglée la question du refuge.

155. A la lumière de l'analyse qui précède, il paraît impropre de parler d' " Etat de transit" dans le cadre de l'UE dont les Etats membres respectent en général les standards élevés en matière de protection des droits de l'homme. Des migrants qui refuseraient de s'installer dans des Etats membres de l'Union ne répondent pas (ou plus) à la définition de réfugié, et ne devraient pas être traités comme tels. Leur cas relèverait de la migration économique ou de travail.
156. Cela étant, la Turquie peut-elle être considérée aujourd'hui comme un "pays tiers sûr" alors que: *a)* elle est elle-même en proie à l'insécurité causée par la violence terroriste; *b)* des rapports font état de refoulement indirect à sa frontière avec la Syrie à travers les mauvais traitements infligés à des réfugiés; *c)* le fonctionnement actuel du régime en place dans ce pays n'offre pas les meilleures garanties de protection des droits de l'homme? Même en admettant qu'une sécurité maximale ne serait pas requise pour un pays tiers seulement sûr (et non pas "très sûr"), il y a lieu d'en douter.
157. Si l'on examine la question à la lumière du droit de l'UE et non pas du droit général des réfugiés, il apparaît que la Directive sur les procédures d'asile distingue entre "pays tiers sûrs" (article 38) et "pays tiers très sûrs" (*'super-safe third countries'*) (article 39). L'article 39 (2) requiert du "pays tiers très sûr" une ratification de la Convention de 1951 sans aucune limitation géographique et un examen individuel de la demande d'asile avant un éventuel rejet, cependant qu'aux termes de l'article 38 (1)(e), les "pays tiers sûrs" doivent seulement accorder une protection "conformément à la Convention de Genève. La Turquie ne peut, au mieux prétendre qu'à la catégorie de "pays tiers sûr". Pour autant en est-il un ? Cette question ne se pose pas tant parce que tel pays ne serait pas partie à la Convention de Genève, car même un Etat qui ne l'a pas ratifié est tenu par ses dispositions qui relèvent du droit international coutumier; ce qui importe est que ses lois et sa pratique soient conformes à la Convention et aux principes qui permettent de déterminer si un pays est "sûr". Il ne suffit donc pas que " (l)UE rappelle qu'elle attend de la Turquie qu'elle respecte les normes les plus élevées qui soient en ce qui concerne la démocratie, l'Etat de droit et le respect des libertés fondamentales, dont la liberté d'expression<sup>228</sup>" pour que ce pays devienne un "pays sûr", s'il ne réunit plus aujourd'hui les conditions requises à ce sujet. Cette déclaration de l'UE est le révélateur

---

<sup>228</sup> Conclusion du Conseil européen, 17 et 18 mars 2016, Communiqué de presse 143/16 18/03/2016.

de ce que l'Union a au moins des doutes - pour dire le moins - sur le fait que la Turquie réunit aujourd'hui les critères d'un tel Etat

158. En définitive, ce n'est pas la notion abstraite de "pays sûr" et le principe de la répartition corrélative de la charge des migrants de masse ou de l'examen des demandes d'asile qui pourraient être en conflit avec la Convention relative aux réfugiés, mais leur application concrète<sup>229</sup>. Mais dans le cas de l'accord entre l'UE et la Turquie, c'est moins la question du pays sûr qui est en cause que la sous-traitance par l'UE à ce pays de l'application de l'obligation de non refoulement. Il appartiendra en tout état de cause à la Grèce de répondre à la question de savoir si la Turquie est un "pays tiers sûr", puisque le Système européen commun en matière d'asile n'a pas choisi une détermination supranationale des "pays sûrs" ou "très sûrs".

*b) L'empêchement de l'exercice du droit de quitter un pays*

159. Dès l'annonce des lignes directrices de l'accord à conclure entre l'UE et la Turquie, les premières réactions étaient empreintes de méfiance. Dans son intervention devant le Parlement européen le jour de la mise au point des lignes directrices de cet arrangement, le 7 mars 2016, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux réfugiés, M. Filippo Grandi, a déclaré que le HRC n'est pas partie aux discussions en cours entre l'UE et la Turquie et s'est dit très préoccupé par l'accord qui donne un blanc-seing pour renvoyer toute personne d'un pays à un autre sans prendre les mesures de protection requises par le droit international<sup>230</sup>.
160. Pour certains commentateurs, l'accord du 18 mars 2016 entre l'UE et la Turquie serait "du point de vue de sa rédaction juridiquement irréprochable."<sup>231</sup> Cet accord soulève néanmoins diverses questions d'ordre juridique dont les principales sont les suivantes: Les migrants

<sup>229</sup> La Cour européenne de Justice a déclaré que: "an application of Regulation N° 343/2003 on the basis of the conclusive presumption that the asylum seeker's fundamental rights will be observed in the Member State primarily responsible for his application is incompatible with the duty of the Member State to interpret and apply Regulation N° 343/2003 in a manner consistent with fundamental rights." (Judgement of 21 December 2011 in the Joined Cases C-411/10 and C-493/10, *N. S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and others v. Refugee Applications Commissioner, Minister of Justice, Equality and Law Reform (N.S.)*). Il devrait en être ainsi *a fortiori* lorsque l'examen des demandes d'asile est transféré à un pays tiers réputé "sûr".

<sup>230</sup> "But as a first reaction, I am deeply concerned by any arrangement that will involve a blanket return of anyone from one country to another without spelling out the refugee protection safeguards under international law" Source: <http://www.unhcr.org/print/56dec2e99.html>.

<sup>231</sup> V. par ex. les commentaires de M. Antonio Remiro Brotons sur le Rapport préliminaire (Madrid, le 12 décembre 2016, p. 12).



irréguliers renvoyés de Grèce en Turquie le seront-ils parce qu'ils n'ont pas " besoin de protection internationale" ou bien parce que, bien qu'ayant besoin d'une telle protection, ils ne sont pas des "Syriens de la Turquie"? L'empêchement d'immigrer s'appliquera-t-il uniquement aux migrants de masse qui n'ont pas le statut de réfugiés en Turquie ou bien également aux personnes y ayant obtenu un tel statut?

161. Bien que l'UE et la Turquie déclarent que " (t)ous les migrants seront protégés conformément aux normes internationales pertinentes et dans le respect du principe de non refoulement", l'accord du 18 mars 2016 prévoit que

*"Turkey will take any necessary measure to prevent new sea or land routes for illegal migration opening from Turkey to EU, and will cooperate with neighbouring states as well as the EU to this effect"<sup>232</sup>.*

162. A l'analyse, il apparaît que l'accord ne fait pas la distinction courante entre 'réfugiés' et 'migrants', il aborde la question avec une acception du terme migrant comme recouvrant aussi bien les réfugiés que les migrants non réfugiés ou migrants économiques, validant en quelque sorte l'approche terminologique retenue dans le présent rapport. En faisant référence au "principe de non refoulement", il évoque la situation des réfugiés. Il est cependant révélateur qu'à aucun moment l'accord n'emploie le terme "réfugiés", préférant parler de "migrants"<sup>233</sup>. Il y a comme une négation du fait que la crise migratoire à laquelle est confrontée l'UE est aussi et sans doute en grande partie, une crise des réfugiés. Les parties à l'accord étaient sans doute conscientes de ce que le dire expressément serait admettre implicitement que le mécanisme mis en place est contraire au droit international des réfugiés et la pratique établie en la matière. D'une part, l'accord apparaît comme non conforme à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, car les réfugiés bénéficient du principe absolu de non refoulement qui est contourné par l'accord en dépit de la déclaration qui y est contenue à ce

---

<sup>232</sup> EU International Summit, EU - Turkey statement, 18 March 2016, Press release 144/16 18.03.2016.

<sup>233</sup> Bien souvent, les Etats considèrent que les migrants qui arrivent en masse à leurs frontières ne sont pas de réfugiés, afin de se soustraire à leurs obligations internationales, et plus particulièrement à l'obligation de non refoulement. V. Jean François DURIEUX and Jane McADAM, "Non-Refoulement Through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies" (in *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrants Workers Refugees*) *Human Rights and Refugees*, Vol. 10, p. 214.

sujet<sup>234</sup>. En effet, non seulement le principe dit "1 pour 1" introduit une discrimination entre les réfugiés, mais l'accord ne dit pas ce qu'il adviendra des réfugiés recueillis en haute mer; en fait, ce silence laisse comprendre qu'ils seront sans doute eux aussi renvoyés en Turquie. D'autre part, l'accord semble ne pas tenir compte du droit de toute personne de quitter un pays, contenu dans divers instruments des droits de l'homme. Encore une fois, le fait même de déclarer qu'il s'agit d'une "mesure temporaire et exceptionnelle" est une confirmation de son caractère dérogatoire à certaines règles existantes. Somme toute, l'UE peut admettre ou refuser d'accueillir qui elle veut. Mais un pays tiers, qu'il soit "sûr" ou non, ne peut priver qui que ce soit de sa liberté d'aller dans un autre pays, y compris de l'UE. Un Etat ne peut pas s'engager, contre rémunération, à entraver la liberté de mouvement de personnes tout en prétendant que cela est conforme au droit international.

163. En conclusion, il est établi en droit international que:

- toute personne a le droit de quitter un pays;
- une mesure tendant à empêcher les migrants qui sont *prima facie* des réfugiés, d'arriver aux frontières d'un Etat (telles que les zones d'exclusion territoriale, l'interception en haute mer suivi d'un renvoi automatique et collectif, la sous-traitance du blocage des migrants) constitue une violation de l'obligation de non refoulement;
- les migrants peuvent être transférés vers un "pays sûr", à condition que ce pays remplisse les critères de détermination d'un "pays sûr" établis par la pratique internationale;
- un groupe d'Etats ayant des frontières internationales communes peuvent répartir entre eux des migrants de masse suivant des règles qui

---

<sup>234</sup> Le malaise de l'UE sur cette question est évident. Les "remarques" du Président du Conseil européen, M. Donald Tusk, faites après l'adoption de l'accord étaient centrées sur cette question, comme pour répondre aux critiques dont l'accord fait l'objet à ce sujet. Il a déclaré: "Today, we have finally reached an agreement between the EU and Turkey. An agreement aimed at stopping the flow of irregular migration via Turkey to Europe. Let me mention key elements that allowed us to reach this agreement in the last days and hours: First, we needed to ensure that each and every migrant arriving in Europe will be treated individually. In other words that our agreement complies with all EU and international laws. This includes the respect for the principle of *non-refoulement* and it excludes any kind of collective expulsions. The EU agencies and the UNHCR will be invited to participate in this process. As for the legality of this agreement I want to express my thanks to Jean-Claude (Junker) and the Commission for their work and contribution." Source: Press office - General Secretariat of the Council Rue de la Loi 175 - B-1048 BRUSSELS - Tel.: +32 (0)2 281 6319 [press.office@consilium.europa.eu](mailto:press.office@consilium.europa.eu) - [www.consilium.europa.eu/press](http://www.consilium.europa.eu/press).

leur sont propres; un "pays tiers sûr" peut demander à accueillir un certain nombre de migrants de masse, au titre de la solidarité internationale en matière de gestion de la crise de la migration de masse.

#### **IV- Migrants de masse et rapports avec l'Etat de destination ou d'accueil**

164. Toute migration internationale met le migrant en relation avec l'Etat de destination ou d'accueil. Il n'en va pas différemment dans le cas de la migration de masse. L'Etat de destination, c'est-à-dire aux frontières desquelles arrivent les migrants de masse, ne doit, en principe, faire aucune discrimination entre les migrants (A). Il lui revient d'accorder ou de refuser le droit d'asile à tel migrant (B). Il est tenu de respecter leurs droits de l'homme, comme tout Etat sur le parcours migratoire (C). Son refus d'admission sur son territoire a pour conséquence le droit de retour du migrant dans leur pays (D). Un tel retour exige, comme la gestion de la migration de masse dans l'Etat d'accueil ou de destination, une coordination et la coopération entre les Etats concernés et les organisations compétentes (E).

##### ***A- Non discrimination***

165. L'expansion des droits de l'homme a érodé progressivement la distinction traditionnelle entre étrangers et nationaux dans la protection des droits inhérents à la dignité humaine. Aussi bien la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>235</sup> que le PIDCP<sup>236</sup> proclament dans leurs préambules respectifs que les droits de l'homme découlent de la "reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine." Dans le même sens, le préambule de la Convention américaine des droits de l'homme rappelle que "les droits essentiels de l'homme ne découlent pas de ce qu'on est un national d'un certain Etat, mais ils sont basés sur les attributs de la personnalité humaine." Ces

---

<sup>235</sup> A.G. Rés. 217 A (III), N.U. Doc. A/810, 10 décembre 1948.

<sup>236</sup> Ouvert à la signature le 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a expliqué, dans son Observation générale n° 15, que presque tous les droits protégés par le PIDCP doivent être garantis sans discrimination entre nationaux et non nationaux. Parmi les droits ainsi couverts par les principes de non discrimination figurent: le droit contre l'expulsion arbitraire; le droit contre la détention arbitraire; le droit contre la torture, le traitement cruel, inhumain et dégradant; l'égalité devant la justice; la liberté de pensée, de conscience et de religion.

déclarations excluent ainsi, implicitement, l'idée qu'il puisse y avoir une discrimination entre les hommes quant à la protection de leurs droits. S'il en est ainsi entre étrangers et nationaux, a fortiori en est-il ainsi entre migrants étrangers, du moins en principe, car la réalité révèle que les pratiques discriminatoires ne sont pas rares<sup>237</sup>.

166. Le principe de non discrimination ainsi suggéré est clairement affirmé dans divers instruments internationaux. Il est considéré comme une règle bien établie, non seulement en droit des migrations, en l'occurrence en droit international des réfugiés, mais en droit de l'homme de manière générale. Il ne s'agit cependant pas d'une règle absolue, notamment en matière d'admission des étrangers. Elle connaît des dérogations.

*1- Règle*

167. Le principe de non discrimination est clairement établi dans le droit des réfugiés, mais aussi dans divers autres instruments de protection des droits de l'homme<sup>238</sup>. L'interdiction de la discrimination entre les réfugiés est énoncée à l'article 3 de la Convention de 1951 qui dispose:

*"Les Etats Contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine"*

168. En matière de droit de l'homme en général, l'article 2 (1) du PIDCP stipule:

*"Chaque Etat Partie s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa compétence les droits reconnus dans le (...) Pacte sans discrimination aucune, notamment de race, sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation."*

169. L'expression "se trouvant sur son territoire" ne signifie pas nécessairement que les individus en question sont admis dans le pays en question. La présence desdits individus sur le territoire de l'Etat suffit à leur conférer le droit à la non discrimination et rend dès lors la disposition

<sup>237</sup> V. par exemple, Francesca IPPOLITO, "Le migrant confronté aux discriminations selon l'origine", in G. S. GOODWIN-GILL et Ph. WECKEL, *op. cit.*, pp. 245-268.

<sup>238</sup> V. e.a. Olivier DE SCHUTTER, "L'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques" in Jean-Yves CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, pp. 157 et s.; François TULKENS, "L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *ibid.*, pp. 192 et s.; G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees* 23 *International Migrant Review*, 1990, pp. 526 et s.

suscitée pertinente dans le cas des migrants de masse en attente d'une décision sur leur statut de réfugié ou leur demande d'asile.

170. L'article 26 du PIDCP dispose pour sa part :

*"Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination notamment de race, sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation."*

171. Comme la CIJ l'a dit dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, au sujet du comportement de l'Afrique du Sud, mandataire des Nations Unies, en Namibie,

*"(e)n vertu de la Charte des Nations Unies l'ancien mandataire s'était engagé, à observer et à respecter, dans un territoire ayant un statut international, les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour tous sans distinction de race. Le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte<sup>239</sup>."*

172. La Déclaration de New York va dans le même sens, et ne suggère à cet égard aucune distinction entre les réfugiés et les migrants, c'est-à-dire entre ceux qui bénéficie d'une protection internationale acquise et ceux dont la protection dépend de l'appréciation individuelle de leur situation par l'Etat d'accueil. Elle affirme:

*"Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Nous rappelons les obligations nous incombant en vertu du droit international, qui interdit toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Pourtant, dans de nombreuses régions du monde, nous constatons avec une vive*

---

<sup>239</sup> C.I.J. Rec., 1971, p. 57, par. 131.

*inquiétude la multiplication des réactions xénophobes et racistes face aux réfugiés et aux migrants.*<sup>240</sup>"

173. Sur cette base, les Etats "condamn[ent] énergiquement les manifestations et actes de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie visant les réfugiés et les migrants, et l'intolérance qui y est associée, ainsi que l'utilisation fréquente de stéréotypes fondés notamment sur la religion ou la croyance<sup>241</sup>."
174. Ainsi, la non discrimination est un principe général du droit international des droits de l'homme<sup>242</sup>. Ce principe pourrait être étendu aux migrants de masse économiques qui sont généralement en situation irrégulière dans l'Etat d'accueil. Dans son avis consultatif relatif à la *Condition juridique et aux droits de migrants sans papiers*, rendu en 2003 à la requête du Mexique, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que les Etats doivent respecter les droits de l'homme à la lumière du principe général et fondamental de non discrimination et que tout traitement discriminatoire entraîne la responsabilité internationale de l'Etat. Pour la Cour, les travailleurs migrants "sans papier" ont les mêmes droits sociaux que les autres travailleurs et l'Etat doit en assurer le respect, y compris leur droit à un procès équitable. Ce principe de non discrimination, corolaire du principe d'égalité, est si fondamental qu'il constitue, selon la Cour, une norme de *jus cogens*<sup>243</sup>. On ne discutera pas ici du point de savoir s'il s'agit bien d'une norme de *jus cogens* - ce dont on peut douter tant qu'on considère la non discrimination comme un principe juridique et non pas en soi - mais si ce principe peut souffrir une dérogation ou s'il existe une limite à sa portée.

