

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



Direction scientifique :

Vincent CHETAIL

Rédactrices en chef :

Diva JAIN et Martha ROSENTAL

SEPTEMBRE 2025 - **N°28**

16^e ANNÉE - ISSN 2111-4293



► Dossier thématique

Droits, asile et migrations

1 > p. 2

Édito

par Diva Jain et Martha Rosental

2 > p. 3

Migration : le grand paradoxe

par Vincent Chetail

► DOSSIER
THÉMATIQUE

3 > p. 9

Droits, asile et migrations

Catherine Wihtol de Wenden, Philippe de Bruycker, Niki Aloupi, Serge Slama, Bastien Charaudeau Santomauro, Vincent Tchen, Aline Angoustures, Mathieu Herondart, Pierre Vercelletto, Marion Larché, Corentin Bailleur

Sommaire

Édito

page 1

- 1 *Diva JAIN, Martha ROSENAL* - Édito
- 2 *Vincent CHETAIL* - Migration : le grand paradoxe

Dossier thématique

page 10

CHAPITRE I : PERSPECTIVES INTERNATIONALES ET EUROPÉENNES

- 3 *Catherine WIHTOL DE WENDEN* - Le droit à la mobilité
- 4 *Philippe DE BRUYCKER* - Généalogie et futurologie du Pacte sur la migration et l'asile
- 5 *Niki ALOUPI* - Migrations, asile, droits humains et droit de la mer

CHAPITRE II : DROIT DES ÉTRANGERS

- 6 *Serge SLAMA* - L'instabilité normative spécifie-t-elle le droit des étrangers ?
- 7 *Bastien CHARAUDEAU SANTOMAURO* - La frontière intérieure à l'épreuve d'une fiction juridique : chronique de l'élaboration d'un régime dérogatoire
- 8 *Vincent TCHEN* - Le départ forcé des étrangers en situation irrégulière : d'une question à l'autre

CHAPITRE III : DROIT D'ASILE

- 9 *Aline ANGOUSTURES* - L'Ofpra et l'histoire de l'administration de l'asile
- 10 *Mathieu HÉRONDART* - La réforme de la Cour nationale du droit d'asile à la suite de la loi du 26 janvier 2024
- 11 *Pierre VERCELLETTO* - L'application de l'asile interne imposée par le Pacte européen sur la migration et l'asile : de nouveaux critères dans l'analyse des demandes d'asile en France

CHAPITRE IV : DROIT DES MINEURS ÉTRANGERS

- 12 *Marion LARCHÉ* - Rapatriement des enfants français de Syrie : le respect de l'État de droit n'est pas une option
- 13 *Corentin BAILLEUL* - La conventionalité du dispositif de premier accueil des mineurs non accompagnés en question

1 Édito



Diva Jain,
Rédactrice en chef,
Étudiante au sein de l'École de droit



Martha Rosental,
Rédactrice en chef,
Étudiante au sein de l'École de droit

Chères lectrices, chers lecteurs,
La question des migrations est l'un des sujets d'actualité les plus polarisants dans le débat politique contemporain, en France comme à l'étranger. Si ce phénomène et les réactions hostiles qu'il suscite ne sont pas nouveaux, bien au contraire, l'ampleur des passions engendrées est sans précédent et accentuée par des moyens de télécommunications inédits dans un monde interconnecté. Ces derniers véhiculent une image grossie, souvent erronée, voire instrumentalisée du phénomène migratoire, dont on omet trop souvent de rappeler qu'il est avant tout constitué de migrants, autrement dit d'individus sujets de droit. À tel point que, pour emprunter les termes du directeur scientifique de ce numéro, « le grand paradoxe de la migration réside dans ce décalage entre l'image que l'on s'en fait et la réalité ».

C'est à partir de ce constat que s'inscrit l'ambition de la vingt-huitième édition de la *Revue des Juristes de Sciences Po* (RJSP) : contribuer, par une approche située à la croisée du droit, de l'histoire et des statistiques, à une lecture plus rigoureuse et nuancée des migrations contemporaines. Les quatre chapitres de ce numéro en tracent les principaux axes de réflexion.

Le premier se penche sur les cadres juridiques internationaux et européens structurant les mobilités humaines, en articulant droit de la mer, droit d'asile et droits humains. Les contributions mettent en lumière les tensions entre souveraineté étatique et obligations de protection des personnes migrantes, dans un espace juridique fragmenté, et tout particulièrement au sein de l'Union européenne où se

distingue la mobilité des immigrés intra- et extracommunautaires.

Le deuxième chapitre opère un recentrage sur le droit des étrangers en France, en analysant son instabilité normative et les régimes dérogatoires qui le traversent. À travers l'étude du contentieux, des pratiques administratives ou encore de la fiction juridique de la « frontière intérieure », les auteurs révèlent les dynamiques de précarisation relatives à ce champ.

Le troisième chapitre est consacré aux mutations du droit d'asile. Il propose une analyse historique de l'administration de l'asile en France afin de mieux cerner, par une lecture critique, les enjeux des réformes européennes récentes et des ajustements procéduraux en matière d'asile.

Enfin, parce qu'il se trouve parmi les personnes migrantes certaines nécessitant une protection particulière du fait de leur vulnérabilité, le quatrième chapitre s'attache à étudier la situation des mineurs étrangers. Les problématiques liées à leur accueil en France, à l'évaluation de leur minorité ou encore à leur protection effective illustrent les tensions persistantes entre contrôle migratoire et respect des droits fondamentaux de l'enfant.

À travers cette diversité d'échelles, de terrains et d'approches, ce numéro entend offrir un échantillon d'analyse des migrations afin d'en proposer une compréhension fondée juridiquement, loin des simplifications qui tendent à réduire la complexité du phénomène migratoire. Parce qu'un tel projet éditorial repose tant sur des contributions intellectuelles que sur un travail collectif exigeant, nous souhaitons remercier celles et ceux dont l'engagement a rendu sa réalisation possible.

→ Suite page 2

Revue des Juristes de Sciences Po

REVUE SEMESTRIELLE

Directeur scientifique :
Vincent Chetail

Rédactrices en chef :
Diva Jain et Martha Rosental

Membres du Comité de rédaction :
Ana Candau
Antoine Lengès
Armelle Ensarguet
Camille De Font-Réaulx
Carmen Guintrand
Chloe Lambert
Christos Zoïs
Dan Watson
Elizabeth Herold-Reverdin
Emilie Greenwood

Fanny Burdin-Egloff
Guillaume Bouyssou
Julien-Manuel Després
Léa Settepani
Lisa Pralavorio
Linn Junge
Maksens Djabali
Mariano Fernandez Yaipen
Nicolaus Casati
Paul Lagarrigue
Tara Colic
Victoria Struys
Zizhu Chen

Membres du Comité Scientifique :

Bernard Stirn (Président),
Président de section honoraire
au Conseil d'Etat, membre de
l'Institut.

Julie Klein, Docteur en droit
de l'Université Paris II Panthéon-
Assas (2010), agrégée de droit
privé (2011). Doyenne de
l'École de droit de Sciences Po.

Pierre-Louis Périn, Avocat
associé du cabinet Bersay,
Professeur affilié à l'École de
Droit de Sciences Po.

Reinhard Dammann, Associé
Fondateur du cabinet Dammann

Giorgio Gugliotta, Diplômé de
l'École de droit de Sciences Po.

Octavie Jacquet, Diplômée de
l'École de droit de Sciences Po.

Directeur de la publication :
Christos Zoïs
Paul Lagarrigue

Photo de couverture :
© Marta Nascimento / Sciences Po

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : P_{tot} = 0,01 kg / tonne



Imprimerie :
Sprint
Parc Industriel Euronord
10 rue du Parc - 31150 Bruguères

Nos remerciements vont en premier lieu au Professeur Chetail, directeur scientifique du numéro, qui nous a au fil des mois encadrés d'une grande rigueur académique et qui nous a transmis son expérience en matière de droit international des migrations. Nous exprimons aussi notre reconnaissance à Monsieur Bernard Stirn, président du Comité scientifique de la RJSP, pour son constant soutien à l'activité, la stabilité et la pérennisation de la Revue. Un grand merci également aux onze contributeurs du numéro, toutes et tous spécialistes de domaines clés pour la compréhension des migrations, pour la richesse de leurs articles nourrie par la diversité de leurs expériences professionnelles. Parmi eux, nous avons appris avec tristesse le décès de Monsieur

Mathieu Hérondart au cours de l'élaboration du numéro, à qui nous tenons à adresser nos hommages.

Nous souhaitons aussi remercier les professeurs membres du Comité scientifique pour leur supervision et leurs conseils avisés. Enfin, comment ne pas saluer le formidable travail apporté par les vingt-trois étudiants membres du Comité de rédaction de la RJSP, qui ont tout au long de cette année universitaire apporté à la Revue leurs nombreuses qualités et expériences. Parmi eux, un chaleureux merci à Paul Lagarigue et Christos Zois pour leur précieuse aide dans la correction des épreuves du numéro en leur qualité de directeurs de publication.

En vous souhaitant une excellente lecture !■

2 Migration : le grand paradoxe



Vincent CHETAIL,

Professeur de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement (Genève) ; directeur du Centre des migrations globales

1 - « Le barbare, c'est d'abord l'homme qui croit à la barbarie », nous enseigne Claude Lévi-Strauss¹. L'ethnologue constate, dans son livre *Race et Histoire* paru en 1952, que « la diversité culturelle [est] rarement apparue aux hommes pour ce qu'elle est : un phénomène naturel, résultant des rapports directs ou indirects entre les sociétés ; ils y ont plutôt vu une sorte de monstruosité ou de scandale ; [...] on refuse d'admettre le fait même de la diversité culturelle ; on préfère rejeter hors de la culture, dans la nature, tout ce qui ne se conforme pas à la norme sous laquelle on vit. Ce point de vue naïf, mais profondément ancré chez la plupart des hommes, [...] recèle un paradoxe assez significatif² ». En effet, « c'est dans la mesure même où l'on prétend établir une discrimination entre les cultures et les coutumes que l'on s'identifie le plus complètement avec celles qu'on essaye de nier. En refusant l'humanité à ceux qui apparaissent comme les plus « sauvages » ou « barbares » de ses représentants, on ne fait que leur emprunter une de leurs attitudes typiques³ ».

La mise en garde de Lévi-Strauss conserve toute son actualité, tant l'image du barbare demeure associée à celle de l'étranger dans le discours politique et l'imaginaire collectif. Si l'on en croit la plupart des médias et bon nombre de politiciens, l'Europe serait une forteresse assiégée par des hordes de barbares débarquant sur les côtes méditerranéennes pour répandre la terreur et le chaos. Submersion, afflux, vague, déferlement, flot, marée humaine, sont souvent utilisés pour décrire l'arrivée de migrants dans le langage courant, les tribunes politiques et les annonces médiatiques. Cette représentation de la migration semble irrémédiablement associée à l'idée de multitude renouant dans l'inconscient collectif avec le mythe des invasions barbares.

Cette perception en dit plus sur l'état des démocraties contemporaines que sur le phénomène migratoire en lui-même. C'est là le grand paradoxe des migrations qui imprime sa marque à la politique et au droit. La réalité de la migration est à l'opposé du discours dominant. Le grand paradoxe de la migration réside dans ce décalage entre l'image que l'on s'en fait et la réalité. Dans un monde polarisé à outrance, où l'étranger est accusé de tous les maux, il est bon de rappeler quelques données purement factuelles, bien connues des experts, mais si peu de l'opinion publique et moins encore de nos politiciens, lorsqu'elles ne sont pas tout simplement niées : la rhétorique de la submersion migratoire est démentie par les faits (1). Ce décalage entre perception et réalité met à jour l'instrumentalisation de la politique (2) et les limites d'un droit pensé à travers ce prisme déformant (3).

1. LÉVI-STRAUSS Claude, *Race et histoire*, Denoël, 1952, p. 22.

2. *Ibid.*, p. 19-20.

3. *Ibid.*, p. 22.

1. Submersion migratoire : le démenti des faits

2 - La migration ne mérite pas l'attention que lui portent les médias et les politiciens. Nous vivons dans un monde sédentaire où l'immense majorité des personnes sur terre réside dans le pays où elles sont nées. Le nombre total de migrants ne représente que 3,6 % de la population mondiale, soit 304 millions de personnes selon les dernières estimations des Nations Unies⁴. Cette proportion a certes augmenté de manière continue passant de 2,3 % en 1970, puis 2,9 % en 1990 pour parvenir à 3,7% en 2024⁵. Nous sommes à mille lieux de la submersion migratoire et davantage sur le registre du filet d'eau. Pour poursuivre la métaphore marine, les migrants représentent une goutte d'eau dans un océan peuplé de nationaux restés vivre dans leur pays d'origine.

Leur nombre est d'autant plus marginal que, selon les règles statistiques de l'ONU, le terme de « migrant international » est entendu dans un sens large. Il désigne « toute personne qui change de pays de résidence habituelle », indépendamment des motifs de son déplacement et du caractère régulier ou non de son séjour⁶. Parmi la grande diversité des personnes ayant quitté un pays pour un autre, sont notamment inclus les réfugiés⁷. Le nombre de personnes fuyant les conflits armés et les persécutions n'a jamais été aussi élevé depuis 1945, avec 51,4 millions en 2024, dont 8,4 millions de demandeurs d'asile⁸.

Néanmoins, la grande majorité des migrants ne sont pas des réfugiés, mais des personnes qui migrent de manière régulière pour des raisons liées au travail, à la famille ou aux études⁹. Il s'agit des trois motifs d'admission les plus courants, loin devant l'asile.

4. Nations Unies, *International Migrant Stock 2024 : Key facts and figures*, 2024, UN DESA/POP/2024/DC/NO. 13, p. 2.

5. MCAULIFFE Marie et OUCHO Linda Adhiambo (dir. publ.), *État de la migration dans le monde 2024*, Genève, Organisation internationale pour les migrations (OIM), 2024, Genève, p. 22.

6. Nations Unies, *Recommandations en matière de statistiques des migrations internationales*, ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1, 1998, p. 9.

7. Sont, en revanche, exclus des statistiques tous les déplacements de brève durée. Le pays de résidence s'entend comme « le pays dans lequel vit une personne, c'est-à-dire dans lequel elle dispose d'un logement qui lui sert habituellement pour son repos quotidien. Les voyages temporaires à l'étranger à des fins de loisir, de vacances, de visites à des amis ou à des parents, d'affaires, de traitement médical ou de pèlerinage religieux ne changent pas le pays de résidence habituelle d'une personne » : *ibid.*, p. 10.

8. Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, *Global Trends : Forced Displacement in 2024*, 2025, p. 1.

9. MCAULIFFE Marie et OUCHO Linda Adhiambo (dir. publ.), *État de la migration dans le monde 2024*, *op. cit.*, p. 19.

Les réfugiés représentent 1 migrant sur 6 dans le monde¹⁰. Contrairement à l'image souvent véhiculée dans les médias occidentaux, la plupart des réfugiés dans le monde (73%) sont accueillis dans les pays dits du Sud Global, et non en Europe ou en Amérique du Nord¹¹. Le premier pays d'asile est l'Iran (avec 3,5 millions de réfugiés provenant d'Afghanistan), suivie par la Turquie (2,9 millions principalement originaires de Syrie) et la Colombie (2,8 millions essentiellement du Venezuela)¹².

La réalité des chiffres permet de mieux saisir le phénomène migratoire dans sa globalité et d'introduire de la nuance face à une description trop souvent caricaturale, pour ne pas dire tronquée. Cette approche fondée sur les faits, et non les perceptions, met en exergue la relativité, voire la marginalité, de la migration dans un monde principalement sédentaire, tout en soulignant la diversité des raisons de quitter un pays pour un autre. La migration n'est pas, cependant, un phénomène uniforme à travers le globe. Elle dépend de multiples facteurs, d'ordre économique, géographique, démographique, historique et autres, qui impactent différemment les pays.

Le nombre limité de migrants dans le monde ne doit pas masquer, en effet, les importantes variations entre les différents pays et régions du monde. D'un point de vue comparatif, l'Océanie est la région qui accueille la plus grande proportion de migrants (21 %), suivie de l'Amérique du Nord (15,9 %), puis de l'Europe (12,6 %), tandis que l'Afrique du Nord et l'Asie occidentale comptent 9,3 % et les autres régions du monde moins de 3 % de leur population respective¹³. Cette répartition doit être relativisée par la croissance démographique de chacune de ces régions qui peut varier grandement et, par conséquent, minorer ou majorer la proportion des migrants.

Il n'en demeure pas moins que la migration internationale est d'abord un phénomène régional : près de la moitié (45 %) des migrants vivent dans un pays appartenant à la même région que leur pays d'origine¹⁴. Ce phénomène n'a rien de nouveau et s'explique par la proximité géographique et les liens tissés entre pays voisins, qui sont souvent accompagnés par la conclusion d'accords de libre circulation au niveau régional et bilatéral.

L'Europe offre un exemple saisissant : en 2020, sur les 87 millions de migrants présents en Europe, plus de la moitié d'entre eux (44 millions) étaient nés en Europe et vivaient dans un autre pays européen que celui de leur naissance¹⁵. Ce phénomène n'est pas isolé, ni même corrélatif à la libre circulation des personnes dans l'Union européenne. L'Asie est le continent qui compte le moins d'accords de libre circulation que les autres régions du monde et, pourtant, plus de la moitié des migrants en Asie réside dans un pays de cette même région (69 sur 115 millions de migrants)¹⁶.

Par-delà les tendances globales et régionales du phénomène migratoire, les disparités demeurent plus nettes lorsque l'on resserre l'angle de vue pour examiner la migration au niveau national. La perspective varie alors d'un pays à l'autre de manière significative, même si la distinction traditionnelle entre pays d'émigration et d'immigration tend à s'estomper par l'effet de la mondialisation et de la diversification des couloirs migratoires.

Les principaux pays de destination demeurent, néanmoins, relativement stables et n'ont pas beaucoup changé durant la dernière décennie. Les États-Unis sont de loin le pays où vit le plus grand

nombre de migrants avec 52,4 millions en 2024¹⁷. L'Allemagne est le deuxième pays de destination pour 16,8 millions de migrants, suivie par l'Arabie Saoudite (13,7 millions), le Royaume-Uni (11,8 millions), la France (9,2 millions), l'Espagne (8,9 millions), le Canada (8,8 millions), les Emirats arabes unis (8,2 millions), l'Australie (8,1 millions), la Fédération de Russie (7,6 millions), la Turquie (7,1 millions) et l'Italie (6,6 millions)¹⁸.

S'agissant de la France, les personnes nées à l'étranger représentent 13,8 % de la population, selon les statistiques de l'OCDE parues en 2024¹⁹. Cette proportion reste en deçà de ses voisins européens. En Suisse, les personnes nées à l'étranger représentent 31,2 % de la population, en Autriche 22 %, en Belgique 19 %, en Allemagne 18,2%, en Espagne 17,3 % et au Royaume-Uni 15,4 %. En revanche, l'Italie a une proportion d'étrangers inférieure à la France avec 10,9 %, tandis que le Luxembourg occupe le haut du classement avec 51,2 %, principalement originaire du Portugal, de la France et de la Belgique²⁰.

Les principaux motifs d'entrée sur le territoire français sont liés à des raisons familiales (36%), à la libre circulation (24%), au travail (20%) ou encore à des raisons humanitaires (9%) essentiellement liées à une demande d'asile²¹. La plupart des étrangers présents sur le sol français sont en situation régulière, la France ne dérogeant pas sur ce point à la tendance mondiale et européenne des migrations internationales.

Contrairement aux idées reçues, l'immense majorité des migrants entre de manière légale et la proportion des personnes en situation irrégulière demeure infime. Pour des raisons pratiques évidentes, le nombre de personnes en situation irrégulière est difficile à quantifier avec certitude. En France, une première estimation peut être trouvée avec le nombre des bénéficiaires de l'aide médicale d'État (AME), qui permet l'accès aux soins des personnes en situation irrégulière sur le territoire national (à l'exclusion de Mayotte). Le nombre de bénéficiaires de l'AME s'élevait à 439 000 à la fin juin 2023, étant entendu que toutes les personnes en situation irrégulière ne demandent pas cette aide et que des étrangers en situation régulière peuvent y prétendre également²².

En 2019, une équipe de chercheurs américains a évalué entre 300 000 et 400 000 le nombre d'étrangers en situation irrégulière en France, soit trois fois moins qu'au Royaume-Uni et en Allemagne²³. En décembre 2023 le précédent ministre de l'Intérieur Gérald Darmanin évoquait, sans le démontrer, le chiffre de 600 000 à 900 000 personnes²⁴, ce qui représenterait autour de 1 % de la population totale. Même avec cette fourchette haute, nous sommes donc bien loin d'une France dépassée par un afflux de clandestins.

2. Instrumentalisation et politique-fiction de l'immigration

3 - Le décalage entre un discours alarmiste et la réalité des faits est régulièrement dénoncé par les chercheurs et experts de la question.

10. Nations Unies, *International Migrant Stock 2024 : Key facts and figures*, op. cit., p. 6.

11. Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, *Global Trends : Forced Displacement in 2024, 2025*, UNHCR, Geneva, p. 2.

12. *Ibid.*, p. 39.

13. Nations Unies, *International Migrant Stock 2024 : Key facts and figures*, op. cit., p. 3.

14. *Ibid.*, p. 4.

15. MCAULIFFE Marie et OUCHO Linda Adhiambo (dir. publ.), *État de la migration dans le monde 2024*, op. cit., p. 81.

16. *Ibid.*, p. 69.

17. Nations Unies, *International Migrant Stock 2024 : Key facts and figures*, op. cit., p. 4.

18. *Ibid.*

19. OCDE, *Perspectives des migrations internationales 2024*, Paris, Éditions OCDE, Paris, 2024, p. 230. Selon l'INSEE, la population étrangère vivant en France est encore plus inférieure : elle s'élève à 5,6 millions de personnes, soit 8,2 % de la population totale : Insee, *L'essentiel sur les immigrés et les étrangers*, mai 2025, [://www.insee.fr/fr/statistiques/3633212#onglet-1](https://www.insee.fr/fr/statistiques/3633212#onglet-1). Les statistiques de l'OCDE seront privilégiées ici de manière à permettre une meilleure comparaison entre les différents pays.

20. OCDE, *Perspectives des migrations internationales 2024*, op. cit., p. 250-251.

21. *Ibid.*, p. 231.

22. Cour des comptes, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, 2024, p. 21.

23. *Ibid.*, p. 22.

24. BOONE Joséphine, « Travailleurs immigrés et métiers en tension : la grande hypocrisie », *Les Echos*, 12 décembre 2023, [://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/travailleurs-immigres-et-metiers-en-tension-la-grande-hypocrisie-2040761](https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/travailleurs-immigres-et-metiers-en-tension-la-grande-hypocrisie-2040761).

François Héran, Professeur au Collège de France sur la chaire « Migrations et sociétés » parle du « déni d'immigration » pour désigner le procédé utilisé par les hommes et femmes politiques français, qui consiste à grossir l'immigration à outrance pour dénoncer la submersion migratoire, tout en se faisant fort de l'endiguer²⁵.

La tactique n'est pas nouvelle, ni même propre à la France. De tout temps et sous toutes les latitudes, l'étranger a été le bouc émissaire contre les maux les plus divers. Ce phénomène s'est amplifié avec l'avènement des démocraties modernes où, sauf rares exceptions, le droit de vote demeure l'apanage des seuls nationaux. L'étranger privé du droit de vote devient une cible politique parfaite, autant pour ceux qui cherchent à remporter les élections que ceux qui sont déjà au pouvoir.

Le péril migratoire s'inscrit ainsi dans une double logique de conquête du pouvoir et de diversion des gouvernants. Il constitue une stratégie électoraliste bien rodée fondée sur un narratif simpliste qui agrège les mécontentements des votants autour d'une menace extérieure et d'une solution providentielle. Autrement dit, « on prophétise l'apocalypse migratoire pour mieux justifier l'appel à la figure héroïque qui sauvera le pays de l'immigration²⁶ ».

Une fois les élections passées, le péril migratoire devient un puissant exutoire dans les mains des gouvernants. L'étranger est l'excuse toute trouvée pour masquer les échecs et manquements du pouvoir en place pour traiter les problèmes économiques et sociaux (chômage, insécurité, accès aux services publics, etc.).

Cette instrumentalisation politicienne s'appuie sur un profond ressentiment d'injustice sociale, un sentiment de déclassement et une impression de perte de repères dans un monde en mutation, qui alimentent la peur d'un effacement de l'identité nationale ou culturelle. La simplicité trompeuse d'un narratif ciblant un bouc émissaire facilement identifiable est décuplée par la médiatisation de la migration, la polarisation du débat public et la racialisation du discours politique. L'opposition entre « nous » et « eux » devient alors un outil rhétorique particulièrement efficace.

Le fantasme dystopique du « grand remplacement » est une illustration caricaturale de ce stratagème poussé à son extrême. La supercherie de cette propagande a déjà été mise en exergue par nombre de démographes, sociologues et autres experts de l'immigration, sans qu'il soit nécessaire d'y revenir davantage²⁷. La théorie complotiste du « grand remplacement » n'est pas seulement fautive ; elle est surtout raciste. Bien que l'expression même soit d'origine récente²⁸, l'idée qu'elle charrie s'inscrit dans une longue tradition de pensée xénophobe, nataliste et identitaire.

Déjà au début du XX^e siècle, Maurice Barrès s'inquiétait « du germe de destruction que notre nation porte en soi », à travers « le décroissement de notre natalité, [...] l'invasion de notre territoire et de notre sang par des éléments étrangers qui travaillent à nous soumettre²⁹ ». Le théoricien du nationalisme ethnique poursuivait en ces termes :

Aujourd'hui, parmi nous, se sont glissés un grand nombre de nouveaux colons (de formations variées), que nous n'avons pas la force de nous assimiler, qui ne sont peut-être pas assimilables, auxquels il faudrait du moins fixer un rang, et qui veulent nous imposer leur façon de sentir. Ce faisant, ils croient nous civiliser ; ils contredisent notre civilisation propre. Le triomphe de leur manière de voir coïnciderait avec la ruine réelle de notre patrie. Le nom de France pourrait bien survivre et même garder

une importance dans le monde ; le caractère spécial de notre pays serait cependant détruit, et le peuple installé sous notre nom, sur notre territoire, à la suite de notre histoire, s'acheminerait vers des destinées contradictoires avec les destinées et les besoins des vieux Français³⁰.

Cette diatribe vieille de plus d'un siècle pourrait être reprise mot pour mot par divers hommes politiques et éditorialistes d'aujourd'hui. La distinction ségrégationniste entre « Français de souche » et « Français de papier » est au cœur de cette vision raciste fondée sur la pureté d'une France imaginaire qui n'a jamais existé, tant le brassage des populations fait partie intégrante de son histoire plurimillénaire.

Cette projection raciale de l'identité nationale et la fiction d'un ennemi de l'intérieur met à jour la confusion opérée entre le national ethniquement différent et le migrant, qui ne serait qu'une seule et même personne incarnant l'autre dans toute sa différence. L'exclusion du français racisé demeure illégale en tous points ; car, en tant que ressortissant, il fait partie intégrante de la communauté nationale, indépendamment de son origine ou de sa religion. En revanche, l'exclusion du second est permise par le droit, faisant du migrant la cible privilégiée des attaques racistes sous couvert de la lutte contre l'immigration clandestine et de la maîtrise des flux migratoires. La souveraineté de l'État dans le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers donne alors les apparences de la neutralité pour mieux justifier une pratique qui serait autrement considérée comme une discrimination raciale.

3. Droit et paradoxe souverain

4 - Le droit, qu'il soit interne ou international, repose sur le postulat souverain du contrôle de l'immigration, qui nous force à penser le droit des étrangers comme un droit d'exception. Selon la formule de Danièle Lochak, il est « un droit à part pour des gens à part³¹ ». Le Conseil constitutionnel lui-même reconnaît le caractère d'exception du droit des étrangers. Il rappela dans une décision du 13 août 1993 : « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spéciales³²... ».

Cette compétence souveraine, souvent présentée comme discrétionnaire, est communément considérée comme « un principe bien établi de droit international » pour reprendre la formule consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme³³. Pour établi qu'il soit aujourd'hui, le présupposé souverain du contrôle de l'immigration demeure historiquement faux et juridiquement discutable³⁴. Sur un plan strictement historique, l'idée selon laquelle le droit de contrôler l'admission des étrangers serait l'un des premiers pouvoirs inhérents à tout État souverain demeure éminemment contestable.

30. *Ibid.*

31. LOCHAK Danièle, *Étrangers : de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 88.

32. Cons. constit., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, considérant 2.

33. V. parmi de nombreux autres cas, *Gül c. Suisse*, n° 23218/94, CEDH, 19 février 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-I, p. 174.

34. Pour de plus amples discussions, nuances et sources qu'il n'est pas possible de retracer ici, je me permets de renvoyer le lecteur à certaines de mes publications sur le sujet : CHETAIL Vincent, « *Demystifying Sovereignty : Totem and Taboo of Migration Control in International Law* », *American Journal of International Law Unbound*, 2024, n° 118, p. 193-197 ; CHETAIL Vincent, *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019 ; CHETAIL Vincent, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in CHETAIL Vincent (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question/Globalisation, Migration and Human Rights : International Law under Review*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 13-133.

25. HÉRAN François, *Immigration : le grand déni*, Seuil, 2023, p. 9-11.

26. *Ibid.*, p. 9.

27. V. notamment : HÉRAN François, *Avec l'immigration. Mesurer, débattre, agir*, La découverte, 2017 ; LE BRAS Hervé, *Il n'y a pas de grand remplacement*, Grasset, 2022.