---

<sup>240</sup> Déclaration de New York, par. 13.

<sup>241</sup> *Ibid.*, par. 14.

<sup>242</sup> V. V. CHETAIL, "Human Rights of Migrants in General International Law", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 28, 2013, pp. 225 et s., spéc. p. 244, reproduit dans Mary CROCK (ed.), *Migrants and Rights*, Ashgate, 2015, p. 22.

<sup>243</sup> V. Avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur *Judicial Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) N° 18, §101 (Sept. 17, 2003); v. aussi, entre autres, Ann VIBEKE EGGLI, *Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 202. A. A. CACADO TRINDADE, "Le déracinement et les droits des migrants dans le droit international des droits de l'homme" in A. HUNANIZAÇÃO DO, *Direito Internacional*, 2e éd., Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2015, pp. 489-490. Dans sa résolution 2005/47 adoptée le 19 avril 2005, la Commission des droits de l'homme avait exprimé dans le préambule sa préoccupation sur "le nombre croissant de migrants dans le monde" (par. 6) et appelé les Etats à revoir leurs politiques en matière d'immigration et d'éliminer toutes les pratiques discriminatoires contre les migrants et leurs familles (par. 4) (*ibid.*, p. 492).

## 2- Limite

175. Le PIDCP permet aux Etats parties de faire la distinction entre les nationaux et les non nationaux à propos de certaines catégories de droits: d'une part, les droits politiques expressément garantis aux nationaux (v. l'article 25) et le liberté de mouvement (v. art. 12 (1)); d'autre part, certaines distinctions entre nationaux et étrangers pourraient être compatibles avec les dispositions de l'article 26 du Pacte.<sup>244</sup> La question est de savoir si l'Etat d'accueil peut opérer une discrimination entre les migrants et plus précisément entre les réfugiés.
176. Selon certaines analyses, il semble que des différences de traitement soient possibles entre migrants, sur le terrain des droits de l'homme et des législations nationales en matière d'admission des étrangers<sup>245</sup> et non pas à proprement parler sur la base du droit international des réfugiés. Dans le cadre du droit de l'UE notamment, l'application du principe de non discrimination en raison de la nationalité n'implique pas que toute distinction faite sur cette base soit interdite. Une distinction faite sur cette base n'est pas discriminatoire, pour autant qu'elle puisse être justifiée de manière objective et raisonnable. On estime ainsi, qu'en matière d'immigration, l'application aux ressortissants de pays tiers, de l'article 12 du traité de l'UE (ci-après 'article 12 CE') qui pose le principe de la non discrimination en raison de la nationalité, ne remettrait pas en cause la distinction entre national et non national ni le droit souverain de tout Etat de décider en matière d'entrée et de séjour sur son territoire. L'application de l'article 12 CE entre ressortissants de pays tiers imposerait l'obligation de justifier la distinction faite entre eux par un Etat membre de l'UE : par exemple, l'exigence aux Pays-Bas du succès au test de langue pour toute personne sollicitant une admission pour un séjour de longue durée. Or, ce pays a exempté les ressortissants de certains Etats (Australie, Canada,

<sup>244</sup> David WEISSBRODT and Micheal DIVINE "Human rights of migrants", in B. OPESKIN, R. PERRUCHOU & J. REDPATH-CROSS (eds), *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press, pp. 152. et s., spéc. p. 157-158.

<sup>245</sup> Le paragraphe 4 de l'article 3 du Projet de l' "International Migration Bill of Rights" (IMBR) énonce: "Distinctions in the treatment of migrants are permissible, including in the regulation of admission and exclusion, only where the distinction is made pursuant to a legitimate aim, the distinction has an objective justification, and reasonable proportionality exists between the means employed and the aims sought to be realized." Les auteurs s'appuient, pour formuler un tel énoncé, sur "les commentateurs et la jurisprudence de la Cr.EDH", et rejettent les normes de différenciation formulés par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son Observation générale n° 18, préférant se fonder sur les normes découlant des principes d'égalité et de non discrimination telles que suggérées par ledit Comité dans Observation générale n° 15 (v. le commentaire de l'article 3 (4) du Projet de l'IMBR dans Mary CROCK (ed.), *op. cit.*, p. 472 et note 90).

Corée du Sud, Etats-Unis, Japon, Nouvelle-Zélande, Suisse) de l'obligation de passer ce test. Il a justifié ces exemptions par l'argument contestable - et contesté - de la similitude des systèmes politiques et économiques de ces pays avec le sien. Sont également exemptés, les ressortissants du Surinam pouvant prouver la réalité d'un niveau d'éducation de base en Néerlandais<sup>246</sup>.

177. Dans le *Projet d'International Migrants Bill of Rights* (IMBR), le paragraphe 4 de l'article 3, cité ci-dessous en note, admet que l'Etat peut "*make reasonable distinctions among and between migrants in light of foreign policy goals or on the basis of national security*", mais soumet cela au respect de deux normes d'appréciation qui constituent en quelque sorte des tests de validité: le "*Legitimate Aim*" et l' "*Objectivity and Reasonable Proportionality*". Toutefois, ces critères d'appréciation sont fondés essentiellement sur les opinions de certains auteurs, et semblent relever de suggestions normatives, ou au mieux de *lex feranda*, et certainement pas de la *lex lata*. Le droit international reconnaît la souveraineté de l'Etat en matière d'admission des étrangers, admettant ainsi l'idée qu'il dispose en la matière d'une "marge d'appréciation", même si dans certains cas il doit fournir de "*very weighty reasons*"<sup>247</sup> au refus d'admission. A la vérité, pour les migrants n'entrant pas dans la catégorie des réfugiés, il suffit que l'Etat invoque la violation de sa législation en matière d'entrée et de séjour sur son territoire ou le motif de sécurité nationale; c'est en cas d'invocation de ce dernier motif qu'il pourrait avoir à fournir des éléments plus précis pour étayer sa décision. Or, il est rare qu'un Etat invoque un tel motif à la légère.
178. En somme, il nous semble que l'Etat peut faire une distinction entre les migrants, soit sur la base de la menace à la sécurité nationale, que la menace soit représentée par un migrant entrant dans la catégorie des réfugiés ou non, soit sur la base de la violation de sa législation en matière d'admission pour les migrants n'entrant pas dans cette catégorie. Cette distinction peut être considérée comme une limite à la non discrimination, dans la mesure où l'expression "de tout autre situation" figurant à la fin des articles 2 (1) et 26 PIDCP élargit de façon illimitée ce qui peut constituer un motif de discrimination. Toutefois, il semble admis

<sup>246</sup> V. Chloé HUBLET, "La portée de l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne vis-à-vis des ressortissants de pays tiers: une évolution?" in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration*, op. cit., pp. 225-251.

<sup>247</sup> V. le commentaire précité de l'article 3 (4) du Projet de l'IMBR dans Mary CROCK (ed.), op. cit., p. 472 et note 90.



que l'Etat peut faire une distinction entre les migrants en vertu de sa législation nationale sur les conditions d'entrée et de séjour d'étrangers, pour autant qu'une telle différenciation, qui ne signifie pas discrimination<sup>248</sup>, soit justifiée d'une manière objective et raisonnable.

### **B- Droit d'asile**

179. On distingue traditionnellement entre l'asile diplomatique et l'asile territorial. Rappelons que l'asile diplomatique est le refuge qu'un Etat peut accorder en dehors de ses frontières, en un lieu couvert par l'immunité de juridiction, à une personne qui sollicite une protection contre des autorités d'un Etat qui les persécutent ou réclament son extradition. Le droit d'un individu à l'asile diplomatique n'existe pas en droit international; l'Etat sollicité peut donc l'accorder ou le refuser.<sup>249</sup> L'asile territorial, en revanche est la protection accordée par un Etat sur son propre territoire, à une ou plusieurs personnes qui ont quitté leur pays parce que leurs vies étaient en danger, ou pour échapper à la torture ou au risque de torture ou autres traitements cruels, inhumains et dégradants. Au contraire de l'Etat à qui est demandée la protection diplomatique, l'Etat sollicité pour l'asile territorial est tenu par l'obligation de nonrefoulement à laquelle il ne peut déroger, on l'a vu, que dans certaines conditions très limitées. Mais, comme l'affirme fermement la Déclaration des Nations Unies de 1967 sur l'asile territorial en son article 1(3), il appartient à l'Etat qui accorde l'asile d'évaluer les motifs pour accorder l'asile. Seule l'asile territorial paraît pertinent aux fins de la migration de masse, car on voit mal comment un Etat pourrait accueillir un afflux massif de migrants dans une de ses missions diplomatiques sur le territoire d'une autre Etat. Cela serait contraire aussi bien aux bons usages qu'aux règles du droit diplomatique.
180. Les migrants de masse sont en général, comme on l'a dit, des réfugiés *prima facie*, mais pas nécessairement des demandeurs d'asile, bien que le statut de réfugié puisse se confondre parfois à celui de demandeur d'asile. En effet, on entend par "demandeur d'asile", une personne qui sollicite son admission dans un Etat où il cherche refuge pour fuir les persécutions et les violations graves de ses droits de l'homme en général pour des

<sup>248</sup> V. "Race Equality and TCNs, or How to Fight Discrimination with a Discriminatory Law" in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration ? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration*, op. cit., pp. 253-277? spéc. p. 263.

<sup>249</sup> L'asile diplomatique fut par exemple au cœur de l'affaire *Haya de la Torre (Colombie/Pérou)* arrêt du 13 juin 1951, C.I.J. Recueil 1951 pp. 71 et s.

raisons politiques et qui est dans l'attente que les autorités compétentes statuent sur sa requête<sup>250</sup>. La première préoccupation de tout migrant est d'avoir accès à la procédure d'octroi du statut de réfugié ou du droit d'asile<sup>251</sup> qui, s'il lui est accordé, lui ouvre la voie à des droits spécifiques tels que la non discrimination avec le nationaux de l'Etat d'accueil, l'accès à l'éducation, la liberté de religion, et l'accès aux documents d'identité dudit Etat.<sup>252</sup> Dans l'affaire *EM (Eritrea), R v. Secretary of State for Home Department*<sup>253</sup>, la Cour suprême britannique s'est posée la question de savoir si les réfugiés devraient être traités différemment des demandeurs d'asile. Lord Kerr qui a rendu l'arrêt a expliqué qu'il n'y avait aucune raison pour qu'une telle distinction existât dans le cas d'une plainte pour violation de l'article 3 de la CEDH aux fins de l'accord de Dublin II.

181. Dans la pensée juridique traditionnelle, le droit d'asile territorial était considéré comme un droit de l'Etat et non pas de l'individu.<sup>254</sup> L'évolution du droit international des droits de l'homme a introduit quelques nuances sans que l'on aboutisse à une conception tranchée dans un sens ou dans l'autre. A sa session de Bath, en 1950, l'Institut avait adopté sur cette question une position qui reflétait sans doute l'état du droit à l'époque. Dans le préambule de sa Résolution sur l'Asile, il se contentait de dire qu'il espérait que

<sup>250</sup> Aux termes de l'article 2 (d) de l'Accord de Dublin II, un demandeur d'asile est "a third country national who has made an application for asylum in respect of which a final decision has not yet been taken."

<sup>251</sup> V. Jean-Yves CHARLIER, "Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits", *R.C.A.D.I.* Tome 332, 2007, pp. 9 et s.

<sup>252</sup> V. Vincent CHETAIL, "Migration, droits de l'homme et souveraineté" in Vincent CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: Le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, Vol. I, 2007, p. 13.

<sup>253</sup> *EM (Eritrea), R (on the application) v. Secretary of State for Home Department (2014) UKSC 12 (19 February 2014)*, cité par S. JUSS, "Exodus after Conflict", *in op. cit.*, pp.114 et s.

<sup>254</sup> Les points de vue de divers auteurs de la première moitié du XXe siècle à ce sujet sont présentés par Paul WEIS, "Legal aspects of the Convention of 25 July, 1951 Relating to the Status of Refugee", 26 *B.Y.I.L.* (1949), p. 327 et s. qui rappelle, par exemple, la position de Charles de VISSCHER: "Ce que l'on appelle le droit d'asile n'est autre chose que la faculté pour tout Etat d'offrir asile à qui le demande."; de Marcel SIBERT: "Quels que soient le nombre et la qualité de ceux auxquels il s'applique, l'asile n'est jamais pour eux un droit."; de REASTAD: "Le droit d'asile signifie, au point de vue du droit international, un droit exercé par un Etat à l'égard d'un autre Etat."; de Mme MORGENSETERN: "There can be no doubt that the individual has no general right of asylum."; d'OPPENHEIM: "At present it is probable that the so-called right of asylum is nothing but the competence of every state to allow a persecuted alien to enter and remain on its territory under its protection."

*"chaque Etat, en application de la faculté que lui laisse le droit international, continue d'accorder dans toute la mesure du possible, l'asile sur son territoire aux individus fuyant leurs foyers, et que les Etats se facilitent mutuellement l'accomplissement de ce devoir d'humanité par la conclusion d'accords appropriés."*<sup>255</sup>

La Résolution parlait d'un "devoir d'humanité" sans doute pour traduire le fait qu'on n'était point - en tout cas pas encore - en face d'une obligation juridique.<sup>256</sup> Depuis lors, la situation n'a évoluée que légèrement, encore que de façon contrastée.

182. Sur le plan conventionnel, la base du régime de l'asile territorial se trouve dans la DUDH et la Déclaration des Nations Unies de 1967 sur l'asile territorial. L'article 14 (1) de la DUDH dispose:

*"Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays."*

La version originelle du projet d'article 12, qui est devenu l'article 14 dans la Déclaration, était que "(d)evant la persécution, toute personne a le droit de chercher *de recevoir* l'asile en d'autres pays". Mais cette version avait fait l'objet de l'opposition du Royaume-Uni, de l'Australie et de l'Arabie Saoudite qui estimaient que l'admission des réfugiés n'était nullement une obligation, et que reconnaître un droit à l'asile constituerait une atteinte à la souveraineté de l'Etat.<sup>257</sup> A l'inverse de l'article 14 (1) de la DUDH, et fidèle à cette version originelle de l'article 12, l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme stipule que:

*"Toute personne a droit de chercher et de recevoir asile en territoire étranger, en cas de persécution non motivée par des délits de droit commun, et conformément à la législation de chaque pays et aux accords internationaux."*

183. La Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial, qui a pour but de donner effet à l'article 14 de la DUDH énonce en son article 1(1) que l'asile territorial est accordé par un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, à toute personne ayant le droit d'invoquer l'article 14 de la DUDH, y compris les personnes qui se battent contre le colonialisme, et doit être respecté par les autres Etats. L'article 3(1) du même texte dispose qu'aucune personne qui a le droit d'invoquer l'article 14 ne doit être l'objet de mesures telles que le refus à la frontière ou, s'il est déjà

---

<sup>255</sup> *An.I.DI.* 1950, 43 (1), pp. 141-142.

<sup>256</sup> V. R. PLENDER, *International Migration Law*, *op. cit.*, p. 224.

<sup>257</sup> U.N. Doc. A/C. 3/SR. 121, pp. 4 et 6.

entré sur le territoire où il demande l'asile, l'expulsion ou le retour forcé dans tout Etat où elle pourrait être l'objet de persécutions. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 14 précise que le droit de demander et de jouir de l'asile ne peut être invoqué par une personne vis-à-vis de laquelle il y a des raisons sérieuses de croire qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, tels que définis dans les instruments internationaux pertinents. Cette exception est reprise à l'alinéa 2 de l'article 3 de la Déclaration de 1967 précitée.

184. Dans le cadre de l'Union européenne, les règles communes en matière du droit d'asile sont fixées par le Règlement de 2013, dit "Dublin III", qui s'est substitué à "Dublin II" de 2003, lequel avait remplacé les instruments juridiques antérieurs en la matière, en l'occurrence la Convention de Dublin de 1990 et les Accords de Schengen de 1985 dont les dispositions avaient été progressivement étendues à presque tous les Etats membres (exception faite du Royaume-Uni), puis intégrées dans le système de l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam de 1997. Il est arrivé que se pose la question de l'Etat où doit être soumise la demande d'asile dans le cadre de l'Union. Ce fut le cas à propos des migrants à bord du navire *Cap Anamour* en 2004. Le 20 juin 2004, ce navire géré par une association humanitaire a sauvé 37 migrants en haute mer dans le canal de Sicile. Le navire s'est par la suite arrêté à Malte pour des réparations, sans toutefois signaler la présence à bord des migrants. Puis, il a repris sa route jusqu'en Italie où les migrants souhaitaient demander l'asile. L'Italie a empêché le navire d'entrer dans sa mer territoriale, arguant de ce que, conformément à l'article 10 du Règlement 343/2003 du 18 février 2003 de l'Union européenne<sup>258</sup>, c'est Malte, en tant qu'Etat de première arrivée, qui devait examiner les demandes d'asile des migrants. Le 12 juillet 2004, l'Italie autorisa finalement le débarquement des migrants, examina leurs demandes d'asile et les rejeta toutes. Le capitaine et l'équipage du *Cap Anamour* furent arrêtés pour violation de la législation italienne en matière d'immigration, avant d'être libérés par la suite.<sup>259</sup>
185. La législation et la pratique des juridictions internes de certains Etats ont, en matière du droit d'asile, une position qui rappelle le concept de "considérations élémentaires d'humanité" forgée par la C.I.J. et rappelé

<sup>258</sup> V. à ce sujet V. MORENA LAX, "Current Legal Developments: European Union. The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea" 25 *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 621 et s.

<sup>259</sup> Sur cette affaire, v. S. TREVISANUT, "Le *Cap Anamour*: Profils de droit international et de droit de la mer", *Annuaire de droit de la mer*, 2004, pp. 49 et s.

plus avant. Ainsi, dans une affaire *Kanthisami c. Canada*<sup>260</sup>, la Cour suprême de ce pays a rappelé que l'article 25(1) de l' *Immigration and Refugee Protection Act* donne au ministre compétent pouvoir discrétionnaire de dispenser les étrangers, entendus comme les individus qui n'ont pas la nationalité canadienne ou ne sont pas des résidents permanents, des exigences ordinaires de cette loi si le ministre estime une telle dispense justifiée par des "considérations humanitaires et compassionnelles" ("*humanitarian and compassionate considerations*"), lesquelles incluent l'intérêt bien compris des enfants. La Cour suprême précise que les Directives ministérielles qui donnent des éléments pouvant guider les autorités dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne sont pas contraignantes. En conséquence, elles ne devraient pas les brider dans leur appréciation discrétionnaire comme si elles étaient des obligations qui limitent "*the equitable humanitarian and compassionate discretion anticipated in s. 25(1).*"

186. Bien souvent, certains migrants porteurs d'aucun document permettant d'identifier leur nationalité invoquent leur statut d'apatride pour faire obstacle à leur renvoi. Mais l'examen de la jurisprudence de certains pays parmi les plus attrayants pour les migrants montre que l'admission d'un tel argument par les autorités de ces pays est rare et que les tribunaux procèdent à un examen rigoureux des faits et argument invoqués, lesquels s'avèrent rarement convaincants.<sup>261</sup>
187. Le demandeur débouté doit quitter le territoire de l'Etat considéré en cas de décision de rejet; et dès lors, il est susceptible de renvoi dans son pays, à moins qu'une autorisation de séjour lui soit accordée pour des raisons humanitaires, ou sur un autre fondement. Le Glossaire de l'OMI dit plus précisément qu'il est "susceptible de faire l'objet d'une mesure d'expulsion au même titre que tout étranger en situation irrégulière."<sup>262</sup> Il y a lieu de préciser, au regard des travaux de la CDI sur l'expulsion des étrangers,

<sup>260</sup> *Kanthisami c. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61 Canada: Supreme Court, 10 December 2015.

<sup>261</sup> V. notamment la jurisprudence des tribunaux britanniques: *R. (on the application of JM) v. Secretary of State for the Home Department (Statelessness: Part 14 of HC 395)* (LJR) (2015) UKUT 00676 (IAC) United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 11 December 2015; *R. (on application of Masalskas) v. Secretary of State for the Home Department (Regulation 24AA and 29AA EEA Reg)* (LJR) (2015) UKUT 00677 (IAC) United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 11 December 2015; *R. (on the application of Semeda) v. Secretary of State for the Home Department Pham (2015) UKSC 19 applied* (LJR) (2015) UKUT 00658 (IAC) United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 17 December 2015.

<sup>262</sup> R. PERRUCHOUD (rédacteur), *Droit international de la migration*, op. cit., p.17.

que la procédure d'expulsion ne s'appliquera qu'au demandeur d'asile débouté qui aura séjourné pendant six mois dans l'Etat d'accueil ; car avant ce délai, il est placé sous l'empire de la législation en matière d'admission des étrangers qui, dans la plupart des pays, ne soumet pas l'Etat d'accueil à la procédure d'expulsion pour le renvoi de l'étranger se trouvant à sa frontière ou fraîchement entré illégalement (en violation de la législation sur l'entrée et le séjour) dans le pays.

188. En conclusion, il est établi en droit international que:

- toute personne a le droit de demander - et s'il lui est accordé - de jouir de l'asile, sous réserve des limitations prévues notamment par les dispositions pertinentes de la DUDH de 1948 et de la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967 ;
- le refus de l'asile ne peut intervenir qu'après l'examen par l'Etat sollicité de la situation individuelle de chaque demandeur d'asile.

En outre, la pratique de certains Etats permet de suggérer que l'examen de la demande d'asile doit se faire en tenant compte des considérations humanitaires.

### ***C- Sur les droits de l'homme des migrants de masse***

189. De manière générale, les droits des migrants de masse sont mis à rude épreuve durant le processus migratoire, de l'Etat d'origine à l'Etat de destination, et le fait qu'ils soient des migrants irréguliers y contribue largement<sup>263</sup>. Comme on l'a dit précédemment, le but du rapport n'est ni de reproduire tous les droits existant en matière des droits de l'homme, ni encore moins de créer de nouveaux droits de l'homme particuliers pour les migrants de masse. En effet, on pourrait être tenté d'examiner en détail les droits de la personne humaine dont doivent bénéficier la masse des personnes en situation de migrants, aussi bien pendant leur parcours migratoire jusqu'à la frontière de l'Etat de destination que sur le territoire de l'Etat d'accueil. On doit cependant convenir avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme que la "qualité migratoire d'une personne ne peut, en aucune manière, servir de justificatif pour le priver de la jouissance et de l'exercice de ses droits humains, notamment ceux liés au travail"<sup>264</sup>. En effet, comme le dit la Déclaration de New York,

---

<sup>263</sup> V. le rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante: *Promotion and Protection of Human Rights, civil, political, economic, social and cultural rights including the right to development*, U.N. Doc. A/BRC/7/12 (Feb. 25, 2008).

<sup>264</sup> Cf IADH, *Condition juridique et droits des immigrants sans papiers*, Avis consultatif du 19 septembre 2003 précité.

"[s]i leur traitement relève de cadres juridiques distincts, les réfugiés et les migrants jouissent des mêmes libertés fondamentales et droits de l'homme universels.<sup>265</sup>"

190. Certains auteurs ont argumenté en faveur du droit des migrants à la santé<sup>266</sup>, de leur droit au rassemblement familial<sup>267</sup>, de la protection de leurs droits de travailleurs<sup>268</sup>, ou ont dégagé ce qu'ils considèrent comme les principaux principes régissant les droits de l'homme des migrants relativement à leur intégration sociale dans l'Etat d'accueil<sup>269</sup>. Si le rapport s'orientait vers ces terrains-là, il devrait de son principal centre d'intérêt qui est l'identification et/ou la formulation des règles de droit international régissant le comportement des Etats en rapport avec un afflux massif de personnes étrangères en détresse cherchant refuge sur leur territoire.<sup>270</sup> Qu'il suffise de rappeler que face à la migration de masse comme à tout phénomène de mouvement transfrontalier des populations, les Etats doivent agir dans le respect de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme.
191. Le rapport se bornera donc à examiner les droits reconnus aux migrants en général (le droit international ne fait pas à cet égard de distinction entre migrant individuel, petit groupe de migrants et migrants de masse) entre le moment où ils arrivent à la frontière de l'Etat de destination ou

<sup>265</sup> Déclaration de New York, par. 6.

<sup>266</sup> V. par ex. Peter van KRIEKEN, "Health and migration: The human rights and legal context", in *op. cit.*, pp. 289-302.

<sup>267</sup> V. Kate JASTRAM, "Family Unity" in T. A. ALEINIKOFF and V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms op. cit.*, pp. 185-201.

<sup>268</sup> V. Virginia LEARY, "Labor Migration" in T. A. ALEINIKOFF and V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms op. cit.*, pp. 227-239; Bernard RYAN and Virginia MANTOUVALOU, "The Labor and Social Rights of Migrants in International Law", in Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration, op. cit.*, pp. 177-211.

<sup>269</sup> V. Walter KÄLIN, "Human Rights and the Integration of Migrants", in T. A. ALEINIKOFF and V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms op. cit.*, pp. 271-288; spéc. pp. 280-286; Ruth RUBIO-MARIN, "Integration in Immigrant Europe: Human Rights at a Crossroads" in : Ruth RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration, op. cit.*, pp. 73-102.

<sup>270</sup> On estime par exemple, comme le déclarait le ministre de l'Intérieur de Croatie, Ranko Ostojic, le 16 septembre 2015, que : "The government's decision on the relocation and resettlement of nationals of third countries who meet conditions for international protection is a response to the numerous humanitarian disasters that have been happening in the Mediterranean lately, and to the resulting increase in pressure on the EU asylum system, primarily in Italy and Greece, where a large number of seekers of international protection as well as displaced people from Syria arrive". <https://vlada.gov.hr/news/croatia-to-accept-up-to-550-asylum-seekers-in-next-two-years/17372>.

d'accueil et la décision de ce dernier soit de les renvoyer, soit de les admettre comme réfugiés ou de leur accorder le droit asile.

192. Les droits de l'homme spécifiques accordés aux migrants figurent dans le Protocole de 2000 contre le trafic illicite de migrants. Il s'agit du droit d'être traité humainement et protégé contre la violence (1), qui implique le respect de la dignité humaine des migrants. S'y ajoute un certain nombre de droits contenus dans les principaux instruments des droits de l'homme et confirmés par la jurisprudence des juridictions des droits de l'homme: l'interdiction de renvoyer une personne non-admise au statut de réfugié ou non bénéficiaire du droit d'asile dans un Etat où elle court un danger pour sa vie, ou risque d'être soumis à la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants (2). On examinera en outre la situation particulière de l'enfant et des autres personnes vulnérables (3), ainsi que les conditions de rétentions des migrants de masse dans l'attente de l'examen de leur situation dans l'Etat de destination (4).

*1- Le droit d'être traité humainement et protégé contre la violence.*

193. Le droit à un tel traitement est dû naturellement à tous les migrants, et plus particulièrement aux plus vulnérables d'entre eux, par les responsables des services d'immigration. A cet égard, l'article 14 (1) du Protocole fait obligation à tous les Etats Parties de donner ou renforcer la formation spécialisée des responsables des services d'immigration et autres, afin d'empêcher le comportement indiqué à l'article 6 du Protocole et d'assurer un " traitement humain des migrants qui auraient été l'objet d'un tel comportement", tout en respectant leurs droits prévus par le Protocole. Aux termes de l'article 16 (2), chaque Etat Partie doit prendre les mesures appropriées pour offrir aux migrants "une protection appropriée contre la violence qui pourrait leur être infligée, que ce soit par des individus ou par des groupes", en les soumettant au comportement prévu à l'article 6 du Protocole. La prise en compte des personnes vulnérables est prévue au paragraphe 4 de l'article 16 qui prescrit aux Etats Parties de prendre en compte "les besoins particuliers des femmes et des enfants".
194. Ce droit des migrants à un traitement humain peut du reste être intégré dans l'obligation plus large du respect de la dignité humaine, qui apparaît comme le socle moral 'juridicisé' des droits de la personne humaine. Comme l'a énoncé l'article 1<sup>er</sup> de la résolution de l'Institut sur "La protection des droits de l'homme et le principe de non intervention dans les affaires intérieures des Etats", adoptée en 1989 à sa session de Saint-Jean-de-Compostelle :



*"Les droits de l'homme sont l'expression directe du respect de la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme."*

195. Référence est faite dans tous les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme à ce principe de la dignité humaine. L'on estime qu'il "a été interprété comme constituant le fondement ultime des droits de l'homme"<sup>271</sup>. Être traité humainement, n'est-ce pas être respecté dans sa dignité humaine? Ce droit au respect de la dignité humaine (des migrants de masse pour les besoins du présent rapport) est un droit chapeau; il existe indépendamment des situations de trafic des migrants objets du Protocole.<sup>272</sup> Il ne signifie pas la même chose que le prétendu "droit à la dignité" qui n'existe pas en droit international, contrairement à ce que l'on peut penser<sup>273</sup>. En effet, la dignité est consubstantielle à la personne humaine et cette dignité est respectée à travers le respect des droits de l'homme auxquels elle est inhérente. Enoncer un droit distinct à la dignité reviendrait à suggérer que c'est un instrument juridique quelconque qui confère la dignité et qu'il pourrait d'ailleurs y être dérogé dans certains cas ou sous certaines conditions, ce qui ruinerait évidemment l'idée même de dignité humaine qui est permanente et "intransgressible".

*2- Protection de la vie et contre la torture ou d'autres traitement cruel, inhumains ou dégradants*

196. L'interdiction de renvoyer les personnes non admises au statut de réfugié ou non bénéficiaires du droit d'asile dans un Etat où elles courent un danger pour leur vie ou risquent d'être soumises à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants est une règle bien établie en matière de protection des droits de l'homme, dont le champ d'application *ratione personae* va au-delà des réfugiés.

Au niveau universel, la règle est implicite dans la première phrase de l'article 7 du PIDCP qui stipule:

---

<sup>271</sup> Commentaire sous le projet d'article 7 du "Projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe" dans *Rapport de la Commission du droit international* sur les travaux de sa Soixante-sixième session, A.G.N.U. Doc. officiels, Soixante-neuvième session, Supplément n°10 (A/69/10), *op. cit.*, pp. 92, par.65 et s.

<sup>272</sup> V. T. SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in *op. cit.*, p. 239.

<sup>273</sup> V. par ex. le projet de l' "International Migrants Bill of Rights" précité dont l'article 2 dispose que "Every migrant has the right to dignity, including physical, mental, and moral integrity.", in *op. cit.*, p. 467.

*"Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. (...)"*

L'article 3 de la Convention de 1984 contre la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants dispose plus explicitement:

*"1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.*

*2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives."*

Divers instruments régionaux des droits de l'homme contiennent des dispositions similaires<sup>274</sup>.

197. L'application de cette règle aux réfugiés a été rappelée, par exemple, par le Comité contre la torture (CAT) dans diverses affaires récentes. Dans l'affaire *Elif Pelit v. Azerbaïdjan*<sup>275</sup>, la plaignante, une kurde de Turquie fut emprisonnée pour "subversion et activités terroriste" pour le compte du Parti communiste du Kurdistan (PKK) et torturée dans ce pays. Après sa libération, elle se rendit en Allemagne en 1998, où elle obtint le statut de réfugiée. En 2004, elle se rendit en Irak en tant que journaliste pour couvrir les événements pour le compte d'un journal pro-kurde. Le siège du journal fut attaqué et ses documents de voyage emportés. Elle pénétra en Azerbaïdjan afin de contacter l'Ambassade d'Allemagne pour obtenir de nouveaux documents. Elle fut arrêtée par les autorités azerbaïdjanaises pour entrée illégale dans le pays. Cinq mois plus tard, un Tribunal turc la condamna par défaut à 10 ans de prison pour activités subversives pour le compte du PKK et la Turquie demanda son extradition. La plaignante argua de ce que la renvoyer en Turquie l'exposait à un risque torture, et que cela constituerait une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture. Malgré tout, elle fut extradée en Turquie par l'Azerbaïdjan. Non seulement diverses considérations de procédure ne furent pas respectées à cet effet, mais sur le fond, comme l'a relevé la Comité contre la Torture sur la base de l'article 3 de la Convention, la plaignante était reconnue comme réfugiée en Allemagne, puisqu'il y a été reconnu qu'elle

<sup>274</sup> V. par exemple: Convention européenne des droits de l'homme (Art. 3); Convention américaine des droits de l'homme (Art. 22 (8)).

<sup>275</sup> *Elif Pelit v. Azerbaïdjan* CAT/C/38/D/281/2005 UN Committee Against Torture (CAT) 5 June 2007.

risquait la persécution si elle était renvoyée en Turquie. Son statut de réfugiée demeurait valide au moment de sa déportation en Turquie par les autorités azéries, qui n'ont pas veillé au respect par la Turquie des assurances qu'elle leur a données quant à la non-infliction des mauvais traitements à la plaignante. Dans ces conditions et vu que l'Azerbaïdjan a extradé la plaignante alors qu'elle avait consenti de se conformer aux mesures provisoires demandées par le Comité, celui-ci conclut que l'Etat Partie mis en cause dans la présente espèce a géré le cas de la plaignante d'une manière qui constitue une violation des droits de cette dernière sous l'empire de l'article 3 de la Convention.

198. Dans l'affaire *F.B. c. Pays-Bas*<sup>276</sup>, le Comité contre la torture a considéré également que le renvoi dans son pays d'une ressortissante guinéenne qui a fui son pays pour échapper aux mutilations génitales dont elle a été victime, lors même que la plaignante n'a pas produit les éléments prouvant que les informations fournies sur elle-même et sa famille n'étaient pas incorrectes, l'exposerait au risque de traitement cruel, inhumain ou dégradant au regard de la pratique de l'excision sur les filles et les femmes dans ce pays. Il y aurait donc violation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cependant, dans l'affaire *Sow c. Belgique* rendue postérieurement à cette décision du Comité contre la torture, la Cr.EDH a estimé quant à elle qu'il n'y aurait pas violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>277</sup> si Mme Sow, une ressortissante guinéenne qui invoquait le risque d'excision - ayant d'ailleurs été partiellement excisée avant de s'enfuir de Guinée - était renvoyée dans son pays<sup>278</sup>. Dans l'affaire *M.C. c. Pays-Bas*<sup>279</sup> opposant un autre ressortissant guinéen à ce pays, le plaignant alléguait qu'en 2009, lors d'une protestation contre le gouvernement de son pays dans un stade de football à Conakry où des milliers de personnes s'étaient rassemblées, des militaires avaient débarqués et s'étaient mis à tirer au hasard dans la foule. Arrêté au cours de ces événements, il avait été jeté en prison, frappé à coup de crosse de fusil, puis torturé lorsqu'il refusa d'avouer que lui-même et son cousin - dont il ignore le sort - portaient des armes: il fut forcé de marcher sur ses genoux qui se couvrirent de blessures et s'infectèrent, puis subit des

<sup>276</sup> CAT/C/56/D/613/2014 UN Committee Against Torture, 15 décembre 2015.