28. L'expression est attribuée à l'écrivain et militant d'extrême droite, Renaud Camus qui publia à compte d'auteur un ouvrage éponyme en 2010.

29. BARRÈS Maurice, *Scènes et doctrines du nationalisme*, 20^e éd., [1902], p. 96. [En ligne] accessible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5701550m.texteImage>.

De fait, la liberté de mouvement a longtemps été la règle plutôt que l'exception dans l'histoire de l'humanité. L'apparition de l'État-Nation et son corollaire implicite la souveraineté territoriale n'ont pas coïncidé avec l'introduction des contrôles aux frontières³⁵. Emer de Vattel constate au milieu du XVIII^e siècle : « l'accès est libre partout, à quiconque n'est point ennemi de l'État, si ce n'est, en quelques pays, aux vagabonds et gens sans aveu³⁶ ». La liberté de mouvement connaîtra son âge d'or au XIX^e siècle, avant que la montée des nationalismes n'inverse la tendance.

Les contrôles migratoires sont une invention relativement récente dans l'histoire de l'humanité. Sauf rares exceptions (principalement en temps de guerre ou de troubles révolutionnaires), ils ne sont véritablement apparus dans les législations internes qu'à la fin du XIX^e siècle avec l'adoption par les États-Unis du *Chinese Exclusion Act* en 1882, avant de se généraliser en Europe et ailleurs au début du XX^e siècle durant et après la Première Guerre mondiale. Depuis lors, le postulat souverain, et partant discrétionnaire, de l'admission des étrangers a été érigé en un véritable paradigme du droit (interne et international), sans lequel il ne serait plus possible de penser l'immigration.

Cette vision dogmatique demeure juridiquement discutable. Dans le domaine des migrations comme dans bien d'autres domaines, la souveraineté n'est pas cette liberté absolue pour l'État de faire ce que bon lui semble. La souveraineté territoriale est, tout à la fois, une compétence et une responsabilité : la souveraineté de l'État est d'abord une compétence, celle de réglementer l'admission des étrangers dans son droit interne ; mais la souveraineté est aussi une responsabilité, celle de mettre en œuvre une politique migratoire dans le respect du droit international.

Cette notion de souveraineté relative et non absolue n'est pas une vue de l'esprit. Elle est au cœur du droit international contemporain. Elle est reconnue par les États eux-mêmes comme principe directeur du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, adopté par l'Assemblée générale de l'ONU en décembre 2018³⁷. Bien que le Pacte soit formellement dépourvu de valeur obligatoire, il rappelle à de multiples reprises l'obligation des États de respecter le droit international et réaffirme un grand nombre de principes juridiquement contraignants, y compris la non-discrimination, le non-refoulement, le droit à la vie familiale, l'intérêt supérieur de l'enfant, ou encore l'interdiction de l'expulsion collective³⁸.

Sous cet angle, le respect du droit international demeure un attribut de la souveraineté et non une atteinte aux droits de l'État³⁹. Lorsque l'on examine son contenu de plus près, le droit international est plus riche et nuancé qu'il n'y paraît. Il garantit le droit à l'émigration conçu comme « le droit de quitter tout pays y compris le sien ». C'est le premier des droits des migrants et le point de départ obligé de toute réglementation internationale sur la migration. Le droit de quitter tout pays est consacré par l'ensemble des

traités sur les droits de l'homme et fait partie du droit international coutumier.

Il est vrai cependant que, selon ces mêmes traités, le droit à l'émigration n'est pas accompagné du droit corrélatif à l'immigration. Ce silence ne signifie pas pour autant que l'admission des étrangers soit laissée à l'entière discrétion des États, mais simplement que l'accès au territoire a vocation à être régie par d'autres règles issues du droit interne et du droit international. L'importance et l'influence des législations nationales en la matière ne sauraient être niées. Elles s'inscrivent néanmoins dans un tissu normatif relativement dense.

Au niveau universel, la compétence de l'État doit s'exercer conformément à trois séries de principes fondamentaux. D'une part, « le droit d'entrer dans son propre pays », notamment entériné à l'article 12 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, ne se limite pas exclusivement aux nationaux. L'expression « son propre pays » s'applique également à l'immigré établi durablement et régulièrement dans un pays qui peut être considéré comme le sien⁴⁰.

D'autre part, le droit international consacre un droit à l'immigration dérivé des droits de l'homme pour deux motifs traditionnels d'admission : le regroupement familial, issu du droit à la vie privée et familiale, ainsi que le droit de demander asile et l'interdiction corrélatrice du refoulement jusqu'à ce qu'une décision ait été prise sur ladite demande. Enfin, à ce droit à l'immigration, s'ajoutent d'autres garanties non moins essentielles pour la protection des migrants, qu'ils s'agissent de l'interdiction de la discrimination raciale, l'interdiction de la détention arbitraire, le droit à un recours effectif ou encore l'interdiction de l'expulsion collective.

Le droit international positif est donc loin de consacrer un pouvoir discrétionnaire de l'État dans le contrôle aux frontières. En pratique cependant, force est de constater que les droits fondamentaux du migrant font figure de parents pauvres des droits de l'homme. La violation des droits de l'homme des migrants est parfois même érigée en un objectif politique à part entière dans certains pays, comme les États-Unis sous la présidence de Trump pour citer un exemple connu. Il n'y a guère d'autres domaines, où le fossé soit si grand entre l'énoncé des instruments internationaux et leur prise en compte effective dans les pratiques nationales.

L'étranger symbolise, plus que tout autre, la signification première des droits de l'homme, qui s'attachent à la personne humaine hors de toute appartenance nationale. Mais il incarne aussi les limites, la virtualité de tels droits, qui n'accèdent à la positivité que par l'État, en l'absence de toute autre institution sociale de substitution. Le sociologue de l'immigration Abdelmalek Sayad l'a fort bien souligné, lorsqu'il écrit :

L'immigré est dissocié de tout ordre national [...] ; cette dissociation a fait de lui un homme *abstrait* [...], une espèce d'homme qui serait hors de toutes les déterminations ou appartenances [...], l'homme « idéal » en somme, celui-là que postule paradoxalement l'expression « les Droits de l'Homme⁴¹. »

Refuser à l'étranger ses droits humains constitue la négation même des droits de l'homme qui fondent l'État de droit. On ne naît pas barbare ; on le devient lorsque l'on nie l'humanité à l'autre. ■

35. *Ibid.*

36. De VATTEL Emer, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* [1758], *The Classics of International Law*, Clarendon Press, 1983, Liv. II, Chap. VIII, § 100, p. 329.

37. « Le Pacte mondial réaffirme le droit souverain des États de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international » : Nations Unies, *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, A/RES/73/195 (2018), § 15 c).

38. V. par exemple : *ibid.*, § 15, 21, 29, 31, 33 et 37.

39. Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du Vapeur Wimbledon* (Angleterre, France, Italie et Japon c. Reich allemand), arrêt, 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25.

40. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, HRI/GEN/1/Rev.1, 2002, § 20.

41. SAYAD Abdelmalek, « État, Nation et Immigration : l'ordre national à l'épreuve de l'immigration », *Peuples méditerranéens*, avril-septembre 1984, p. 191.

LES AUTEURS

Niki Aloupi est Professeure de droit international public à l'Université Paris-Panthéon-Assas depuis septembre 2018. Auparavant, depuis son agrégation en 2012, elle était Professeur à l'Université de Strasbourg. Elle est Directrice de l'Institut des hautes études internationales (IHEI) et du Master Administration Internationale, ainsi que codirectrice du Pôle Assas Études Environnementales (A2E) de l'Université Paris-Panthéon-Assas. Elle a enseigné en tant que Professeur invitée aux Universités de Sciences Po Paris, Padoue, Bordeaux, Le Mans, Galatasaray et à l'Institut international des droits de l'homme (Strasbourg et Côte d'Ivoire). En janvier 2025, elle a donné un cours spécial à l'Académie de droit international de La Haye sur «Les personnes humaines et le droit de la mer». Auteure de nombreuses publications relatives au droit de la mer, au droit international public et aux rapports de systèmes, elle enseigne le droit international public, le droit des espaces internationaux, notamment le droit de la mer, le droit des organisations internationales, le droit d'asile, le droit des étrangers et les principes généraux du droit international économique. Son ouvrage «La nationalité des véhicules en droit international public» a reçu le prix Choucri Cardahi de l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France en 2021. Elle est directrice de la rubrique trimestrielle «Jurisprudence internationale» de la Revue Générale de Droit International Public (RGDIP), dont elle est également membre du comité de rédaction et de la rubrique «Espaces internationaux» de l'Annuaire français des relations internationales (AFRI). Elle est trésorière adjointe et membre du conseil de la Société française pour le droit international (SFDI). De 2011 à 2020 elle a occupé le poste de secrétaire-rédacteur de l'Institut de droit international (IDI). De 2013 à 2022 elle a été juge assesseur représentant du Haut Commissariat pour les réfugiés (HCR) auprès de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Depuis janvier 2023, elle est membre de la Commission juridique et technique de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM).

Aline Angoustures, docteur en histoire, chercheur associé à l'ISP et Fellow de l'ICM, a fondé avec Luc Legoux le Groupe informel de recherche scientifique sur l'asile (GRISA), puis a créé et dirigé la Mission histoire et archives de l'Ofpra. A ce titre, elle a mené à bien l'ouverture de ces archives à la recherche et a contribué aux travaux du Comité d'histoire en tant que coordinatrice de la Commission scientifique.

Corentin Bailleul est juriste politiste de formation. Il s'est spécialisé dans ses différentes expériences - dans le monde de la recherche et dans le secteur associatif - sur la protection de l'enfance et les droits des enfants en situation de migration. Il occupe désormais les fonctions de responsable du plaidoyer et des programmes France pour l'UNICEF France.

Bastien Charaudeau Santomauro est chercheur postdoctoral au MacMillan Center de l'Université Yale et coordinateur scientifique de la Clinique Migrations de l'École de droit de Sciences Po. Ses travaux portent sur la manière dont le droit international et le droit interne structurent les expériences migratoires et affectent la capacité des personnes migrantes à exercer leurs droits aux frontières. Il est titulaire d'un doctorat en droit de l'École de droit de Sciences Po. Avant son doctorat, il a étudié le droit (master, École de droit de Sciences Po), la philosophie politique (master, Sorbonne Université), les études européennes (master, Université libre de Bruxelles) et les sciences sociales (Collège universitaire de Sciences Po). Au cours des dix dernières années, Bastien Charaudeau a acquis une riche expérience en matière de recherche interdisciplinaire et d'enseignement, bénéficiant de séjours prolongés au CERC Migration de l'Université métropolitaine de Toronto (2025), à l'Université Roma Tre (2022), à Yale (2021-2022) et à l'Université Northeastern (2018-2019).

Vincent Chetail est professeur de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement (Genève), où il est également directeur du Centre des migrations globales. Il a été professeur invité dans nombreuses universités, telles que King's College London, Harvard, l'Institut Universitaire Européen et Sciences po Paris. Il travaille régulièrement comme consultant international auprès de diverses agences de l'ONU, d'ONG, de l'Union africaine et l'Union européenne. Il a notamment participé à la rédaction de plusieurs instruments internationaux (tels que le Protocole de l'Union africaine sur la libre circulation des personnes) et il a rédigé le premier rapport de l'OMS sur les politiques d'asile et d'immigration en période de Covid-19. Dr. Vincent Chetail a publié plus de 20 livres et 80 articles sur différents sujets liés aux droits de l'homme, aux migrations, aux conflits armés, à l'histoire du droit et à la justice internationale.

Philippe de Bruycker est Chaire Jean Monnet et Professeur à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB) où il enseigne le droit des étrangers et des réfugiés. Il a créé en 1999 Odysseus qui est le réseau académique d'études juridiques en droit européen de

la migration et de l'asile qui organise chaque année à Bruxelles une summer school ainsi qu'un master spécialisé en ligne. Il a été administrateur à la Commission européenne où il a pris en charge la rédaction de propositions législatives en matière d'immigration. Il est à l'origine du European Asylum Curriculum de l'Agence Asile de l'UE. Son dernier ouvrage parmi 120 publications est le Research Handbook on EU migration and asylum law publié chez Elgar.

Mathieu Héronard † a été président de la Cour nationale du droit d'asile depuis juillet 2022. Ancien élève de l'École nationale d'administration et diplômé de l'École des hautes études commerciales (HEC), il avait débuté sa carrière au Conseil d'État en tant qu'auditeur, avant d'y occuper successivement les fonctions de maître des requêtes, secrétaire général adjoint et conseiller d'État. Il avait également siégé à la section du contentieux, à la section des finances, et avait exercé comme assesseur et juge des référés. Parallèlement à son parcours au sein du Conseil d'État, il avait occupé plusieurs hautes fonctions au ministère de la Justice, notamment comme directeur adjoint du cabinet de la garde des Sceaux (2007-2008), directeur de l'administration générale et de l'équipement, puis secrétaire général adjoint du ministère (2008-2013), et enfin comme directeur de cabinet de la ministre de la Justice (2017-2020). Il avait également été secrétaire général de la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

Diva Jain est co-rédactrice en chef de la RJSP, actuellement étudiante en deuxième année de Master Droit Économique à Sciences Po Paris.

Marion Larché est maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et secrétaire de rédaction de la *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*. Sa thèse de doctorat (*Les fonctions des sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2025, Pedone) a été récompensée par la mention spéciale du prix de thèse de l'Institut international des droits de l'Homme-Fondation René Cassin. Ses travaux portent principalement sur le droit international des droits de l'Homme. Elle est lauréate de la Fondation des sciences sociales pour ses recherches sur l'eau comme source, arme et cible de guerre (Claudia Senik (dir.), *Un monde en guerre*, 2024, Éditions La découverte).

Martha Rosental est co-rédactrice en chef de la RJSP, actuellement étudiante en deuxième année de Master Droit Économique à Sciences Po Paris.

Serge Slama est professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ), affilié à l'Institut Convergence Migrations (ICM). Il co-dirige le Master Droits et histoire des droits de l'Homme. Spécialiste du droit des étrangers et du contentieux des droits fondamentaux, il est réputé pour son expertise dans ce domaine.

Vincent Tchen est professeur de droit public à l'Université de Rouen où il est responsable du Master Justice, Procès, Procédure. Il est notamment l'auteur du code commenté de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dont la 21e édition est paru en juin 2025 aux éditions LexisNexis (2 579 pages) et, chez le même éditeur, d'un manuel consacré au droit des étrangers dont la 4e édition paraîtra au début de l'année 2026 (1 719 pages). Il anime également un blog d'actualité juridique consacré au droit des étrangers et de l'asile (https://vincenttchen.typepad.fr/droit_des_etrangers/)

Pierre Vercelletto a intégré en mars 2020 l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) en tant qu'officier de protection instructeur. Titulaire d'un master 2 en «droit de l'Union européenne et de l'OMC» de l'Université de Rennes 1, il a poursuivi son cursus avec un LLM en «international law» à l'Institut des hautes études internationales et du développement (IHEID), à Genève.

Catherine Wihtol de Wenden, politiste et juriste de formation (Sciences Po et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), est directrice de recherche émérite au CNRS (CERI, Sciences Po). Elle est l'auteur de nombreux ouvrages sur les migrations internationales et sur la citoyenneté. Elle a enseigné 25 ans à Sciences Po de 1997 à 2022 et y a dirigé 25 thèses. Son parcours académique est également international (responsable du groupe de recherche Migrations de 2002 à 2008 de l'ISA, nombreux enseignements à l'étranger comme professeure invitée, notamment en Italie et dans les pays de langue anglaise) Derniers ouvrages parus: *Figures de l'Autre: perceptions de l'immigration en France 1870-2022*, CNRS Editions 2022; *Immigration and International relations*, Springer/IMISCOE 2023; *Atlas des migrations*, 7e édition, Autrement 2025; *Immigration: indifférence, indignation, déshumanisation*, Autrement, 2025; *Idées reçues sur l'immigration*. Paris, Le cavalier bleu, 2025.

Dossier Thématique



Chapitre I

Perspectives internationales et européennes



3 Le droit à la mobilité



Catherine WIHTOL de WENDEN,
Directrice de recherche émérite
au CNRS (CERI, Sciences Po)

1 - Les drames liés à la difficulté de traverser les frontières montrent les contradictions de ce début du XXI^e siècle où tout circule, sauf les hommes et les femmes et où la mobilité fait partie de la modernité. Le Nord de la planète tente d'imposer au Sud de la planète de rester sur place, moyennant des politiques de dissuasion, de répression, de retour par des accords d'externalisation des frontières signés avec les pays de départ ou de transit, et des politiques de développement censées stabiliser les populations du Sud. Ces pays du Nord de la planète qui sont les principaux pays d'immigration du monde (États-Unis, Canada, États européens, Russie, Japon et, par extension, Australie), à l'exception des États du Golfe, ont le monopole de la définition des politiques migratoires qu'ils imposent aux pays du Sud moyennant des visas et des critères d'admission en fonction des accords internationaux qu'ils ont signés.

2 - Le droit d'émigrer existe en effet pour le droit d'asile (Convention de Genève de 1951¹ étendue en 1967² aux pays du monde entier) et les droits de l'enfant (Convention onusienne de 1989³, le droit du travail (encadré par deux Conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁴, le regroupement familial, la migration pour études⁵. Dans un contexte pourtant marqué par le déclin démographique et les pénuries de main d'œuvre, la souveraineté des États est souvent mise en avant comme justification de la fermeture et certains migrants ne sont protégés par aucun droit quand ils tentent de fuir : c'est le cas des déplacés environnementaux, qu'aucune convention internationale n'encadre, et de toute une cohorte de « sous-citoyens », empêchés de se mouvoir : apatrides, détenteurs de passeports intérieurs de ruraux, comme en Chine (*min-gong*), sans parler de minorités exclues du droit d'aller ailleurs.

3 - Mais le changement le plus important est l'émergence du Sud comme destination finale : l'Afrique du Sud, les pays du Golfe ou l'Angola, la Guinée⁶. Le Sud est en train de devenir une destination aussi importante que le Nord en termes de migrations, mais sans politique migratoire le plus souvent, sans signature de conventions internationales comme le droit d'asile, avec une relative tolérance à l'égard des populations en transit. Des pays de la rive Sud de la Méditerranée sont aussi devenus, malgré eux, des sas, du fait de la pression exercée par les Européens pour qu'ils ferment leurs frontières à leurs voisins du Sud, tout en accueillant à bras ouverts les touristes, les entrepreneurs, leurs diasporas qualifiées et les candidats du Nord à l'installation au soleil pour la retraite. On peut étendre cette comparaison euro-méditerranéenne au Mexique et

à la Turquie, devenus également des pays d'émigration, de transit et d'immigration.

4 - Autre transformation : les pays de destination des réfugiés. La plupart des pays d'accueil des migrations forcées, réfugiés et déplacés environnementaux, sont aujourd'hui des pays du Sud, car les plus pauvres se dirigent vers les pays voisins. Ce sont l'Iran, le Pakistan, la Turquie, la Syrie, la Jordanie, le Liban qui ont accueilli ces vingt dernières années les victimes des crises du Proche et du Moyen Orient, et la Pologne et l'Allemagne pour les Ukrainiens, la Colombie pour les Vénézuéliens. Le continent africain, grand producteur de réfugiés, est aussi une grande zone d'accueil des déplacés forcés, internationaux et internes. Quant aux déplacés environnementaux, cantonnés pour l'essentiel au Sud de la planète, il s'agit pour l'instant essentiellement de migrations du Sud au Sud et de migrations internes.

5 - Aujourd'hui, l'ouverture et la fermeture des frontières se sont inversées. Les frontières se sont ouvertes pour la sortie depuis les années 1990 (fin du rideau de fer, ouverture de la Chine, délivrance de passeports dans les pays du Sud), créant une généralisation du droit de sortie, mais fermées à l'entrée. Cette universalisation du droit d'émigrer a créé un imaginaire migratoire au Sud, renforcé par le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication donnant à voir des *eldorados* parfois proches mais difficiles d'accès du fait de la fermeture des frontières. Plus la stratégie des pays d'immigration est marquée par la sécurisation, la dissuasion et la répression, plus le trafic progresse car le passage devient plus coûteux. Mais la sécurisation des frontières ne dissuade pas.

1. Fondements philosophiques et évolution du droit à la mobilité

6 - Le droit à la mobilité a un fondement philosophique. Pour Emmanuel Kant, l'hospitalité doit être la première règle de conduite éthique de l'humanité. Le droit à la mobilité s'inscrit dans une vision universaliste et individualiste des valeurs. Dans son *Projet de paix perpétuelle* (1795), Emmanuel Kant prend soin de distinguer le « droit d'être admis au foyer domestique du droit de visite, et le droit de s'offrir à faire partie de la société, lequel appartient à tous les hommes, en vertu de la possession commune de la surface de la terre⁷ ». Ce droit d'émigrer (qui n'inclut pas l'installation définitive) s'inscrit dans une conception moderne des droits de l'Homme fondée sur la liberté de l'être humain comme sujet.

7 - Cette liberté est un droit inné, et la raison morale en est son fondement. Ce droit au cosmopolitisme a été défini en réaction à la colonisation européenne de l'époque qui cherche à s'approprier des territoires : « Les visiteurs jouissent du droit cosmopolite de rester aussi longtemps qu'ils sont menacés dans leur pays d'origine

1. Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève.

2. Protocole relatif au statut des réfugiés, conclu à New York le 31 janvier 1967.

3. Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

4. Organisation internationale du travail, Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants, 1949 et Convention (n° 143) sur les travailleurs migrants, 1975.

5. WIHTOL de WENDEN Catherine, *Le droit d'émigrer*, CNRS, coll. « Débats », 2013.

6. WIHTOL de WENDEN Catherine, *Atlas des migrations : de nouvelles solidarités à construire*, 7^e éd., Paris, Éd. Autrement, 2025.

7. KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle*, trad. BARNI Jules, 1795, « Troisième article définitif d'un traité de paix perpétuelle ».

et aussi longtemps qu'ils se comportent paisiblement⁸ ». L'hospitalité, fondement du droit au cosmopolitisme, n'implique pas le droit d'être un hôte permanent. Il s'applique donc surtout aux réfugiés et commerçants. Le colonialisme est pour lui un obstacle majeur à la paix perpétuelle. Au XX^e siècle, Hannah Arendt reprend l'idée du droit d'émigrer pour l'homme moderne et contre le totalitarisme⁹.

8 - Un autre penseur du monde global contemporain, Zygmunt Bauman, réinterroge l'idée de citoyen du monde de Kant, et montre comment l'État moderne, en s'empressant de contrôler les déplacements humains par des frontières, des passeports, des visas, des camps, créant apatrides, demandeurs d'asile et sans-papiers, réhabilite la version antique de l'homme maudit. Il constate que le seul choix est de « vivre ensemble dans un monde plein¹⁰ », et qu'il manque encore un système institutionnel global de contrôle démocratique des flux, assorti de règles et de principes éthiques s'imposant à tous. Zygmunt Bauman fait de cette étape, qu'il juge urgente et impérative dans l'ère de la globalisation, la cause et la politique d'une humanité partagée. Dans deux de ses ouvrages¹¹, il analyse le dilemme politique du post-modernisme, caractérisé par le déclin des institutions politiques traditionnelles, la montée du néolibéralisme, les liens fluides et fragmentés et l'identité individuelle. Les migrants et les réfugiés préfigurent, selon lui, une citoyenneté mondiale où l'État est loin d'être le principal acteur.

9 - Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, il était plus facile d'entrer dans un pays que de sortir du sien. Les réfugiés y étaient admis au nom de l'accueil des persécutés pour leur religion et leurs idées. De vastes territoires, comme les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande mais aussi les colonies ont accueilli à bras ouverts - ou de façon sélective selon les métiers exercés - les Européens qui y ont débarqué. Mais le droit de sortie était réservé à une minorité d'élites qui voyageaient, ou à des populations dont les États voulaient se débarrasser. Ces derniers ont parfois vidé les prisons et envoyé prostituées, mendiants et chômeurs pour défricher et peupler de nouvelles contrées, la population active ou plus aisée étant souvent considérée comme une ressource agricole, militaire et fiscale trop importante pour autoriser la sortie au plus grand nombre. Les restrictions allemandes à la sortie reposaient notamment sur la peur de manquer de main d'œuvre, ce qui n'a pas empêché un grand mouvement d'émigration des États allemands vers les États-Unis, l'Amérique latine et la France tout au long du XIX^e siècle, car les dirigeants ont capitulé devant les compagnies de chemins de fer, de bateaux et les nécessités du capitalisme naissant¹². Mais là encore, ce sont les catégories les plus modestes de la société, libérées des obligations féodales qui les rattachaient au lieu de naissance, qui ont bénéficié de cette extension de la liberté de mouvement. Au Royaume-Uni, également, dès 1795, l'abolition de l'*Act of Settlement* permit à la main d'œuvre de rejoindre de nouvelles terres. Le droit d'émigrer était alors fondé sur la conviction britannique que le pays avait trop de main d'œuvre, sentiment renforcé par la pratique du droit du sol.

10 - Si le régime de fermeture intérieure, ou interdiction de sortie, s'est imposé jusqu'au milieu du XIX^e siècle, il s'est perpétué jusque dans les années 1970 dans un certain nombre de pays. Des pays fermés à la sortie pour leurs ressortissants ont ouvert leurs portes à des réfugiés « amis », comme l'URSS. Le Portugal sous Salazar, par exemple, délivrait parcimonieusement de nouveaux passe-

ports, et l'on disait des Portugais qui rentraient en France qu'ils y pénétraient avec un « passeport de lapin », pour rappeler le saut effectué (*o salto*) au-dessus des Pyrénées de la part de ceux qui fuyaient le service militaire et le régime de Salazar tout en cherchant du travail. En Italie, également, la loi sur les passeports de 1901 a abouti à contrôler les départs jusqu'en 1967, ce qui n'a pas empêché ce pays d'exporter 31 millions d'Italiens à l'étranger entre le milieu du XIX^e et le milieu du XX^e siècle. C'est en 1971 seulement qu'en Égypte, le président Anouar El Sadate reconnaît le droit d'émigrer et en 1974 qu'il facilite l'obtention de passeports, se dotant à partir de 1981 d'un ministère de l'Émigration. Et ce n'est qu'avec la Constitution de 1961 que la Turquie permet une sortie du territoire aux « pionniers du développement » que constituent les ouvriers pour qu'ils puissent renvoyer au pays des devises comme le *Deutsche Mark*. L'interdiction du droit de sortie a longtemps coexisté avec celle d'être mobile à l'intérieur même des frontières. La Turquie, notamment, interdisait à ses habitants de quitter les villages pour les villes. En Russie, c'est seulement en 1994 qu'a été supprimée la *propiska*, le passeport intérieur de l'Union soviétique, qui contrôlait la circulation interne. En Chine, existe encore le *Hukhou*, une assignation à résidence qui relie les droits sociaux à la localité d'origine et rend très difficile la mobilité intérieure. Dans la Chine contemporaine, on compte environ 240 millions de migrants internes, presque autant que de migrants internationaux à l'échelle mondiale, dont la moitié de sans-papiers dans leur propre pays quand ils décident de migrer en ville.

11 - Quelques (rares) pays du monde interdisent encore la sortie de leur territoire, comme la Corée du Nord, Cuba ayant levé l'interdiction en 2013. Aujourd'hui, il est généralement plus facile de sortir de chez soi, car le droit de sortie s'est imposé presque partout depuis la chute du mur de Berlin, que d'entrer ailleurs. Les frontières du monde communiste, Chine incluse, se sont ouvertes, et les pays du Sud ont compris le bénéfice qu'ils pouvaient tirer de l'émigration : transferts de fonds (670 milliards de dollars en 2024¹³ d'une part, et exportation du chômage et de la contestation sociale de l'autre. Ainsi, bien que le passeport ait permis, dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, de définir qui appartient à une nation et, en creux, de faire apparaître ceux qui sont privés de nationalité (apatrides), ce n'est qu'à partir des années 1990 que le droit d'obtenir un passeport se généralise. Aujourd'hui encore néanmoins, il n'est toujours pas un droit universel.

12 - Le droit d'entrée et de sortie est néanmoins largement lié aux types de flux et au profil des migrants : du Nord au Nord et du Nord au Sud, on peut à la fois sortir de chez soi et entrer assez librement ailleurs. Du Sud au Nord, on peut désormais sortir de chez soi mais difficilement entrer ailleurs ; du Sud au Sud, on sort et entre facilement, mais souvent avec très peu de droits, que l'on soit migrant ou réfugié. Les frontières peuvent être ainsi fermées de l'intérieur ou de l'extérieur, selon que les entrants sont désirés ou considérés comme présentant « un risque migratoire » et que les sorties sont permises ou prohibées. Mais il ne s'accompagne pas toujours du droit d'entrée.

2. Fondements juridiques et processus internationaux

13 - La reconnaissance du droit d'asile est au cœur de l'élaboration du droit d'émigrer. Longtemps, depuis le Moyen Âge, l'asile était concédé par les Églises à ceux qui fuyaient les persécutions, puis par les États réputés libéraux à l'égard des individus victimes de l'arbitraire ou privés du droit d'expression. L'histoire de ce droit commence avec la multiplication des situations d'exils au lende-

8. *Ibid.*

9. ARENDT Hannah, *Nous autres réfugiés*, trad. ORHAN Danielle, Éditions Allia, 2019. Publié pour la première fois sous forme d'article dans la revue *The Menorah Journal* en 1943.