<sup>277</sup> Cet article 3 de la CEDH dispose: "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants."

<sup>278</sup> Cr.EDH, affaire *Sow c. Belgique* jugement n° 27081/13 du 17 janvier 2016.

<sup>279</sup> Affaire *M.C. c. Pays-Bas* CAT/C/56/D/569/2013 UN Committee Against Torture, 14 décembre 2015.

chocs électriques. Le Comité conclut qu'au regard de ces faits suffisamment documentés, le renvoi du plaignant en Guinée constituerait une violation de l'article 3 de la CEDH. Dans le même sens, la Cr.EDH a estimé dans l'affaire *M.D. et M.A. c. Belgique*<sup>280</sup>, un couple de ressortissants russes d'origine tchétchènes, dont la tête de l'époux était mise à prix en Tchétchénie à la suite de la vengeance de l'assassinat de son père par les soutiens d'un dirigeant tchétchène, que le renvoi des deux membres du couple dans leur pays les y exposait au risque de mauvais traitement, ce qui constituerait une violation de l'article 3 de la CEDH.

199. Le principe de non refoulement inscrit, on l'a vu, dans l'article 33 (1) de la Convention de Genève de 1951 est interprété par la Cr.EDH comme un droit de l'homme découlant de l'article 3, en conjonction avec l'article 13 de la CEDH. Ce droit individuel fait obligation aux Etats Parties à la fois d'offrir une protection aux personnes en détresse en haute mer et de donner aux réfugiés la possibilité de demander l'asile ou la protection internationale sous l'empire de la Convention de Genève. Par ailleurs, l'article 4 (1) de la Convention de Dublin exige que les réfugiés restent dans le pays dans lequel ils ont demandé refuge en premier. Aussi, nombre d'Etats ne souhaitent-ils pas que les réfugiés entrent en premier dans leur juridiction, puisqu'ils sont dès lors tenus par l'obligation de ne pas les renvoyer dans un pays où ils courent un risque réel de persécution<sup>281</sup>.
200. Certaines pratiques nationales donnent de cette disposition une interprétation critiquable, parce que contraire à l'esprit, et même dans une certaine mesure à la lettre, de la Convention relative aux réfugiés. Ainsi, pour faire face à l'afflux massif des réfugiés haïtiens, une ordonnance (*Executive Order*) 12807 du 24 mai 1992 (*Interdiction of Illegal Aliens*) dispose que le Président des Etats-Unis
- "has authority to suspend the entry of aliens coming by sea to the United States without necessary documentation, to establish reasonable rules and regulations regarding, and other limitations on the entry and attempted entry of aliens into the United States, and to repatriate aliens interdicted beyond the territorial sea of the United States. (Section 1)"*
201. L'ordonnance s'applique aux navires battant pavillon américain, aux navires sans pavillon et aux navires battant pavillon d'Etats ayant avec les

<sup>280</sup> Requête n°58689/12 du 19 janvier 2016.

<sup>281</sup> V. Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH and Vanessa FREZE, "Coastal States Obligations in the Context of Refugees at Sea under the European Convention on Human Rights", *20 Ocean and Coastal Law Journal*, 57, 2015, p. 60.

Etats-Unis des accords permettant de stopper leurs navires et d'embarquer des personnes à bord. Un tel texte paraît en porte-à-faux avec le droit international des réfugiés. Dans un arrêt du 21 juin 1993, *Sale et al. v. Haitian Centers Council, Inc., et al*<sup>282</sup>, la Cour suprême des Etats-Unis est allée dans le sens de ce texte en jugeant que l'article 33 (1) de la Convention relative aux réfugiés n'interdit pas le renvoi dans d'autres Etats des migrants étrangers interceptés en haute mer, sans leur donner nécessairement la possibilité de présenter leurs demandes d'asile. Comme on l'a relevé, la Cour a adopté une approche étroite de l'interdiction générale de non refoulement, en se basant sur les déclarations des représentants d'un petit nombre d'Etats lors des travaux préparatoires de la Convention de 1951, au détriment même du sens ordinaire des termes employés dans la Convention<sup>283</sup>. Comme l'a relevé le juge Blackmun dans son opinion dissidente dans cette affaire, "au mépris du droit", on pourrait intercepter des réfugiés qui essaient de s'échapper de leur pays pour les renvoyer à leurs "persécuteurs" et la Cour se garderait de sanctionner un tel comportement. Les réfugiés tentant de s'échapper d'Haïti, poursuit-il, "ne demandent pas leur admission dans le pays (aux Etats-Unis). Ils ne contestent même pas que le Gouvernement ait droit d'intercepter leur embarcation. Ils demandent seulement que les Etats-Unis, 'terre des réfugiés et gardien de la liberté', cessent de les renvoyer dans l'univers de la détention, de la violence et de la mort"<sup>284</sup>.

202. En tout état de cause, en interprétant l'obligation de non refoulement comme s'appliquant seulement aux réfugiés arrivés à la frontière de l'Etat, à l'exclusion de ceux qui seraient encore en haute mer, il n'est pas certain que la Cour suprême ait pas fait une saine application de l'article 33 (1) de la Convention de 1951 relative aux réfugiés. Une telle compréhension de la Convention pourrait être considérée comme une violation de l'interdiction de ne pas renvoyer le migrant-réfugié dans un Etat où leur vie est en danger ou bien là où il court un risque sérieux d'être soumis à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. En définitive, la question de l'application du principe de non refoulement aux migrants-réfugiés en haute mer est pour le moins controversée; encore peut-on trouver dans l'article 4 du Règlement de l'UE 656/2014 du 15 mai 2014, un argument en faveur de l'extension dudit principe à cet espace maritime.

<sup>282</sup> V. le texte de l'arrêt dans 32 *International Legal Materials (ILM)* (1993), p. 1041; et pour un commentaire de cet arrêt voir, T. D. JONES, "International Decisions: Sale v. Haitian Centers Council, Inc.", 88 *A.J.I.L.* (1994), p. 114 et s.

<sup>283</sup> V. T. SCOVAZZI, "Human Rights and Immigration at Sea", in *op. cit.*, p. 251.

<sup>284</sup> 32 *ILM*, (1993), pp. 1059 et 1068.

3- Situation particulière des enfants et des autres personnes vulnérables

203. La Convention sur les droits de l'enfant de 1989 est sans doute, à l'heure actuelle, l'instrument juridique international qui réunit le plus grand nombre d'Etats Parties; c'est dire son autorité et le fait qu'elle peut être considérée comme constituant potentiellement le droit international coutumier en la matière. Certaines dispositions de cette Convention - dont tous les droits qui y sont énoncés s'appliquent à tous les enfants<sup>285</sup> -, sont applicables à la situation de la migration de masse. Ainsi, l'article 20 demande l'adoption des mesures spéciales de protection et d'assistance pour "les enfants temporairement ou permanemment privés de (leur) environnement familial." Plus significativement, l'article 22 dispose que les protections juridiques disponibles pour les enfants reconnus comme réfugiés devraient s'appliquer également aux enfants demandeurs d'asile, l'expression "enfant réfugié" recouvrant, comme on l'a vu à propos de la notion-même de réfugié, à la fois les enfants ayant obtenu le statut de réfugiés et ceux qui attendent encore qu'il soit décidé de leur sort<sup>286</sup>.
204. Un réfugié enfant est avant tout, un réfugié. Néanmoins, sans nécessairement vouloir inverser l'ordre des considérations, il y a lieu de dire, en se fondant sur le principe fondamental inscrit dans l'article 3 de la Convention de 1951, que l'examen de la situation de cette catégorie de personnes doit se faire en tenant compte de "l'intérêt supérieur" de l'enfant<sup>287</sup>. Cette notion qui est également contenue dans la CEDH de 1950 a été à la base de la condamnation d'un Etat Partie à cette Convention pour avoir détenu des enfants âgés de cinq mois et trois ans avec leurs parents pendant quinze jours dans un centre de détention<sup>288</sup>. L'idée n'est pas de créer un droit de l'enfant réfugié à la vie familiale comme a pu le laisser croire un arrêt rendu en 1995 par la High Court d'Australie dans l'affaire *Ministère for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*<sup>289</sup>. L'attitude récente (2016) des autorités de ce pays confirme qu'elles ne veulent en aucun cas que le traitement du cas d'un réfugié

<sup>285</sup> Articles 3 (1) et (2) et article 12 (1).

<sup>286</sup> V. Mary CROCK, "Of Relative Rights and Putative Children/ Rethinking the Critical Framework for the Protection of Refugee Children and Youth" *Australian International Law Journal*, reproduit dans M. CROCK (ed.), *Migrants and Rights*, op. cit., p. 38.

<sup>287</sup> La Cour suprême du Canada estime que l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir, au nom des "considérations humanitaires et compassionnelles" prévues par l'article 25(1) de la législation canadienne sur l'immigration et la protection des réfugiés: *Kanthasami c. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61 Canada: Supreme Court, 10 December 2015 (v. aussi *supra*, dans la Partie consacrée au droit d'asile).

<sup>288</sup> Cr. EDH (5e sect.) *Popov c. France*, 19 avril 2012 (req. "3492/07 et 3479/07).

<sup>289</sup> (1995) 183 CLR 273, cité par M. CROCK in op. cit., p. 42.

enfant soit interprété dans ce sens. En effet, face au cas d'un enfant de Nauru malade et hospitalisé en Australie mais illégalement présent dans le pays, les autorités australiennes ont décidé qu'il serait renvoyé à Nauru dès que son état de santé le permettrait, en dépit des protestations et des manifestations de soutien dans les rues pour que l'enfant et ses parents déjà renvoyés à Nauru soient autorisés à demeurer en Australie. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dépend largement dans ce cas des autorités de l'Etat d'accueil. On peut cependant suggérer que le renvoi d'un enfant malade ne serait manifestement pas dans l'intérêt supérieur de celui-ci.

205. Une attention particulière doit également être accordée à la situation d'autres personnes vulnérables, en particulier les femmes (enceintes) et autres personnes handicapées. Cette exigence est fondée sur les dispositions des articles 3 et 11 (2)<sup>290</sup> de la Convention contre toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, plus connue sous son acronyme anglais est CEDAW et l'article 6 (3)<sup>291</sup> de la Convention sur les droits des personnes handicapées (CDPH). S'agissant plus particulièrement des femmes, des mesures particulières doivent être prises pour assurer la protection des femmes enceintes<sup>292</sup>.

#### *4- Conditions de rétention des migrants de masse*

206. Le droit international des droits de l'homme, en particulier tel que codifié dans certains instruments juridiques régionaux, est attentif aux conditions de rétention des migrants individuels en temps normal. La jurisprudence de la Cr.EDH est abondante et constante en la matière. A titre purement illustratif, dans une affaire récente *S.A. c. Turquie*<sup>293</sup>, le plaignant, un russe d'origine tchéchène qui avait fui son pays à la suite du conflit armé en cours depuis 1993 et qui avait obtenu un permis de résidence en Turquie, alléguait des mauvaises conditions de détention à l'aéroport

<sup>290</sup> V. à cet égard la *Recommandation générale n° 26* sur les "Femmes travailleurs migrants". U.N. Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R (Dec. 5, 2008).

<sup>291</sup> Il dispose: " S'il existe des différences biologiques entre hommes et femmes qui peuvent être à l'origine des disparités entre les uns et les autres en matière de santé, il existe aussi des facteurs sociétaux qui influent la santé des hommes et des femmes et dont les effets peuvent varier d'une femme à l'autre. C'est pourquoi il faut accorder une attention particulière aux droits et aux besoins en matière de santé des femmes qui appartiennent aux groupes vulnérables et défavorisés, telles que les migrantes, les réfugiées et les déplacées, les fillettes et les femmes âgées, les prostituées, les femmes autochtones et les femmes handicapées physiques ou mentales."

<sup>292</sup> Sur la protection des migrants vulnérables, voir aussi l'article 4 du Projet de "International Migrants Bill of Rights" et son commentaire, in *op. cit.*, pp. 474-475.

<sup>293</sup> Requête n°74535/10, 15.12.15.

d'Istanbul puis dans le Centre de Rétention des étrangers de Kumkapi, notamment le manque d'exercice en plein air, la surpopulation et le manque d'hygiène dans le Centre. La Cr.EDH, après avoir examiné les arguments présentés par les autorités turques qui alléguaient que le plaignant était interdit d'entrée en Turquie et détenait un faux passeport, a déclaré qu'il y avait eu de la part de ce pays, violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme relativement aux conditions de rétention, et dudit article conjointement avec l'article 13 pour absence des voies de recours à ce sujet.

207. Une application aux migrants de masse des dispositions de l'article 3 de la CEDH, ou de tout autre instrument international sur les conditions de détention, est-elle possible? La migration de masse crée une situation de crise humanitaire qui peut mettre - et de fait met souvent - l'Etat d'accueil en situation de ne pouvoir offrir à la masse des personnes concernées des conditions de vie répondant aux standards minimums habituellement requis. Il serait déraisonnable d'imposer une telle exigence à des Etats dont l'afflux massif des migrants entraîne généralement un débordement de leurs structures d'accueil habituelles et peut avoir des conséquences non négligeables sur la vie de leurs propres populations.

***D- Conséquences du refus des migrants***

208. Le refus d'admission d'un migrant est la conséquence du refus de l'asile ou de l'octroi du statut de réfugié à celui-ci. Il repose sur l'idée que tous les migrants n'ont pas nécessairement besoin d'une protection internationale. Un tel refus entraîne le renvoi par l'Etat d'accueil des migrants concernés dans leur pays d'origine. Ce droit de renvoi (A) est le corollaire du droit de non admission. Il met en mouvement le droit du migrant au retour dans son pays (B).

***1- Droit de renvoi/d'éloignement des migrants non admis***

209. Le droit pour un Etat de renvoyer ou d'éloigner (les deux termes sont équivalents) des migrants non admis est incontestable en droit international. Il s'agit ni plus ni moins d'un corollaire de son droit d'admission et de non admission. En pratique, il apparaît à certains comme un moyen de prévenir la migration illégale et de dissuader le trafic des migrants. Il est douteux qu'il produise effectivement les résultats escomptés; du moins les Etats espèrent-ils qu'il empêchera un trop grand appel d'air pour les migrants n'entrant pas dans la catégorie des réfugiés. On se souvient que pour faire face à l'afflux massif des migrants indochinois dans les années 1970, une des premières réponses fut d'adopter, lors de la conférence internationale tenue à ce sujet à Genève en 1989, un Plan d'action complet pour anticiper le phénomène et exiger



le retour de ceux dont on réalisait qu'il n'avait pas besoin de protection au sens du droit international des réfugiés.<sup>294</sup> En tout état de cause, le droit de renvoi des Etats est largement admis de nos jours et correspond à la pratique internationale: celle des Etats et de l'Union européenne<sup>295</sup>, mais aussi celle du HCR<sup>296</sup>.

210. Il convient de relever que selon la pratique de certains Etats, le refus d'admission ou le bannissement d'un individu de l'entrée dans un pays, fût-ce pour une durée déterminée, n'entraîne pas automatiquement le renvoi par cet Etat de l'intéressé dans son propre pays, s'il y court un danger pour sa vie ou un risque de mauvais traitements, ni une obligation pour cet Etat de lui trouver un autre Etat d'accueil. Dans l'affaire *X. v Secretary of Security and Justice* par exemple, le Conseil d'Etat des Pays-Bas a dit sa conviction que le renvoi du plaignant en Syrie où il avait été un informateur des services de renseignements du gouvernement avant de s'enfuir vers l'Europe, constituerait une violation de l'article 3 de la CEDH; cependant, considérant la gravité des crimes commis sous l'empire de l'article 1F de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés avec la contribution de l'intéressé, le fait de ne pas le déporter ne signifiait pas que l'interdiction d'entrée décidée par les autorités compétentes ne lui serait pas imposée. Selon le Conseil d'Etat: "*The applicant has not made it plausible that he cannot stay outside the European Union, that he cannot fulfil the obligation to leave.*"<sup>297</sup>"

<sup>294</sup> V. "International Conference on Indo-Chinese Refugees (Geneva, 13 and 14 June 1989): Declaration and Comprehensive Plan of Action" 5(4) *International Journal of Refugee Law*, (1993), p. 623; cité par V. A. GALLAGHER and F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, op. cit., p. 668.

<sup>295</sup> V. Union européenne, *Directive 'retour'*, notamment préambule §8; v. aussi Conseil de l'Europe, *Vingt directives sur le retour forcé*, notamment le préambule. Parmi les mesures prises par le Conseil européen à sa réunion du 8 mars 2016 sur la crise migratoire en Europe figure la volonté de "renvoyer tous les migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques": Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>.

<sup>296</sup> HRCNU, *Le retour des personnes considérées comme n'ayant pas besoin d'une protection internationale dans leur pays d'origine: Le rôle de HCRNU*, novembre 2010, par. 3 ([www.unhcr.org/refworld/docid/4cea23c62.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cea23c62.html)); *Rapport du Groupe d'étude sur les solutions et la protection à la quarante-deuxième Session du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire* (NU Doc. EC/SCP/64, 12 août 1991, par. 39); *Conclusion sur le retour des personnes considérées comme n'ayant pas besoin d'une protection internationale dans leur pays d'origine*, 2e paragraphe du préambule (Doc. n°96 (LIV) - 2003, 10 octobre 2003).

<sup>297</sup> Affaire *X. v. Secretary of Security and Justice*, The Council of State (Raad van State), 7 January 2016.

211. Comme en matière de non discrimination, il existe un potentiel conflit des règles en matière de renvoi des migrants refusés à la frontière ou non bénéficiaires du statut de réfugié ou du droit d'asile. L'absence d'une obligation d'admission, d'octroi du statut de réfugié ou du droit d'asile confère à l'Etat le droit de renvoyer les personnes concernées dans leur pays d'origine ou un autre<sup>298</sup>. Mais ce droit de renvoi se heurte à une autre règle que l'on trouve dans diverses conventions internationales en matière des droits de l'homme, tel que les articles 3 de la Convention contre la torture de 1984 et de la Convention européenne des droits de l'homme déjà cités.
212. En pratique, certains Etats, comme ceux de l'UE, organisent des opérations conjointes de renvois des migrants. Ainsi, Frontex a continué à expérimenter de telles opérations qui consistent en l'organisation par des Etats tiers de vols charters regroupant leurs ressortissants dans divers pays de l'UE. Afin d'harmoniser les standards des Etats tiers avec ceux de Frontex en matière d'escorte et de protection des droits fondamentaux, Frontex a élaboré des Directives pour ces opérations conjointes de renvoi par air et organisé des formations dans certains Etats tiers concernés (Albanie et Géorgie). Selon Frontex, ces opérations conjointes de renvoi sont soumises à certaines conditions, notamment l'obligation d'avoir un contrôleur indépendant à bord du vol. L'Agence estime qu'elles ont montré leur efficacité et réduit les coûts de renvoi des migrants dans leur pays d'origine<sup>299</sup>.
213. A l'instar de l' "expulsion collective"<sup>300</sup>, le renvoi collectif des migrants de masse est prohibé en droit international<sup>301</sup>. Cela signifie que des migrants à qui l'Etat de destination ou d'accueil ne reconnaît pas la qualité de réfugié ou n'octroie pas le droit d'asile, ne peuvent être renvoyés en tant que groupe de personnes indifférenciées dans un autre Etat, qu'il s'agisse de l'Etat d'origine ou de l'Etat de provenance. Il convient de

<sup>298</sup> V. par exemple, la décision des autorités administratives australiennes compétentes de refuser d'octroyer un visa de protection de Classe XA au titre de l'article 65 de la loi de 1958 sur l'immigration à une personne qui résidait précédemment en Chine et se disant apatride, au motif que la demanderesse n'est pas une personne que l'Australie envers laquelle a des obligations de protection sous l'empire de la Convention relative aux réfugiés; décision confirmée par le Tribunal: *RRT Case N°071418262*, (2008) RRTA 12 Australia: Refugee Review Tribunal, 8 January 2008.

<sup>299</sup> *FRONTEX - General Report 2014, op. cit.*, p. 23.

<sup>300</sup> V. les travaux de la CDI sur l'expulsion des étrangers, en particulier le Troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (UN Doc. A/CN.4/581, 19 avril 2007) le Projet d'articles et le commentaire dans le *Rapport de la Commission sur ses travaux de la soixante-neuvième session op. cit.*

<sup>301</sup> V. l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie supra*, par. 133.

relever ici, qu'alors que divers autres instruments internationaux des droits de l'homme se bornent à l'interdiction de l'expulsion collective des "étrangers", la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples vise expressément l'expulsion de masse. L'article 12(5) de la Charte dispose: "L'expulsion de masse des non nationaux est interdite"; il précise : "L'expulsion de masse est celle qui vise un groupe national, racial, ethnique ou religieux". Comme l'expulsion collective, le renvoi collectif est interdit indépendamment du statut de la personne et quand bien même elle ne violerait pas le principe de non refoulement.<sup>302</sup> Le renvoi ne peut être fait qu'après l'examen du cas individuel de chaque migrant.

214. Le commentaire fait à ce sujet sur le projet d'article 10 sur l'interdiction de l'expulsion collective (projet d'article de la CDI sur l'expulsion des étrangers) vaut dans le cas de renvoi collectif, car il s'agit de deux situations voisines.<sup>303</sup> La seule différence entre les deux situations réside dans le fait que le terme expulsion s'applique aux étrangers résidant déjà, légalement ou illégalement dans l'Etat d'accueil, alors que le renvoi s'applique aux étrangers qui soit n'ont pas encore franchis la frontière de l'Etat, soit sont entrés illégalement, sur son territoire, mais depuis un laps de temps relativement court, ne dépassant pas six mois, suivant le Projet d'articles de la CDI sur l'expulsion des étrangers.

*2- Droit du migrant au retour: obligation de réadmission dans son propre pays*

215. Le droit pour toute personne de retourner dans son propre pays est établi en droit international. Mais ce droit n'est pas formulé en des termes absolus comme ont pu le laisser croire parfois certains commentaires des dispositions y relatives. Si la DUDH énonce sans ambiguïté que "(c)hacun a le droit de (...) retourner dans son propre pays" (art. 13(2)), le PIDCP est bien plus nuancé dans sa formulation. Son article 12(4)

<sup>302</sup> V. A. GALLAGHER and F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, *op. cit.*, pp. 180-182. 476-478; 677-680.

<sup>303</sup> Sur l'expulsion collective, v. notamment la jurisprudence de la Cr.EDH dans l'affaire *Vedran Andric c. Suède*, décision sur la recevabilité de la requête n° 45917/99, 23 février 1999, par. 1: «La Cour estime que l'expulsion collective doit s'entendre de toute mesure obligeant des étrangers en tant que groupe à quitter un pays, sauf lorsqu'une telle mesure se fonde sur un examen raisonnable et objectif du cas de chacun des étrangers de ce groupe. En outre, le fait que plusieurs étrangers soient l'objet de décisions similaires n'autorise pas à conclure qu'il y a eu expulsion collective dès lors que chacun des intéressés a pu présenter aux autorités compétentes des arguments contre l'expulsion». V. aussi l'affaire *Čonka c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 5 février 2002, requête n° 51564/99, par. 59; et le commentaire de la CDI sous le projet d'article 9 de ses Projets d'articles sur l'expulsion des étrangers.

dispose: "Nul ne doit être arbitrairement privé de son droit d'entrer dans son propre pays." Cela signifie, *a contrario*, qu'un individu peut être privé de son droit d'entrer dans propre pays, à condition que ce ne soit pas arbitrairement. Interprétant cette disposition, le Comité des droits de l'homme a déclaré au paragraphe 21 de son Observation générale n°27 qu' "il y a peu, sinon pas de circonstances où la privation du droit de quelqu'un de rentrer dans son propre pays pourrait être raisonnable." Il faudrait des circonstances spéciales, peu courantes et pas banales pour qu'une personne soit privée de ce droit au retour dans son pays, qui est consacré par divers autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme<sup>304</sup>. En l'occurrence, un accord international entre l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine pourrait-il priver les personnes concernées de leur droit au retour? Le rapport ne cherche pas à répondre à ce cas très particulier qui ne pourrait intervenir que dans des circonstances spéciales, et les analyses qu'il propose sont sans préjudice de la question irrésolue du droit au retour des Palestiniens<sup>305</sup>, qui est liée à une situation politique et un contexte historique spécifiques, non généralisables.

216. Dans le cadre du droit international des migrations, l'Etat d'origine doit non seulement accepter le retour de ses ressortissants ou de ses résidents, il a l'obligation de faciliter leur retour. Il s'agit d'une obligation conventionnelle que l'on trouve notamment dans le Protocole sur le trafic des migrants. Aux termes de l'article 18(1) de ce Protocole, l'Etat Partie doit "faciliter et accepter, sans retard induit", le retour du migrant objet de trafic qui est son ressortissant, ainsi que celui qui a "un droit de résidence permanent sur son territoire au moment du renvoi." L'Etat Partie doit en outre examiner la possibilité d'accepter et de faciliter "le retour de tels migrants qui avaient le droit de résidence permanente sur son territoire au moment d'entrer dans le territoire de l'Etat d'accueil conformément à son droit interne." Une Note interprétative jointe à cette disposition confirme qu'elle est basée sur l'entente que les Etats Parties ne pourraient pas déchoir les personnes de leur nationalité, les rendant de ce fait apatrides<sup>306</sup>.

<sup>304</sup> V. notamment: Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles (art. 8(2)); Convention américaine des droits de l'homme (art. 22(5)); Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12(2)); Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme (art. 3(2)).

<sup>305</sup> Sur la question, lire par exemple Howard ADELMAN and Elazar BARKAN, *No Return, No Refuge. Rites and Rights in Minority Repatriation*, New York, Columbia University Press, 1983 dont le chapitre 8 porte sur : "Palestinian and Right to Return", pp. 189-236.

<sup>306</sup> Anne GALLAGHER and Fiona DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling, op. cit.*, pp. 696-697.

217. Dans le cadre du droit de l'Etat d'accueil au renvoi des migrants non admis et de l'obligation de l'Etat d'origine d'accueillir, sans exception, ses ressortissants ou ses résidents, des accords de réadmission<sup>307</sup> peuvent être conclus pour faciliter, comme le déclarent généralement les Etats d'accueil, le retour dans de bonnes conditions des migrants, dans le respect de leur dignité humaine et de leurs droits. Cette attention aux bonnes conditions de retour des migrants apparaît dans diverses directives de l'UE. La Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers constitue le premier texte de l'Union relative au retour. Elle a cependant une portée limitée non seulement parce qu'elle institue un mécanisme qui ne fait pas l'objet d'une application obligatoire, mais parce qu'elle ne s'applique pas nécessairement sur l'ensemble du territoire communautaire. Elle est suivie par la Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 "relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil". Cette Directive, qui fut adoptée pour faire face à la crise migratoire en Europe à la suite de la guerre dans les Balkans au début des années 1990, dispose en son article 21 (1) :

*"Les États membres prennent les mesures nécessaires pour rendre possible le retour volontaire des personnes bénéficiant de la protection temporaire ou dont la protection temporaire a pris fin. Ils veillent à ce que les dispositions régissant le retour volontaire des personnes qui bénéficient de la protection temporaire facilitent leur retour dans le respect de la dignité humaine."*

218. Cette exigence du retour des migrants "dans le respect de la dignité humaine" s'impose également en cas de "retour forcé"<sup>308</sup>. L'adoption le 16

<sup>307</sup> L'Espagne fut le pionnier dans la conclusion de ce type d'accord avec ses anciennes colonies d'Amérique latine et avec le Maroc. Sur ce type d'accords, notamment ceux conclus par l'Union européenne avec divers Etats, v. entre autres: K. HAILBRONNER, "Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals", 57 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (1997); N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, particulièrement le Chapitre 2.; A. ROIG and T. HUDDLESTON, "EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse" 9 *European Journal of Migration Law* (2007), pp. 363 et s.; M. PANIZZON, "Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiary or Dualism?" 4 *Refugee Survey Quarterly* (2012), pp. 101 et s.

<sup>308</sup> Article 22 de la Directive de l'UE de 2001.

décembre 2008 de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, couramment appelée "Directive retour", constitue l'aboutissement de ce processus qui a connu quelques attermoissements. Le principe essentiel posé par ce texte est que "les Etats membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. (article 6§1)". En ce qui concerne les modalités de retour, la Directive de 2008 engage les Etats membres de l'UE à "privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder à cet effet un délai de départ." Elle demande que compte soit tenu de la nécessité du maintien des conditions de vie dignes pendant l'ensemble de la procédure en ayant conscience que "l'intérêt supérieur de l'enfant devrait constituer une considération primordiale", de même que le respect de la vie familiale et l'état de santé de l'individu doivent être pris en considération<sup>309</sup>.

219. La conclusion des accords de réadmission peuvent contribuer à garantir les conditions d'un retour organisé et respectueux de la dignité des personnes éloignées. Ces types d'accords assez répandus dans la pratique des Etats, notamment sous forme d'accords bilatéraux, relèvent strictement de la coopération entre les Etats et ne constitue nullement une obligation internationale.
220. En conclusion, il est établi en droit international que:
- l'Etat de destination des migrants a le droit de ne pas admettre les migrants qui n'ont pas besoin de protection internationale (qui ne sont pas éligible au statut de réfugié ou au droit d'asile);
  - l'Etat d'accueil qui n'a pas admis un ou plusieurs migrants a le droit de les renvoyer dans leur pays d'origine;
  - toute personne a le droit de retourner dans son (propre) pays.

***E- Exigence de coordination et de coopération***

221. Faire face efficacement à l'immigration de masse exige de sortir de la logique traditionnelle où chaque Etat applique solitairement, et suivant ses seuls intérêts nationaux, le droit international des réfugiés, sans coopération avec d'autres Etats ou si peu, ni avec les institutions internationales en charge de la question des réfugiés. La coordination des

---

<sup>309</sup> Sur cette Directive du 16 décembre 2008, v. Fabien LE BOT, "La directive 'retour': Directive de la honte ou progrès dans la construction d'une politique européenne en matière d'immigration" in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration, op. cit.*, pp. 347-376.

actions mais aussi la coopération avec d'autres Etats et les institutions internationales compétentes est une nécessité pratique.<sup>310</sup>

222. Le principe de coopération est bien établi dans l'ordre international, en sorte qu'il n'y a pas lieu ici d'y consacrer une étude spécifique. Il sous-tend la mise en œuvre concrète de la plupart des règles du droit international. Dans le domaine de la migration de masse comme de tout phénomène qui, de par son ampleur et l'urgence de la réaction qu'il appelle, s'apparente à une catastrophe, la coopération apparaît comme une exigence à la fois politique et juridique<sup>311</sup>. Aux termes de l'article 2(1) du Protocole de 1967 à la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés, les parties au Protocole s'engagent à coopérer avec le HCR ou toute autre agence des Nations Unies qui pourrait lui succéder dans l'exercice de ses fonctions, et en particulier à faciliter sa tâche de supervision de l'application des dispositions du présent Protocole. L'alinéa 2 de cet article précise ce que les Etats parties s'engagent à faire à cette fin. Diverses autres conventions contiennent des dispositions énonçant expressément, ou pouvant être interprétées comme impliquant une obligation de coopérer.<sup>312</sup>
223. La coopération en matière de gestion d'un événement telle qu'une crise générée par une migration de masse correspond au demeurant à la pratique internationale. Ainsi, pour contribuer à faire face à la crise migratoire en Europe, l'article 3 du projet de Règlement en la matière soumis au Conseil européen lors de sa réunion de mars 2016 fait état de ce que

<sup>310</sup> Parmi les mesures à prendre, prescrites par le Conseil européen des 7 et 8 mars 2016, pour inscrire dans la durée la fin proclamée par l'UE "des flux des migrants irréguliers le long de la route des Balkans occidentaux", figure la nécessité de " f) continuer à coopérer étroitement avec les pays des Balkans occidentaux non membres de l'UE et fournir toute aide nécessaire;". Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>. Lors de sa réunion de février 2016, le Conseil a déclaré, entre autres : "g) the humanitarian situation of migrants along the Western Balkans route calls for urgent action using all available EU and national means to alleviate it. To this end, the European Council considers it necessary to now put in place the capacity for the EU to provide humanitarian assistance internally, *in cooperation with organisations such as the UNHCR*, to support countries facing large numbers of refugees and migrants, building on the experience of the EU Humanitarian Aid and Civil Protection department. The European Council welcomes the Commission's intention to make concrete proposals as soon as possible;" Source: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/02/19-euco-conclusions/> (italiques ajoutées).

<sup>311</sup> Pour un examen étendue du principe de coopération dans ce domaine, v. Ann VIBEKE EGGLI, *Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, chapitre 3, pp. 29-87.

<sup>312</sup> V. par exemple l'article 98 (2) de la CNUDM.

*"les ONG avec lesquelles la Commission a conclu des contrats-cadres de partenariat en vertu du règlement (CE) No 1257/96 du Conseil relatif à l'aide humanitaire sont réputées pouvoir mettre en œuvre des actions au titre de la proposition de règlement."<sup>313</sup>*

224. La nécessité de la coopération est une des pierres angulaires du dispositif juridique applicable pour la "Protection des personnes en cas de catastrophes" élaboré par la CDI dans le cadre de son Projet d'articles consacré à ce sujet. Certes, on n'est pas dans une situation parfaitement identique à celle étudiée par la CDI, où la catastrophe (naturelle) se produit à l'intérieur d'un Etat, met les personnes résidant sur son territoire en péril, et où l'Etat en question peut être dépassé par les événements sans vouloir cependant s'ouvrir à la coopération internationale pour y faire face. Toutefois, dans le cas de la migration de masse, l'Etat directement concerné, qu'il s'agisse de l'Etat de transit ou de l'Etat d'accueil, peut avoir besoin de la coopération internationale pour remplir ses obligations relatives à l'accueil des migrants de masse, notamment les standards minimums requis en la matière. En dehors de son intérêt propre à faire face à la situation d'une manière qui ne perturbe pas profondément la vie sociale dans son pays, celui des migrants commande que l'Etat d'accueil ou de transit sollicite ou accepte la coopération d'autres Etats et organismes internationaux compétents en cas de besoin.
225. Ces remarques amènent à suggérer l'instauration d'un principe de coopération articulée entre les Etats concernés et les institutions internationales compétentes sur les questions de migrations de masse, notamment le HCR et l'OIM. Une telle coopération pourrait permettre à ces institutions de coordonner les efforts des Etats en matière d'accueil des migrants de masse et, en accord avec les Etats particulièrement concernés, la répartition des efforts à consentir par chacun de ces derniers en fonction de ses capacités. Il y a lieu, de formuler à ce sujet une règle qui peut s'inspirer du projet d'article 8 du Projet d'article de la CDI sur la Protection des personnes en cas de catastrophe<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Bruxelles, 2.3.2016 COM(2016) 115 final 2016/0069 (NLE) *Proposition de Règlement du Conseil relative à la fourniture d'une aide d'urgence de l'Union* "Exposé des motifs" Source : <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20160115.do>.