10. BAUMAN Zygmunt, « Vivre (et parfois mourir) ensemble dans un monde plein » in Yves Michaud (dir.), *Qu'est-ce que la globalisation ?*, Paris, Odile Jacob, 2004.

11. BAUMAN Zygmunt, *Le coût humain de la mondialisation*, Hachette Littératures, 1999 ; *Le présent liquide. Peurs sociales et obsessions sécuritaires*, Seuil, 2007.

12. BADE Klaus, *L'Europe en mouvement. La migration de la fin du XVIII^e siècle à nos jours*, Seuil, 2002.

13. Banque Mondiale, « La croissance des envois de fonds des migrants se poursuit mais ralentit en 2023 », Communiqué de presse du 18 décembre 2023, [://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief](http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2023/12/18/remittance-flows-grow-2023-slower-pace-migration-development-brief).

main de la Première Guerre mondiale, nées des bouleversements liés à la disparition des grands empires. Il rencontre un début de mise en œuvre avec le passeport Nansen, document élaboré en 1922 par un explorateur norvégien du même nom, pour offrir une solution à ceux qui se trouvaient privés de nationalité. Le passeport Nansen établit le statut des réfugiés et apatrides de l'entre-deux-guerres, préfigurant le droit d'asile qui connaît sa consécration avec la Convention de Genève de 1951 : c'est à la fois un droit de sortie et d'entrée pour ceux qui fuient la persécution. Celle-ci définit comme 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 ¹⁴ ».

14 - Ce droit de sortie, élaboré pendant la guerre froide, a aussi été conçu comme une réponse offerte par l'Occident à ceux qui fuyaient le communisme. Limité initialement à l'Europe, il a été progressivement étendu, par des protocoles successifs (1967 et 1969), au reste du monde. Mais, dans la dernière décennie du XX^e siècle, la hausse du nombre de réfugiés liée à la multiplication des conflits dans le monde, à la chute du rideau de fer et à la suspension des entrées de travailleurs salariés en Europe - depuis le choc pétrolier de 1973 - a transformé les profils des demandeurs, et a introduit un certain flou juridique dans les catégorisations de la migration entre travailleurs, familles et demandeurs d'asile.

15 - La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 reconnaît explicitement le droit d'émigrer comme le droit pour toute personne de quitter un pays puis d'y revenir : « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ¹⁵ » et « devant la persécution, le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ¹⁶ ». Mais elle est restée incomplète en raison de la volonté d'adresser un avertissement aux pays communistes à l'égard de leurs dissidents, freinée par l'attentisme du bloc atlantique face à l'accueil de ces derniers.

16 - Que signifie alors un droit de sortie sans droit d'entrée ? Seul le droit à l'émigration est reconnu comme un droit fondamental, alors que le droit d'immigrer est soumis à la souveraineté des États d'accueil. C'est « le pas suspendu de la cigogne » au-dessus de la frontière, selon la formule du juriste Jean-Yves Carlier ¹⁷. La question a pris d'autant plus d'acuité qu'entre temps, le droit d'entrée s'est considérablement rétréci avec l'adoption de politiques d'immigration restrictives et dissuasives, en Europe notamment et que, là et ailleurs, comme aux États-Unis, l'admission des étrangers se fait selon un système double qui ferme l'entrée principale mais laisse entrouverte la « porte de service ¹⁸ ».

17 - Un autre droit d'émigrer et d'immigrer dans l'espace européen a été défini à des fins économiques avec le marché commun, grâce à la liberté de circulation des travailleurs établie en 1968 pour les ressortissants des États membres ¹⁹. Ce droit a été progressivement étendu aux nouveaux pays entrants, avec ou sans délai de mise en œuvre selon le risque migratoire qu'ils présentaient. Ainsi, le Royaume-Uni et l'Irlande en 1972, le Danemark en 1973,

puis la Suède, l'Autriche et la Finlande en 1995, ont vu leurs ressortissants accéder directement à la libre circulation européenne, alors que les Grecs, membres depuis 1982, ainsi que les Espagnols et les Portugais, membres depuis 1986, ont dû attendre 1992 pour avoir le droit d'émigrer dans les autres pays européens. La liberté de circulation, d'installation et de travail au sein de l'Europe est devenue l'un des attributs essentiels de la citoyenneté européenne, définie par l'article 8 du traité de Maastricht en 1992 ²⁰, alors que pour les non-Européens, le droit d'émigrer vers l'Europe est sévèrement réglementé et soumis à visas depuis les accords de Schengen de 1985.

18 - Au lendemain de la chute du mur de Berlin, les citoyens polonais, tchécoslovaques, baltes et hongrois ont bénéficié de la liberté de circulation (accord de Visegrád, 1991 ²¹, mais sans droit au travail ni à l'installation. Les dix nouveaux entrants européens de 2004 ont, pour les plus petits pays que sont Malte et Chypre, bénéficié dès le jour de leur entrée, de l'ensemble de ces droits alors que pour les autres, le droit d'émigrer en Europe pour y travailler et s'y installer a été soumis à l'accord, différé dans le temps sur une durée qui ne pouvait pas excéder sept ans, de chacun des pays d'accueil. Seuls le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suède ont accordé ces droits dès 2004 aux ressortissants d'Europe de l'Est, d'où un afflux de Polonais dans ces pays. Les Roumains et les Bulgares, entrés en 2007, peuvent librement circuler dans l'Union depuis 2000, mais leur liberté de travail et d'installation n'a été accordée qu'en 2014. Enfin, pour la Croatie, dernier entrant, la liberté de travail a aussi été différée.

19 - De son côté, l'OIT considère la mobilité du travail comme un bien universel commun. La Convention n° 97 sur les travailleurs migrants de 1949 cherche à favoriser la mobilité de la main-d'œuvre européenne et le respect de ses droits dans le monde de l'après-guerre et la Convention n° 143 de 1975 définit l'obligation solennelle de faciliter le transit de main-d'œuvre. Le progrès économique et social était facilité par la mobilité des travailleurs, en cette période d'âge d'or de l'OIT. Aux Nations Unies, la Convention de 1990 sur les droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles, fruit d'une douzaine d'années de travail, n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juin 2003, une fois les 20 premières ratifications requises obtenues, et n'a été signée aujourd'hui que par une soixantaine d'États, tous du Sud. Elle se contente de reprendre les droits déjà consacrés par les deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme qui s'appliquent à tous les individus sans distinction fondée sur l'origine nationale ou sociale. Elle fait désormais partie des « instruments universels » du système des Nations Unies et sert de texte de référence pour la gouvernance mondiale des migrations. Enfin, les deux Pactes mondiaux sur la migration et les réfugiés, adoptés à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2016, au lendemain de la crise d'accueil des réfugiés en 2015, tendent à finaliser un texte soumis à l'approbation des États, fin 2018, de normes communes et partagées.

3. Les Pactes mondiaux de l'ONU

20 - « Pour une migration sûre, ordonnée et régulière », tel est l'objectif du Pacte de Marrakech, proposé à la signature des États par les Nations Unies en décembre 2018, dont la réunion finale a eu lieu au Maroc, en décembre 2018. Il est complété par le Pacte mondial sur les réfugiés. La décision de rédiger ces deux Pactes mondiaux (« *Global Compact* » en anglais) a été prise à l'unanimité par 196 États lors de l'Assemblée générale des Nations Unies

20. Traité sur l'Union européenne, Maastricht, 7 février 1992. Article 8 : « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité ».

21. Accord de libre-échange centre-européen (ALECE), signé le 21 décembre 1991 à Cracovie.

14. Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, article premier.

15. Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris le 10 décembre 1948. Article 13, alinéa 1.

16. *Ibid.*, article 14.

17. CARLIER Jean-Yves, « Existe-t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison » in CREPEAU François, NAKACHE Delphine, ATAK Idil, *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au coeur de la globalisation*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2009.

18. Selon l'expression de ZOLBERG Aristide, *A Nation by Design*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

19. Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

en septembre 2016, à la suite de ce qui a été appelé la « crise des migrations et des réfugiés » de 2015. Ils ont été adoptés le 19 décembre 2018.

21 - Il s'agit d'un engagement non contraignant respectant la souveraineté des États et les obligations de droit international. Les deux Pactes cherchent à harmoniser des droits fondamentaux issus d'un grand nombre de conventions internationales partiellement signées par les États (Convention de Genève, ratifiée par 146 États, Protocole de New York de 1967 sur l'élargissement du droit d'asile ratifié par 147 États, Convention de l'OIT de 1949 ratifiée par 49 États, Convention de l'OIT de 1975 ratifiée par 23 États, Convention de 1989 sur les droits de l'enfant, ratifiée par 197 États, Convention de 1990 sur les droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles, ratifiée par 67 États) et d'une multiplication de régimes particuliers²².

22 - Le Pacte sur les migrations vise à élaborer des normes en établissant un partenariat avec les parties prenantes. Ses 23 objectifs sont des engagements assortis d'une liste d'actions de politiques publiques et de meilleures pratiques, dont beaucoup sont laissées à la discrétion des États, mais avec une coordination entre les diffé-

rents acteurs. Parmi les objectifs, citons la lutte contre les causes profondes des migrations, la lutte contre le trafic du passage, la facilitation des migrations régulières et la lutte contre l'immigration irrégulière, le regroupement familial, mais limité, un engagement flou sur les migrations environnementales, une coopération avec les pays d'origine pour les procédures d'éloignement.

23 - Le pacte sur les réfugiés entend fournir la base d'un partage prévisible et équitable de la charge et des responsabilités entre les États membres des Nations Unies et d'autres parties prenantes concernées, notamment les acteurs locaux, avec davantage de subsidiarité et de complémentarité. Il rappelle le principe de non-refoulement, de protection des apatrides et énonce quatre objectifs : (i) alléger la pression sur les pays d'accueil (ii) renforcer l'autonomie des réfugiés, (iii) élargir l'accès aux solutions dans les pays tiers et (iv) favoriser les conditions d'un retour dans les pays d'origine en sécurité et dans la dignité.

24 - Si le droit à la mobilité comme droit de l'Homme n'a pas progressé significativement, il est à l'ordre du jour, pointant les inégalités du droit de migrer, à l'échelle mondiale. Le constat qu'on n'arrêtera pas les migrations et qu'elles peuvent avoir un effet positif, de même que la nécessité d'une convergence Nord / Sud des législations, apparaît comme une évidence, malgré les promesses les plus sécuritaires. ■

22. V. notamment : CHETAIL Vincent, *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019.

4 Généalogie et futurologie du pacte sur la migration et l'asile



Philippe de BRUYCKER,
Professeur à la Faculté de Droit
et l'Institut d'Etudes Européennes
de l'Université Libre de Bruxelles (ULB), Coordonnateur
du Réseau académique Odysseus

1 - *Alléluia* ! La fumée blanche du conclave européen qui s'est élevée au-dessus du quartier européen de Bruxelles tôt le matin du 20 décembre 2023 annonçait que les acteurs de la scène européenne rentreraient chez eux avec le pacte sur la migration et l'asile comme cadeau de Noël. Après des nuits blanches de négociations, sous la pression de réussir et la peur d'échouer - car il n'y a pas d'accord sur quoi que ce soit tant qu'il n'y a pas d'accord sur tout - l'Union européenne (UE) est restée fidèle à elle-même en adoptant un grand compromis sur un ensemble de mesures.

2 - Dresser l'inventaire de ce qui a été exactement adopté avec le pacte sur la migration et l'asile n'est pas chose aisée. À la lecture de la communication de la Commission du 23 septembre 2020 intitulée « Un nouveau pacte sur la migration et l'asile », le pacte est en réalité si vaste qu'il est difficile d'en identifier le contenu et les limites, car il englobe le droit d'asile, la politique des frontières, la migration légale et la lutte contre le trafic, y compris la dimension extérieure de ces politiques. Plus précisément, la Commission a présenté en 2020 cinq propositions législatives accompagnées de quatre instruments de droit non contraignant. Le Parlement européen énumère la modification des règlements sur l'interopérabilité¹ et du règlement ECRIS-TCN² proposée par la Commission en liaison avec le règlement sur le filtrage, comme faisant partie du pacte, mais cet instrument très spécifique n'est pas cité par les autres institutions. Il faut également garder à l'esprit qu'il existe quatre autres instruments remontant à 2016, comme expliqué ci-dessous, qui n'ont formellement été adoptés qu'en 2024 avec les précédents en raison de l'approche par paquet.

3 - Enfin, la révision de la directive sur le permis unique³ adoptée le 24 avril 2024 ou la proposition de modification de la directive sur le séjour de longue durée, encore en attente, sont présentées comme des éléments du pacte, et elles ont en effet été explicitement citées par la Commission dans sa communication du 23 septembre 2020. D'autres instruments comme la révision du

code frontières Schengen en 2024⁴ ou la refonte de la directive sur le retour, encore en attente, ne sont formellement pas considérés comme faisant partie du pacte malgré leurs liens étroits avec son contenu.

4 - En somme, il existe un ensemble de cinq instruments proposés en 2020 axés sur les frontières en plus de Dublin et la solidarité, qui sont au cœur du pacte au sens strict, l'objectif principal de l'UE étant de prévenir la migration irrégulière ; et un autre ensemble d'instruments proposés en 2016 axés sur les droits des réfugiés, plus l'Agence asile, qui font partie du pacte au sens large. Au total, celui-ci comprend 485 pages selon le format publié au journal officiel de l'UE !

1. L'héritage de la crise de 2015 : le premier ensemble d'instruments sur les droits des réfugiés plus l'Agence asile

5 - En raison de l'arrivée d'environ un million de personnes transitant par la Turquie en 2015, la Commission a envisagé de réformer le Système européen commun d'asile en présentant en 2016 sept propositions. Quatre ont fait l'objet d'un accord politique en 2018 mais n'ont pas été formellement adoptées à l'époque en raison de l'approche par paquet et ne l'ont été qu'en 2024 :

1. Le règlement sur les conditions définissant les personnes éligibles à la protection internationale et leurs droits visant à une harmonisation accrue pour éviter les pratiques divergentes des administrations nationales d'asile chargées de reconnaître les personnes protégées⁵ ;

2. Une révision de la directive sur les conditions d'accueil pour garantir que les demandeurs d'asile en bénéficient uniquement dans l'État membre responsable⁶ ;

3. Le règlement transformant le Bureau européen d'appui en matière d'asile en une Agence de l'UE pour l'asile afin de lui

1. Règlement (UE) 2019/817 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine des frontières et des visas et Règlement (UE) 2019/818 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration, JO L 135.

2. Règlement (UE) 2019/816 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 portant création d'un système centralisé permettant d'identifier les États membres détenant des informations relatives aux condamnations concernant des ressortissants de pays tiers et des apatrides (ECRIS-TCN), qui vise à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires, et modifiant le règlement (UE) 2018/1726, JO L 135.

3. Directive (UE) 2024/1233 du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2024 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO L du 30.4.2024.

4. Règlement (UE) 2024/1717 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 modifiant le règlement (UE) 2016/399 concernant un code de l'union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO L du 20.6.2024.

5. Règlement (UE) 2024/1347 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire et au contenu de cette protection, modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et abrogeant la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, JO L du 22.5.2024.

6. Directive (UE) 2024/1346 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant une protection internationale, JO L du 22.5.2024.

donner plus de pouvoirs, notamment en ce qui concerne le suivi de l'application du droit d'asile de l'UE par les États membres⁷ ;

4. Un règlement établissant un cadre de réinstallation de l'Union fournissant un soutien financier aux États membres lorsqu'ils réinstallent des réfugiés de pays tiers dans l'UE⁸.

6 - En revanche, trois autres propositions liées au règlement de Dublin⁹ visant à y injecter de la solidarité, à la refonte de la directive sur les procédures d'asile ainsi qu'à une modification du règlement Eurodac également présentées par la Commission en 2016, n'ont pas fait l'objet d'un accord politique en raison de fortes divergences entre les États membres au Conseil concernant la responsabilité et la solidarité ainsi que les procédures d'asile aux frontières. Ainsi, cette première tentative de réforme du Système européen commun d'asile a échoué malgré le séisme que représentait la crise de 2015. Seul le règlement sur l'Agence de l'UE pour l'asile¹⁰ a été formellement adopté en 2021 sur la base d'un mini-accord grâce à l'inclusion d'une clause prévoyant que le mécanisme de suivi n'entrerait pas en vigueur sans une révision du règlement de Dublin.

2. La relance avec le pacte de 2020 : le second ensemble d'instruments sur les frontières y compris Dublin et la solidarité

7 - Ce n'est qu'avec l'arrivée d'une nouvelle Commission après les élections de 2019 que les travaux ont repris, conduisant à la présentation du pacte sur la migration et l'asile le 23 septembre 2020. Le choix du terme « pacte » fait référence à une tentative de surmonter les divisions entre les États membres au Conseil avec des compromis déjà incorporés aux propositions de la Commission comprenant des concessions à différents groupes d'États membres ayant des points de vue divergents : respectivement les États du Nord-Ouest en faveur de la responsabilité, les États du Sud en faveur de la solidarité, et les États de l'Est (en particulier le groupe de Visegrád parfois appelé V4¹¹ opposés à la relocalisation des demandeurs d'asile.

8 - Ce deuxième ensemble concernant les frontières plus Dublin et la solidarité est composé des instruments suivants :

1. Un règlement sur le filtrage formalisant les procédures des États membres pour l'identification des migrants conformément à l'approche des *hotspots*¹² ;

2. Un règlement sur la gestion de l'asile et de la migration (RGAM) perpétuant le système de Dublin sur la responsabilité des États membres incluant un tout nouveau système de solidarité entre eux¹³ ;

3. Deux règlements au lieu d'un, comme expliqué ci-dessous, imposant des procédures obligatoires pour l'asile¹⁴ et pour le retour aux frontières extérieures des États membres de l'UE¹⁵ ;

4. Une révision du règlement Eurodac étendant l'objectif et la portée de cette base de données existante afin de lutter contre la migration irrégulière en incluant les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁶ ;

5. Un règlement sur les situations de crise et de force majeure permettant aux États membres de déroger à certaines règles dans des circonstances exceptionnelles, y compris l'instrumentalisation de la migration par des États tiers, et prévoyant une solidarité supplémentaire dans ces cas¹⁷.

9 - Deux éléments doivent être mentionnés pour plus de clarté. Premièrement, un règlement spécifique sur une procédure de retour à la frontière a été adopté séparément au règlement sur la procédure d'asile en raison de sa portée territoriale spécifique, le premier faisant partie de l'acquis de Schengen au contraire du second. Deuxièmement, la proposition de règlement visant à faire face aux situations d'instrumentalisation dans le domaine de la migration et de l'asile présentée par la Commission en 2021 après que la Biélorussie ait manipulé des migrants pour les pousser vers la frontière polonaise qui n'était initialement pas considérée comme faisant partie du pacte, a été fusionnée avec le règlement sur les situations de crise et de force majeure.

7. Règlement (UE) 2021/2303 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2021 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le Règlement (UE) n° 439/2010, JO L 468.

8. Règlement (UE) 2024/1350 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et l'admission humanitaire et modifiant le Règlement (UE) 2021/1147, JO L du 22.5.2024.

9. Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180.

10. Règlement (UE) 2021/2303, *op. cit.*

11. Réunissant la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Slovaquie.

12. Règlement (UE) 2024/1356 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 établissant le filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les Règlements (CE) n° 767/2008 (UE) 2017/2226 (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, JO L du 22.5.2024.

13. Règlement (UE) 2024/1351 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à la gestion de l'asile et de la migration, modifiant les Règlements (UE) 2021/1147 et (UE) 2021/1060 et abrogeant le Règlement (UE) n° 604/2013, JO L du 22.5.2024.

14. Règlement (UE) 2024/1348 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile, modifiant le Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le Règlement (UE) 2021/2303, JO L du 22.5.2024.

15. Règlement (UE) 2024/1349 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 instituant une procédure de retour à la frontière et modifiant le Règlement (UE) 2021/1148, JO L du 22.5.2024.

16. Règlement (UE) 2024/1358 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à la création d'« Eurodac » pour la comparaison des données biométriques aux fins de l'application efficace des Règlements (UE) 2024/1351 et (UE) 2024/1350 du Parlement européen et du Conseil et de la Directive 2001/55/CE du Conseil et aux fins de l'identification des ressortissants de pays tiers et apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives, modifiant les Règlements (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/818 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil, JO L du 22.05.2024.

17. Règlement (UE) 2024/1359 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, et modifiant le Règlement (UE) 2021/1147, JO L du 22.05.2024.

Tableau des 10 instruments partie du pacte au sens large

PROPOSITIONS DE LA COMMISSION		ANNÉE	INSTRUMENTS ADOPTÉS	ANNÉE
Premier lot de 4 instruments sur droit des réfugiés + Agence asile				
1	Qualification	2016	Règlement 2024/1347	2024
2	Conditions d'accueil	2016	Directive 2024/1346	2024
3	Agence asile	2016 & 2018	Règlement 2021/2303	2021
4	Cadre pour la réinstallation	2016	Règlement 2024/1350	2024
Second lot composé de 6 instruments frontières y compris Dublin/solidarité (pacte au sens strict)				
5	Filtrage	2020	Règlement 2024/1356	2024
6	Procédures d'asile & Retour à la frontière	2016 & 2020	Règlement 2024/1348 Procédure d'asile	2024
			Règlement 2024/1349 procédure de retour à la frontière	
7	Gestion de l'asile et de la migration (y compris Dublin IV et solidarité)	2020	Règlement 2024/1351	2024
8	Eurodac	2016 & 2020	Règlement 2024/1358	2024
9	Crise & Force Majeure	2020	Règlement 2024/1359 Crise & force majeure	2024
10	Instrumentalisation	2021	(y compris dispositions sur l'instrumentalisation)	2024

10 - Comme mentionné ci-dessus, il existe un onzième règlement¹⁸ modifiant le règlement 2019/816 établissant un système centralisé pour l'identification des États membres détenant des informations sur les condamnations de ressortissants de pays tiers (ECRIS-TCN) ainsi que le règlement 2019/818 relatif à l'interopérabilité entre les systèmes d'information de l'UE dans les domaines de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de la migration. Cependant, cet instrument est généralement peu cité bien qu'il fasse formellement partie du pacte.

3. Les négociations du pacte

11 - Il y a eu une forte pression politique sur le législateur européen pour adopter le pacte avant les élections européennes de juin 2024 afin de permettre à l'UE et à ses États membres de prouver à l'électorat qu'ils peuvent agir sur une question cruciale au cœur des débats politiques comme la migration et l'asile. Un échec aurait été un mauvais signal montrant que l'UE ne peut pas gérer ce qui est considéré à tort ou à raison comme un des principaux défis auxquels elle est confrontée et qui pourrait déterminer les résultats des élections dans plusieurs États membres.

12 - Le début du processus législatif a été marqué par un conflit entre le Parlement et la Commission parce que ses propositions n'étaient pas accompagnées d'évaluations d'impact. Pour garantir des progrès dans les négociations, le Parlement européen et le

Conseil ont convenu le 7 septembre 2022 d'une feuille de route prévoyant l'organisation de réunions régulières entre les deux institutions pour évaluer l'avancement du processus législatif en vue de sa conclusion pour février 2024. Si le contenu du pacte a été discuté pendant trois ans, de septembre 2020 à décembre 2023, l'essentiel des négociations a finalement eu lieu fin 2023 après que le Conseil ait finalement réussi à adopter en juin des positions communes sur les propositions pour un RGAM et pour le règlement sur la procédure d'asile, ce qui a permis le début des trilogues. Les négociations ont étonnamment accéléré en décembre 2023 après trois jours de discussions intenses qui ont abouti à un accord entre les colégislateurs le 20 décembre.

13 - Une coalition de 161 organisations non gouvernementales (ONG) a appelé les membres du Parlement européen à voter contre le pacte, en affirmant qu'« il aura des conséquences dévastatrices pour le droit à la protection internationale et légitimera les abus dans toute l'Europe, y compris le profilage racial, la détention *de facto* systématique et les refoulements ». L'idée selon laquelle le Conseil, qui avait défini précisément ses lignes rouges, serait le grand gagnant du processus législatif a également été exprimée. Toutefois, ce qui peut apparaître comme une impression liée à des négociations complexes sur une myriade d'éléments mériterait d'être examiné avec prudence et dans le détail pour déterminer si cela est vrai ou faux et dans quelle mesure.

14 - Les textes agréés ont été adoptés le 14 mai 2024 et publiés au Journal officiel de l'UE du 22 mai 2024. Les nouveaux instruments sont entrés en vigueur 20 jours après leur publication mais ne s'appliqueront que deux ans plus tard, vers la fin du premier semestre 2026.

18. Règlement (UE) 2024/1352 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 modifiant les Règlements (UE) 2019/816 et (UE) 2019/818 aux fins de l'introduction du filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures, JO du 22.05.2024.

4. Continuité avec le passé

15 - Alors que la Commission a présenté le pacte comme un nouveau départ, sa proposition concernant Dublin montre au contraire une parfaite continuité avec le passé. Contrairement à James Bond dans *Meurs un autre jour*¹⁹, Dublin ne meurt jamais ! La Commission a tenté, de très mauvaise foi, de faire croire que Dublin avait été abrogé. Cela n'est vrai que d'un point de vue purement formel et juridique, puisque le règlement Dublin III²⁰ tout en étant effectivement abrogé a été en réalité pour ainsi dire recopié dans le nouveau RGAM²¹. S'il existe de nombreux petits changements dans les différents critères de détermination de la responsabilité et dans le fonctionnement des transferts (raison pour laquelle les spécialistes du domaine pourraient employer le terme de « Dublin IV »), le principe de base qui s'applique en pratique dans la majorité des cas ne change pas : les États membres de première entrée restent responsables des demandes d'asile introduites sur leur territoire par des ressortissants de pays tiers entrant pour la première fois dans l'UE.

16 - Le règlement sur le filtrage est davantage une nouveauté, même s'il formalise des pratiques déjà existantes des États membres. Son objectif est d'organiser, en sept jours, l'identification des personnes (identité et nationalité, risques en matière de sécurité et de santé publique, situations de vulnérabilité) afin de les orienter vers la procédure adéquate : asile (procédure frontière ou normale) ou retour. On peut se demander si l'objectif principal du législateur n'est pas d'assurer que les empreintes digitales de toutes les personnes seront effectivement relevées et introduites par les États membres situés aux frontières extérieures dans la base de données *Eurodac*, entraînant ainsi l'application du critère de la première entrée. Un point qui fera débat est l'absence de décision formelle d'identification que les personnes concernées pourraient tenter de contester. Le système repose sur l'idée que l'identification est un acte administratif préparatoire qui peut être contesté ultérieurement dans le cadre de la procédure d'asile ou de retour applicable.

5. Nouveautés pour l'avenir

17 - Le pacte introduit quatre innovations importantes, notamment un mécanisme de solidarité intégré au système de Dublin :

1. **Le système de gouvernance de la migration et de l'asile.** Le mot-clé est *gestion* dans le nouveau règlement intitulé précisément Règlement sur la gestion de l'asile et de la migration (RGAM). L'UE prétend gérer la migration plutôt que de subir passivement les flux selon la volonté des migrants et les actions des passeurs. C'est exactement ce que la Présidente de la Commission européenne entend lorsqu'elle déclare que ce sont les Européens qui décideront qui vient dans l'UE et qui peut y rester, et non les passeurs²². Les États membres sont donc invités à élaborer des stratégies nationales, accompagnées d'une stratégie européenne, toutes ces stratégies intégrant les dimensions internes et externes des politiques de migration et d'asile.

2. **La création d'un mécanisme de solidarité.** C'est certainement la grande nouveauté car la solidarité s'est fait attendre depuis 35 ans avec l'adoption des conventions de Schengen²³ et de

Dublin²⁴ en 1990. Celles-ci font peser la charge du contrôle des frontières et du traitement des demandes d'asile sur les États membres situés aux frontières extérieures, sans que cette question cruciale ait été discutée, les conventions ayant été façonnées selon la vision des États membres d'Europe du Nord-Ouest. Puisqu'il a été décidé de conserver le système de Dublin plutôt que de le modifier, il s'agissait d'y injecter de la solidarité. L'UE a tenté sans succès de mettre en œuvre des relocalisations de demandeurs d'asile sur une base volontaire. Face à l'échec de cette approche, le RGAM opte clairement pour une solidarité obligatoire. Pour répondre aux inquiétudes des États membres d'Europe de l'Est, ce mécanisme obligatoire repose sur la flexibilité. Les États doivent appliquer la solidarité mais peuvent choisir entre trois formes : relocalisation des demandeurs d'asile, contributions financières pour des projets ou des mesures alternatives. Cette flexibilité ne semble pas satisfaire la Hongrie, la Pologne et la Slovaquie qui pourraient continuer à s'opposer à la mise en œuvre du pacte, tandis que la Lituanie a annoncé préférer payer plutôt que relocaliser.

La solidarité restera un élément central du débat politique. La question clé est de savoir si le système en produira suffisamment pour convaincre les États situés aux frontières extérieures d'assumer leurs responsabilités, notamment l'identification de tous les migrants et le traitement des cas relevant de la procédure à la frontière. Le RGAM prévoit un minimum de 30 000 relocalisations et 600 millions d'euros, mais seule la mise en œuvre dira si cela s'avèrera suffisant. L'idée évoquée d'imposer une contribution de 20 000 euros par demandeur d'asile non relocalisé n'apparaît pas dans le texte adopté. Un point controversé concerne les types de mesures pouvant être financées par le système de solidarité. Celles-ci pouvant inclure le renforcement des frontières extérieures, il sera intéressant de voir si la Commission soutiendra la construction de murs avec cet argent, ce qui contredirait sa doctrine actuelle sur l'usage des fonds européens. Étant donné qu'elles visent davantage la lutte contre la migration irrégulière que le renforcement des systèmes d'asile, les ONG s'opposent à ce que ces mesures soient mises en œuvre dans des pays tiers.