<sup>314</sup> Ce projet d'article est libellé comme suit Article 8 [5]  
"Obligation de coopérer

En application du présent projet d'articles, les États doivent, selon le cas, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des sociétés de la



226. Dans le cadre de la coopération en matière de gestion des flux migratoires massifs, les Etats concernés, en l'occurrence les Etats d'accueil et les Etats d'origine peuvent conclure entre eux des accords de réadmission. Il existe plusieurs accords de ce genre entre les Etats européens et les Etats tiers. Par exemple, dans le cadre de ses engagements avec l'UE pour la gestion de l'afflux massif des migrants en Europe, la Turquie a confirmé qu'elle était résolue à mettre en œuvre l'accord bilatéral gréco-turc de réadmission en vue d'accepter le retour rapide de tous les migrants n'ayant pas besoin d'une protection internationale, qui partent de la Turquie pour gagner la Grèce, et de reprendre tous les migrants en situation irrégulière appréhendés dans les eaux turques<sup>315</sup>.

#### V- Perspectives de la *lex ferenda*

227. Une résolution de l'Institut sur un sujet aussi actuel, aussi sensible et sur lequel diverses situations de fait ou des comportements des Etats manquent de réponses juridiques claires ne peut se borner à dégager les règles déjà établies soit par voie conventionnelle, soit au titre du droit international coutumier. L'objectif de la présente partie du rapport est de suggérer des pistes de réflexions à partir de l'analyse des principes du droit international, susceptibles d'aboutir à des règles de *lege ferenda* en matière de migration de masse. Il en sera ainsi des règles que pourraient susciter la migration de masse si elle est abordée comme une catastrophe (A), comme le suggère diverses déclarations publiques des dirigeants de divers Etats en Europe; de la nécessité de partage de la charge d'accueil (B) et de responsabilité (C) en matière des migrations de masse; de la possibilité d'accorder une protection temporaire aux migrants de masse (D) afin de faire face à la situation conformément au droit international; et, sous forme de remarques finales, de la manière de construire un régime juridique global et cohérent pour les migrations de masse au-delà des tentatives d'application à ce phénomène des règles du droit international relatives aux réfugiés (E).

---

Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec les organisations non gouvernementales pertinentes."

<sup>315</sup> Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>.

***A- Migration de masse comme catastrophe et devoir d'assistance humanitaire***

228. La plupart des dirigeants des Etats dit 'de transit', des Etats de destination ou d'accueil des migrants considèrent la migration de masse comme une "catastrophe"<sup>316</sup>, et plus précisément une "catastrophe humanitaire"<sup>317</sup> qui

<sup>316</sup> Dans une déclaration datée du 11 octobre 2013, le ministre de la Défense de Bulgarie, Angel Naydenov, indiquait que: "All of state and government's efforts are currently focused on not allowing the crisis to turn into a *catastrophe*". Bien plus, selon lui, l'afflux massif des réfugiés "is a potential *threat to national security* and this is a serious challenge before Bulgaria." Source: <http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0234&n=145&g=> Le Gouvernement allemand a déclaré que "given a *human catastrophe* of this size, it was self-evident that current refugee policies should be reexamined." Source: <http://www.spiegel.de/international/europe/eu-policies-worsen-an-already-deadly-situation-for-immigrants-a-1030550.html>. Le Vice Chancelier allemand, Sigmar Gabriel, a déclaré, le 21 janvier 2016: "The European Union is on the brink of "*catastrophe*", après que l'Autriche ait décidé de réduire le nombre de réfugiés qui seront autorisés à demander l'asile. Source: <http://www.thetimes.co.uk/tto/news/world/europe/article4670620.ece>. Le porte-parole du Gouvernement fédéral allemand, M. Steffen Siebert, s'interroge: "What can we do to prevent any repetition of *disasters* of this sort at sea?", 20 April 2015. Source: [https://www.bundesregierung.de/Content/EN/Artikel/2015/04\\_en/2015-04-19-fluechtlingsunglueck-mittelmeer\\_en.html](https://www.bundesregierung.de/Content/EN/Artikel/2015/04_en/2015-04-19-fluechtlingsunglueck-mittelmeer_en.html). Le Président autrichien, Heinz Fischer's, a déclaré dans une interview sur la chaîne de télévision américaine CNN, le 10 septembre 2015: "It is a world-wide or at least Europe wide *catastrophe*". Source: <http://edition.cnn.com/videos/world/2015/09/10/intv-amanpour-austria-heinz-fischer.cnn> <http://www.bundespraesident.at/newsdetail/artikel/interview-mit-cnn-moderatorin-christiane-amanpour-zur-fluechtlingskrise-in-europa-und-iran-reise/> Dans le même sens, le Secrétaire d'Etat polonais aux Affaires européennes, M. Rafał Trzaskowski, déclarait le 17 septembre 2015: "today we have to deal with a genuine *humanitarian disaster*." Source: [http://www.msz.gov.pl/en/news/tytul\\_strony\\_19;?printMode=true](http://www.msz.gov.pl/en/news/tytul_strony_19;?printMode=true). Voir aussi le Premier ministre hongrois Viktor Orban qui déclarait, le 7 septembre 2015, que la situation pourrait conduire "to a *catastrophe* for the countries concerned." Source: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/news/conflicts-should-be-handled-where-they-emerge>. Les autorités suédoises parlent de "*refugee disasters* in Europe's southern neighborhood". Elles ajoutent: "And far too often, we have been forced to witness the dreams of the refugees and the ruthlessness of the human smugglers ending in *unspeakable disasters* at sea.", "Together we will defend democracy, international law and human rights. And together we need to tackle a global refugee problem of which the *disasters* in the Mediterranean are just one example." <http://www.government.se/speeches/2015/06/speech-at-swedish-institute-of-international-affairs/>.

<sup>317</sup> Le Vice premier ministre et Ministre des Affaires étrangères grecque, M. Venizelos, déclare: "The third area is protection of European borders and management of immigrant flows. Funding has to be provided here so that we can foster all *humanitarian disasters* like the one in Lampedusa. So we need cooperation with countries of origin. A system for monitoring coastlines on the non-European side of the

doit être traité dans le cadre du droit international et dans le respect des droits de l'homme. Ainsi, les autorités d'au moins une dizaine de pays européens qui se sont exprimés depuis 2015 sur l'afflux massif des migrants en Europe ont employé les termes anglais "*disaster*" ou "*catastrophe*", deux termes qui sont des synonymes<sup>318</sup>. Ils reconnaissent d'une manière ou d'une autre qu'il leur incombe un devoir d'assistance.<sup>319</sup> Si certains dirigeants européens étaient réticents à utiliser le terme "*catastrophe*" en 2015<sup>320</sup>, il en va différemment en 2016 face à l'afflux toujours croissant des migrants. Dans son propos à la réunion du Conseil européen du 7 mars 2016 sur la crise migratoire en Europe, rappelé au début du présent rapport<sup>321</sup>, le Président de la Commission de l'UE a utilisé trois fois le mot "*catastrophe*" sur une quinzaine de ligne,

---

Mediterranean, with the cooperation of the non-European Mediterranean countries. And all of this has to be done within the framework of international law, with respect for human rights." Interview dans le quotidien d'Athènes *Naftemporiki*. Source: <http://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/deputy-prime-minister-and-foreign-minister-venizelos-interview-in-the-athens-daily-naftemporiki-with-journalist-vassilis-kostoulas.html>. V. aussi le ministre de l'Intérieur de la France, Bernard Cazeneuve, qui déclarait en octobre 2015 "Demander l'ouverture de la frontière avec les Anglais n'est pas une réponse responsable. Cela donnerait un signal aux trafiquants des personnes et amènerait les migrants à se ruer à Calais en plus grand nombre – il s'en suivrait une *catastrophe humanitaire*". Source : <http://www.theguardian.com/politics/2016/mar/03/battle-brexit-european-politicians-rock-and-a-hard-place>.

<sup>318</sup> Au total, des autorités publiques de l'Allemagne, de la Grèce, de la France, de la Hongrie, de la Pologne et du Royaume-Uni comparent la crise des réfugiés à "*an disaster*" et celles du Danemark, de l'Union européenne, de l'Allemagne, de la Hongrie, de l'Irlande et du Luxembourg à "*a catastrophe*". Sur les différentes déclarations, on peut consulter le site: <http://www.government.se/speeches/2015/06/speech-at-swedish-institute-of-international-affairs/>.

<sup>319</sup> Le Secrétaire d'Etat polonais aux Affaires européennes, M. Rafał Trzaskowski, déclarait le 17 septembre 2015: "We have to help those who are fleeing from regions affected by war and whose lives are in danger." Source: [http://www.msz.gov.pl/en/news/tytul\\_strony\\_19/?printMode=true](http://www.msz.gov.pl/en/news/tytul_strony_19/?printMode=true).

<sup>320</sup> V. notamment le Premier Ministre Zoran Milanovic, Beli Manastir, qui déclarait, le 19 septembre 2015, que la crise est "*a humanitarian crisis but not a disaster*". Source: <https://vlada.gov.hr/news/prime-minister-in-beli-manastir/17751>. Il contredisait ainsi son Ministre de l'Intérieur, Ranko Ostojic, qui parlait deux mois plus tôt, 16 juillet 2015, de "*numerous humanitarian disasters*" <https://vlada.gov.hr/news/croatia-to-accept-up-to-550-asylum-seekers-in-next-two-years/17372>. V. dans le même sens que le Premier ministre de Croatie, le Premier ministre de Roumanie, Victor Ponta, qui déclarait au cours d'un débat sur la crise des réfugiés, le 2 octobre 2015: "First of all, I want us to give a very clear signal that it is not a catastrophe now for Romania requesting the army presence at the borders." <http://gov.ro/en/news/prime-minister-victor-ponta-met-with-representatives-of-civil-society-and-local-public-authorities-on-the-refugee-crisis-management>.

<sup>321</sup> V. *supra*, no. 3.

en parlant à la fois de "catastrophes d'origine humaine ou naturelle" ("*Man-made or natural disasters*")<sup>322</sup> qui constituent selon lui des "circonstances exceptionnelles". L'article 1 du projet de Règlement soumis par la Commission au Conseil lors de cette réunion

*"précise le cadre dans lequel l'aide d'urgence de l'Union peut être accordée, dans un esprit de solidarité, dans l'hypothèse où des catastrophes d'origine naturelle ou humaine dont l'ampleur et l'impact exceptionnels pourraient entraîner d'importantes conséquences humanitaires surviendraient dans l'Union. En répondant aux besoins des populations victimes de catastrophe dans l'Union, le présent règlement contribue à minimiser l'incidence économique de celles-ci sur les Etats membres en répondant à ces besoins."*<sup>323</sup>

229. Comme on l'a déjà montré dans la partie du rapport consacrée à la délimitation du sujet, une migration de masse peut constituer une catastrophe, en ce que certains éléments de définition de la "catastrophe" contenue dans le Projet d'articles de la CDI sur la Protection des personnes en cas de catastrophe adopté en première lecture lui seraient applicables, quand bien même l'on ne serait pas en présence d'une catastrophe naturelle. Dès lors, il y a lieu de voir quelle partie l'on peut tirer de certains aspects des travaux de la CDI sur ce sujet aux fins d'adaptation au régime de gestion de la migration de masse.

230. S'agissant particulièrement de l'assistance humanitaire, le projet d'article 7 du Projet d'articles de la CDI, intitulé "Principes humanitaires", est transposable ici. Il dispose:

*"La réaction en cas de catastrophe intervient conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de la non-discrimination, en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables."*

231. Avec des enrichissements évidents, ce projet d'article va dans le sens de la "Résolution sur l'assistance humanitaire" adoptée par l'Institut à sa

---

<sup>322</sup> Dans le même sens, la proposition soumise par la Commission au Conseil européen de mars 2016, en réponse à la demande du Conseil lors de sa réunion de février de la même année, contient des énoncés tels que: "The impact of both *man-made and natural disasters* within the Union is increasingly severe." "*Man-made or natural disasters* may be of such a scale and impact that they can give rise to severe economic difficulties in one or several Member States." (italiques ajoutées). Commission européenne, Bruxelles, 2.3.2016 COM(2016) 115 final 2016/0069 (NLE) *Proposition de Règlement du Conseil relative à la fourniture d'une aide d'urgence de l'Union* "Exposé des motifs" Source: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20160115.do> (consulté le 10.3.2016).

<sup>323</sup> *Ibid.*

session de Bruges en 2003<sup>324</sup>. Le point III-3 de la résolution intitulé "De l'assistance humanitaire" énonce:

*"L'assistance humanitaire doit être offerte et, en cas d'acceptation, distribuée sans discrimination reposant sur des motifs prohibés, compte étant dûment tenu des besoins des groupes les plus vulnérables."*

232. La pratique montre que de nombreux d'Etats considèrent l'assistance humanitaire comme un devoir, un "impératif moral", qui s'impose à eux<sup>325</sup>. Il y a lieu de mentionner particulièrement la proposition de Règlement soumise au Conseil européen du 7 mars 2016, à la suite de la demande dudit Conseil lors de sa réunion du 19 février, qui considère dans le passage ci-après du préambule, qu'il existe un devoir d'assistance face la "catastrophe" de la migration de masse:

*"(1) L'octroi d'une assistance mutuelle et d'une aide lors de catastrophes est une expression fondamentale de la solidarité entre les peuples, une valeur universelle, et constitue un impératif moral. Du fait de telles catastrophes, de nombreuses personnes risquent en effet d'être incapables de subvenir à leurs besoins fondamentaux, ce qui peut avoir de graves conséquences sur leur santé et leur vie."<sup>326</sup>*

<sup>324</sup> IDI, "Résolution sur l'assistance humanitaire", adoptée le 2 septembre 2003, Session de Bruges, Belgique.

<sup>325</sup> Par exemple, devant l'afflux massif des migrants en provenance de Syrie, le ministre des Affaires étrangères de l'Estonie, Urmas Paet, déclarait, le 10 septembre 2013: "The increasing flow of refugees from Syria is substantially affecting the entire region. It continues to be necessary to assure humanitarian assistance to those in need and support the states which are accepting Syrian refugees, because their capabilities are becoming exhausted." <http://www.vm.ee/en/news/estonia-helps-syrian-refugees-turkey-and-iraq>. Dans le même sens, le Conseil européen a déclaré à sa réunion de février 2016: "c) humanitarian assistance should continue to be provided to Syrian refugees and to the countries neighbouring Syria. This is an urgent global responsibility. In this context, the European Council welcomes the outcome of the Conference on supporting Syria and the Region in London on 4 February and calls on the Commission, Member States and all other contributing countries to rapidly implement their commitments; "g) the humanitarian situation of migrants along the Western Balkans route calls for urgent action using all available EU and national means to alleviate it. To this end, the European Council considers it necessary to now put in place the capacity for the EU to provide humanitarian assistance internally, in cooperation with organisations such as the UNHCR, to support countries facing large numbers of refugees and migrants, building on the experience of the EU Humanitarian Aid and Civil Protection department. The European Council welcomes the Commission's intention to make concrete proposals as soon as possible;" Source: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/02/19-euco-conclusions/> (italiques ajoutées).

<sup>326</sup> Commission européenne, Bruxelles, 2.3.2016 COM(2016) 115 final 2016/0069 (NLE) Proposition de Règlement du Conseil relative à la fourniture d'une aide d'urgence de

233. Ce texte, une fois adopté le 15 mars 2016 comme annoncé dans le communiqué de presse après la réunion du Conseil, pourra être considéré comme une expression de l'*opinio juris* de l'UE sur la question. Cela n'est pas peu significatif, quand on sait que les Etats membres de cette Union de 28 Etats - dont seulement le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande jouissent d'une régime dérogatoire aux accords de Schengen sur les frontières communes de l'Europe - constitue la principale destination des migrants de masse en provenance du Proche et du Moyen-Orient, ainsi que de la corne de l'Afrique. Une telle valeur de solidarité et un tel impératif moral constituent le fondement d'un devoir d'assistance humanitaire aux migrants de masse, puisque le document vise aussi bien les "réfugiés" que les "migrants".

***B- Partage de la charge d'accueil des migrants de masse ?***

234. Le principe du partage de la charge des demandes d'asile entre les Etats n'est ni une règle, ni une pratique générale des Etats. Il ne se conçoit à l'heure actuelle que dans le cadre de l'Union européenne qui, du point de vue des frontières internationales, constitue un espace unique entre les Etats membres parties aux accords y relatifs. Le principe de la répartition des charges dans un tel contexte n'est pas contraire au droit international. Il ne trouve cependant aucune base dans le droit international positif, seulement dans le droit de l'UE<sup>327</sup> qui est, comme on le sait, un ordre juridique particulier. La répartition des charges n'est cependant pas aisée dans cet espace unifié vis-à-vis duquel les Etats non membres sont des "pays tiers". Le principe de cette répartition a même été contesté par certains Etats membres à la suite de la crise migratoire aigüe à laquelle l'UE fait face depuis 2014. L'on constate en pratique que les Etats d'entrée des migrants de masse subissent une charge beaucoup plus importante que les autres.
235. Dans une affaire *Mirza and Others v. Refugee Applications Commissioner and the Minister for Equality, Justice and Law Reform*, de 2009, la High Court d'Irlande s'est prononcée sur une question de cette nature dans les termes suivants:

---

*l'Union* "Exposé des motifs" Source: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20160115.do>.

<sup>327</sup> Il n'existait cependant pas d'arrangements sur la répartition de la charge des demandeurs d'asile dans l'UE. V. à ce sujet Frenndhel WARNER, "Dublin Regulation and Boat Arrivals: What Burden-Sharing Model for the EU." in Daniel THYM et Francis SNIDER (dir.), *Europe: Un continent d'immigration? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration*, op. cit., pp. 165-195.

“95. The Court is conscious from the very many documents sent to the Commissioner that the manner in which the Dublin system is designed at present creates a possible disparity in the distribution of asylum applications between Member States. Those countries located at the eastern and southern borders of the Union are very much more exposed to mass migration than those at the north-western borders causing an imbalance in the cost of complying with Community policies and laws on the treatment of asylum seekers. It is understandable that countries facing such exposure to large numbers of claimants would feel at times overwhelmed by the demands on their resources and their ability to ensure optimum asylum evaluation conditions.

96. Ireland, with its north-western neighbours may derogate from the normal application of the Dublin II Regulation for a variety of reasons including humanitarian or compassionate grounds as outlined at paragraph 81 above and there is certainly an argument that burden sharing should be distributed more fairly throughout the EU by less exposed countries accepting prospective Dublin II returnees into the asylum system. There is little doubt that burden sharing requires that solutions towards that end ought to be considered. It does not follow however that there is, as argued, any obligation on Ireland to derogate from the normal application of the Dublin II Regulation, absent substantial grounds for believing that there is a real and substantial risk of the transferee being subject to treatment contrary to Article 3 of the ECHR as a result of the transfer<sup>328</sup>.”

236. La pratique de la répartition des charges des migrants de masse est, certes relativement spécifique à l'UE, en raison de la nature celle-ci. Cependant, rien n'empêche son extension à des Etats tiers à l'Union. En effet, dans le cadre de la solidarité internationale et de la responsabilité commune qu'impliquent la gestion de la migration de masse, rien n'empêche à un Etat, membre ou non de l'UE, de demander ou d'accepter d'accueillir un certain nombre de migrants sur son territoire. La seule exigence fondamentale doit être que ce soit un "pays sûr", suivant les critères établis par la pratique internationale en matière d'accueil des réfugiés.

### ***C- Nécessité d'un partage de responsabilité ?***

237. On a vu, à l'expérience, que l'afflux massif des migrants en Europe à partir de 2014 a mis à mal les "acquis" de l'Accord de Schengen qui a permis aux Etats membres de l'UE parties à cet Accord d'avoir une

---

<sup>328</sup> Ireland: High Court, 21 October 2009.

politique commune en matière d'immigration, reposant sur des frontières extérieures communes, des standards communs pour les migrants extérieurs à l'Union, appelés "ressortissants de pays tiers", une procédure commune en matière de droit d'asile, des mécanismes communs de mise en œuvre de cette politique à l'échelle de l'Union<sup>329</sup>. La solidarité entre Etats membres qui sous-tend cette politique a été remise en cause, montrant un véritable fossé entre les déclarations de bonnes intentions, sans doute faciles en temps normal, et la réalité des replis nationaux de certains Etats membres face à l'ampleur de la crise migratoire.<sup>330</sup> L'idée d'un partage de responsabilité et de la charge d'accueil des migrants de masse ne vise cependant pas ici à prendre pied dans le débat qu'un tel manque de solidarité a fait naître entre les Etats membres de l'UE, qui devraient régler ce problème par des mécanismes internes propres à l'Union et non par des règles de droit international.

238. On peut néanmoins relever que l'Union européenne a admis l'idée d'une responsabilité collective de ses Etats membres face à la crise migratoire, notamment dans le cadre des conclusions de la réunion du Conseil européen des 7 et 8 mars 2016. Elle a reconnu parmi les axes de son action la nécessité de "se tenir aux côtés de la Grèce en ce moment difficile et tout mettre en œuvre pour aider à gérer la situation qui a résulté de ce développement. Il s'agit là d'une *responsabilité collective de l'UE* qui requiert une mobilisation rapide et efficace de l'ensemble des moyens et ressources dont dispose l'UE ainsi que des contributions des Etats membres<sup>331</sup>". Certes, il s'agit dans ce cas d'une responsabilité collective des Etats membres d'une organisation communautaire qui, par certains aspects, est quasi-étatique. Mais ce principe de la responsabilité collective pourrait être conçue plus largement et de manière générale comme concernant tous les Etats, qu'ils soient directement concernés ou non.

<sup>329</sup> Sur la politique migratoire de l'UE vis-à-vis des ressortissants des "pays tiers", v. entre autres: Bernd MARTENCZUK, "Migration Policy and EU External Relations", in Loïc AZOULAI and Karin DE VRIES (eds.), *EU Migration Law. Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, OUP, 2014, pp. 69-105; GARLICK and KUMIN, "Seeking Asylum in the EU: Disentangling Refugee Protection from Migration Control", in B. MARTENCZUK and S. van THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges from EU External Relations*, 2008, pp. 111 et s.

<sup>330</sup> Sur ce manque de solidarité entre Etats membres face à la migration irrégulière, voir par exemple, Steffen, MINTER, *Irregular Immigration. An Economic Analysis of Policies in the EU*, Mohr Siebeck, 2015.

<sup>331</sup> Italiques ajoutées. Source: <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/07-eu-turkey-meeting-statement/>.



239. Le droit international n'apporte donc pas de réponse à la question du partage entre les Etats du poids de la responsabilité de la gestion d'une crise migratoire consécutive à une catastrophe, qu'elle soit naturelle ou d'origine humaine, et au "désastre humanitaire" à laquelle elle peut conduire. De même, se garde-t-on pudiquement de s'interroger sur une possible responsabilité particulière des certains Etats qui sont à l'origine de la migration de masse ou ont contribué à créer les conditions de sa survenance.

*1- Responsabilité commune et partagée: teneur du concept*

240. Dans la plupart des cas, hormis les situations de catastrophe naturelles, des Etats sont à l'origine de la situation génératrice de la migration de masse ou y ont contribué de manière significative. La situation ainsi créée doit entraîner pour eux une charge particulière dans l'accueil de l'afflux massif des migrants ainsi généré et la résolution de la situation de crise qui en résulte, en vertu du principe de base admis dans tout ordre juridique qui veut que chaque sujet de droit assume la responsabilité de ses actes proportionnellement aux conséquences de ceux-ci. Il n'y a pas de raison évidente pour que le débat sur l'application de ce principe dans le cadre de la gestion de la crise de la migration de masse soit éludé. On a d'ailleurs suggéré à cet égard une transposition dans le droit des migrations internationales du concept de "responsabilité commune mais différenciée" emprunté au droit de l'environnement.<sup>332</sup>

241. La perspective proposée ici est quelque peu différente. Elle part de l'idée qu'il et du devoir de tous les Etats ('responsabilité commune' au sens politique et moral) de faire face ou d'aider à faire face à la migration de masse en vertu de leur obligation *erga omnes* de respecter et de préserver la vie et la dignité de tout être humain. Cette obligation qui est contenue dans tous les instruments internationaux des droits de l'homme est due aux migrants, ne fût-ce qu'au nom des "considérations élémentaires d'humanité". Mais cette responsabilité commune ne peut faire perdre de vue que parmi les Etats, certains sont à l'origine de la situation de crise migratoire, parce qu'ils y ont contribué directement ou indirectement, de façon délibérée. Il leur incombe dès lors de contribuer également à la gestion des conséquences de leur action ('responsabilité partagée')<sup>333</sup>, en

<sup>332</sup> V. J. C. HATHAWAY, in *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>333</sup> Sur cette idée de 'responsabilité partagée' dans un monde commun, voir *One Humanity, Share Responsibility*- Report of the Secretary General for the World Humanitarian Summit (A/70/709), spéc. par. 86-87, 90-91 et les recommandations finales ; voir aussi les documents du Sommet d'Istanbul des 23-24 mai 2016 et du Sommet du G. 7 de Tokyo du 27 mai 2016 où le problème de la migration de masse a été abordé pour la première fois par ce Groupe d'Etats.

l'occurrence la situation de crise humanitaire générée par la migration de masse, soit en participant au partage de la charge de l'accueil, soit à travers une contribution en moyens nécessaires pour y faire face, s'ils ne sont pas situés géographiquement dans le périmètre des flux migratoires massifs. Autrement dit, sans avoir une responsabilité différenciée, ils doivent avoir une responsabilité certaine, c'est-à-dire une implication obligatoire et effective (et non pas facultative) dans la gestion de la crise migratoire. Dans le même esprit, la Déclaration de New York contient l'idée de "responsabilité partagée" incombant aux Etats "de gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants avec humanité, sensibilité et compassion et en veillant à répondre aux besoins de chacun<sup>334</sup>." On peut se réjouir de ce que l'une des propositions majeures du rapport semble ainsi avoir trouvé écho au sein des Nations Unies. Cette responsabilité commune et partagée implique que soit plus particulièrement engagée la responsabilité des Etats et/ou des organisations internationales à l'origine ou impliqué(e)s dans la situation génératrice de la migration de masse. Leur contribution à la gestion de cette situation doit être fonction du niveau de leur implication dans sa survenance. Enfin, l'on doit considérer que si la migration de masse est la conséquence d'un acte illicite, le régime de la responsabilité pour fait internationalement illicite d'un Etat ou d'une organisation internationale doit être appliqué à son auteur ou à ses auteurs.

242. Dans la mesure où il est incontestable que chaque sujet de droit doit supporter les conséquences de ses actes, l'exonération d'un sujet de droit des conséquences de ses actes ne peut être présumée. Elle doit nécessairement faire l'objet d'une stipulation conventionnelle ou constituer une règle établie du droit international coutumier, comme, par exemple, la légitime défense, l'état de nécessité etc. dans le droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Il ne semble pas que l'intervention armée dans un pays, même dans un but humanitaire, constitue une circonstance de cette nature. C'est pourquoi il paraît juridiquement fondé de considérer qu'un Etat qui a pris part à une activité ou une action à l'origine d'une crise migratoire de masse doit partager, d'une manière ou d'une autre, sous une forme ou sous une autre, le fardeau de la gestion de cette crise.

*2- Application à la gestion de la crise de la migration de masse*

243. Lorsque la migration de masse est la conséquence d'une catastrophe naturelle, tels qu'un tremblement de terre, un *tsunami*, une sécheresse

---

<sup>334</sup> Déclaration de New York, par. 11.

sévère ou une inondation, la responsabilité de sa gestion est collective et ne peut être mise à la charge de certains Etats en particulier.

244. Il en va différemment lorsqu'elle est la conséquence d'une action des Etats ou d'une organisation internationale. Dans ce cas, il convient de distinguer entre deux situations: d'une part, celle où l'on a affaire à une action collective autorisée le Conseil de sécurité ou un mécanisme régional compétent, par exemple dans le cadre de la légitime défense collective ou de la responsabilité de protéger; d'autre part, celle où l'action est menée par un ou plusieurs Etats sans autorisation par une instance compétente dans l'ordre international.
245. Concrètement, et à titre illustratif, il est indéniable que la mise en œuvre de la responsabilité de protéger en Libye, sur la base de la résolution 1373 du Conseil de sécurité est à l'origine d'un afflux massif dans les pays européens de migrants libyens mais aussi de ressortissants d'autres pays pour qui la Lybie est une voie de migration que l'Etat libyen contenait plutôt efficacement avant l'intervention armée de l'OTAN. S'agissant d'une action autorisée par le Conseil de sécurité -même si le mandat n'a pas été respecté scrupuleusement -, cette intervention en Libye doit être considérée comme une action de l'ONU qui, au regard des règles du droit international, met à la charge de l'organisation des responsabilités particulières pour la résolution de la situation ainsi créée. La question n'est pas ici considérée sous l'angle de la responsabilité des organisations internationales telle qu'examinée dans les Articles de la CDI à ce sujet; il s'agit de montrer que la responsabilité de protéger doit être envisagé comme un tout englobant aussi bien la situation qui a provoqué sa mise en œuvre que celle qui apparaît après sa mise en œuvre et comme conséquence de celle-ci. Le même raisonnement s'applique au cas où la situation est la conséquence d'une action menée sous l'égide d'une organisation régionale compétente au sens de l'article 52 de la Charte, ou conjointement par l'ONU et une telle organisation.
246. En revanche, lorsque la migration de masse est la conséquence d'une action menée par un ou plusieurs Etats à la demande de l'Etat où se déroule le conflit, ou à leur initiative propre, la responsabilité particulière dans la gestion de l'afflux massif des migrants est celle de cet Etat ou de chacun de ces Etats. Ce cas peut être illustré par les actions récentes ou en cours de certains Etats en Syrie, en Irak ou encore au Yémen.

***D- Protection temporaire et normes minimales de protection***

247. La possibilité d'offrir aux migrants une protection temporaire est prévue dans le cadre de l'Union européenne. La Directive n° 2001/55/EC du Conseil en date 20 juillet 2001, "relative à des normes minimales pour

l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil<sup>335</sup>" énonce dans son préambule, notamment la nécessité d'établir des normes minimums pour l'octroi d'une protection temporaire en cas "d'afflux massif des personnes", en veillant à ce que cette protection temporaire soit compatible avec les obligations internationales des États membres au regard des réfugiés. À cet égard, elle ne doit pas préjuger de la reconnaissance du statut de réfugié en vertu de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967 ratifié par tous les États membres de l'UE<sup>336</sup>.

248. En ce qui concerne les dispositions normatives, l'article 3 de la Directive dispose:

*"1. Temporary protection shall not prejudice recognition of refugee status under the Geneva Convention.*

*2. Member States shall apply temporary protection with due respect for human rights and fundamental freedoms and their obligations regarding non-refoulement.*

*3. The establishment, implementation and termination of temporary protection shall be the subject of regular consultations with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and other relevant international organisations.*

*4. This Directive shall not apply to persons who have been accepted under temporary protection schemes prior to its entry into force.*

*5. This Directive shall not affect the prerogative of the Member States to adopt or retain more favourable conditions for persons covered by temporary protection."*

L'article 8 (1) et (3) précise:

*"1. It is therefore necessary to establish minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and to take measures to promote a balance of efforts between the Member States in receiving and bearing the consequences of receiving such persons."*

*3. The Member States shall, if necessary, provide persons to be admitted to their territory for the purposes of temporary protection*

---

<sup>335</sup> Journal officiel n° L 212 du 07/08/2001 p. 0012 – 0023.

<sup>336</sup> V. les paragraphes 8, 9 et 10 du préambule.

*with every facility for obtaining the necessary visas, including transit visas. Formalities must be reduced to a minimum because of the urgency of the situation. Visas should be free of charge or their cost reduced to a minimum.*"

249. Certes, on ne peut y voir une règle générale applicable à tous les Etats. Cependant, elle peut servir de base à la formulation d'une *lex ferenda* dans ce domaine.
250. En somme, il est suggéré que:
- la responsabilité de la contribution à la gestion de la migration de masse incomberait à l'organisation si l'action de l'Etat ayant contribué à la survenance de la migration de masse a eu lieu dans le cadre d'une mission de l'organisation ou d'un mécanisme régional compétent, et à l'Etat s'il a agi de sa propre initiative.
  - les Etats peuvent arrêter par voie d'accord des modalités de partage de charges des migrants, en veillant à ce que les Etats d'accueil soient des "pays sûrs" au sens de la pratique internationale établie.
  - les Etats accordent une protection temporaire aux migrants, afin de gérer la situation créée par leur affluence, dans le respect de la dignité humaine et en conformité avec le droit international.

***E- Remarques finales: Perspectives du droit de la migration de masse***

251. Les nombreux instruments internationaux existant et le droit de l'UE offrent des éléments d'un régime juridique de la migration de masse. Mais, ils n'apportent pas de réponse à toutes les questions juridiques que soulèvent ce phénomène et auxquelles les Etats cherchent les réponses adéquates. En particulier, la Convention de 1951 dont le champ d'application *ratione personae* se limite aux réfugiés, et dont on a vu que les Etats Parties n'entendaient pas y inclure les cas d'afflux massif des réfugiés et *a fortiori* la migration de masse en général, montre des limites par rapport à ce qui apparaît comme un phénomène durable du monde d'aujourd'hui.
252. Face à cette situation, on a suggéré une interprétation évolutive qui permettrait de lire la Convention de Genève au regard des réalités d'aujourd'hui<sup>337</sup>. Il faut bien voir cependant que la doctrine de

---

<sup>337</sup> V. Projet de Conclusions de la CDI sur le sujet: "Accords et pratique ultérieurs en rapport avec l'interprétation des traités", adopté en première lecture lors de la 68e session de la Commission en 2016, en particulier le projet de Conclusion 8 intitulé: "Interprétation des termes d'un traité susceptibles d'évoluer dans le temps", et les commentaires y afférents (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session*, (Chapitre VI), *Supplément n°10*, Doc. A/71/10); v. aussi Andrew I.

l'interprétation évolutive est une matière à controverse. Elle n'est appliquée en jurisprudence qu'au cas par cas et avec une extrême précaution. Elle ne pourrait pas s'appliquer en dehors des règles de base en matière d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, dont la CDI et le C.I.J. ont affirmé quelles constituent des règles de droit international coutumier<sup>338</sup>.

253. Il semble plus approprié, au regard de l'ampleur du phénomène des migrations de masse et des défis qu'ils posent aux Etats et au droit, d'adopter une approche globale de la question. Il s'agira alors d'élaborer un instrument complémentaire à la Convention de 1951 et son Protocole de 1967, consacré aux aspects de la migration de masse auxquels le droit international des réfugiés n'apporte pas de réponse claire ou appropriée. Il ne s'agit en aucune manière de modifier ces instruments juridiques dont nombre de leurs dispositions sont considérées comme des règles de droit coutumier, mais, de renforcer et d'élargir le régime actuel centré sur les réfugiés. L'approche préconisée consiste à codifier les règles spécifiques applicables aux migrations de masse sur la base de principes établis et de la pratique des Etats<sup>339</sup>. Quelques unes des règles possibles pour un tel instrument nouveau figurent dans le projet de résolution joint au présent rapport, au titre de la *lex ferenda*. Un tel instrument pourrait prendre la forme d'un nouveau '*Protocole à la Convention de Genève de 1951 relative à la migration de masse*'.
254. De manière générale, on retrouve la même orientation dans la Déclaration de New York sur les réfugiés et les migrants. Les Etats y prennent note des travaux effectués par le Groupe mondial sur la migration aux fins de l'élaboration de principes et de directives pratiques sur la protection des droits de l'homme des migrants en situation de vulnérabilité. Ils envisagent d'élaborer des principes directeurs et des directives non contraignants, conformes au droit international, sur le traitement des migrants en situation de vulnérabilité, tout spécialement des enfants non accompagnés ou séparés de leur famille qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier d'une protection internationale en tant

---

SCHOENHOLZT, "The New Refugee and the Old Treaty: Persecutors and Persecuted in the Twenty First Century", *16 Chi. J. Int'l L.* 81 2015-2016, pp. 81 et s.