3. **L'imposition de procédures aux frontières.** L'objectif est de mettre en œuvre les procédures d'asile et de retour aux frontières extérieures pour éviter que les migrants ne disparaissent. Ces procédures deviennent obligatoires pour tous les demandeurs d'asile dont le taux de reconnaissance est inférieur à la moyenne européenne de 20 %. Il faudra pour ce faire créer 30 000 places aux frontières dans toute l'Union. Les procédures d'asile ne devront pas dépasser 12 semaines, un véritable défi étant donné leur beaucoup plus longue durée dans l'UE. Un avis juridique gratuit (mais ni assistance ni représentation) sera garanti en première instance devant l'administration, ce qui constitue un progrès à évaluer à l'aune du fait que les personnes concernées seront détenues. La détention est précisément l'aspect le plus controversé. Même si le règlement sur les procédures d'asile parle euphémiquement d'obligation de « résider » à proximité de la frontière extérieure, les personnes seront logiquement détenues, car l'objectif même de la procédure aux frontières est d'éviter la fuite. Cela entraînera très vraisemblablement des contentieux étant donné que la directive modifiée sur les conditions d'accueil interdit la détention automatique et impose au préalable le recours à des mesures alternatives.

4. **Le règlement sur les situations de crise et de force majeure,** y compris l'instrumentalisation. Cet instrument permet aux États membres de déroger à certaines règles communes en raison de circonstances exceptionnelles. Il a été critiqué, notamment par les ONG qui estiment que ces situations sont d'ordre humanitaire plutôt que d'ordre migratoire et que des mesures devraient être prises pour répondre aux besoins fondamentaux des migrants plutôt que de permettre des dérogations aux règles essentielles

19. *Meurs un autre jour*, réalisé par Lee TAMAHORI, 2002.

20. Règlement (UE) n° 604/2013, *op. cit.*

21. Règlement (UE) 2024/1351, *op. cit.*

22. VON DER LEYEN Ursula, *Orientations politiques pour la prochaine commission européenne (2024-2029)*, Strasbourg, 18 juillet 2024, p. 22.

23. Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée le 19 juin 1990 à Luxembourg.

24. Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un des États membres des Communautés européennes, signée le 15 juin 1990 à Dublin.

comme la prolongation des délais d'enregistrement des demandes d'asile ou de la durée des procédures frontalières.

6. Un épisode de plus dans une longue série

18 - Plutôt qu'un nouveau départ, comme la Commission l'a présenté, le pacte constitue un épisode supplémentaire d'une longue série. Il complète le Système européen commun d'asile (SECA) avec une troisième génération de règles, après celles de 2003/2005 (normes minimales) et de 2011/2013 (harmonisation avancée). Ce nouvel ensemble non prévu par les traités, montre que la politique d'asile est loin d'être achevée et cela restera vrai même avec le pacte.

19 - On note certes des avancées vers une européanisation accrue avec plusieurs éléments comme :

- L'adoption de règlements qui n'ont plus besoin d'être transposés, contrairement aux directives antérieures, même si certaines dispositions devront malgré tout être complétées par des législations nationales ;
- La réduction significative de l'autonomie procédurale des États membres via le règlement sur la procédure commune d'asile ;
- Une intégration croissante de l'asile comme politique commune via l'introduction d'une méthode de coordination qui permet à l'UE de s'ingérer dans la mise en œuvre des politiques au-delà de l'harmonisation législative classique.
- Le fait qu'une partie plus ou moins importante du financement nécessaire à l'application du pacte provienne de l'Union européenne constitue un pas dans la même direction.

20 - Malgré ces avancées vers une plus grande intégration européenne, le succès du pacte dépendra de sa mise en œuvre. C'est vrai pour toute politique, mais ce l'est particulièrement dans le cas du pacte. D'un côté, les États membres en première ligne devront réaliser des investissements importants pour développer les infrastructures, recruter et former du personnel ainsi qu'acquérir du matériel technique afin de faire fonctionner les procédures aux frontières, un défi colossal puisque l'examen des demandes d'asile dans le cadre de cette procédure devra être finalisé en 12 semaines (recours en appel compris !), sans même parler des procédures de retour à la frontière dont personne ne sait pourquoi elles devraient fonctionner mieux (également en 12 semaines) que les procédures de retour classiques. D'un autre côté, le reste des États membres devra faire preuve d'un niveau suffisant de solidarité dans le cadre d'un jeu complexe impliquant plusieurs acteurs politiques et administratifs tel que défini par le RGAM : en plus de la Commission qui disposera d'un important pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration des propositions, il y aura bien sûr le Conseil, assisté d'un Forum de haut niveau sur la solidarité, lui-même soutenu par un Forum technique sur la solidarité (tous deux composés de représentants des États membres), l'ensemble étant orchestré par un Coordinateur de l'UE en matière de solidarité issu de la Commission.

21 - Comme on peut le constater, l'adoption du pacte n'est pas la fin, ni même le commencement de la fin, mais peut-être la fin du commencement comme l'a dit Churchill²⁵. Si son adoption a été une étape longue et difficile, elle n'est sans aucun doute pas la dernière. Elle a été à juste titre qualifiée d'étape historique par les Présidentes de la Commission et du Parlement européen, en particulier pour ce qui concerne la politique d'asile européenne en raison de l'adoption du mécanisme de solidarité. Mais seul l'avenir nous dira si cela est vraiment le cas, car l'application du pacte sera cruciale et peut-être aussi difficile que son adoption, voire davantage.

22 - L'UE et ses États membres disposent à partir de l'adoption formelle du pacte en mai 2024 de deux ans pour se préparer avant que les nouveaux règlements ne trouvent à s'appliquer concrètement au cours de l'année 2026. La Commission a présenté un plan commun de mise en œuvre en juin 2024, et les États membres sont censés avoir adopté depuis leurs propres plans afin de garantir que tout le monde soit prêt à mettre en œuvre les nouveaux règlements en 2026. Le niveau de préparation des États membres en vue de l'opérationnalisation du pacte et les premières années de sa mise en œuvre nous diront si son adoption a correspondu à un véritable soutien de leur part ou plutôt à une manière de se débarrasser d'un paquet législatif en suspens depuis trop longtemps. Les réactions en provenance de la Pologne, de la Hongrie et de la Slovaquie concernant le mécanisme de solidarité ne sont pas de bon augure et ont conduit la Commission à menacer d'engager une procédure d'infraction, contrairement à sa réticence habituelle à utiliser cet outil.

7. Deux scénarios pour l'avenir proche, plus un pour le long terme

23 - Le premier scénario est celui du succès. Les procédures à la frontière fonctionnent miraculeusement ; les mouvements secondaires entre États diminuent ; la confiance entre les États membres revient autour d'un pacte considéré comme un compromis servant les intérêts de tous ; la solidarité entre eux devient effective ; le climat latent de crise autour des questions de migration et d'asile s'estompe progressivement, et les violations généralisées du droit de l'UE - telles que des conditions d'accueil indignes, le maintien prolongé de contrôles aux frontières intérieures ou encore les refoulements - prennent fin.

24 - Le second scénario est celui de la catastrophe. Les procédures aux frontières sont ingérables en 12 semaines ; les nouveaux hotspots sont aussi honteux que ceux que nous connaissons en Grèce ; le contentieux sur la détention des migrants aux frontières extérieures rend le débat politique difficile ; les mouvements secondaires de demandeurs d'asile entre États membres perdurent ; la solidarité n'est pas appliquée ; les États membres se méfient les uns des autres plus que jamais à rebours de la logique du pacte ; les violations du droit de l'UE continuent et des contrôles aux frontières intérieures contre les États membres localisés aux frontières extérieures plonge l'espace Schengen dans une crise profonde.

25 - Personne ne sait évidemment quel scénario se réalisera, et la réalité se situera probablement entre les deux. Mais il est certain que ce qui adviendra pour finir, ce sera plus d'Europe : dans le premier scénario parce que le pacte n'est qu'un premier pas vers une intégration accrue ; dans le second parce qu'après une nouvelle crise profonde, peut-être plus grave encore que celle de 2015, les États membres réaliseront tôt ou tard que seul le niveau européen peut leur permettre de gérer - autant que c'est possible dans la réalité - le phénomène migratoire.

26 - Cette évolution suppose un espace d'asile unifié où la solidarité financière serait mise en œuvre via le budget de l'UE plutôt que sur la base d'accords intergouvernementaux entre États membres comme dans le cadre du pacte, où il ne serait plus nécessaire d'avoir un mécanisme de détermination de l'État membre responsable du type Dublin et où les questions comme les transferts internes de demandeurs d'asile ou de migrants en situation irrégulière, les mouvements secondaires ou les contrôles aux frontières intérieures perdraient leur pertinence dans un espace véritablement commun. La transformation de Frontex et de l'Agence asile en agences quasi fédérales centralisant dans une certaine mesure la gestion des frontières et de l'asile sera au cœur de cette transformation qui se profile dans le long terme, discrètement mais sûrement.■

25. CHURCHILL Winston, discours prononcé à Londres le 10 novembre 1942 après la victoire d'El Alamein.

5 Migrations, asile, droit humains et droit de la mer



Niki ALOUPI,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1 - La soi-disant « crise migratoire » ou « crise des réfugiés » des dernières quinze années en Europe a révélé l'importance - et les failles - du régime juridique encadrant leurs traversées maritimes. Les États côtiers tentent généralement d'invoquer la lutte contre le trafic illicite des migrants pour contourner leurs obligations en matière de sauvetage/secours en mer et/ou de non-refoulement, telles qu'elles découlent du droit de la mer, du droit d'asile et du droit international des droits de l'homme. En effet, initialement, le phénomène a été appréhendé sous l'angle du trafic *illicite* des migrants et non de celui de leurs droits humains.

2 - Or, le phénomène des passagers clandestins, transportés par des passeurs en échange de sommes exorbitantes, doit être distingué de celui des trafiquants qui, en dehors du prix du transport, entendent surtout profiter de l'activité des personnes transportées, notamment dans le cadre de la traite des êtres humains¹. C'est principalement ce deuxième cas qui est concerné par les migrations visées dans cet article.

3 - Quelques instruments visant à régir la traite des êtres humains par voie maritime existent. Mais ils ne prévoient pas vraiment des dispositions reconnaissant des droits dans le chef des migrants. Il s'agit plutôt d'obligations étatiques, qui de surcroît ne vont même pas la plupart du temps jusqu'à reconnaître une véritable exception au monopole de l'État du pavillon. Cela étant dit, une certaine prise en compte des droits des personnes humaines dans ce type d'instrument, visant plus largement la lutte contre la criminalité maritime², peut être signalée.

4 - Hors divers accords bilatéraux ou régionaux visant à combattre le transport de migrants³, la Résolution 2240 (2015) du Conseil de Sécurité concernant le trafic de migrants dans la Méditerranée et le droit dérivé de l'Union européenne (UE) qui met l'accent sur les sanctions que les États doivent imposer aux trafiquants⁴, il reste un instrument international qui règle partiellement la question. Il s'agit du Protocole n°3 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale (Convention de Palerme), visant spécifiquement le trafic illicite de migrants par terre, air et

mer. Même si sa vocation est également principalement pénale, ce texte contient certaines dispositions relatives à la compétence en haute mer, sans donner toutefois de véritables pouvoirs aux États tiers.

5 - L'article 8 autorise un État tiers à intervenir sur un navire soupçonné de participer à un trafic de migrants, soit à la demande, soit avec l'accord de l'État du pavillon. Les États parties s'engagent à répondre sans retard à toute demande qui leur serait transmise à cet effet par un État tiers susceptible d'arraisonner le navire. Tout État qui soupçonnerait l'existence d'un trafic illicite s'engage donc à coopérer « dans la mesure du possible et des moyens dont il dispose⁵ » avec les autres États parties pour les aider à mettre une fin à l'utilisation du navire à cette fin. La nécessité de l'accord de l'État du pavillon, ainsi que la flexibilité de la pseudo-obligation de coopération, soulignent le caractère souple du Protocole et confirment la compétence exclusive de l'État du pavillon en haute mer et la vision plutôt statocentrée de l'instrument. Les droits humains n'y sont toutefois pas complètement absents. Son préambule dispose : « *Convaincus* qu'il faut traiter les migrants avec humanité et protéger pleinement leurs droits ». Les normes concernant la criminalisation et l'exercice de juridiction pénale s'accompagnent d'obligations générales en matière de respect des droits des victimes (article 6).

6 - Si aucune référence expresse aux droits humains n'est présente à l'article 8 (mesures contre le trafic illicite par mer) et que seul le paragraphe 5 envisage la possibilité d'adopter des mesures non autorisées par l'État du pavillon si elles sont « nécessaires pour écarter un danger imminent pour la vie des personnes », l'article 9 prévoit une série d'obligations à respecter dans le cadre des mesures prises sur la base de l'article 8, dont celle de veiller à la sécurité et au traitement humain des personnes à bord. L'article 16 prévoit des mesures de protection et d'assistance.

7 - Néanmoins, cet instrument est loin de suffire pour prendre en compte les droits humains des migrants et *a fortiori* les droits des demandeurs d'asile/réfugiés *de facto*, qui traversent des espaces maritimes dans le cadre des migrations par mer afin de trouver refuge. Contrairement à l'Arrangement du 23 novembre 1957, qui prévoit expressément l'hypothèse des droits des réfugiés marins, ceux des réfugiés *lato sensu* en tant que gens de mer et non gens de mer ne sont prévus nulle part. Tout au plus, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit dans son article 4 du Protocole 4 l'interdiction des expulsions collectives. L'obligation de non-refoulement, pierre angulaire du droit d'asile, prévue dans l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés et interdisant le renvoi de quelque manière que ce soit vers un pays dans lequel ils craignent des persécutions pour un des cinq motifs conventionnels, n'est pas repris dans la grande majorité des trai-

1. BASTID-BURDEAU Geneviève, « Migrations clandestines et droit de la mer », *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, 2003, p. 57-66.
2. FORLATI Serena, « Droit à la vie, à la liberté, à la sûreté (et aux autres droits humains) en mer : quel rôle dans le cadre de la lutte contre la criminalité ? » in RASPAIL Hélène (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Pedone, 2020, p. 91-100.
3. À titre d'exemple, voir l'accord conclu le 23 septembre 1981 entre les États-Unis et Haïti pour contrôler l'immigration clandestine des Haïtiens ; il prévoit la possibilité d'inspecter les navires battant pavillon haïtien et soupçonnés de participer au transport d'immigrants, moyennant la présence d'un représentant des autorités haïtiennes à bord des navires américains : *Agreement to stop clandestine migration of residents of Haïti to the United States ; Exchange of letters 23 september 1981*, ILM 20.1981, p. 1198.
4. Voir Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, dite directive « Facilitation », JO L 328.

5. Protocole n° 3 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale, article 8.2.

tés juridiquement contraignants⁶ de droit international des droits l'homme⁷, qui ne prévoient pas non plus d'autres règles visant les demandeurs d'asile ou *a fortiori* les réfugiés. Seule la Convention contre la torture prévoit expressément dans son article 3, qui vise tous les êtres humains, y compris les migrants et demandeurs d'asile : « Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

8 - Les migrations par voie maritime des dernières années ont mis en lumière le besoin impératif de la prise en compte plus spécifiquement en mer⁸ de ce droit, qui vise, en raison du fait qu'il s'agit là d'une qualité recognitive que l'État de refuge ne fait que reconnaître et non de constituer lorsqu'il attribue le statut de réfugié, tout demandeur d'asile, autrement dit la majorité écrasante des migrants. En effet, pour lutter contre l'afflux massif des migrants et demandeurs d'asile, les États, interprétant strictement l'obligation de non-refoulement comme pesant sur eux uniquement pour ce qui est des demandeurs d'asile se trouvant sur leur territoire ou à leurs frontières, ont développé une pratique de refoulement en haute mer. La question de la licéité de ces pratiques s'est posée devant des juridictions nationales initialement, notamment devant la Cour suprême des États-Unis et la Cour d'appel fédérale australienne. Dans l'affaire *Sale*, la Cour Suprême des États-Unis a considéré que l'article 33 de la Convention de Genève relatif au principe de non-refoulement n'avait pas d'effet extraterritorial et que les interceptions en haute mer pratiquées par le gouvernement américain étaient légales en vertu du droit américain et licites en vertu du droit international⁹. L'Australie a adopté une position similaire¹⁰. Ces pratiques et ces décisions ont été critiquées par la doctrine et par le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, qui a, à plusieurs reprises, affirmé l'application du principe de non-refoulement en mer.

9 - En Europe, la crise sévissant les dernières décennies et les terribles drames humains qui en ont résulté, notamment en Méditerranée, a été à l'origine de plusieurs avancées jurisprudentielles très importantes, devant aussi bien la Cour européenne des droits de l'homme que le Comité des droits de l'Homme. Le grand tournant se fit avec l'emblématique arrêt de principe de la Cour euro-

péenne *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012¹¹, dans lequel elle a condamné à l'unanimité le comportement de l'Italie consistant en un renvoi de migrants somaliens et érythréens en haute mer vers la Libye pour violation des articles 3 (traitements inhumains et dégradants), 13 (recours effectif) et 4 (expulsions collectives) du Protocole 4. Comme dans sa jurisprudence précédente dans le cadre de la crise migratoire, notamment l'arrêt de principe *M.S.S. contre Belgique et Grèce*¹², la Cour a tout d'abord dégagé de l'article 3 - interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants - une obligation de non-refoulement *lato sensu*, non expressément prévue par la Convention, interdisant le renvoi de tout être humain vers tout pays à risque, consistant en une violation indirecte de l'article. Elle s'est ensuite penchée précisément sur la question des migrations maritimes et montré par son analyse que la haute mer n'est pas une zone de non-droit¹³, que les droits des personnes humaines, en l'espèce des demandeurs d'asile, s'y appliquent lorsque ceux-ci se trouvent sous la juridiction et le contrôle effectif d'un État partie à la Convention¹⁴.

10 - Quant à l'article 4 Protocole 4, en recourant aux règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour parvient à la conclusion qu'il n'est pas soumis à la présence des étrangers sur le territoire étatique. La Cour constate que rien dans les termes de l'article ne s'oppose à son application extraterritoriale. Elle prend alors en compte les réalités et l'ampleur des migrations par la voie maritime en considérant que si l'article ne s'y appliquait pas c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition. Ce raisonnement peut tout à fait être transposé à l'article 33, paragraphe 1, de la Convention de Genève.

11 - Le Comité des droits de l'homme, quant à lui, dans l'affaire *A.S., D.I., O.I. et G.D c. Italie*¹⁵ a condamné l'Italie pour manquement au droit à la vie tel que consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour des actes et omissions commis en haute mer, bien que la responsabilité principale pour l'opération de sauvetage appartint à Malte, dans la zone « Search and Rescue » (zone SAR) de laquelle se trouvaient les migrants. Eu égard au retard italien à répondre aux appels de détresse des migrants et à l'absence d'enquête officielle, indépendante et effective concernant le naufrage, le Comité conclut que l'article 6 est violé de manière autonome, mais également en lien avec l'article 2 (3) sur le recours effectif et il demande à l'Italie de réparer les individus et de mener une enquête. Tout cela est bien logique, voire nécessaire, face à un drame d'une telle ampleur, mais le fondement juridique ayant permis au Comité d'examiner le fond de l'affaire peut être critiqué. En effet, il est allé beaucoup plus loin que la Cour européenne dans l'extension extraterritoriale de sa compétence, et ce avec des fondements juridiques fragiles. Il a considéré d'une part que la juridiction maltaise résultait du fait que le naufrage a eu lieu dans sa zone SAR¹⁶ et d'autre part - plus étonnamment - que la juridiction italienne du fait que « *in the particular circumstances of the case, a special relationship of dependency had been established between the individuals on the vessel in distress and Italy. This relationship comprised of factual elements – in particular, the initial contact made by the vessel in distress with the MRCC, the close proximity of ITS Libra to the vessel in distress and the ongoing involvement of the MRCC in the rescue operation and – as well as*

6. Mais voir Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, article 14 : « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

7. Il n'en va pas ainsi pour le droit de l'UE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 2000 : article 18, Droit d'asile, « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la CE » ; Article 19, Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition, « 1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Et droit dérivé notamment du RAEC : Directive « Qualification » (Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011), article 21 ; Directive « Protection temporaire » (Directive 2001/55/CE) Règles pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les pays de l'Union européenne), article 3.

8. V. sur cette question : SALVADEGO Laura, « Le principe de non-refoulement en mer » in RASPAIL Hélène (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Pedone, 2020, p. 165-184 et TREVISANUT Seline, « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », *ibid.*, p. 149-164 ; RASPAIL Hélène, « Les migrations face au droit de la mer » in FLEURY GRAFF Thibaut et JACOB Patrick (dir.), *Migrations et droit international*, actes du colloque de la SFDI 2021, Pedone, 2022, p. 359-379.

9. *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993), p. 1053.

10. Dans l'affaire *Tampa* la Cour d'appel fédérale a estimé que « *the power to determine who may come into Australia is so central to its sovereignty that it is not to be supposed that the Government of the nation would lack under the power conferred upon it directly by the Constitution, the ability to prevent people not part of the Australia [sic] community, from entering* ». V. *Victorian Council for Civil Liberties Incorporated v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs* (& summary) [2001] F.C.A. 1297, § 193.

11. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, CEDH, 23 février 2012.

12. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, CEDH, 21 janvier 2011.

13. *V. Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, CEDH, 29 mars 2010.

14. *Op. cit.* note 11, § 122-137. LAVAL Pierre-François, « La projection en haute mer des pouvoirs souverains de l'État aux fins de protection des droits fondamentaux. Retour sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg » in RASPAIL Hélène (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Pedone, 2020, p. 75-90.

15. Comité des droits de l'homme, constatations, *A.S., D.I., O.I. et G.D c. Italie*, comm. n° 3042/2017, 4 novembre 2020.

16. Comité des droits de l'homme, constatations, *A.S., D.I., O.I. et G.D c. Malte*, comm. n° 3043/2017, 13 mars 2020. La communication contre Malte est tout de même irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

relevant legal obligations incurred by Italy under the international law of the sea (...) ¹⁷ ».

12 - L'intention derrière cette conclusion peu et mal fondée juridiquement est certes louable. Mais force est de se demander : le Comité va-t-il trop loin ? Car c'est une chose de dire que la haute mer n'est pas une zone de non-droit et d'affirmer que les personnes à bord d'un navire d'État se trouvent sous la juridiction de cet État. C'est une toute autre chose de considérer que ce type d'extraterritorialité joue aussi en haute mer pour des personnes qui ne se trouvent pas à bord d'un navire d'État (ni même d'un navire privé battant son pavillon), mais tout simplement dans la zone SAR dont il est responsable. Et encore une autre, complètement différente, de conclure qu'elle joue également pour des personnes se trouvant dans la zone SAR d'un État tiers, mais avec lesquelles l'État accusé a créé « *a special relationship of dependency* » car il a répondu à leurs appels de détresse et en a informé l'État responsable, car un de ses navires se trouvait à proximité et car il a violé, par sa passivité, son obligation de sauvetage en mer et autres obligations de due diligence.

13 - Prendre trop de libertés avec le droit positif, l'interpréter de manière tellement extensive que la volonté de ses auteurs semble définitivement contournée, peut-il s'avérer être contre-productif et finir par nuire à ces mêmes personnes qu'on cherchait à protéger ? La réponse n'a certes rien d'évident. Mais la décision en cause peut avoir un effet boomerang bien plus réel et immédiat que le risque toujours rampant d'une méfiance des États vis-à-vis des juges internationaux ou autres organes de contrôle : afin de ne pas être considéré comme ayant établi une « relation spéciale de dépendance » avec des migrants en détresse, un État peut décider de maintenir ses navires bien éloignés des embarcations de fortune en péril et de ne pas répondre aux appels des personnes à secourir ne se trouvant pas dans sa zone SAR, ce qui en définitive sera moins risqué en termes de responsabilité internationale si l'on s'en tient à la lettre des conventions internationales en la matière.

17. *Op. cit.* note 15, § 7.8.

14 - Cela étant dit, en l'absence d'instruments internationaux en la matière, l'activisme judiciaire pour protéger autant que possible les droits des migrants en mer peut sembler inévitable... Force est de constater que plusieurs situations ne relèvent guère de la compétence des juges de protection des droits de l'homme et échappent alors à leur contrôle, laissant les personnes humaines en mer sans protection adéquate. Il en va notamment ainsi pour ce qui est des violations en mer des droits humains par l'Agence Frontex de l'Union européenne ¹⁸, à propos de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme est incompétente ¹⁹. Dans le cadre de leurs missions, les autorités nationales et l'Agence Frontex doivent respecter le droit de l'UE et le droit international (conventionnel et coutumier) faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union, y compris les droits de l'homme, le droit d'asile et le principe de non-refoulement. En cas de violation de ces obligations primaires, la question de la responsabilité internationale se pose. Pour ce qui est de l'Agence Frontex, l'article 60 du Règlement prévoit qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, l'Agence répare, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Mais dans l'arrêt *WS e.a. c. Frontex* ²⁰, en pourvoi actuellement devant la Cour, le Tribunal de l'UE a estimé que Frontex ne peut être tenue responsable d'éventuels préjudices liés à un refoulement vers un État tiers car elle n'est pas habilitée à évaluer les demandes d'asile et ne peut pas être tenue responsable des dommages...

15 - Les limites et failles de la protection des droits humains des migrants et demandeurs d'asile en mer sont encore nombreuses, en dépit des évolutions positives. ■

18. Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251, p. 1.

19. Voir pour un exemple récent, *Alkhatib et al. c. Grèce*, req. n° 3566/16, CEDH, 16 janvier 2024.

20. Trib. UE, Arrêt du 6 septembre 2023, *WS e.a. c. Frontex*, T-600/21.

Chapitre II

Droit des étrangers



6 L'instabilité normative spécifie-t-elle le droit des étrangers ?



Serge SLAMA,
Professeur de droit public,
Université Grenoble-Alpes, CRJ ;
affilié à l'Institut Convergences Migrations

1 - C'est un poncif du droit des étrangers : il serait caractérisé par une instabilité et une profusion normative particulières. Cette idée revient systématiquement à chaque débat législatif d'une loi sur l'immigration. En 2015, un rapport sénatorial, d'un spécialiste de ce droit, faisait - déjà - état « d'une trentaine de réformes législatives [en droit des étrangers] depuis les années 1980, soit près d'une par an¹ ». En 2018, un autre rapport parlementaire d'une mission d'information composée de deux députés - dont un ancien conseiller du ministre de l'Intérieur sur les questions d'immigration - recensait pour sa part « 27 lois relatives à l'immigration au total [...] votées entre 1980 et 2016, ce qui correspond à une réforme en moyenne tous les seize mois² ». Lors de l'adoption de la loi « Darmanin » du 26 janvier 2024, le Musée national de l'histoire de l'immigration (MNHI) publiait un article recensant « 29 lois sur l'immigration (une tous les 17 mois depuis 1980) [qui] convergent vers un durcissement des conditions d'entrée et d'installation sur le territoire national et [...] du droit d'asile³ ». Dans un article régulièrement mis à jour depuis 2019, les Décodeurs du Monde recensent, quant à eux, plus de 115 « réformes » sur l'immigration depuis 1945, dont une centaine depuis 1980⁴. Bien que contestables ou inexacts, comme nous avons tenté d'en faire la démonstration⁵, ces chiffres irriguent les articles de journaux⁶, commu-

niés associatifs⁷, réseaux sociaux et discours politiques sur le « trop plein » de réformes du droit des étrangers, droit obèse et même pantagruélique.

2 - Au-delà de l'anecdotique décompte du nombre de lois réformant le droit des étrangers, on trouve également fréquemment le constat selon lequel le droit des étrangers serait non seulement un droit *particulièrement* instable, caractérisé par un amoncellement de textes normatifs et infra-normatifs, mais aussi d'une rare complexité et peu protecteur des administrés étrangers. En ce sens, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) relève que « le droit des étrangers est l'une des matières où l'instabilité normative est *la plus flagrante* : à des échéances très rapprochées le droit des étrangers a fait l'objet de modifications importantes, rendant cette matière de plus en plus complexe [...] »⁸. Il en est de même pour la Défenseure des droits qui dénonce une « inflation législative *délétère* en matière de droit des étrangers⁹ », pour la Cour des comptes qui relève la prégnance d'un « cadre législatif et réglementaire *fréquemment* révisé [et] un contexte de forte attention politique, [caractérisé par une] instabilité normative [...] »¹⁰ ou encore le MNHI qui constate « un durcissement et une (trop) lourde complexité, d'autant que ce mille-feuilles législatif, souvent qualifié d'indigeste, ne réfère aucun nouvel exécutif¹¹ ». Un tel constat figure aussi dans de nombreux rapports parlementaires¹², comme, par exemple, le rapport de la mission parlementaire précitée, qui constate « un encadrement juridique fluctuant et particulièrement complexe » et « une sédimentation de multiples textes au détriment de la cohérence d'ensemble¹³ ».

3 - Dans ses avis sur les deux dernières réformes législatives d'ampleur du droit des étrangers, le Conseil d'État regrette, lui aussi, sur un ton inhabituellement critique, la succession des réformes en

1. BUFFET François-Noël, *Projet de loi relatif au droit des étrangers en France*, Rapport n° 716 (2014-2015), Sénat, déposé le 30 septembre 2015, [://www.senat.fr/rap/14-716/14-7161.html#toc1](http://www.senat.fr/rap/14-716/14-7161.html#toc1).

2. CLÉMENT Jean-Michel et LARRIVÉ Guillaume, *Rapport d'information n° 669 sur l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France*, Assemblée nationale, 15 février 2018, p. 23, [://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0669_rapport-information](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0669_rapport-information).

3. HARZOUNE Mustapha, « 1980-2022 : lois sur l'immigration, le mille-feuilles législatif », *Musée national de l'histoire de l'immigration*, janvier 2023, [://www.histoire-immigration.fr/politique-et-immigration/1980-2022-lois-sur-l-immigration-le-mille-feuilles-legislatif](http://www.histoire-immigration.fr/politique-et-immigration/1980-2022-lois-sur-l-immigration-le-mille-feuilles-legislatif). Sur une autre page du site du MNHI, il est même évoqué par l'auteur « la 32^e loi sur l'immigration depuis 1980 », [://www.histoire-immigration.fr/politique-et-immigration/la-32e-loi-sur-l-immigration-depuis-1980](http://www.histoire-immigration.fr/politique-et-immigration/la-32e-loi-sur-l-immigration-depuis-1980).

4. « Les 100 réformes qui ont durci la condition des immigrés en France », *Le Monde / Les décodeurs*, 6 novembre 2019 ; « Une « nouvelle loi » sur l'immigration qui s'ajoutera à une longue série de 118 textes depuis 1945 », *Le Monde / Les Décodeurs*, 25 février 2024 (republié le 14 octobre 2024), [://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2024/10/14/une-nouvelle-loi-sur-l-immigration-qui-s-ajoutera-a-une-longue-serie-de-118-textes-depuis-1945_6218454_4355771.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2024/10/14/une-nouvelle-loi-sur-l-immigration-qui-s-ajoutera-a-une-longue-serie-de-118-textes-depuis-1945_6218454_4355771.html).

5. SLAMA Serge, « Calculer le nombre de réformes de l'immigration depuis 1980 – Non la loi « Retailleau » ne sera pas la « 30^eme réforme de l'immigration depuis 1980 » ni le « 118^eme texte majeur depuis 1945 » », *RDLF*, 2024, chron. n° 72, [://revuedlf.com/droit-administratif/calculer-le-nombre-de-reformes-de-limmigration-depuis-1980-non-la-loi-retailleau-ne-sera-pas-la-30eme-reforme-de-limmigration-depuis-1980](http://revuedlf.com/droit-administratif/calculer-le-nombre-de-reformes-de-limmigration-depuis-1980-non-la-loi-retailleau-ne-sera-pas-la-30eme-reforme-de-limmigration-depuis-1980).

6. BRUNET Romain, « Durcir, choisir, restreindre : en France, une trentaine de lois immigration en 40 ans », *France 24*, 5 novembre 2023 ; PASSOT Eloi, SUGY Paul, « Bientôt une trentième loi sur l'immigration depuis 1980... mais que

contenaient les 29 autres ? », *Le Figaro*, 14 octobre 2024 ; « Immigration : bientôt une 30^eme loi en 30 ans », *C à vous* (L'édito de Patrick Cohen), 14 octobre 2024.

7. V. par exemple « Loi asile et immigration : les associations dénoncent des atteintes sans précédent aux droits des personnes exilées », *Communiqué unitaire*, 7 novembre 2023.

8. CNCDH, « Asile et Immigration », mise à jour 28 avril 2025, [://www.cncdh.fr/presentation/themes-daction/etat-de-droit-et-libertes/asile-et-immigration](http://www.cncdh.fr/presentation/themes-daction/etat-de-droit-et-libertes/asile-et-immigration).

9. Défenseure des droits, « Projet de loi immigration : la Défenseure des droits alerte sur les graves atteintes aux droits des étrangers », 17 novembre 2023, [://www.defenseurdesdroits.fr/projet-de-loi-immigration-la-defenseure-des-droits-alerte-sur-les-graves-atteintes-aux-droits](http://www.defenseurdesdroits.fr/projet-de-loi-immigration-la-defenseure-des-droits-alerte-sur-les-graves-atteintes-aux-droits).

10. Cour des comptes, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, Rapport public thématique, janvier 2024, p. 53.

11. HARZOUNE Mustapha, « 1980-2022 : lois sur l'immigration, le mille-feuilles législatif », *art. préc.*

12. V. par exemple BINET Erwann, *Rapport fait au nom de la commission des lois (n° 2183) relatif au droit des étrangers en France*, Assemblée nationale, 2 juillet 2015.

13. *Rapport d'information n° 669 sur l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France*, *préc.*

la matière, sans réel bilan de l'efficacité des précédentes ou de publication de l'ensemble de ses décrets d'application. Ainsi, en 2018, dans son avis sur le projet de loi *pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif* (loi « Collomb »), il soulignait déjà que « depuis 1980, 16 lois majeures sont venues modifier les conditions d'entrée et de séjour ou d'asile ; depuis la création du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) en 2005, le législateur est intervenu en moyenne tous les deux ans pour modifier les règles ¹⁴ ». En 2024, il relevait à nouveau, à propos du projet de loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration* (loi « Darmanin »), être saisi « du huitième projet de loi majeur réformant sur des points essentiels les instruments juridiques de gestion du séjour des étrangers en France et de l'asile depuis la création du code du séjour des étrangers et du droit d'asile, il y a seize ans [...] ¹⁵ ».

4 - Dans cet article il ne s'agit pas de remettre en cause ce constat objectif selon lequel le droit des étrangers est, en France ¹⁶, caractérisé par une instabilité normative et une grande complexité. Il est établi par tous les spécialistes du champ. En ce sens, sur la 4ème de couverture du *Droit des étrangers* de Vincent Tchen, il est relevé « l'instabilité chronique d'un cadre juridique soumis à de constantes évolutions normatives et jurisprudentielles ¹⁷ ». De même les éditions législatives présentent le *Dictionnaire permanent – droit des étrangers* en soulignant que ce droit est « un droit complexe en raison, notamment de la multiplicité de ses sources et de leur relative instabilité ¹⁸ ». Nous dressons nous-même le même constat en introduction de notre cours de Master publié par l'UNJF ¹⁹.

5 - On peut toutefois se demander si le droit des étrangers est réellement plus instable et prolifique que d'autres droits. Autrement dit, est-ce que l'instabilité normative qui le caractérise indéniablement *spécifie* le droit des étrangers ?

6 - Car si l'instabilité normative du droit des étrangers est un phénomène avéré, particulièrement depuis les années 1980, celle-ci a évolué dans le temps. Si elle a d'abord été liée à un phénomène de politisation accrue des débats sur l'immigration, avec de forts clivages idéologiques entre les gouvernements de Gauche et de Droite (1), elle est depuis une vingtaine d'années entretenue par la technicisation de ce droit - dans un contexte plus général d'inflation de l'ensemble des normes et d'un droit de plus en plus bavard (2) - mais aussi par la nécessité d'intégrer en droit français les législations européennes et les standards internationaux et européens de protection des droits fondamentaux (3).

1. Une instabilité du droit des étrangers initialement liée à sa politisation et aux clivages idéologiques

7 - Pour les historiens de l'immigration ²⁰, la loi « Bonnet » du 10 janvier 1980 a constitué un point de bascule des réformes de l'immigration. En effet, si entre 1945 et 1980, le statut législatif des étrangers issu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'a pas évolué, entre 1980 et 2025, il a été modifié en moyenne tous les deux ans avec une vingtaine de réformes. Toutefois, comme l'a montré Alexis Spire ²¹, cette stabilité législative ne signifiait pas pour autant qu'il y a eu durant cette quarantaine d'années une stabilité des pratiques administratives. Bien au contraire ! Ce droit, régi principalement par des circulaires, relevait alors essentiellement de l'*infra-droit* ²² et des pratiques variables des agents de bureau ou de guichet (les « *street level bureaucrats* ») ²³.

8 - En outre, si la période 1945-1980 a été caractérisée par une stabilité législative, la France a connu préalablement, souvent dans des moments de crise, d'autres périodes d'inflation normative dans ce domaine. Ainsi, alors qu'en 1792 (loi sur les passeports) et 1888 (premier décret imposant aux étrangers une déclaration de résidence), le nombre de textes normatifs régissant la police des étrangers se compte sur les doigts d'une main ²⁴ ; on en dénombre, en revanche, près d'une trentaine dans la période 1888-1940, avec des périodes de fortes productions comme de 1888 à 1893 (5 textes), de 1912 à 1927 (12 textes) et, surtout de 1932 à 1939 (14 textes avec en particulier la demi-douzaine de décrets-lois « Daladier » en 1938) ²⁵. De même, si aucune loi n'a été adoptée entre 1970 et 1980, cette période a été marquée par l'adoption d'importantes circulaires structurant le statut des étrangers en France ²⁶ mais aussi, à partir du milieu des années 1970, par des décrets non moins marquants ²⁷.

9 - Toutefois, avec l'adoption de la loi « relative à la prévention de l'immigration clandestine » en 1980, ce droit s'est politisé - dans un contexte d'opposition idéologique entre la Gauche et la Droite et l'émergence du Front national. Ainsi, alors que cette loi du 10 janvier 1980, partiellement censurée par le Conseil constitutionnel ²⁸, visait à légaliser la pratique de rétention administrative et à durcir la lutte contre l'immigration irrégulière, les lois « Deferre / Questiaux » du 29 octobre 1981 et « Dufoix » du 17 juillet 1984 l'ont libéralisé, avec notamment la création de la carte de résident. De même, la loi « Joxe » du 2 août 1989 a entendu répondre aux durcissements de la loi « Pasqua » du 9 septembre 1986. Et, la loi « Chevènement » du 11 mai 1998 a visé à corriger les excès des lois « Pasqua » du 24 août 1993 et « Debré » du 24 avril 1997, notamment la crise des « sans-papiers » dit « ni régularisables – ni

14. Conseil d'État, Avis n° 394206 sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, Assemblée générale – Section de l'intérieur, 15 février 2018, [://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/projet-de-loi-pour-une-immigration-maitrisee-et-un-droit-d-asile-effectif](http://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/projet-de-loi-pour-une-immigration-maitrisee-et-un-droit-d-asile-effectif).

15. Conseil d'État, Avis n° 406543 sur un projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, Assemblée générale, 26 janvier 2023, [://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-pour-controler-l-immigration-ameliorer-l-integration](http://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-pour-controler-l-immigration-ameliorer-l-integration).

16. À l'inverse, aux États-Unis, faute de consensus il est presque impossible de réformer le statut des étrangers (INA) depuis près de quarante ans.

17. Quatrième de couverture de TCHEN Vincent, *Droit des étrangers*, LexisNexis, 3^e éd., 2024.

18. *Droit des étrangers*, « Le droit des étrangers : un droit complexe en constante évolution », Éditions Législatives, Coll. Dictionnaire permanent, Bulletin n° 340-1.

19. SLAMA Serge, « Introduction aux droits des étrangers et de l'asile », UNJF, version en date du 1^{er} octobre 2023, [://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/231/Cours/01_item/index01.htm](http://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/231/Cours/01_item/index01.htm).

20. V. par exemple WEIL Prosper, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration (1938-1991)*, Paris, Calmann-Lévy, 2001.

21. SPIRE Alexis, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005.

22. LOCHAK Danièle, « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, mai 1976, p. 43-49.

23. V. aussi LAURENS Sylvain, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, Belin, 2009.

24. Décret du 1^{er} février-28 mars 1792 sur les passeports ; loi du 21 avril 1832 relative aux réfugiés et loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France. Néanmoins, on dénombre 241 circulaires du ministère de l'Intérieur régissant le statut des réfugiés durant la monarchie de Juillet et la Seconde République (V. DIAZ Delphine, « Les réfugiés en France. Au prisme des circulaires du ministère de l'Intérieur (1830-1870) : Pour une étude conjointe des discours et pratiques de l'administration », *Hommes & migrations*, 1321 / 2018, [://journals.openedition.org/hommesmigrations/4204](http://journals.openedition.org/hommesmigrations/4204)).

25. Nous nous fions au recensement effectué par PONTY Janine dans son recueil *L'immigration dans les textes. 1789-2002*, Belin, 2003.

26. Circulaires Marcellin-Fontanet de 1972 sur les travailleurs étrangers ; Circulaires de 1974 suspendant l'immigration du travail et familiale ; Circulaire de 1977 sur l'aide au retour volontaire, etc.

27. Décret n° 75-1088 du 21 novembre 1975 sur les autorisations de travail ; Décret du 29 avril 1976 organisant le regroupement familial, etc.

28. Cons. const., décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980.

expulsables ». Plusieurs lois adoptées à l'initiative de Nicolas Sarkozy viendront remettre en cause certains aspects protecteurs de cette loi « RESEDA » de 1998 (lois du 26 novembre 2003 et du 24 juillet 2006).

10 - Mais, déjà à cette époque, certaines lois sont adoptées pour tirer les conséquences d'une censure par le Conseil constitutionnel (comme la loi « Joxe » du 10 janvier 1990²⁹, la loi « Quilès » du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente³⁰ ou encore la loi « Pasqua » du 30 décembre 1993³¹. Cette période est également marquée par l'adoption du premier texte de loi visant à intégrer en droit français le droit européen (la convention d'application des accords de Schengen) avec la loi n° 92-190 du 26 février 1992, prolongée suite aux lois Pasqua, par celle du 27 décembre 1994. On pourrait dire qu'elles ont ouvert la nouvelle ère d'euphémisation du droit de l'asile et de l'immigration liée aux traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1997) et de Lisbonne (2007).

2. Une inflation normative entretenue par la nécessaire incorporation des législations et standards européens —

11 - La majeure partie des réformes du Ceseda adoptées ces vingt dernières années a visé, en tout ou en partie, à intégrer des législations adoptées dans le cadre de l'Union européenne ou des standards protecteurs garantis par la Cour européenne des droits de l'Homme.

12 - Ainsi, par exemple, la plupart des réformes de l'asile depuis 2003 ont visé à transposer des directives européennes, comme la loi « De Villepin » du 10 décembre 2003, avec la directive 2003/09/CE du 27 janvier 2003 et le règlement (CE) n°343/2003 du 18 février 2003 (dit « Dublin 2 »), ou la loi « Valls » du 29 juillet 2015 avec les directives n° 2013/32/UE (procédure) et 2013/33/UE (accueil) et le règlement (UE) n° 604/2013 (« Dublin 3 ») du 26 juin 2013. La loi « Besson » du 16 juin 2011 visait principalement à transposer la directive n°2008/115/CE du 16 décembre 2008 (dite « retour ») mais aussi la directive n°2009/50/CE sur les travailleurs « hautement qualifiés » ou encore la directive n°2009/52/CE du 18 juin 2009 concernant les sanctions à l'égard des employeurs. Et comme cette transposition était non seulement tardive mais également incomplète, elle a dû être achevée par la loi « Valls-Cazeneuve » du 7 mars 2016 pour assurer la conformité du droit français avec le droit de l'Union.

13 - Autre exemple topique, la loi « Valls » du 31 décembre 2012, créant, selon son intitulé, « la retenue pour vérification du droit au séjour » et modifiant « le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées » a visé, d'une part, à tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne prohibant la garde à vue des irréguliers en instance d'éloignement³² et, d'autre part, à prendre en compte la directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Cette même loi Valls sera d'ailleurs partiellement censurée par le Conseil constitutionnel³³ - ce que devra intégrer dans le Ceseda la loi « Collomb » du 10 septembre 2018. De même la loi du 20 mars 2018 « permettant une bonne application du régime d'asile européen », issue d'une proposition de loi « Warsmann », n'a visé qu'à prendre en compte un arrêt de la CJUE en définissant la notion

« risque de fuite » au sens de l'article 28 du règlement Dublin III en cas de placement en rétention d'un demandeur d'asile³⁴.

14 - Même lorsque ce n'est pas leur objet principal, toutes les lois relatives à l'immigration comprennent des dispositions visant à assurer la conformité du Ceseda au droit de l'Union. C'est le cas, par exemple, de la loi « Darmanin » du 26 juillet 2024 dont l'article 56 visait à adapter le régime de sanctions des transporteurs aux règlements créant un système d'entrée et de sortie (EES)³⁵ et le système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS)³⁶. Encore plus récemment, une loi du 30 avril 2025 a modifié, par deux de ses articles³⁷, plusieurs dispositions du Ceseda sur la carte « talent-carte bleue européenne » afin d'achever la transposition de directive (UE) 2021/1883 du 20 octobre 2021. Il en sera de même pour la future loi « Retailleau »³⁸ (si le Gouvernement Bayrou n'a pas été censuré d'ici là). En effet, les autorités françaises doivent d'ici la mi-2026 adapter le droit français afin de le mettre en conformité avec les instruments du Pacte européen migration-asile (neuf règlements et une directive)³⁹. Selon le Plan national de mise en œuvre de ce Pacte, présenté par le Gouvernement français en décembre 2024⁴⁰, il est nécessaire de modifier une centaine de dispositions du Ceseda, et d'autres codes subséquents. En définitive, de nos jours, une part substantielle de ce code ne constitue en réalité que la simple mise en musique française du droit de l'Union européenne de l'asile et de l'immigration.

15 - D'autres modifications du Ceseda sont dues à des condamnations de la France par la Cour de Strasbourg ou à la prise en compte de sa jurisprudence. Ainsi, par exemple, suite à la condamnation de la France dans l'affaire *Gebremedhin* en 2007⁴¹, la loi « Hortefeux » du 20 novembre 2007 a dû introduire un recours suspensif de plein droit contre les refus d'asile à la frontière (art. L213-9 de l'ancien Ceseda devenu l'article L352-8 du Ceseda actuel). De même, c'est à la suite d'une douzaine de condamnations de la France par la Cour européenne depuis l'arrêt *Popov* de 2012⁴², que le législateur a fini, avec la loi du 26 janvier 2024 (art. 40), à prohiber la rétention des enfants (article L741-5 Ceseda), hormis à Mayotte (art. 86, en théorie jusqu'au 1^{er} janvier 2027) où la pratique est pourtant la plus développée (plus de 3000 enfants retenus).

3. Une inflation normative non spécifique au droit des étrangers alimentée par la technicisation de ce droit

16 - Même si, à l'occasion de l'adoption de chaque loi sur l'immigration, les débats parlementaires restent systématiquement

29. Cons. const., décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989.

30. Cons. const., décision n° 92-307 DC du 25 février 1992.

31. Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

32. CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU ; CJUE, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, C-329/11.

33. Cons. const., décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H.* et a.

34. CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15.

35. Règlement (UE) 2017/2226 du 30 novembre 2017.

36. Règlement (UE) 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018.

37. Article 40 et 41 de la loi n° 2025-391 du 30 avril 2025 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique, financière, environnementale, énergétique, de transport, de santé et de circulation des personnes, *JORF* n°0103 du 2 mai 2025.

38. « Le gouvernement Barnier annonce une nouvelle loi immigration pour 2025, avec un durcissement de la rétention administrative », *Le Monde avec AFP*, 13 octobre 2024.

39. Le seul Règlement (UE) 2024/1351 du 14 mai 2024 relatif à la gestion de l'asile et de la migration (REGAM) fait 75 pages PDF au JOUE.

40. Contrairement à d'autres pays, les autorités françaises n'ont pas rendu public ce plan - qui est néanmoins accessible sur le site du GISTI, //www.gisti.org/IMG/pdf/pacte-ue-2024_projet_fr_de_plan_de_mise_en_oeuvre_du_pacte_europeen_sur_la_migration_et_l_asile.pdf>.

41. *Gebremedhin c/ France*, n° 25389/05, CEDH, 26 avril 2007.

42. GELBLAT Antonin, « La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers : L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe ? », *La Revue des droits de l'homme*, Lettres Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 août 2016 //journals.openedition.org/revdh/2513>.

houleux et très liés à la figure d'un ministre de l'Intérieur (qui marque de son empreinte cette législation en lui donnant son nom), dans la pratique la plupart des modifications du statut des étrangers de ces quarante dernières années constituent des réformes techniques.

17 - Ainsi, par exemple, une partie substantielle du projet de loi « pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration », déposé au Sénat le 1^{er} février 2023⁴³, visait à reprendre les propositions techniques de la commission « Stahl » de réforme du contentieux des étrangers formulées depuis deux ans par le Conseil d'État⁴⁴. Celles-ci ont été adoptées, sans guère de modifications, par le Parlement dans la loi du 26 janvier 2024 - comme cela avait déjà été le cas à l'occasion de précédentes réformes. Au demeurant, le contentieux des étrangers représente plusieurs centaines de milliers de recours et l'activisme des associations dans ce domaine génère une abondante jurisprudence des cours suprêmes, en particulier du Conseil d'État et de la Cour de cassation, qui conduit fréquemment à des modifications législatives et réglementaires⁴⁵. Ainsi, à défaut de renforcer les droits substantiels des étrangers, le législateur est amené à renforcer les garanties procédurales qui leur sont accordées⁴⁶.

18 - Mais, au-delà de cette procéduralisation, le droit des étrangers est, continuellement, modifié par des textes réformant aussi bien le droit du travail, la protection sociale, le droit commercial, le droit civil, le droit pénal, la procédure pénale, la procédure civile, la procédure administrative contentieuse mais aussi les lois antiterroristes, de sécurité intérieure, le « séparatisme » ou toute autre loi qui, peu ou prou, peut affecter la condition des étrangers en France.

19 - Ainsi, la seule ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 a été modifiée, jusqu'à son abrogation le 1^{er} mars 2005, à trente-quatre reprises, par une multitude de textes de valeur législative (loi, ordonnances, décret après délégalisation), dont certains avaient un rapport assez lointain avec ce droit⁴⁷. La loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile a été, quant à elle, jusqu'à son abrogation à la même date, modifiée à dix reprises. Le premier *Ceseda*, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005⁴⁸, a fait l'objet, en sus de la demi-douzaine de réformes spécifiques par des lois sur l'immigration, de centaines de modifications législatives et réglementaires. Pour la seule loi « Collomb » du 10 septembre 2018, le site du Sénat recense une trentaine de mesures réglementaires d'application (et trois non prises)⁴⁹. Il en est - déjà - de même pour le second *Ceseda*, entré en vigueur le 1^{er} mai 2021⁵⁰. A peine promulgué, la loi « séparatisme » du 24 août 2021 en a modifié plusieurs articles puis, il a fait l'objet d'une réforme plus substantielle, par la loi du 26 janvier 2024, avec une cinquantaine de dispositions modifiées (malgré la censure de 35 dispositions, dont 32 cavaliers législatifs)⁵¹. Cette loi a d'ores et déjà donné lieu à une

quinzaine de décrets d'application. Une demi-douzaine de décrets sont encore attendus⁵².

20 - Cette recodification d'un même code à quinze ans d'intervalle est, à notre connaissance, inédite. Elle a été justifiée par le fait que la succession des lois modificatives depuis 2006, et leur stratification au sein du *Ceseda* (avec l'ajout d'articles surnuméraires - comme l'article L313-4-1 - avait rendu ce code peu lisible, à supposer qu'il l'était initialement). Selon ses promoteurs, « la complexité du droit applicable et l'entremêlement des dispositions du *Ceseda* » constituaient « une source d'insécurité juridique pour les étrangers comme pour l'administration » nuisant « à la bonne compréhension de la réglementation par tous les usagers⁵³ ». Les travaux de recodification ont donc consisté « à proposer, à droit constant⁵⁴, un *Ceseda* plus clair et accessible offrant une vision complète et consolidée du droit applicable⁵⁵ ».

21 - Mais cette spécificité du droit des étrangers est à relativiser. Si on compare le *Ceseda* à d'autres codes similaires on constate le même phénomène d'inflation⁵⁶. Selon les statistiques des services du Premier ministre de suivi de l'activité normative⁵⁷, cette inflation du droit concerne en effet tous les domaines. Ainsi, si on prend l'exemple d'autres codes spéciaux⁵⁸, le code de la consommation est passé de 647 articles en 2004 à 2171 en 2025 (+ 335 %), le code de l'environnement de 2068 à 7062 (+ 341 %), le code de l'action sociale et des familles (CASF) de 661 à 3607 (+ 545 %), et le code de la santé publique (CSP) de 6 494 à 13 593 (+ 209 %). En moyenne, le nombre total d'articles a ainsi « grimpé de 20 % en dix ans, et de 53 % en vingt ans⁵⁹ ». Et non seulement le nombre d'articles augmente mais en outre les dispositions applicables sont de plus en plus longues. En effet, le droit législatif français consolidé, codifié ou pas, est passé de 6,512 millions de mots en 2004 à 14,856 en 2025 (+ 228 %) et le droit réglementaire consolidé, codifié ou non, est passé de 18,221 millions mots en 2004 à 32,722 en 2025 (+ 170 %). Le CASF, qui faisait 77 553 mots le 1^{er} janvier 2004, en comprend 642 478 le 1^{er} janvier 2025 (+ 828 %) ; le CSP est passé, dans la même période, de 747 826 à 1 913 789 (+ 256 %) et le Code de l'environnement de 250 331 à 1 155 949 (+ 461 % !).

22 - Le Secrétariat général du gouvernement ne publie pas à notre connaissance de données spécifiques sur le *Ceseda*. Néanmoins, il est possible de la comparer avec le code de la sécurité intérieure (CSI)⁶⁰, adopté en 2012 par voie d'ordonnance⁶¹. Ces codes régissent tous deux principalement des polices administratives

43. Projet de loi n° 304 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, Sénat, 1^{er} février 2023.

44. Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », Étude à la demande du Premier ministre, 2020.

45. SLAMA Serge, « Les actions contentieuses militantes font-elles nécessairement progresser le(s) droit(s) des étrangers ? », *Les Cahiers de la justice*, 2024/4, p. 627-639.

46. SLAMA Serge, « Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des Danaïdes constitutionnel », *Titre VII*, n° 6, avril 2021.

47. Par exemple, elle a été modifiée par l'article 145 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

48. Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

49. Contrôle de l'application de la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, Sénat, [://www.senat.fr/application-des-lois/pj17-464.html](http://www.senat.fr/application-des-lois/pj17-464.html).

50. Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

51. Cons. const., décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024.

52. Au 20 mars 2025, 53 % des mesures d'application ont été prises (16 sur 30), [://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/DLR5L16N47118](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/DLR5L16N47118).

53. D'HARCOURT Claude, SAVY Antoine, « Repenser un code à droit constant : L'élaboration du nouveau code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile », n° 15, *AJDA* 2021, p. 838.

54. Cette recodification (prétendument) « à droit constant » a permis aux associations de demander et d'obtenir, avant sa ratification, l'annulation de plusieurs dispositions de ce nouveau *Ceseda* et la transmission d'une question préjudicielle (CE, 24 févr. 2022, *Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE) et al.*, n° 450285 ; CJUE, 21 septembre 2023, C-143/22 ; CE, 2 févr. 2024, n° 450285).

55. Communiqué de presse du Conseil des ministres du 17 mars 2021, Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020.

56. V. le constat dressé par COMBEXELLE Jean-Denis, *Les Normes à l'assaut de la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2024.

57. Secrétariat général du Gouvernement, « Les statistiques de la norme (édition 2025). Indicateurs de suivi de l'activité normative », 5 mai 2025, [://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme](http://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme).

58. L'inflation du nombre d'articles est moindre pour les codes généraux comme le code pénal (de 1021 à 1284) ou le code civil (de 2620 à 2890).

59. COSNARD Denis, « 48 millions de mots : dans le droit, le volume des normes a grimpé de 84 % en vingt ans », *Le Monde*, 6 mai 2025.

60. TOUILLIER Marc, *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017.

61. Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, *JORF* n° 0062 du 13 mars 2012 ; Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013 relatif aux dispositions des livres I^{er}, II, IV et V de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'État

spéciales et ils font l'objet de nombreuses réformes législatives et réglementaires donnant lieu souvent à des polémiques. Or, d'après Légifrance, chaque année entre trente à quarante dispositions du CSI sont modifiées, ce qui est assez comparable au Ceseda.

23 - Incontestablement, le statut des étrangers a pris de l'embonpoint normatif en vingt ans. Alors qu'à la Libération il représentait, en tout et pour tout, moins de 6000 mots⁶² ; le Ceseda de 2005 représentait déjà 79 702 mots⁶³ et celui de 2021 en pèse 279 358⁶⁴. Le 7 mai 2025, le Ceseda (parties législative, réglementaire et annexes comprises) constitue un PDF de 880 pages et 364 396 mots (+ 457 % en 20 ans). Mais, à titre comparatif, le CSI représente, au 7 mai 2025, un PDF de 1120 pages et 464 112 mots alors qu'il faisait lors de son édicition, entre 2012 et 2014, 233 469 mots⁶⁵ (+ 198 % en dix ans). L'inflation normative est donc tout à fait comparable entre ces deux codes de police.

24 - Le lecteur pourra être surpris que le seul domaine où on constate une baisse de la production normative en droit des étrangers est celui des circulaires ministérielles. Cela est dû à la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 qui a prévu que les instructions et circulaires ministérielles sont « réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées » sur Légifrance⁶⁶ (CRPA, art. L312-2) et à la circulaire du Premier ministre du 1^{er} février 2018. L'effet a été assez radical puisque cette abrogation automatique a fait substantiellement chuter le « stock » de circulaires (de 27 837 le 1^{er} janvier 2018 à 10 153 le 1^{er} janvier 2019) et contribué à stabiliser la production nouvelle (10 060 au 1^{er} janvier 2025). Ce phénomène est particulièrement marqué en droit des étrangers - connu dans le passé

comme étant dominé par cette « littérature grise⁶⁷ ». On se frotte les yeux lorsque les services du Premier ministre ne recensent en 2023 qu'une seule circulaire mise en ligne dans le domaine de l'immigration (contre 15 en 2012). Mais l'arrêt *GISTI* de 2020⁶⁸ a montré que désormais les ministres n'adressaient plus qu'exceptionnellement leurs instructions par voie de circulaire car ils privilégient d'autres truchements (intranet, vademecum, boucle signal, etc.)⁶⁹ ou, même, adressent des circulaires confidentielles⁷⁰ - qui, pourtant, si elles interprètent le droit positif doivent être mises en ligne.