<sup>338</sup> V. *An. CDI* 1980 Vol. II, deuxième partie, p. 144, par. 26; Arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, par 56.

<sup>339</sup> V. sur ce point G. S. GOODWIN-GILL, ("Asylum: The Law and Politics of Change" *International Journal of Refugee Law* Vol. 7 N°1, 1995, p. 15) et Terje EINARSEN, ("Mass Flight: The Case for International Asylum" *International Journal of Refugee Law*, Vol. 7 N°4, 1995, pp. 551 et s., spéc. p. 559) qui préconisent quant à eux 'a new Convention regime for Refugee and displaced'.

que réfugiés et qui sont susceptibles d'avoir besoin d'assistance. Ces principes directeurs et ces directives seront élaborés dans le cadre d'un processus mené sous l'autorité des États avec la participation de tous les intervenants compétents et la contribution du Représentant spécial du Secrétaire général pour les migrations internationales et le développement, de l'Organisation internationale pour les migrations, du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et des autres entités compétentes des Nations Unies. Ils viendront compléter les efforts déployés au plan national pour protéger les migrants et leur venir en aide<sup>340</sup>.

255. Bien plus, les Etats s'engagent "à lancer en 2016 des négociations intergouvernementales devant conduire à l'adoption, à l'occasion d'une conférence intergouvernementale prévue en 2018, d'un pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières."<sup>341</sup> Le paragraphe 19 de l'Annexe I à la Déclaration annonce, au cours de la même année 2018, un "pacte mondial sur les réfugiés" que l'on présume différent de celui précité, prévu au paragraphe 63 de la Déclaration. Quoi qu'il en soit, la forme du futur instrument juridique sur les migrations internationales est ainsi arrêtée. Le contenu de ce *Pacte mondial* sur les migrations internationales, tel que décrit dans l'Annexe II à la Déclaration de New York, n'indique pas clairement s'il couvrira la question spécifique de la migration de masse, objectif que recherche l'idée d'un Protocole à la Convention de 1951 consacrée à la migration de masse. Cependant, il y a lieu de le penser: l'expression "migrations internationales" est large et permet de couvrir tous les types de migrations, et la détermination de règles spécifiques applicables à la migration économique de masse est une des attentes majeures des Etats. Au demeurant, le paragraphe 2 de l'Annexe II à la Déclaration parle d'un "pacte mondial [...] concernant les migrations internationales sous tous leurs aspects". Si le futur pacte mondial ne devait traiter que de la migration économique 'ordinaire' - qu'elle soit régulière ou irrégulière - couverte en bonne partie par les conventions sur les travailleurs migrants (et des membres de leur famille), il passerait à côté de l'épineux problème des déplacements massifs de migrants économiques, laissant les Etats devant un vide juridique. Il est donc souhaitable que les délégations à la conférence intergouvernementale prévue à ce sujet en 2018 gardent cette préoccupation à l'esprit.

Janvier 2017

---

<sup>340</sup> *Ibid.*, par. 51-52.

<sup>341</sup> *Ibid.*, par. 63.

**PROJET DE RESOLUTION**

*L'Institut de Droit international*

*Considérant* que la migration de masse est un des phénomènes marquants du monde contemporain affectant profondément les individus, les peuples et les Etats;

*Conscient* de ce que les migrants apportent généralement une contribution positive à un progrès économique et social inclusif et à un développement durable, mais que les déplacements forcés et les flux migratoires irréguliers posent souvent des problèmes complexes;

*Rappelant* les principes proclamés par la Charte des Nations Unies et divers instruments de protection des droits de l'homme, qui reconnaissent la dignité inhérente à la personne humaine et les droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine;

*Reconnaissant* le droit légitime des Etats de contrôler leurs frontières et d'exercer leur souveraineté en matière d'entrée et de séjour sur leur territoire;

*Reconnaissant* également que la situation des migrants de masse demande de la part des Etats et de la communauté internationale une attention particulière répondant aux considérations élémentaires d'humanité;

*Rappelant à cet égard*, notamment les principes relatifs à la protection de la personne humaine énoncés dans les instruments visant le sort des réfugiés et des travailleurs migrants et des membres de leurs familles;

*Considérant* l'importance de la solidarité entre les Etats et de la coopération internationale entre les différents intervenants dans la gestion des flux massifs des migrants;

*Considérant en outre* la nécessité de tenir compte de la capacité de chaque Etat à faire face à une situation de migration de masse

*Convaincu* de la nécessité et de l'utilité de dégager des règles et propositions de base de droit international relatives à la migration de masse;

*Considérant par ailleurs* la Résolution A/RES/71/1, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 septembre 2016, portant Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants;

*Convaincu* de la nécessité de renforcer le cadre conventionnel régissant les mouvements migratoires économiques;



ADOpte LA RESOLUTION SUIVANTE :

**PREMIÈRE PARTIE: OBJET, CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITIONS**

***Article 1: Objet***

La présente résolution a pour objet de rappeler et de proposer des règles applicables à la migration internationale de masse.

***Article 2: Champ d'application de la présente résolution***

(1) La présente résolution s'applique à la migration et aux migrants de masse, qu'ils aient droit au statut de réfugié ou non, du départ de l'Etat d'origine à l'entrée dans l'Etat d'accueil.

(2) La présente résolution est sans préjudice des règles applicables en matière d'expulsion des étrangers.

***Article 3: Définitions***

Aux fins du présent projet de résolution, on entend par:

- a) Migrants de masse, des personnes amenées à quitter collectivement, en nombre, leur pays en vue de trouver refuge ou de s'établir dans un autre pays;
- b) Etat de transit, l'Etat par lequel passent ou veulent passer des migrants, sans intention d'y trouver refuge ou de s'établir, pour se rendre dans un Etat de destination ou d'accueil;
- c) Etat de destination, l'Etat où les migrants de masse ont l'intention de se rendre comme destination finale pour leur demande de refuge ou pour leur établissement, mais dont ils n'ont pas encore franchi la frontière.
- d) Etat d'accueil, l'Etat où les migrants de masse ont effectivement trouvé refuge ou sont présents.
- e) Etat d'origine, l'Etat dont le migrant est le ressortissant ou dans lequel il a sa résidence habituelle.

**DEUXIÈME PARTIE: LIBERTE DE MOUVEMENT DES MIGRANTS DE MASSE**

***Article 4: Droit de quitter un pays***

Les migrants de masse ont le droit de quitter tout pays, y compris les leurs, sous réserve des restrictions prévues par la loi, nécessaires pour la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique, ou les

droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

***Article 5: Droit de retourner dans son propre pays***

Les migrants de masse ne peuvent être arbitrairement privés du droit de retourner dans leur pays, ou de se rendre dans tout autre pays d'accueil.

**TROISIÈME PARTIE: OBLIGATION DES ETATS**

***Article 6: Non refoulement***

(1) Tout Etat est tenu par l'obligation de non refoulement. Cette obligation ne s'applique qu'aux réfugiés, à l'exclusion des migrants de masse économique.

(2) Toutefois, le bénéfice du principe de non refoulement ne pourra être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de ce pays.

(3) Le principe de non refoulement s'applique également sur un navire en haute mer.

***Article 7: Obligation d'assistance***

L'Etat de transit doit, autant que faire se peut, porter assistance aux migrants de masse, au nom des considérations élémentaires d'humanité.

***Article 8: Passage des migrants de masse dans l'Etat de transit***

Sans préjudice des dispositions de l'article 4 ci-dessus, l'Etat de transit ne devrait pas entraver le passage des migrants de masse en transit sur son territoire. Il peut en assurer l'organisation, le cas échéant en coopération avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), les organisations de secours et l'Etat de destination.

***Article 9: Egalité de traitement des migrants/Non discrimination***

(1) Les migrants de masse doivent être traités sans discrimination, conformément au droit international.

(2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, des distinctions peuvent être faites entre les migrants sur la base de la législation existante de l'Etat en matière d'entrée et de séjour, à condition qu'elles poursuivent un but légitime et raisonnable et se fondent sur des considérations objectives.

***Article 10: Conditions de renvoi d'un réfugié ayant acquis le statut***

Seul un réfugié ayant acquis formellement le statut de réfugié qui a été condamné par une décision de justice devenue définitive pour un crime particulièrement grave, peut être considéré comme constituant un danger pour la communauté de cet Etat. Le renvoi du réfugié en question constitue seulement une option à la discrétion de l'Etat d'accueil, qui est libre de choisir d'autres options moins rigoureuses.

***Article 11: Interdiction du renvoi collectif de migrants***

(1) Le renvoi collectif des migrants de masse est interdit.

(2) Le renvoi collectif s'entend de toute mesure par laquelle l'Etat d'accueil contraint des migrants de masse en tant que groupe, non admis au statut de réfugiés ou au droit d'asile, à retourner dans leur pays d'origine ou de provenance, sans une appréciation de la situation particulière de chacun d'eux.

**QUATRIÈME PARTIE: ASSISTANCE AUX MIGRANTS DE MASSE EN MER**

***Article 12: Assistance aux migrants dans les espaces maritimes relevant de la juridiction de l'Etat***

Sans préjudice des dispositions de l'article 4 ci-dessus, tout Etat a l'obligation de porter assistance aux migrants de masse dans les espaces maritimes relevant de sa juridiction, en vertu du droit international.

***Article 13: Assistance aux migrants de masse en haute mer***

Chaque Etat veille à ce que tout navire battant son pavillon prête assistance en haute mer aux migrants de masse en détresse, conformément au droit international.

**CINQUIÈME PARTIE : DROITS DE L'HOMME DES MIGRANTS DE MASSE**

***Article 14: Respect de la dignité humaine et principe d'humanité***

Dans la gestion de la situation résultant de la migration de masse, les Etats doivent respecter la dignité humaine des migrants. Ils doivent agir conformément aux principes d'humanité.

***Article 15: Protection de la vie et contre la torture et autres traitements inhumain et dégradants***

Les migrants de masse non admis au statut de réfugié ou non bénéficiaire du droit d'asile ne peuvent être renvoyés dans un Etat où ils courent un danger pour leur vie ou risquent d'être soumis à la torture, ou vers un Etat où leur vie serait menacée en raison notamment de leur race, de leur couleur, de leur sexe, de leur langue, de leur religion, de leur opinion politique ou de toute autre opinion, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur fortune, de leur naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international.

***Article 16: Situation particulière des femmes, des enfants et d'autres personnes vulnérables***

Dans la gestion de la situation résultant de la migration de masse, les Etats doivent tenir compte de la situation particulière des femmes, des enfants et d'autres personnes vulnérables, conformément au droit international. A cette fin, les Etats n'ayant pas encore adhéré aux conventions internationales protégeant ces personnes sont encouragés à le faire.

**SIXIÈME PARTIE : REPARTITION DES CHARGES DANS LA GESTION DE LA MIGRATION DE MASSE**

***Article 17: Partage de l'accueil des migrants de masse avec des "pays sûrs"***

(1) Afin d'alléger la charge d'accueil des migrants de masse qui pèsent sur lui, un Etat peut orienter une partie de ces derniers vers un ou plusieurs "pays sûrs" qui acceptent de les accueillir, dans le cadre d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux.

(2) A cet égard, la notion de "pays sûr" doit faire l'objet d'une définition suivant des critères précis convenus par les Etats, et la détermination d'un Etat comme "pays sûr" devrait être confiée à une instance internationale *ad hoc* qui pourrait être composée des représentants des principaux organismes internationaux en charge des questions de droit de l'homme, de réfugiés, de migrations internationales et des questions humanitaires.

***Article 18: Responsabilité commune et partagée***

(1) La gestion de la migration de masse appelle la solidarité internationale, et autant que faire se peut celle de tous les Etats, compte étant tenu de leurs capacités et de leurs ressources.

(2) Elle engage plus particulièrement la responsabilité des Etats et/ou des organisations internationales à l'origine ou impliqué(e)s dans la situation génératrice de la migration de masse. La contribution de ces Etats et/ou organisations internationales à la gestion de cette situation doit être fonction du niveau de leur implication dans sa survenance.

(3) Si le fait générateur de la migration de masse est illicite, l'Etat et/ou l'organisation internationale responsables sont assujettis au régime de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite.

***Article 19: Assistance particulière à l'Etat d'accueil***

En raison des efforts particuliers que l'Etat d'accueil fournit dans le cadre de la gestion de la migration de masse, il a droit à une assistance adéquate de la communauté internationale en rapport avec la charge qu'il supporte dans l'intérêt de l'humanité. Cette assistance doit tenir compte en particulier de la situation où un afflux massif des migrants est de nature à constituer une menace pour la survie de l'Etat d'accueil par la désorganisation de ses institutions et structures sociales.

**SEPTIÈME PARTIE: COOPERATION ENTRE ETATS ET AVEC LES ORGANISMES DE SECOURS ET D'ASSISTANCE AUX REFUGIES**

***Article 20: Coordination et coopération***

Dans la gestion de la situation résultant de la migration de masse, les Etats doivent, autant que faire se peut, coopérer et coordonner leurs actions entre eux et avec les organisations internationales ainsi que les organisations non gouvernementales compétentes.

***Article 21: Accords de réadmission***

Les Etats sont encouragés à conclure des accords de réadmission des migrants de masse non admis dans l'Etat accueil, afin d'assurer un retour organisé desdits migrants de masse, dans le respect de leur dignité humaine et de leurs droits.

**HUITIÈME PARTIE : RENFORCEMENT DU CADRE CONVENTIONNEL  
REGISSANT LA MIGRATION ECONOMIQUE**

***Article 22: Conclusion d'un instrument juridique-cadre sur la  
migration économique***

Les Etats sont encouragés à négocier un instrument juridique-cadre de base, de caractère universel, encadrant la coopération directe entre Etats d'origine et Etats d'accueil des flux migratoires économiques, notamment des flux migratoires temporaires.

**Annexe : Questions aux membres de la Commission**

- 1- Quelle(s) orientation(s) souhaitez-vous que l'on donne au sujet ?
- 2- Le rapport devrait-il aborder les règles régissant le refus ou l'octroi du statut de réfugié et celles régissant les conditions d'octroi ou de refus de l'asile ?
- 2- Y a-t-il des aspects du sujet qui appellent, selon vous, une attention particulière ? Et pourquoi ? L'état actuel du droit international offre-t-il un fondement juridique à cet aspect du sujet ?
- 3- Avez-vous connaissance de la pratique des Etats sur la gestion de la migration de masse en regard du droit international ? (Si oui, le Rapporteur vous saurait gré de lui faire parvenir les éléments à ce sujet)
- 4- Le rapport doit-il entrer dans l'examen du rôle du HCR, de l'OMI et des ONGs dans le contexte des migrations de masse ? Si oui, sous quel angle ?
- 5- Dans un espace communautaire où les Etats membres ont des frontières extérieures communes, la mise en œuvre de l'obligation de non refoulement incombe-t-elle à tous les Etats membres ? Et quel pourrait être le fondement juridique d'une telle obligation ?
- 6- La 'sous-traitance' par un Etat à un autre Etat de l'empêchement que des migrants de masse, qualifiables *prima facie* de réfugiés, n'arrivent à ses propres frontières est-elle compatible avec, ou conforme à la Convention de 1951 relatif au statut des réfugiés et plus particulièrement l'obligation de non refoulement ?
- 7- L'Etat de transit a-t-il le droit d'interdire ou d'empêcher le passage des migrants qui n'entendent pas s'installer sur son territoire et ne demandent ni le refuge ni l'asile ?
- 8- Le droit international des catastrophes est-il applicable à la migration de masse ? Dans quelle mesure ?
- 9- Le concept de "considérations élémentaires d'humanité" peut-il constituer le fondement d'une obligation ou d'un devoir d'assistance aux migrants, en particulier pour les Etats de transit ?
- 10- L'idée d'une *responsabilité commune et partagée* en matière de gestion de la migration de masse, tendant à mettre en évidence l'obligation de la participation des Etats qui ont pris une part active,

MASS MIGRATIONS - PREPARATORY WORK

directement ou indirectement, aux événements ayant généré la crise migratoire vous paraît-elle pertinente et fondée en droit international ?

11- Faut-il faire une distinction entre "réfugiés" et "migrants" ? Si oui, qui seraient les migrants dans un contexte de migration de masse ?

12- La création par un Etat des centres de rétention des migrants de masse-réfugiés sur le territoire d'un autre et en accord avec celui-ci est-il conforme à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés ?

13- Certaines règles contenues dans les instruments des droits de l'homme, tels le droit de quitter un pays, le droit de choisir sa destination peuvent-elles connaître des limitations dans le contexte de la gestion de la migration de masse ?

14- A qui appartient la détermination du "pays sûr" ou du "pays tiers sûr" (terminologie de l'Union européenne) en cas de répartition des quotas de migrants? Les migrants concernés ont-ils leur mot à dire dans le choix de leur pays d'accueil? Et quels sont les critères d'un "pays sûr" ?