25 - En définitive, le phénomène d'inflation normative est loin d'être propre au droit des étrangers - et de le spécifier. Mais, bien évidemment, les réformes du Code de l'action sociale et des familles ou du Code de la consommation sont bien moins visibles et polémiques que celles du Ceseda. En réalité, l'inflation normative que connaît le droit des étrangers n'est qu'un des symptômes des nombreux maux qui affectent ce droit - profondément dysfonctionnel, tenu constamment en échec dans les finalités qu'il se fixe, de plus en plus parcellisé et inaccessible au commun des mortels, situation aggravée par des dysfonctionnements majeurs de la dématérialisation des procédures⁷¹. Le problème n'est pas tant l'accumulation des lois sur l'immigration mais que ce droit n'est jamais pensé en mettant notamment en son centre l'administré étranger et les politiques d'accueil et d'hospitalité. Ces textes successifs depuis vingt ans n'ont en rien réformé le droit des étrangers mais ont ajouté, aux législations précédentes, une strate supplémentaire d'un droit céphalophore. ■

et décrets simples) ; Décret n° 2014-1253 du 27 octobre 2014 relatif aux dispositions des livres III, VI et VII de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'État et décrets simples).

62. 2618 mots (Ordonnance 1945) + 2170 (Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946) + 1178 mots (Loi 1952 sur l'asile).

63. 31 814 mots (partie législative du Ceseda, ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004) + 47 888 mots (partie réglementaire ; décret n° 2006-1378 du 14 novembre 2006).

64. 132 474 mots (partie législative ; ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020) + 146 884 mots (partie réglementaire ; décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020).

65. Partie législative : 64 663 + partie réglementaire de 2013 : 68 583 + partie réglementaire de 2014 : 100 223.

66. Code des relations entre le public et l'administration, art. L312-2.

67. KOUBI Geneviève, (dir.), *La littérature grise de l'administration ; la grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, 2015.

68. CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142.

69. Une circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019 a proscrit les circulaires de commentaire ou d'interprétation de la norme. Elles doivent être remplacées par la mise à disposition d'une documentation, tenue à jour, sur les sites internet des ministères et des administrations.

70. Circulaire du 14 mai 2025 du ministre de l'Intérieur relative à la suspension des facilités accordées et procédures sur décision de l'autorité publique aux ressortissants algériens (diffusion restreinte).

71. CHAMPEIL-DEPSLATS Véronique, SLAMA Serge, « L'administration numérique des étrangers ne répond plus : des vies en suspens », *AJDA*, 2024, n° 42, p. 2241.

7 La frontière intérieure à l'épreuve d'une fiction juridique : chronique de l'élaboration d'un régime dérogatoire



Bastien CHARAUDEAU SANTOMAURO,
*Chercheur postdoctoral au MacMillan Center,
 Université de Yale ; Coordinateur scientifique
 de la Clinique Migrations, École de droit
 de Sciences Po*

Introduction

1 - Depuis la réintroduction ininterrompue des contrôles aux frontières intérieures¹ de la France en novembre 2015, les frontières franco-espagnoles et franco-italiennes sont devenues des espaces clés du contrôle migratoire où s'observent des pratiques de refoulement quotidiennes. Ces refoulements mettent souvent en cause les droits subjectifs des personnes, notamment le droit d'asile, le droit de ne pas être arbitrairement privé de sa liberté et la protection des mineurs². La question des droits des personnes migrantes y est d'autant plus prégnante que ce régime de contrôle est dérogatoire au sein du droit de l'Union européenne, lequel contient peu de dispositions spécifiques détaillant les procédures applicables aux personnes. Le code frontières Schengen (CFS) et les traités européens prévoient en effet que les frontières intérieures à l'espace Schengen doivent pouvoir être franchies sans vérifications sur les personnes, quelle que soit leur nationalité³. Depuis 2015, la France déroge à la règle du libre franchissement des frontières internes à travers l'usage d'une clause de sauvegarde activée sur le fondement de menaces continues à l'ordre public ou la sécurité intérieure.

2 - Face au constat d'une exception qui perdure, cet article examine la façon dont un nouveau régime de contrôle s'est progressivement construit, par dérogation et sur le terrain, dans les interactions entre les passages frontaliers, les pratiques policières et administratives, et les actions de la société civile. Nous analysons plus spécifiquement comment ce régime frontalier aux garanties procédurales amoindries a été établi de façon à s'étendre dans

la profondeur du territoire à travers l'usage de la fiction de non-entrée. L'élaboration de ce régime entre 2015 et 2025 peut être retracée en cinq actes. Il y a d'abord une technique préexistante : permettant d'étendre l'espace à l'intérieur duquel on applique le régime de la non-admission, la fiction de non-entrée structure le régime des frontières extérieures françaises (1). Bien qu'elle ne soit pas prévue pour les frontières intérieures, cette fiction a été rapidement mobilisée par les autorités, notamment à la frontière franco-italienne, pour fonder un régime frontalier *ad hoc* (2). Après avoir été légalisée a posteriori (3), l'usage de la fiction de non-entrée a été remis en cause par les juridictions, ce qui a laissé place à de nouvelles opérations jouant sur l'indétermination spatiale de la frontière (4). La dernière décision du Conseil d'État du 2 février 2024 propose une clarification inachevée du nouveau régime frontalier, dont les contours sont encore dessinés par la pratique (5). Cet exposé permet à la fois de relever les techniques entamant l'accès aux droits des personnes migrantes aux frontières et d'observer comment le droit s'élabore en partie depuis le terrain.

1. La fiction de non-entrée et le régime de l'admission : l'antériorité de la norme

3 - Le droit distingue deux principaux régimes permettant de saisir le statut d'un étranger⁴ : le régime du séjour et celui de l'admission⁵. Le premier est réservé aux étrangers se trouvant sur le territoire français, tandis que le second s'applique à ceux qui se présentent à ses frontières. Les droits et les garanties procédurales diffèrent d'un régime à l'autre, le régime de l'admission étant souvent plus restrictif que celui du séjour. À titre illustratif, retenons trois différences considérables. Premièrement, le recours contre la mesure d'éloignement prise à l'égard d'un étranger présent sur le territoire est suspensif, tandis que le recours contre un refus d'entrée pris à la frontière ne l'est pas. Deuxièmement, un mineur isolé ne peut pas être éloigné du territoire, mais il pourra être refoulé à la frontière. Troisièmement, dans le régime de l'entrée, la volonté de demander l'asile ne se traduit pas par une admission temporaire au séjour avec un droit à l'hébergement⁶ et une allocation comme sur

1. Tandis que les frontières intérieures de l'Union européenne séparent deux États membres de l'espace Schengen, les frontières extérieures sont l'interface entre un État membre et un État tiers à l'Union.

2. V. par exemple Amnesty International, « Des contrôles aux confins du droit. Violations des droits humains à la frontière avec l'Italie », France, 2017 ; Human Rights Watch, « Ça dépend de leur humeur ». Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes », France, 2019 ; NADOT Sébastien et KRIMI Sonia, « Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les migrations, les déplacements de populations et les conditions de vie et d'accès au droit des migrants, réfugiés et apatrides en regard des engagements nationaux, européens et internationaux de la France », Assemblée nationale, 2021, rapport n° 4665 ; Anafé, « À l'abri des regards. L'enfermement ex-frame à la frontière franco-italienne », France, 2022 ; Conseil de l'Europe, « Repoussés au-delà des limites. Quatre domaines d'action urgente pour faire cesser les violations des droits de l'homme aux frontières de l'Europe », 2022, p. 25-27 ; Médecins sans frontières, « *Denied Passage : The Struggle of People Stranded at the Italian-French Border* », 2023 ; Défenseur des Droits, Décision-cadre 2024-061 du 23 avril 2024 relative au respect des droits des personnes migrantes à la frontière intérieure franco-italienne, 2024.

3. Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105, art. 1 et 22 ; TFUE, art. 77, §1, a).

4. Il existe plusieurs catégories d'étrangers en droit français. Ceux concernés par les mécanismes décrits dans cet article sont principalement les étrangers non-européens, également nommés « ressortissants de pays tiers ».

5. Nous utilisons le singulier pour la fluidité de l'écriture et pour souligner la distinction spatiale entre le territoire et la frontière. Toutefois, à l'intérieur de cette distinction, il existe plusieurs régimes juridiques liés au séjour et à l'admission.

6. Le droit formel laisse ici souvent place, en pratique, à des défaillances systémiques.

le territoire, mais par une « demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile » qui fait l'objet d'un préfiltrage souvent accompagné d'un maintien en zone d'attente.

4 - Si le régime du séjour s'applique sur le territoire et le régime de l'admission à la frontière, une personne se trouve rarement physiquement dans cette seconde situation, c'est-à-dire sur la ligne frontalière étatique ou, plus précisément, sur un point de cette ligne. Par exemple, les aéroports internationaux, qui sont les lieux privilégiés du régime de l'admission, se situent au cœur du territoire français. C'est ici que deux éléments techniques interviennent pour étendre l'espace à l'intérieur duquel l'on applique le régime de l'admission. D'une part, la notion de « frontière extérieure », propre au droit de l'Union européenne⁷, qui comprend les aéroports ouverts aux vols provenant de pays tiers. Ces aéroports sont alors définis comme des points de passage frontaliers⁸ qui instaurent certaines fonctions de la frontière étatique, telles que le contrôle de l'entrée sur le territoire. D'autre part, le droit des étrangers mobilise ce qu'il est coutume de nommer une fiction de non-entrée⁹. En vertu de cette fiction, les personnes qui arrivent en France par une frontière extérieure sont traitées par le droit *comme si* elles n'étaient pas encore entrées sur le territoire. Les personnes qui atterrissent à Paris-Charles-de-Gaulle sont bien sur le territoire français, mais elles sont considérées selon le régime de l'admission, comme si elles étaient aux portes du territoire, et non en son cœur. Au fond, la fiction de non-entrée procède à une extension dans l'espace et dans le temps du franchissement frontalier, c'est-à-dire du moment où un individu est en train de traverser la frontière. Ainsi, la fugacité du franchissement d'une ligne ou d'un point fait place à l'épaisseur spatio-temporelle d'un espace frontalier au sein duquel se déploie un droit spécial. C'est sur cette fiction que se fondent les procédures de renvois expéditifs aux frontières extérieures de la France.

2. L'assemblage ad hoc d'un régime de non-admission : l'usage de la fiction sur le terrain (2015-2018)

5 - La fiction de non-entrée et le régime de l'admission sont ordinairement réservés aux frontières extérieures en vertu du droit de l'UE et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda). Pourtant, lorsque la France a rétabli ses contrôles aux frontières intérieures en 2015, elle a immédiatement décidé de notifier des refus d'entrée aux personnes interpellées dans les trains, mais aussi dans les environs de la ligne frontalière, et de procéder à des renvois immédiats dans une forme d'assemblage *ad hoc* des normes existantes. Tout en élaborant un régime juridique *sui generis*, en dehors des voies ordinaires de production du droit, les autorités ont en même temps produit de l'indétermination. Pour l'exemplifier, prenons le cas du jour franc et de la demande d'asile.

6 - Entre 2015 et 2018, l'immédiateté des renvois entraine en tension avec l'obligation de respecter le jour franc, accordant

24 heures à la personne non-admise avant d'être renvoyée vers le pays de transit ou d'origine si celle-ci le demandait, notamment pour lui permettre de contacter un conseil. Le jour franc était alors prévu par l'article L. 213-2 du Ceseda dans sa version contemporaine aux pratiques initiales¹⁰. Cependant, le rapport des visites du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) au poste-frontière de Menton à l'été 2017 et l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), signalaient que le jour franc n'était pas respecté à la frontière franco-italienne¹¹. Interrogée par les enquêteurs de la CNCDH, la police aux frontières (PAF) a répondu que « les dispositions du code frontières Schengen ne s'appliquent pas aux points de passage autorisés car il ne s'agit pas d'une frontière extérieure¹² ». Une position similaire, plus précise, est adoptée par la direction départementale de la PAF face aux questions du CGLPL :

Dans le cadre du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, qui ne permet pas l'application des dispositions relatives à la zone d'attente et donc pas de privation de liberté, le jour franc ne peut être mis en œuvre et n'a donc pas vocation à s'appliquer. En outre, les personnes qui font l'objet d'une décision de refus d'entrée sont considérées comme n'étant pas rentrées [sic] sur le territoire français, auquel cas les dispositions du Ceseda et notamment les articles L. 221-1, L. 741-1 et L. 742-1 ne leur sont pas applicables¹³.

7 - L'article L. 221-1 disposait du placement en zone d'attente, y compris pour le demandeur de protection ayant fait une demande d'entrée sur le territoire au titre de l'asile tandis que les articles L. 741-1 et L. 742-1 encadrent l'enregistrement de la demande d'asile sur le territoire. Ce discours se retrouve également dans les argumentations de la préfecture lorsqu'elle est en défense d'une requête devant les tribunaux administratifs. C'est le cas dans une affaire du 23 février 2018 devant le tribunal administratif de Nice, concernant le refoulement de 19 mineurs. Le préfet soutient que l'entrée peut être refusée à une frontière intérieure, ce qui suppose que l'article L. 213-1 du Ceseda de l'époque, prévoyant le refus d'entrée, s'applique. Mais, selon lui, les formalités du refus d'entrée prévues à l'article L. 213-2 – c'est-à-dire, qu'il fasse l'objet d'une décision écrite et motivée mentionnant les droits des personnes – ne sont, elles, pas applicables, car « nous ne sommes pas sur une frontière extérieure¹⁴ ». Il ajoute « qu'une décision de refus d'entrée sur le territoire est une décision unilatérale exécutoire qui crée la situation de non-admission¹⁵ ». L'on voit poindre dans ce discours l'enjeu de la mise en place d'un régime dérogatoire et le fonctionnement de la fiction de non-entrée. Si ni le code frontières Schengen ni les dispositions du Ceseda ne sont applicables, quel régime juridique les agents de la PAF mettent-ils en œuvre à la frontière franco-italienne ?

8 - Sur le fond, ces affirmations sont en partie incorrectes. Le CFS est applicable à une frontière intérieure puisque c'est en vertu de son chapitre II que les contrôles y sont mis en œuvre. Mais il est vrai que ce dernier, qui établit en détail les conditions du rétablissement, ne prête pas une grande attention au régime applicable une fois le contrôle rétabli. L'ambiguïté se loge à l'article 32 qui prévoit succinctement que « lorsque le contrôle aux frontières intérieures est réintroduit, les dispositions pertinentes du titre II s'appliquent mutatis mutandis » ; le titre II portant sur les contrôles aux frontières

7. CFS, art. 2, 2.

8. CFS, art. 2, 8.

9. Voir, par exemple, KOBELINSKY Carolina, MAKAREMI Chowra et AGIER Michel (dir.), *Enfermés dehors*, Brissieux, Croquant, 2009, p. 32 ; BASARAN Tugba, *Security, Law and Borders : At the Limits of Liberties*, Oxford, Routledge, 2012, p. 56 ; id., « The Outlawed : Landscapes of Human Rights », in *Deepening Divides : How Territorial Borders and Social Boundaries Delineate Our World*, Pluto Press, 2019 ; SLAMA Serge, « La définition légale de la zone d'attente : mobilité et déterritorialisation de la frontière française », in KADA Nicolas (dir.), *Les discontinuités territoriales et le droit public*, Dalloz, 2020, p. 157 ; RONDINE Francesca, « Between physical and legal borders », *Cahiers de l'EDEM*, 2022, n° 8 ; BRANDL Ulrike, « Mix and Match. Detention, « De-Facto Detention » or just Restrictions of Freedom of Movement in the New Pact », in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 14 octobre 2024, [consulté le 22 juillet 2025]. <https://eumigrationlawblog.eu/mix-and-match-detention-de-facto-detention-or-just-restrictions-of-freedom-of-movement-in-the-new-pact/>.

10. Numération antérieure à la recodification du Ceseda en mai 2021.

11. CGLPL, « Rapport de visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes) – 2^e visite : Contrôle des personnes migrantes à la frontière franco-italienne », 2017, p. 47 ; CNCDH, « Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne », 2018, p. 10.

12. CNCDH, *op. cit.*, p. 10. Les points de passage autorisés sont définis par l'État lorsque celui-ci réintroduit les contrôles à ses frontières intérieures. Ils se distinguent des points de passage frontaliers qui concernent les frontières extérieures.

13. CGLPL, *op. cit.*, p. 48–49.

14. TA Nice, 23 fév. 2018, n°1800702.

15. *Ibid.*

extérieures. Cet article ne génère aucun doute sur l'applicabilité du droit de l'UE en cas de rétablissement, mais il n'en précise pas les modalités. De plus, le contrôle aux frontières extérieures n'est pas exclusivement déterminé par le CFS. En particulier, les zones d'attente sont un régime de privation de liberté associé à une règle devenue européenne (le refus d'entrée), mais réglementée, dans leur forme, par le droit français. Or – c'est la partie correcte du discours – la zone d'attente n'est prévue, en France, qu'aux frontières extérieures.

9 - Entre 2015 et 2018, non seulement la fiction de non-entrée est mobilisée là où elle n'était pas prévue, mais elle est approfondie. Les étrangers interceptés sont réputés comme n'étant pas entrés en France, mais l'absence de zone d'attente est interprétée comme une absence de privation de liberté : la retenue qui peut durer de quelques heures à une nuit entière ne serait donc pas encadrée par le droit. Les demandeurs ne pourraient pas, selon les autorités, procéder à une demande d'asile sur le territoire puisqu'ils n'y sont pas entrés, mais ils ne pourraient pas non plus faire une demande d'entrée au titre de l'asile, puisqu'il n'y a pas de zone d'attente. La PAF et la préfecture en déduisent qu'elles peuvent y exercer leur pouvoir discrétionnaire, en vue de mettre en œuvre le refus d'entrée.

3. La légalisation a posteriori : l'extension de la fiction (2018-2020) –

10 - Ces pratiques irrégulières ont donné lieu à une formalisation législative du mécanisme fictionnel à la frontière intérieure en 2018, selon ce que l'on peut nommer une légalisation a posteriori. Ce terme signale toute production du droit qui émane d'abord du terrain, souvent sous la forme d'un arrangement irrégulier de normes, avant de prendre une forme légale par l'intervention du législateur. La loi du 10 septembre 2018 a en effet supprimé la possibilité du jour franc dans le cas des « refus d'entrée notifiés à Mayotte ou à la frontière terrestre de la France ¹⁶ » et a inséré dans le *Ceseda*, un article L. 213-3-1 ¹⁷ disposant qu'en cas de réintroduction des contrôles, une décision de refus d'entrée peut être prise à l'égard d'un étranger ayant franchi une frontière intérieure terrestre et ayant été « contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et une ligne tracée à 10 kilomètres en deçà ». Ce nouvel article formalise la fiction de non-entrée à la frontière intérieure terrestre et en étend l'application à toute une zone. La fiction s'en trouve renouvelée, car elle s'applique, de manière inédite, sur une étendue conséquente du territoire plutôt qu'à un point de passage comme c'est le cas pour les frontières extérieures.

11 - À la frontière franco-italienne, la loi de 2018 s'est traduite par un double régime spatial de contrôle. Premièrement, la police aux frontières effectue des vérifications frontalières aux points de passage autorisés (PPA) d'une façon similaire à ceux qu'elle met en œuvre dans les aéroports internationaux. Ces PPA sont disséminés sur des points fixes du territoire. Certains sont en Italie, comme c'est le cas du PPA du tunnel du Fréjus. D'autres se situent à quelques mètres de la limite étatique comme l'aubette du col de Montgenèvre qui est à un kilomètre de l'Italie ou encore des postes de Menton : pont Saint-Louis et pont Saint-Ludovic qui sont à moins de 100 mètres de la ligne frontalière. D'autres encore sont plus éloignés sur le territoire comme le carrefour de Sospel qui se situe à environ huit kilomètres de la frontière. Deuxièmement, les contrôles effectués sur toute la bande de 10 kilomètres donnent lieu à des refus d'entrée, c'est-à-dire au même régime que celui appliqué aux points de passage autorisés.

16. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, art. 18 modifiant l'art. L. 213-2 du *Ceseda* (ancienne codification).

17. Ancienne codification.

4. La remise en cause du régime frontalier et les nouvelles pratiques : la réinvention de la norme (2020-2024)

12 - En prévoyant le régime de l'admission sur une bande de 10 kilomètres le long de la frontière intérieure, la réforme de 2018 faisait bien plus qu'appliquer « *mutatis mutandis* ¹⁸ » le régime frontalier extérieur : elle l'étendait sur une partie du territoire dans laquelle il se substituait au régime du séjour, c'est-à-dire à la directive « retour ¹⁹ » en cas de séjour irrégulier. En 2019, dans son arrêt *Arib* ²⁰, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) s'est prononcée sur la question de savoir si la directive « retour » pouvait être écartée dans le cas de l'interpellation d'une personne à proximité immédiate d'une frontière intérieure dont le contrôle est rétabli. Autrement dit, la frontière intérieure doit-elle faire l'objet du régime du séjour ou de l'entrée ? La Cour confirme qu'un ressortissant de pays tiers intercepté sur le territoire d'un État membre à proximité immédiate de l'une de ses frontières intérieures, et ne remplissant pas les conditions lui permettant d'être en situation régulière, doit « être considéré comme séjournant de manière irrégulière sur le territoire dudit État membre ²¹ ». Elle désamorce ainsi la potentielle application d'une fiction selon laquelle cette personne ne serait pas encore entrée. La Cour conclut que l'exception à l'application de la directive « retour » doit être cantonnée aux franchissements irréguliers d'une frontière extérieure ou à l'émission d'un refus d'entrée à cette frontière ²².

13 - Le 27 novembre 2020, le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'arrêt *Arib* en statuant que ce sont les dispositions de la directive « retour » qui doivent être appliquées à « l'étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre ²³ ». Par cette décision, le Conseil d'État écarte l'application d'une fiction de non-entrée dans cette zone de 10 kilomètres. Après la recodification du *Ceseda* en mai 2021, le contenu de l'article L. 213-3-1 est partiellement repris, tronqué de l'extension sur une bande de 10 kilomètres, à l'article L. 332-3 prévoyant que la procédure du refus d'entrée est « également applicable lors de vérifications effectuées à une frontière intérieure en cas de réintroduction temporaire du contrôle ».

14 - Cette révocation de la bande de 10 kilomètres n'a toutefois pas mis fin à la fiction de non-entrée et à l'épaisseur du régime de l'admission à la frontière intérieure. Les autorités se sont saisies d'une ambiguïté qui demeurerait à l'issue des décisions de ces deux juridictions. Les juges s'étaient prononcés sur la validité d'un refus d'entrée édicté « à proximité immédiate de la frontière », mais le cas d'une telle décision prise à un point de passage autorisé n'était pas directement tranché. Les autorités considéreraient alors que ces décisions ne portaient que sur la zone de 10 kilomètres et non sur la situation « d'un étranger se présentant à une frontière intérieure ²⁴ » et à qui l'on refuse l'entrée. C'est le cas, selon le ministère de l'Intérieur, d'« un étranger se présentant à un point de passage autorisé et ne remplissant pas les conditions d'entrée [qui] ne peut être considéré comme étant entré sur le territoire et a *fortiori*

18. Selon le terme de l'article 32 du CFS.

19. Directive (UE) 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348.

20. CJUE, Arrêt du 19 mars 2019, *Préfet des Pyrénées orientales c. Abdelaziz Arib*, C-444/17.

21. *Idem*, pt. 38.

22. *Idem*, pt. 59 et 69.

23. CE, 27 nov. 2020, n° 428178, cons. 4.

24. Mémoire en défense du 6 avril 2021 dans les requêtes n° 450879 et 450987 présentées devant le Conseil d'État, p. 11.

comme étant présent sur ce territoire²⁵ ». Or il s'avère que la police aux frontières réalise ses opérations selon une appréhension extensive de ce que constitue un franchissement de frontière à un point de passage autorisé. En effet, la liste des points de passage autorisés que le gouvernement français a notifiée à la Commission européenne montre que ceux-ci ne sont pas précisément déterminés. Par exemple, le point de passage de Sospel, qui se trouve à la sortie de la vallée de la Roya et à huit kilomètres de la frontière, est décrit par la formule « Sospel Carrefour Saint Gervais²⁶ » et celui de Montgenèvre par « col de Montgenèvre ». Cette absence de délimitation produit une marge d'appréciation dont l'administration peut se saisir. Dans sa décision-cadre du 23 avril 2024 sur la frontière franco-italienne, le Défenseur des droits relève et critique abondamment ces imprécisions²⁷. Il révèle en particulier que la fiche de mise à disposition remplie par les agents interpellateurs leur permet de réaliser des contrôles dans la zone frontalière, puis d'identifier un « PPA de rattachement », c'est-à-dire de faire comme si les personnes interceptées sur le territoire l'avaient été directement à un point de passage. Ces personnes sont ainsi soustraites au régime du séjour qui devrait leur être appliqué. La technique consiste ici à s'insérer dans les interstices créés par une situation d'indétermination spatiale pour continuer de mettre en œuvre le régime privilégié, c'est-à-dire, celui qui prévoit de moindres garanties et dispose d'une procédure de renvoi accélérée et facilitée.

5. Une clarification inachevée du régime frontalier : l'aporie de la norme (2024-...)

15 - Plus récemment, deux arrêts de la CJUE et du Conseil d'État ont continué de restreindre le recours au régime de l'admission à la frontière intérieure. Dans son arrêt *ADDE e.a.* du 21 septembre 2023, la CJUE estime que les personnes contrôlées à un point de passage autorisé se trouvant sur le territoire de l'État sont déjà entrées sur ce territoire, récusant ainsi l'usage de la fiction²⁸. À ce titre, elles peuvent faire formellement l'objet d'un refus d'entrée, mais l'État doit appliquer les procédures prévues dans la directive « retour », autrement dit, le régime du séjour. La Cour affirme clairement que l'exception à l'application de la directive « retour » en faveur d'une procédure de non-admission simplifiée n'est valable qu'aux frontières extérieures²⁹. Cette décision semble pleinement neutraliser l'effectivité de la fiction de non-entrée à une frontière

intérieure contrôlée. Dans sa décision du 2 février 2024, le Conseil d'État reprend en substance cette conclusion de la CJUE, tout en précisant le régime applicable aux interceptions du côté français de la frontière. Un refus d'entrée peut ainsi être notifié à la frontière intérieure, mais il doit alors être accompagné d'une décision de remise ou d'éloignement, lesquelles relèvent du séjour et non de l'entrée³⁰. Le juge administratif suggère au législateur d'adopter une réforme prévoyant les modalités de la procédure de remise³¹, laquelle doit encore voir le jour.

16 - Le maintien formel du refus d'entrée demeure mystérieux, voire problématique en ce qu'il produit une incohérence pouvant générer des indéterminations. En effet, non seulement la remise ou l'éloignement sont des mesures distinctes du refus d'entrée, mais elles sont contradictoires, car elles relèvent de trois régimes juridiques non cumulables. Une confusion des régimes est donc susceptible de se maintenir aux frontières intérieures, en dépit des interventions jurisprudentielles. Pour l'heure, les associations continuent de dénoncer des procédures de non-admission irrégulières postérieures à la décision de février 2024. Selon elles, après un « répit » de quelques mois durant lesquels les personnes « exprimant leur souhait de demander l'asile en France étaient admises sur le territoire français³² », les interpellations donnent majoritairement lieu, depuis novembre 2024, à des refoulements en Italie, même en cas de demande d'asile.

Conclusion

17 - En produisant une réalité juridique alternative, la fiction de non-entrée impose un rapport spatio-temporel à l'étranger en mouvement qui prolonge le moment du franchissement de la frontière. L'assemblage juridique *ad hoc*, consistant à mobiliser des normes existantes pour produire un régime spécial qu'elles n'étaient pas censées pouvoir fonder, crée en même temps une indétermination qui complexifie l'accès aux droits. Au-delà des techniques juridiques d'épaississement de la frontière, cet article souligne que cet assemblage provient en grande partie du terrain, ce dont la société civile locale a conscience. Présentant les activités de son association à Briançon, un bénévole explique :

« On s'organise pour prendre les témoignages des gens qui arrivent, pour savoir comment s'est passé le franchissement de la frontière. S'il y a eu des violences, s'ils ont pu demander l'asile. Le droit se fait à la frontière et donc c'est en travaillant sur ce terrain que l'on peut espérer améliorer les choses³³ ».■

25. *Ibid.* Dans sa décision no 450879 du 23 avril 2021, le Conseil d'État a suivi ce raisonnement pour écarter le moyen selon lequel les refus d'entrée donnant lieu au placement en rétention provisoire n'étaient pas valides.

26. Commission européenne, « List of border crossing points after reintroduction of internal border control pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code », novembre 2024.

27. Défenseur des Droits, Décision-cadre 2024-061 du 23 avril 2024 relative au respect des droits des personnes migrantes à la frontière intérieure franco-italienne, 2024, p. 18 s.

28. CJUE, Arrêt du 21 septembre 2023, *ADDE e.a.*, C-143/22, pt. 32.

29. *Idem.*, pt. 36.

30. CE, 2 fév. 2024, n° 450285.

31. *Idem.*, cons. 12.

32. Tous Migrants, « Lettre d'actualités – Octobre et novembre 2024 », sur *Tousmigrants.org*, publié le 21 novembre 2024. Précisons que le vocabulaire de l'admission est ici inapproprié, puisque les personnes interpellées près de la frontière ou dans un PPA territorial doivent avoir accès à la demande d'asile ordinaire. Elles ne sont donc pas admises sur le territoire au titre de l'asile, comme dans un aéroport international, mais bien régularisées le temps de se présenter à la préfecture.

33. Entretien avec un bénévole de l'association Tous Migrants, réalisé le 5 octobre 2019, à Briançon.

8 Le départ forcé des étrangers en situation irrégulière : d'une question à l'autre



Vincent TCHEN,
Professeur de droit public,
Université de Rouen

1 - Assez curieusement, l'éloignement forcé des étrangers séjournant irrégulièrement a longtemps constitué un impensé du droit français. Jusqu'à une date avancée, aucun texte n'encadre en effet les pratiques administratives. À peine entamé par des accords de réadmission (le premier étant signé entre la France et l'Italie en 1904), ce silence normatif confère à l'administration la capacité de refuser la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour et d'en tirer les conséquences. Elle peut ainsi librement soumettre la personne concernée qui ne quitte pas spontanément le territoire français à des contraintes, sans s'exposer au regard du juge. Cette situation peut expliquer le désintérêt historique des juristes pour un champ disciplinaire balisé par des normes restreintes et produisant peu de litiges. Ce dernier constat ne manque pas d'ironie, si l'on considère que les recours relatifs aux obligations de quitter le territoire forment à ce jour plus de la moitié du contentieux administratif d'appel et de première instance.

2 - Le droit du départ forcé des étrangers en situation irrégulière naît en 1980 d'une loi qui norme des pratiques en répondant à une question d'apparence simple : « pourquoi ? » (I). Si la réponse apportée fait à peu près consensus dans l'espace politique, il manque cependant l'essentiel : « comment ? » (II). En ne tranchant pas cette question, le législateur ouvre un cycle de réformes qui ne s'est jamais refermé. Que l'on en juge : seize réformes (de la loi Bonnet du 10 janvier 1980¹ à la loi du 26 janvier 2024² et quinze décisions du Conseil constitutionnel ont proposé des réponses d'une grande complexité qui irriguent aujourd'hui les livres II (éloignement des ressortissants européens), VI (régime administratif), VII (modalités d'exécution), VIII (sanctions) et IX (contentieux) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

1. Pourquoi ?

3 - Depuis le XIX^e siècle, le législateur a construit un droit de l'entrée et du séjour des étrangers par touches successives. Mais il ne s'est intéressé à leur départ que sous un angle strictement sécuritaire : expulser les étrangers menaçant gravement l'ordre public (1849). Pour le reste, le législateur s'est abstenu de construire un régime administratif et contentieux de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et s'est gardé de faire émerger un droit de séjour ou des garanties procédurales. Dans ce contexte, la loi pose une règle unique : le séjour irrégulier est pénalement sanctionné depuis la loi du 24 mai 1834, un principe que confirmeront le décret-loi Daladier du 2 mai 1938 et l'ordonnance du 2 novembre 1945.

4 - Cette atonie législative est éclairante. Elle signale l'idée que l'étranger séjourne dans le cadre d'une bienveillance administrative précaire et révoquable, qui répercute la mission régaliennne de protection du territoire national et de la population qui y réside. L'histoire des flux migratoires à partir de 1850 montre également que l'absence de normes dédiées au départ des étrangers en situation irrégulière pose en pratique peu de problèmes. La France accueille les étrangers et leur délivre un titre pour séjourner, principalement pour travailler. Mais elle ne les éloigne que par séquences limitées (à la fin du XIX^e siècle, 1914, 1938-1940).

5 - Précisément, un cycle d'éloignement s'ouvre au milieu des années 1970, et l'état du droit applicable aux étrangers concernés heurte désormais des juristes et des associations qui en dénoncent les termes. En 1975, le Conseil d'État constate tout d'abord que la procédure d'expulsion des étrangers qui menacent l'ordre public ne peut pas être mobilisée pour éloigner une personne qui séjourne irrégulièrement³. Un second arrêt aura plus de retentissement⁴. Ce dernier dénonce en effet des pratiques occultes en vigueur depuis le XIX^e siècle (l'assignation d'étrangers en instance d'éloignement forcé sur « ordre provisoire du gouvernement » dans des camps fermés dépourvus d'existence juridique), ainsi que des procédures d'exécution forcée qui ne peuvent être justifiées ni par l'urgence, ni par une loi qui autoriserait les préfets à y recourir.

6 - La loi Bonnet du 10 janvier 1980 entend surmonter ces carences. Elle fait naître une police administrative du départ des étrangers en séjour irrégulier, qui repose sur l'idée que le préfet rétablit l'ordre public en mettant fin à une violation des lois sur le séjour des étrangers. Sur cette base, le législateur définit un régime de « reconduite à la frontière » (l'expression entre à cette date dans le langage juridique) reposant sur des motifs de départ et l'intègre dans le dispositif d'expulsion (un choix qui perdure jusqu'à la réforme du 9 septembre 1986⁵).

7 - L'économie de cette organisation a survécu aux réformes qui se succèdent entre 1980 et 2024, sous quelques réserves⁶. Des motifs d'éloignement ont ainsi été ajoutés (cinq en 1980 ; huit à ce jour). Un changement de terminologie intervient également en 2006. Le terme d'« obligation de quitter le territoire » est consacré pour signaler une contrainte radicale. Il est en effet mis fin au méca-

3. CE, 3 février 1975, n° 94108, *Pardov*.

4. CE, ass., 7 juillet 1978, no 10830, *Syndicat des Avocats de France*.

5. Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

6. Pour approfondir cette question : HELMLINGER Laurence, « L'obligation de quitter le territoire. Vrais enjeux et faux-semblants », *AJDA*, 2008, n° 20, p. 1082 ; KLÖTGEN Paul, « Qu'est-ce qu'une obligation de quitter le territoire ? », *Recueil Dalloz*, 2011, n° 28, p. 1922 ; MANCIAUX Hélène, *La mesure de reconduite à la frontière : étude d'un imbroglio juridique*, Thèse de doctorat en droit (dir. VERPEAUX Michel), Université de Dijon, 2002 ; TCHEN Vincent, « Droit des étrangers », *LexisNexis*, 2024, p. 995-1207 et « Les tribulations du dispositif d'éloignement forcé des étrangers en situation irrégulière (1980-2014) », *Rev. Justice actualités*, 2014, n° 9.

1. Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite Bonnet relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national de l'immigration.

2. Loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

nisme d'« invitation à quitter le territoire » qui incitait les étrangers à partir spontanément.

8 - Pour en résumer brièvement les termes, le dispositif actuel d'obligation de quitter le territoire s'applique à tout ressortissant majeur d'un État tiers à l'Union européenne, que son séjour soit organisé par un traité ou par le Cesda. Les articles L. 611-1 et L. 611-2 de ce code formulent huit motifs de départ qui dessinent les contours du séjour irrégulier (maintien au-delà de la durée d'un visa, refus de délivrance, de renouvellement ou de retrait d'un titre, rejet d'une demande d'asile, travail sans autorisation).

9 - Depuis la loi du 24 août 1993⁷, cette unité est mise à mal par un motif visant le comportement de l'étranger qui, résidant irrégulièrement depuis moins de trois mois, constitue une « menace pour l'ordre public ». Des motifs spécifiques d'obligation de quitter le territoire sont par ailleurs opposables aux ressortissants de l'Union européenne qui ne justifient plus d'un droit de séjour, dont le comportement constitue « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave à l'encontre d'un intérêt fondamental de la société » ou qui commettent un « abus de droit⁸ ».

2. Comment ?

10 - Le législateur consacre en 1980 des motifs de départ, sans détailler un régime administratif d'exécution et un mécanisme de contrôle. Il appartiendra aux législateurs ultérieurs de dire comment mettre en œuvre la procédure d'éloignement.

11 - En 1980, de sérieux doutes entourent l'autonomie de cette procédure (qui est dans un premier temps rattachée au dispositif d'expulsion) et son régime : une mesure d'éloignement s'analyse-t-elle comme un acte de police administrative (une qualification admise en 1980 et entérinée depuis 1990), une peine complémentaire aux sanctions du séjour irrégulier prononcée par le juge pénal (une option retenue entre 1981 et 1986) ou une décision hybride pour éviter que le préfet puisse à la fois refuser le séjour d'un étranger et en tirer les conséquences (un choix sans lendemain retenu en 1989) ? Derrière ces options, se profilent des conceptions partisans qui se focalisent sur la méfiance qu'inspire alors la justice administrative, suspectée de proximité avec l'administration préfectorale.

12 - C'est dans ce contexte que le gouvernement de Michel Rocard fait adopter en 1989 un modèle original qui distingue la décision de départ (prononcée par le préfet après avoir acté l'irrégularité du séjour, sous le contrôle du juge administratif) et sa mise à exécution (placée sous le regard du juge civil). Le Conseil constitutionnel invalidera cette procédure jugée contraire au « principe fondamental reconnu par les lois de la République » selon lequel les décisions prises dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique relèvent de la compétence du juge administratif⁹.

13 - Adoptée quelques mois plus tard, la loi *Joxe* du 10 janvier 1990¹⁰ consacre un dispositif d'éloignement des étrangers en situation irrégulière qui ancre les pratiques dans un registre de

police administrative intégrale : le préfet prononce un refus de séjour et assure l'éloignement de l'étranger concerné sous le contrôle du juge administratif. Ce dernier dispose donc d'un monopole de compétence entamé en 2016. Depuis cette date, l'arrêté préfectoral de rétention administrative qui peut assortir une obligation de quitter le territoire est contrôlé par un magistrat judiciaire du siège.

14 - Sous cette dernière réserve, le dispositif a conservé son équilibre initial en dépit d'aménagements ponctuels. Le plus emblématique intervient avec la réforme du 16 juin 2011¹¹ qui, pour se conformer aux exigences de la directive européenne « retour » du 16 décembre 2008¹², introduit le principe d'une interdiction de retour et garantit à l'étranger le bénéfice par principe d'un retour volontaire dans le mois. La loi réserve les hypothèses de départ sans délai et sous contrainte aux risques de fuite avérés et de menace pour l'ordre public. La réforme du 26 janvier 2024¹³ mérite également une attention particulière. Elle intègre dans le Cesda un livre IX dédié aux trois procédures contentieuses (douze jusqu'alors) selon que l'étranger fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire avec délai d'exécution volontaire, d'une assignation à résidence ou d'un placement en rétention.

15 - Presque 50 ans après avoir été consacrée par la loi, la police administrative du départ des étrangers en séjour irrégulier a mis à jour l'impuissance publique de l'administration. Les raisons de ce désastre humain, contentieux et financier tiennent principalement à l'entêtement des pouvoirs publics qui ont invariablement souhaité assortir chaque refus de séjour d'une obligation de quitter le territoire et soumettre la procédure à un régime d'urgence et de dérogation sans imposer un contrôle préalable de la capacité de l'administration à exécuter effectivement la mesure d'éloignement.

16 - Or, précisément, cette capacité fait souvent défaut pour des raisons connues de longue date (refus de collaboration des autorités du pays de renvoi, obstruction de l'étranger concerné, annulation contentieuse, etc.). Rendu public en janvier 2024, le rapport de la Cour des comptes consacré à la politique de lutte contre l'immigration irrégulière avait relevé qu'« en 2022, les préfetures et juridictions françaises ont prononcé 153 042 mesures d'éloignement [...] pour 15 400 éloignements ou départs volontaires, soit 10 % des mesures prononcées¹⁴ ». Ces chiffres nous enseignent que la définition des motifs d'une action publique (« pourquoi ») et d'un régime procédural (« comment ») ne vaut rien sans une réflexion poussée sur la capacité de l'administration à exécuter effectivement les actes induits par cette action.■

7. Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

8. Cesda, art. L. 251-1.

9. Cons. const., 28 juillet 1989, décision n° 89-261 DC.

10. Loi n° 90-34 du 10 janvier 1990 modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

11. Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

12. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

13. Préc. cit., note n° 2.

14. Cour des comptes, « La politique de lutte contre l'immigration irrégulière », Rapport public thématique, Janvier 2024, p. 95.

Chapitre III

Droit d'asile



9 L'Ofpra et l'Histoire de l'administration de l'asile



Aline ANGOUSTURES,

Historienne, chercheur associé ISP, Fellow ICM, cheffe du service Archives et histoire, Office français de protection des réfugiés et apatrides (Ofpra) (jusqu'au 1^{er} septembre 2025, date de son départ en retraite)

1 - Pour aborder l'histoire du droit d'asile en France, nous avons choisi de nous concentrer sur celle de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (Ofpra). Cet angle d'approche, qui est celui des travaux menés dans le cadre du Comité d'histoire de l'Office sur l'administration de l'asile¹, présente à nos yeux plusieurs avantages : il permet de prendre du champ vis-à-vis des histoires « par le haut » des politiques d'asile ou des déclarations, qu'il s'agisse de celles des responsables politiques ou des citoyens relayées par les médias, et, plus récemment, les réseaux sociaux ; il permet de voir de l'intérieur, dans la ligne des travaux sur le « guichet² », et par la pratique, comment a évolué le droit d'asile ; il permet d'incarner un groupe méconnu, celui des acteurs administratifs de l'asile.

2 - Le statut international de réfugié a évolué en deux temps principaux : la création, au sein de la Société des Nations (SDN), à partir de 1921, par voie d'arrangements puis de conventions, d'un certificat d'identité et titre de voyage (« passeport Nansen³ ») destiné à des groupes nationaux ayant perdu la protection de leur État, principalement les Russes, exilés à la suite de la révolution bolchévique et de la guerre civile qui l'a suivie, privés de leur nationalité par décret⁴, puis des réfugiés arméniens, rescapés du génocide et des déportations en Turquie, privés de tous leurs droits par le Traité de Lausanne⁵ ; l'émergence d'un statut « universel » au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec une définition et une éligibilité individuelle du réfugié, au sein de nouveaux organismes interalliés et internationaux. En France, en dehors de la période du régime de Vichy, ce sont d'anciennes instances consulaires transformées en offices nationaux de réfugiés reconnus par circulaire du ministère des Affaires étrangères qui exercent la protection des réfugiés pour les instances internationales durant toute cette période.

1. L'Ofpra, une nouveauté paradoxale —

3 - La loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile⁶ crée l'Ofpra, un établissement public administratif autonome chargé de la

protection des réfugiés et apatrides, sous tutelle administrative et financière du ministère des Affaires étrangères. Trois ruptures avec le passé doivent être soulignées : le choix d'un organisme français et non d'une organisation internationale, en l'occurrence le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) créé en 1950 ; la séparation de l'aide sociale et de la protection administrative, avec l'octroi de l'Aide sociale aux réfugiés au Service social d'aide aux émigrants (SSAE) ; enfin la mission principale de l'Ofpra, qui est d'appliquer la nouvelle Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 (Convention de Genève).

4 - Ces ruptures coexistent avec d'importantes continuités. La création de l'Ofpra qui met fin au système international de prise en charge des réfugiés en France a été analysée par Gérard Noiriel⁷ comme le résultat d'une décision unanime des grands ministères dans le but de faire barrage à tout nouvel afflux, mais, comme l'a montré Karen Akoka ultérieurement⁸, la substitution d'une organisation étatique à un système composé d'organisations internationales ou quasi consulaires ne doit pas être uniquement lue comme le signe d'une volonté de contrôle, et encore moins d'endiguement des flux. La création de l'Ofpra est également promue comme un moyen de favoriser l'intégration des réfugiés : l'Ofpra est une institution à forte composante internationale, sous tutelle du Quai d'Orsay comme ses prédécesseurs, dont les 74 agents, pour la plupart étrangers et réfugiés, viennent des anciens offices ou des organisations internationales de l'immédiat après-guerre. La spécialisation nationale, très forte, est incarnée par les sections qui reproduisent les offices d'avant 1951 dans lesquels des réfugiés protègent des compatriotes. L'établissement est dirigé par un conseil d'administration dans lequel siège le HCR, et un directeur qui est un ancien diplomate⁹.

5 - La grande continuité de l'époque est aussi dans la priorité accordée à la protection sur l'éligibilité. L'éligibilité, qui est la reconnaissance ou non de la qualité de réfugié, et la protection, qui est l'établissement, pour le réfugié, des documents lui permettant de vivre dans le pays d'accueil, différenciées au lendemain de la guerre, sont mêlées à l'Ofpra avec des agents dont le corps d'appartenance unique est celui d'officier de protection¹⁰. La protection est une mission centrale de l'Office qui doit, en application de l'article 1, A., 1) de la Convention de Genève, poursuivre celle des réfugiés reconnus au titre des anciens arrangements et conventions.

1. ANGOUSTURES Aline, KEVONIAN Dzovinar et MOURADIAN Claire (dir.), *Réfugiés et apatrides. Administrer l'asile (1920-1960)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2017 ; AMAR Marianne, ANGOUSTURES Aline, KEVONIAN Dzovinar et al. (dir.), *Entre décolonisation et guerre froide. Administrer l'asile (1960-1990)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2024.
2. LIPSKY Michael, *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, Russell Sage Foundation, 1980.
3. Le passeport porte le nom de Fridtjof NANSEN, explorateur et diplomate norvégien, premier Haut-commissaire aux réfugiés russes en 1921.
4. GOUSSEFF Catherine, *L'exil russe 1920-1939. La fabrique du réfugié apatride*, Paris, CNRS, 2008.
5. KEVONIAN Dzovinar, *Réfugiés et diplomatie humanitaire : les acteurs européens et la scène proche-orientale pendant l'entre-deux-guerres*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2004 ; KUNTH Anouche, *Au bord de l'effacement. Sur les pas d'exilés arméniens dans l'entre-deux-guerres*, Paris, La Découverte, 2023.
6. Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

7. NOIRIEL Gérard, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993)*, Paris, Calmann-Lévy, 1991 ; NOIRIEL Gérard, *Réfugiés et sans papiers : la République face au droit d'asile, XIXe-XXe siècle*, Paris, Hachette Littérature, 1991, p. 144.
8. AKOKA Karen, *L'asile et l'exil, une histoire de la distinction réfugiés/migrants*, Paris, La Découverte, 2020 ; AKOKA Karen, « La création de l'Ofpra entre l'acteur et le champ » in ANGOUSTURES Aline et al., *op. cit.*, 2017.
9. Jean Lescuyer, ancien ambassadeur de France au Mexique et en Turquie, fut le premier directeur de l'Ofpra de septembre 1952 à octobre 1954.
10. Le titre est en effet hérité des agents de l'Organisation internationale pour les réfugiés (OIR, 1946-1951) : *Eligibility officer* et *Protection officer*.

L'institution a ainsi 350 000 réfugiés sous sa protection à l'ouverture de ses portes en septembre 1952 et conduit des activités de délivrance des pièces d'état civil et autres documents de type consulaire pour les réfugiés, ce qui reste une grande originalité de la France et a permis de considérer l'Office comme un « grand consulat » des réfugiés¹¹.

6 - La Convention de Genève elle-même est un héritage direct de la Seconde Guerre mondiale et de la période 1945-1951. Adoptée dans un monde colonial, elle a une visée réparatrice des effets de la guerre, comme le montre la définition des nouveaux réfugiés contenue dans l'article 1, A., 2)¹², directement inspirée des textes de l'immédiat après-guerre, qui prévoit que les craintes fondant la reconnaissance de la qualité de réfugié ne peuvent être provoquées que par des événements survenus avant sa signature. Deux conséquences majeures de la guerre, dont les effets se prolongent après 1945, sont au cœur du futur statut des réfugiés : la Shoah, qui met en lumière les effets dramatiques de l'absence de protection des juifs et le « partage de l'Europe » entre les vainqueurs, c'est-à-dire l'abandon de l'est de l'Europe à l'influence soviétique actée par les accords de Potsdam et Yalta.

7 - Ce caractère réparateur peut expliquer en partie que l'Ofpra est une organisation fragile, marginale dans l'administration française. Cette fragilité peut être mise en relation avec celle du HCR, conçu pour être temporaire. Le statut est tourné vers le passé et de plus, la France, en ratifiant la Convention, l'a explicitement limitée aux réfugiés provenant d'Europe, comme le permettait le texte. Les seules ouvertures à d'autres continents de provenance et d'autres dates de déclenchement des événements à l'origine des craintes sont contenues dans la loi créant l'Ofpra, qui doit protéger les apatrides, deux ans avant l'adoption et huit ans avant la ratification par la France de la Convention relative au statut des apatrides, et les réfugiés protégés par le mandat du HCR. Ce dernier fondement de protection sera appliqué, mais dans des proportions et conditions plus contraintes¹³.

8 - Pendant vingt ans l'Ofpra conduit ses deux missions dans le cadre de sections nationales, complétées par une section dite du Haut-commissaire et une section des apatrides qui effectuent tout le travail concernant les réfugiés : l'accueil, l'éligibilité et la protection. Dans ces sections, on parle et on correspond dans la langue des réfugiés et demandeurs d'asile. Les officiers de protection sont secondés par des secrétaires spécialistes et tous ces agents sont des contractuels. Les réfugiés sont les experts de cet établissement,

avec, en complément indispensable, les informations en provenance du Quai d'Orsay et le travail doctrinal¹⁴.

9 - Une continuité forte est celle de l'éligibilité individuelle héritée de l'Organisation internationale pour les réfugiés (OIR). Les formulaires de l'Office, base du dossier de demande de protection, sont calqués sur ceux de l'OIR et les méthodes qui se mettent en place sont une tension entre les anciennes éligibilités de groupe de l'époque Nansen et les nouvelles méthodes de l'après-guerre, condition pour les États d'une définition plus « universelle » du réfugié. Un groupe de réfugiés permet de l'illustrer : les Espagnols, première population de réfugiés protégée par l'Ofpra durant la période (140 000 personnes) aux côtés des réfugiés de l'est de l'Europe¹⁵.

10 - Les principes juridiques et la jurisprudence dégagée par la Commission des recours des réfugiés (CRR) permettent aussi de juger du cadre conceptuel du statut de réfugié¹⁶. Tout d'abord, dans la ligne des cadres d'interprétations de la convention de Genève, les craintes de persécution doivent être personnelles et sont liées à l'action des autorités publiques, en référence aux États totalitaires des années de guerre.

2. 1971-1989 : face à la mondialisation et à l'actualité

11 - Les décolonisations ont permis la création de nouveaux États souverains qui militent pour la levée des restrictions géographiques et temporelles de la convention de Genève. C'est chose faite avec la signature de la Convention de New York ou de Bellagio de 1967¹⁷, ratifiée par la France le 9 avril 1971. On peut alors parler d'une mondialisation et d'une synchronisation du système de l'asile avec l'actualité. Cette période est aussi celle de la crise pétrolière, déclenchée en 1973. En conséquence, des mesures de restriction de l'immigration de travail sont adoptées dans toute l'Europe. En France, le 3 juillet 1974, le Conseil des ministres annonce une suspension officielle de l'immigration.

12 - La demande d'asile connaît, à partir du milieu des années 1970, une augmentation en nombre jusqu'en 1988, année pendant laquelle 34 352 demandes sont déposées à l'Ofpra¹⁸. L'année suivante marque une nouvelle rupture, puisque la demande double en un an, pour atteindre en 1989 un nombre record de 61 422 demandes d'asile, nombre que l'Ofpra ne connaît à nouveau que 27 ans plus tard, lors de la crise des réfugiés de 2015¹⁹.

13 - Les demandes se diversifient en termes de provenance et de motifs de demande de protection. Les premières demandes extra-européennes sont celles des Chiliens, et plus largement des ressortissants de pays d'Amérique latine après le coup d'État de Pinochet en 1973 et la répression qui lui fait suite. Ces crises suscitent de forts mouvements de solidarité qui se manifestent en particulier par une première protection dans l'Ambassade de France pour les Chiliens²⁰. Le second groupe est celui des réfugiés du Sud-Est asiatique après la chute de Saïgon qui met fin à la guerre du Vietnam en 1975 et l'installation de dictatures communistes au Cambodge et au Laos. Ces exilés, dont le total est estimé à 3 millions par le

11. AKOKA Karen, « La création de l'Ofpra entre l'acteur et le champ » in ANGOUSTURES Aline *et al.*, *op. cit.*, 2017 : « L'exposé des motifs du premier projet de loi sur la création de l'Ofpra (novembre 1950) rédigé en dehors de toute stratégie de compromis (contrairement à celui de juillet 1952) décrit l'organisme simplement comme « un établissement public doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière chargé d'assurer dans la métropole une protection quasi consulaire ». Le choix d'une institution étatique y est justifié par la nécessité de « créer un organe qui aurait en quelque sorte les attributions d'un grand consulat général de France ».

12. L'article 1 A. 2) dispose : « Aux fins de la présente convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne [...] (2) Qui, par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et 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 [...] B. (1) Aux fins de la présente convention les mots « événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 » figurant à l'article 1, section A, pourront être compris dans le sens de soit a) « événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 en Europe » ; soit b) « événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 en Europe ou ailleurs [...] ».

13. ZWARTHOED Danielle, « L'Ofpra et les réfugiés des décolonisations (1956-1971) » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024 ; ANGOUSTURES Aline, « Les réfugiés grecs dans les archives de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides » in GIRARD Maximilien et BÉCHU Claire (dir.), *La France et la Grèce au XX^e siècle : des archives à l'histoire*, Athènes, École française d'Athènes, 2021.

14. TIBERGHEN Frédéric, « Dynamiques de la pratique et enjeux institutionnels : la mise en place des cadres juridiques et administratifs de l'Ofpra (1952-1953) » in ANGOUSTURES Aline *et al.*, *op. cit.*, 2017.

15. ANGOUSTURES Aline, « Une guerre qui ne finit pas... » in ANGOUSTURES Aline *et al.*, *op. cit.*, 2017 ; ANGOUSTURES Aline, *40 ans d'exil. La Retirada et la protection des réfugiés espagnols par l'Ofpra (1939-1979)*, Ofpra, 2019.

16. TIBERGHEN Frédéric, *La protection des réfugiés en France*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

17. Protocole relatif au statut des réfugiés (dit de Bellagio) signé à New York le 31 janvier 1967.

18. EMERIAU Mathilde, « La demande d'asile à l'Ofpra de 1960 à 1989 » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

19. *Ibid.*

20. MENDELSON Jean, « Des diplomates face à l'urgence au Chili » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

HCR²¹, bénéficient de la première grande action de réinstallation de la période, organisée avec le HCR. Dès le mois de mai 1975, la France engage au plus haut niveau une politique d'accueil volontariste et accueille près de 130 000 réfugiés du Sud-Est asiatique entre 1975 et 1990, dont 90 à 100 % des dossiers de demande d'asile sont acceptés²².

14 - La fin des années 1970 et les années 1980 sont celles d'une très grande diversification, notamment avec les demandes turques, zaïroises²³ et sri lankaises. Le doublement de la demande entre 1988 et 1989 est le fait, en grande partie, de l'augmentation soudaine des demandes turque et africaine. Sur la période, l'Ofpra passe donc d'un système de demande homogène où la majorité des demandes proviennent d'une seule origine, à un système de demandes hétérogènes à partir de 1980, où de multiples pays composent 50 % de la demande²⁴.

15 - L'institution entre dans une crise profonde due à l'inadaptation de ses moyens aux nouvelles demandes. Le premier effet est l'augmentation du délai moyen entre le dépôt et la date de décision qui passe de deux mois en moyenne dans les années 1960 à quatre mois dans les années 1970, et à presque onze mois dans les années 1980. Le deuxième effet est la baisse du taux d'accord qui passe de presque 100 % jusqu'au milieu des années 1970 environ à 30 % en 1989²⁵.

16 - Les directeurs de l'Ofpra²⁶, et avec eux de nombreux responsables politiques font valoir un détournement du droit d'asile qui tend à remplacer la migration de travail désormais bloquée. Le marché du travail français à cette époque est en effet perméable²⁷ et la politique migratoire française, qui a longtemps été fondée sur une approche de « laissez-faire » consistant à ne pas réguler les entrées irrégulières pour pallier le manque de main-d'œuvre²⁸ semble devoir changer. Des chercheurs évoquent un durcissement des conditions de reconnaissance du statut lié au racisme et aux réflexes néo coloniaux²⁹. On oppose les taux d'accord des ressortissants du Sud-Est asiatique à ceux des Zaïrois pour montrer que l'anticommunisme justifie la bienveillance que l'on refuse aux Africains en raison de leur origine³⁰. L'importance des enjeux d'alliances et diplomatiques ne peut être niée, mais la comparaison des taux d'accord d'une réinstallation sur quota et de ceux d'une demande spontanée manque de rigueur. De plus, le taux d'accord des Chiliens indique une tout autre orientation idéologique, comme celui des Espagnols dans les premières décennies et celui des dissidents soviétiques nuancent l'analyse³¹. Les taux d'accord de l'Ofpra diffèrent sensiblement suivant les pays de provenance et, par exemple, élément qui se rattache aux questions diplomatiques et politiques, le nombre des rejets opposés aux demandeurs de Guinée Conakry est plus faible que pour d'autres

nationalités³². Les travaux sur les sources de l'administration de l'asile, centrés sur une analyse micro, permettent aussi de souligner l'impact d'importantes fraudes dans la demande zaïroise sur le niveau de suspicion des agents de l'Ofpra³³ et la baisse du taux d'accord dans la division Afrique. Ces fraudes provoquent aussi trois inspections de l'Office en 1982 afin d'identifier les réformes qui permettraient de reprendre le contrôle. Les différentes options élaborées par la Délégation interministérielle aux réfugiés entre 1983 et 1986 sous la houlette de Daniel Fabre n'ont cependant pas pu aboutir³⁴.

17 - On peut constater que les administrations de l'asile en France et dans la plupart des pays occidentaux mettent en place des procédures plus strictes dans les années 1970-1980³⁵, tandis que les gouvernements restreignent l'accès à leur territoire pour des raisons économiques³⁶, sécuritaires³⁷, tandis que s'instaure une coordination européenne des frontières et de l'asile avec la signature de l'accord de Schengen en 1985 qui deviendra la Convention de Dublin en 1990³⁸.

18 - En parallèle avec ces politiques d'accès au territoire restrictives et avec l'évolution des taux d'accord, il ne faut pas oublier les premiers signes d'une plus grande libéralité dans l'interprétation de la Convention de Genève. Les instances de l'asile sont traversées par d'importants débats internes sur les moyens de protéger celles qui craignent des persécutions nouvelles fondées sur le genre que l'on observe par exemple en Iran et en Afghanistan. Le motif de l'appartenance à un certain groupe social, jamais utilisé dans la première période, l'est de façon prudente pour les réfugiés du Sud-Est asiatique persécutés en raison de leur classe sociale et est envisagé comme recours pour pallier l'absence du genre comme motif justifiant la protection dans la Convention de Genève. Avec les demandes provenant de pays posant des problématiques tout à fait différentes de celles des pays totalitaires de la veille et du lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les auteurs de persécutions sont de plus en plus souvent autres que les gouvernements et l'arrêt *Dankha* du Conseil d'État du 27 mai 1983 précise que les menaces de persécutions ouvrant droit au statut peuvent provenir de l'État ou être « encouragées ou volontairement tolérées³⁹ » par lui. Les limites juridiques conduisent toujours, comme dans le passé, à des solutions *ad hoc* hors du statut de réfugié. Ainsi, dès l'origine, la guerre civile est exclue comme cause de protection au titre du statut, plus précisément les craintes d'une situation de violence généralisée due à une guerre civile sont hors du champ d'application de la Convention, ainsi que le rappelle encore le HCR en 1979. Dès lors, les exilés de la guerre du Liban seront accueillis en France par le biais de l'asile territorial géré par le ministère de l'Intérieur⁴⁰.

19 - Le directeur de l'Ofpra Jean Brouste démissionne le 27 juin 1988 en raison du refus de lui accorder les moyens nécessaires⁴¹.

21. JOURNOUD Pierre, « Un âge d'or politico-humanitaire ? » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

22. COEURE Sophie, « Dissidents, refuzniks, Arméniens ? » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

23. Le Zaïre est l'ancien nom de la République démocratique du Congo (RDC).

24. EMERIAU Mathilde, *op. cit.*

25. *Ibid.*

26. ANGOUSTURES Aline et DZOVINAR Kévonian, « La source orale et le tournant de l'administration de l'asile dans les années 1980 » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

27. HOLLIFIELD James, « Immigration and Republicanism in France : The Hidden Consensus » in CORNELIUS A. Wayne, MARTIN L. Philip et HOLLIFIELD James (dir.), *Controlling Immigration : A Global Perspective*, 1ère éd., Stanford, Stanford University Press, 1994, p. 147 ; MARFLEET Philip, *Refugees in a Global Era*, Oxford, Macmillan Education Palgrave, 2006, p. 174.

28. LLOYD Catherine, « Anti-Racism, Racism and Asylum-Seekers in France », *Patterns of Prejudice*, 2003, n° 37, p. 331.

29. V. notamment LAURENS Sylvain, *Une politisation feutrée : Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France, 1962-1981*, Belin, 2009 ; VALLUY Jérôme, *Rejet des exilés : Le grand retournement du droit de l'asile*, Bellecombe-en-Bauges, Éditions du Croquant, 2009, p. 22, 188-195 ; KLEUSER Anna, « Diving into the Details » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

30. AKOKA Karen, *op. cit.*, 2020, p. 27.

31. CCEURE Sophie, « Dissidents, refuzniks, Arméniens ? » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

32. BLUM Françoise, « Réfugiés « ordinaires » de Guinée au temps de Sékou Touré (1958-1984) » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

33. KLEUSER Anna, « Diving into the Details » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

34. *Ibid.*

35. V. par exemple POUTRUS G. Patrice, « L'asile dans l'Allemagne d'après-guerre des années 1970 aux années 1990 » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

36. V. notamment les travaux de AKOKA Karen et LEGOUX Luc, *La crise de l'asile politique en France*, Centre français sur la population et le développement, 1995.

37. *Ibid.* V. aussi ÁLVAREZ PEREZ Sara, « L'asile politique en France » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

38. Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée le 15 juin 1990 (dite Convention de Dublin).

39. CE, sect., 27 mai 1983, n° 42074.

40. AMIR Abdulkarim (dir.), *Les réfugiés non statutaires : l'exemple des réfugiés libanais en France. Les réfugiés en France et en Europe*, actes du colloque de l'Ofpra, 11-13 juin 1992, p. 456-466.

41. ANGOUSTURES Aline et DZOVINAR Kévonian, « La source orale et le tournant de l'administration de l'asile dans les années 1980 » in AMAR Marianne *et al.*, *op. cit.*, 2024.

Il est remplacé par François Dopffer le 23 septembre 1988, qui mène une réforme de l'institution qui sera l'un des modèles du « renouveau du service public ⁴² » voulu par le Premier ministre d'alors, Michel Rocard.

3. 1989-2003 : réforme et bouleversement mondial

20 - La réforme engage toutes les lignes de force des décennies qui suivent. Le premier axe est le renforcement des moyens humains et l'amélioration de la situation des agents. Les effectifs sont triplés. Le directeur engage un processus qui permet, en 1991, l'adoption d'un statut de contractuel plus adapté et l'amélioration de sa rémunération. Un projet de titularisation et de création de corps de fonctionnaires, véritable révolution dans une administration avant tout composée de contractuels, aboutit en 1993. Un déménagement permet des locaux plus adaptés et l'Ofpra est informatisé, informatisation qui conduit le nouveau directeur à s'associer à des démographes pour donner la première impulsion à des travaux scientifiques sur l'asile ⁴³.

21 - L'organisation héritée de la spécialisation géographique est profondément modifiée puisque les divisions géographiques sont réorganisées sur un modèle unique et ne gèrent plus l'accueil, qui est désormais général, ni les fichiers tandis que les fonctions quasi consulaires sont confiées à une nouvelle division dite de l'état civil ⁴⁴. Les recrutements ne sont plus orientés vers des réfugiés, mais vers des spécialistes de zones ayant des connaissances linguistiques, géopolitiques ou juridiques. Si auparavant, les officiers de protection et les secrétaires bilingues faisaient l'instruction dans la langue du pays du réfugié, ils sont secondés par une entreprise spécialisée de traduction par le biais d'une convention. Après avoir envisagé de créer un service de documentation rendu nécessaire par la déspecialisation, François Dopffer signe une convention dès la fin de l'année 1988 avec Documentation-réfugiés, le centre de documentation dirigé par Pedro Vianna ⁴⁵. Des conférences d'information sont organisées, ainsi qu'une première mission de recueil d'informations au Sri Lanka en 1994.

22 - La réforme permet de mettre fin au stock de dossiers en souffrance et de réduire le délai de traitement des nouvelles demandes, ramené à six mois. Dans le même temps, le pourcentage de demandeurs entendus en entretien a été accru. L'accélération de la procédure conduit Édith Cresson, nouvelle Première ministre, à abroger la circulaire Fabius de 1985 et lui substituer la circulaire du 26 septembre 1991 ⁴⁶ qui ne donne pas un accès automatique au marché du travail aux demandeurs d'asile. C'est aussi la période de mise en place de l'asile à la frontière par la loi Quilès de juillet

1992 ⁴⁷. Dans le même temps, un accord signé entre l'Ofpra et le SSAE en 1991 permet que soit signalé à ce dernier tout mineur isolé demandant l'asile pour que le service puisse l'aider dans ses difficultés liées à la séparation de sa famille et à sa tutelle légale. À partir de la fin des années 1990, le SSAE contribue à l'organisation du pré accueil et l'accueil des primo-arrivants avec un contact systématique avec le service social dès leur arrivée. Se met alors en place le dispositif des plateformes d'accueil.

23 - La chute du Mur de Berlin le 9 novembre 1989 et la décomposition du bloc soviétique sont un changement total de paradigme pour le système de protection des réfugiés. Les cadres de référence idéologiques semblent s'effacer. Il s'agit aussi d'une phase nouvelle dans l'histoire des conflictualités avec la multiplication des guerres civiles. Parmi les demandes de la période, il faut mentionner celles provoquées par les guerres en ex-Yougoslavie à partir de 1991, et pour la première fois en nombre important, des demandes algériennes dues à la guerre civile (1991-2002). Les demandes algériennes et yougoslaves posent, avec une ampleur nouvelle, des problèmes doctrinaux qui révèlent le changement du monde dans lequel avait été conçue la Convention de Genève. Les solutions *ad hoc* déjà évoquées se poursuivent, par un asile territorial accordé par le ministère de l'Intérieur sur saisine de l'Ofpra pour les ressortissants ex-yougoslaves et algériens ⁴⁸. Une étape essentielle est franchie avec la loi du 11 mai 1998 ⁴⁹ dite « loi Chevènement » ou « RESEDA », inspirée par le rapport de Patrick Weil. Elle consacre la faculté d'accorder l'asile sur deux fondements distincts de la Convention de Genève : l'asile « constitutionnel » et l'asile territorial. En pratique, la délivrance de certificats de réfugié sur le fondement constitutionnel est demeurée marginale, mais cet asile réveille le sens de l'asile libéral du XIX^e siècle. La loi du 11 mai 1998 institue en second lieu l'asile territorial pour « tout étranger, victime de persécution non étatique, ayant établi que sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁵⁰ ».

4. 2003-2015 : nouvelles conflictualités et enjeux européens

24 - En ratifiant le traité d'Amsterdam ⁵¹, les États membres de l'Union européenne se sont engagés à développer une politique commune en matière d'asile et d'immigration. Les points clés du programme législatif de l'Union européenne sont d'harmoniser l'interprétation de la définition du « réfugié » au sens de la Convention de Genève et les formes « subsidiaires » de protection qui tendaient à devenir majoritaires en Europe ⁵². La loi du 10 décembre 2003 relative au droit d'asile met fin à l'asile territorial en faisant de l'Ofpra le « guichet unique » de l'asile et introduit en droit français la « protection subsidiaire », issue des travaux européens.

25 - La protection subsidiaire est notamment accordée par l'Ofpra à toute personne qui ne remplit pas les conditions d'octroi du statut de réfugié, mais qui est exposée dans son pays à des menaces graves dont l'une renvoie directement à la guerre. L'article L512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et

42. Circulaire du 23 février 1989 lançant le programme « renouveau du service public » (RSP) qui définit quatre axes : une politique de relations de travail renouée pour les agents de la fonction publique ; une politique de développement des responsabilités ; un devoir d'évaluation des politiques publiques ; et une politique d'accueil et de service à l'égard des usagers.

43. GREMY Jean-Paul et LEGOUX Luc, « L'exploitation statistique des données administratives : l'exemple de la base informatique de l'OFPPRA », *Hommes & Migrations*, 1993, n° 14-15, p. 43-57 ; GREMY Jean-Paul, « Les demandeurs d'asile en France en 1990 », *Sociétés contemporaines*, 1991, n° 6, p. 127-156.

44. ANGOUSTURES Aline et BAUDOUIN Pascal, « L'Ofpra, histoire d'une administration originale en charge d'une mission essentielle » in BOUCHER Julien, ANGOUSTURES Aline et PÉGLIASCO Sophie (dir.), *Patrie perdue, pays d'asile : l'OFPPRA, 70 ans de protection des réfugiés*, Editions Loubatières, 2022.

45. Documentation-Réfugiés est une association (loi 1901), intitulée Centre interassociatif d'information et de documentation sur le droit d'asile et les réfugiés, et déclarée en préfecture en décembre 1986. Le centre de documentation a commencé à fonctionner en février 1987, d'abord hébergé par France terre d'asile (FTDA) qui lui avait cédé son fonds documentaire et mis à disposition son documentaliste. Le centre Documentation-Réfugiés a fonctionné jusqu'en juin 1995, date de sa fermeture, faute de ressources de fonctionnement suffisantes.

46. Circulaire du 26 septembre 1991 relative à la situation des demandeurs d'asile au regard du marché du travail.

47. ANGOUSTURES Aline et DZOVINAR Kévonian, « Conclusion. Des exils et du contemporain » in AMAR Marianne et al., *op. cit.*, 2024.

48. ANGOUSTURES Aline et BAUDOUIN Pascal, *préc. cit.*

49. Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

50. MAZELLA Sylvie, « Vie et mort du droit d'asile territorial », *Sociétés contemporaines*, 2005, p. 105.

51. Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997 à Amsterdam.

52. BOUTILLET-PAQUET Daphné, « Quelle protection subsidiaire dans l'Union européenne ? », *Hommes et Migrations*, 2002, n°1238, p. 75-87.

du droit d'asile (Ceseda) prévoit que : « s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ». C'est la première protection explicitement prévue pour les personnes correspondant à la définition des réfugiés de guerre. La protection subsidiaire peut aussi être employée, avec l'évolution de la jurisprudence sur l'appartenance à un certain groupe social, pour protéger des personnes menacées en raison de leur genre, de leur orientation sexuelle, les victimes de la traite des êtres humains ou des réseaux de prostitution, des motifs de demande apparus dans les années 2000.

26 - D'autres évolutions majeures doivent être soulignées depuis 2003 qui éloignent définitivement l'organisation de l'Ofpra de celle qui a été la sienne pendant les premières décennies. Une charte de déontologie rompt totalement avec la période des officiers de protection-réfugiés en visant à éliminer tout conflit d'intérêt ou soupçon de partialité liés aux liens entre les officiers de protection et les pays dont ils instruisent la demande ; la mutualisation de l'examen de certaines demandes affaiblit la spécialisation de même que la création d'un portail documentaire « Flora » fondé sur les règles européennes relatives à l'information sur les pays d'origine ; la loi du 29 juillet 2015⁵³ introduit l'enregistrement de l'entretien et l'ouverture au tiers oblige à un interprétariat systématique même si les officiers de protection parlent la langue du demandeur.

27 - Une autre rupture historique est le changement de tutelle administrative et financière de l'Ofpra, exercée depuis 1952 par le ministère des Affaires étrangères qui passe au ministère de l'Intérieur depuis 2010. Historiquement, il s'agit de la suite du Comité interministériel de contrôle de l'immigration en 2005-2006. Parallèlement, l'indépendance fonctionnelle de l'Office est affirmée dans la loi de juillet 2015, et le directeur général nommé par décret du président de la République, sur proposition conjointe du ministre en charge de l'asile et du ministre des Affaires étrangères.

28 - Ces changements sont à la fois dans la continuité d'une préoccupation constante de coordination des acteurs publics, mais ils marquent aussi une priorité accordée aux enjeux migratoires sur les enjeux diplomatiques⁵⁴. Ils peuvent aussi être replacés dans le contexte du milieu des années 2010 marqué par une accentuation des préoccupations sur la protection de l'ordre public, qui fait suite à la campagne d'attentats ayant frappé la France⁵⁵.

29 - L'article L511-7 du Ceseda en vigueur depuis le 26 août 2021 prévoit désormais que « le statut de réfugié est refusé ou il y est mis fin dans les situations suivantes : 1° Il y a des raisons sérieuses de considérer que la présence en France de la personne concernée constitue une menace grave pour la sûreté de l'État ; 2° La personne concernée a été condamnée en dernier ressort en France, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État tiers figurant sur la liste, fixée par décret en Conseil d'État, des États dont la France reconnaît les législations et juridictions pénales au vu de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales soit pour un crime, soit pour un délit constituant un acte de terrorisme ou une apologie publique d'un acte de terrorisme ou puni de dix ans d'emprisonnement, et sa présence constitue une menace grave pour la société française ».

Ces questions d'ordre public sont aussi liées à la place de l'Ofpra, désormais, en lien avec l'institution judiciaire, dans la répression des actes contraires aux droits humains, que ce soit dans le pays d'origine⁵⁶ ou en France.

30 - Malgré l'indéniable nouveauté de ces dispositions, il faut relever qu'elles se placent dans une continuité souvent oubliée. Tant le texte de la Convention de Genève, dans son article 33⁵⁷, que la pratique observée dans les dossiers d'archives montrent que les préoccupations, le refus ou le renvoi pour menace à l'ordre public est ancien.

31 - L'année 2015 est aussi celle de la « crise des réfugiés », que certains préfèrent appeler « crise des migrants » ou « crise de l'asile ». Principalement liée à la guerre en Syrie, elle a conduit à l'arrivée de près d'un million de réfugiés et migrants en Europe, à la multiplication des morts dans les naufrages en Méditerranée et celle des camps informels (Calais et Grande-Synthe en France). Cette crise a été gérée par l'Europe en tentant de mettre en place un mécanisme de solidarité et de réinstallation, mais cela a conduit à de graves crises politiques et à des mesures de renforcement des frontières extérieures et de traitement des demandes à l'extérieur de l'Union européenne.

5. Perspectives et conclusion

32 - La crise de 2015-2016 a provoqué un afflux de demandes à l'Office, avec un pic autour de 2017-2018⁵⁸. L'Ofpra a dû accélérer les procédures, du fait de la mise en place de délais plus stricts, réduction du délai de recours notamment, par la loi de 2018⁵⁹. L'attaque de l'Ukraine par la Russie a amené les pays européens à appliquer pour la première fois en 2022 la directive sur le droit à la « protection temporaire » (DPT) adoptée en 2001⁶⁰ au lendemain du conflit en ex-Yougoslavie, pour prévoir un accueil de courte durée et d'urgence en temps de guerre. Si, dans un premier temps, ce dispositif a eu peu d'impact sur l'Ofpra, les Ukrainiens préférant ce statut temporaire à une procédure d'asile, cela n'est plus vrai depuis. L'Ukraine, avec plus de 11 814 premières demandes en 2024 (sur 130 029 au total), émanant en grande majorité de personnes déjà présentes en France sous le régime de la protection temporaire, est désormais le deuxième pays de provenance des demandeurs d'asile après l'Afghanistan (12 378), suivis de la Guinée (10 327), de la République démocratique du Congo (9 781) et de la Côte d'Ivoire (plus de 8 851)⁶¹.

33 - Les effets de la crise de 2015 ne sont pas terminés. Elle a conduit à l'adoption du Pacte européen sur la migration et l'asile le 14 mai 2024 par le Conseil de l'Union européenne. Il prévoit de traiter une partie des demandes d'asile aux frontières extérieures de l'Union et introduit un mécanisme de solidarité entre États membres en cas d'arrivées massives⁶². Ce paquet législatif propose

section F de l'article 1^{er} de la convention de Genève du 28 juillet 1951, aux 1^{er}, 2^o ou 3^o de l'article L. 512-2 du présent code ou au iii du 2 de l'article 1^{er} de la convention de New York du 28 septembre 1954 ».

57. Art. 33.1 : « Aucun des États 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 politiques. 2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois 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 un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».
58. Rapport d'activité 2024 de l'Ofpra, page 119. V. aussi les bilans publiés par l'Ofpra sur son site et les rapports d'activité, accessibles sur .
59. Loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie promulguée le 10 septembre 2018.
60. 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.
61. Rapport d'activité 2024 de l'Ofpra, page 140. Voir aussi les bilans publiés par l'Ofpra sur son site et les rapports d'activité, accessibles sur data.gouv.
62. GAILLARD Barthélémy, « Que contient le pacte européen sur la migration et l'asile ? » [en ligne], *Toute l'Europe*, 2024, [consulté le 17 juin 2025], [://www.touteleurope.eu/l-ue-dans-le-monde/que-contient-le-pacte-europeen-sur-la-migration-et-l-asile/](http://www.touteleurope.eu/l-ue-dans-le-monde/que-contient-le-pacte-europeen-sur-la-migration-et-l-asile/).

53. Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.

54. AKOKA Karen, *De l'asile à l'exil*, op. cit.

55. Il faut bien évidemment citer la série d'attentats terroristes islamistes menée du 7 au 9 janvier 2015.

56. Ceseda, art. L121-10 : « conformément au second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, le directeur général de l'office transmet au procureur de la République tout renseignement utile ayant conduit au rejet d'une demande d'asile ou d'apatridie motivé par l'une des clauses d'exclusion définies à la

de remédier aux nombreuses failles de la politique d'asile européenne en renforçant les contrôles aux frontières, notamment pour dissuader les volontaires au départ, et en organisant la gestion de l'asile, en particulier lors de situations de crise.

34 - L'extra-territorialisation du droit d'asile par la création de *hotspots* dans des pays hors Union européenne pour traiter les demandes d'asile apparaît contraire à la tradition juridique française et pour pallier ce risque, l'Ofpra réalise, avec l'appui du HCR, des missions de protection au Proche-Orient, en Turquie, au Liban, en Jordanie, et plus récemment en Afrique, au Niger et au Tchad. Ces missions procèdent à des entretiens sur place, et lorsque les personnes concernées arrivent sur le territoire français, elles reçoivent directement la décision de l'Office⁶³. Le Pacte et la nouvelle Agence de l'Union européenne pour l'asile (AUEA) créée en 2022 conduiront à une coopération accrue voire une standardisation ce qui, aux yeux de certains observateurs, peut menacer l'autonomie de l'Ofpra dans sa doctrine et fait craindre une harmonisation par le bas. Cependant le taux d'admission de l'Ofpra, à la hausse, est assez proche de celui de la moyenne de l'Union européenne ces deux dernières années : environ 40 % des demandeurs d'asile ont obtenu une protection au sein de l'Union européenne en première instance ; le taux d'admission global⁶⁴ de l'Ofpra sur les demandes de 2020 est de 41,1%.

63. LAMARQUE Danièle, « Les politiques migratoires en Europe : la gouvernance complexe de politiques régaliennes partagées et mondialisées », *Politiques & management public*, 2019, p. 431-442.

64. Le taux d'accord annuel le plus souvent publié et commenté est une simple proportion de reconnaissance parmi les décisions prises dans l'année. Il ne

35 - Nous avons tenté de relever les ruptures et les constantes dans l'administration de l'asile, car il est nécessaire de relativiser la « nouveauté » dans ce domaine et de mesurer ce que les évolutions doivent à l'accumulation de l'expérience. Les particularités de l'Ofpra sont-elles toujours actives et résisteront-elles à l'euro-péanisation ? Il n'est pas possible de le dire aujourd'hui. Nous nous contenterons de souligner une continuité souvent négligée : si les agents de l'Ofpra ne sont plus des réfugiés, son personnel, comme le notait Johanna Probst dans sa thèse en 2012⁶⁵ a toujours présenté une proportion importante de personnes issues de l'immigration. Depuis, notre observation d'archiviste nous permet de relever que l'établissement compte dans ses agents un nombre significatif d'enfants et petits-enfants de réfugiés. ■

correspond donc pas à un pourcentage de demandeurs se voyant reconnaître une protection du fait de la durée d'instruction des demandes d'asile déposées au fil de l'année. Le taux d'admission calcule le pourcentage d'accords donnés sur une population de demandeurs.

65. Voir PROBST Johanna, *Instruire la demande d'asile : étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française*, thèse de doctorat, sociologie, université de Strasbourg, 2012 : « Le personnel de l'Ofpra a toujours présenté une proportion importante de personnes issues de l'immigration, souvent même (dans la génération des parents) de l'asile politique. Si cette tendance est aujourd'hui moins forte qu'auparavant, l'Ofpra emploie toujours un personnel assez diversifié du point de vue de ses origines, ce qui les oppose aux personnels du BAMF, de formation assez homogène et sans arrière-fond migratoire ». Les spécificités de profil des agents de l'Ofpra continuent donc d'être présentes, avec des parcours croisant les pays d'asile jusqu'à la fin des années 1990.

10 La réforme de la Cour nationale du droit d'asile à la suite de la loi du 26 janvier 2024



Mathieu HÉRON DART †,
Président de la Cour nationale du droit d'asile

1 - La Cour nationale du droit d'asile est une juridiction particulière. Elle vient de connaître une réforme importante à la suite de la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration¹. La Cour a su adapter son organisation tout en conservant ses spécificités.

1. La Cour nationale du droit d'asile est une juridiction très spécifique

2 - La Cour nationale du droit d'asile est une juridiction administrative spécialisée chargée de statuer sur les recours des demandeurs dont la demande d'asile a été rejetée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA).

3 - Elle a succédé à la Commission des recours des réfugiés qui fut créée par la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile² qui créa également l'OFPRA dans le cadre de l'exécution de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés qui avait été adoptée le 28 juillet 1951³. Afin d'apporter des garanties supplémentaires aux réfugiés, la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale créa, par amendement, une commission des recours des réfugiés. Cette commission était chargée de statuer sur les recours formés par les étrangers auxquels l'Office nouvellement créé refusait de reconnaître la qualité de réfugié.

4 - Cette commission tint sa première séance le 30 juillet 1953. Et, dès 1957, le Conseil d'État confirma le caractère juridictionnel de cette instance en jugeant que ses décisions n'étaient susceptibles de d'un pourvoi en cassation.

5 - Cette juridiction a été marquée par des spécificités importantes.

6 - En premier lieu, il s'agissait d'une juridiction spécialisée. Elle ne devait connaître que des décisions refusant la protection internationale. Dans la plupart des autres pays européens, c'est une juridiction administrative de droit commun qui est chargée de juger ce contentieux. Et ces juridictions se prononcent à la fois sur le droit d'asile et sur le droit au séjour des personnes étrangères et, le cas échéant, sur les mesures d'éloignement prises à leur rencontre.

7 - En deuxième lieu, cette juridiction était échevinée. Elle était présidée par un conseiller d'État. Mais elle comprenait deux juges non professionnels dont un représentant du Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés.

8 - En troisième lieu, cette juridiction s'est, dès 1953, appuyée sur des rapporteurs non magistrats chargés de l'instruction des affaires, sans voix délibérative à l'audience.

9 - Enfin, mais cette spécificité a été reconnue plus tardivement par la jurisprudence du Conseil d'État dans une décision de section de 1982, cette juridiction statue en qualité de juge de plein contentieux⁴. Elle ne se contente donc pas d'apprécier la légalité de la décision refusant l'asile. Elle se prononce elle-même sur le droit des intéressés à une protection internationale de la France. Cela implique notamment qu'elle doit apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment la situation géopolitique du pays des demandeurs, à la date à laquelle elle prend sa décision juridictionnelle.

10 - Cette commission des recours des réfugiés devint la Cour nationale du droit d'asile en application de la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile⁵. Afin de mieux affirmer son indépendance juridictionnelle, elle fut rattachée pour sa gestion au Conseil d'État à compter du 1^{er} janvier 2009⁶.

11 - La loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile⁷ modifia l'organisation de la Cour au moment de la mise en œuvre du système européen de l'asile issu de nouvelles directives européennes adoptées en 2011 et 2013⁸. Elle organisa la Cour en sections et en chambres. Elle créa une procédure de jugement à juge unique pour les demandes faisant l'objet d'une procédure accélérée correspondant principalement aux demandes de réexamen après une première décision négative, aux demandes présentées par des demandeurs bénéficiant déjà d'une protection internationale dans un autre État membre de l'Union européenne ou des demandeurs provenant d'un pays d'origine sûr. La loi a fixé un délai de jugement de cinq semaines pour ces affaires au lieu d'un délai de cinq mois pour les affaires en procédure normale.

4. CE, Section, 8 janvier 1982, n° 24948, *Commission de recours des réfugiés*, publié au recueil Lebon.

5. Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

6. Décret n° 2008-1481 du 30 décembre 2008 relatif à la Cour nationale du droit d'asile.

7. Loin n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.

8. Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection ; Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

1. Loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

2. Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

3. Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur le 22 avril 1954), Genève, 189 UNTS 150.

2. La loi du 26 janvier 2024 a représenté une nouvelle étape dans l'organisation de la Cour

12 - La Cour a connu une augmentation très importante de son activité. En une dizaine d'années, le nombre de recours introduits devant la Cour a plus que doublé avec plus de 60 000 recours par an entre 2021 et 2024⁹.

13 - Cette forte activité a posé la question de la centralisation de la Cour et de la maîtrise des délais de jugement. En effet, depuis 1952, la commission des recours des réfugiés puis la Cour nationale du droit d'asile ont toujours été localisées en région parisienne. L'ensemble des requérants devait donc se rendre à Montreuil pour être jugés.

14 - Pour répondre à ces défis, une première loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie¹⁰ a tenté de développer les vidéo-audiences, déjà mises en œuvre entre la Cour et les tribunaux administratifs d'outre-mer équipés pour accueillir ces audiences. Elle a élargi les possibilités de recours à la vidéo-audience pour la mettre en place de manière généralisée en France métropolitaine afin de limiter le déplacement des requérants. Mais cette tentative s'est heurtée à une forte réticence des barreaux.

15 - La loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration a tiré les conséquences de cet échec. Elle a modifié l'organisation de la Cour tout en conservant ses spécificités.

16 - La loi maintient une cour nationale spécialisée dans le droit d'asile. Mais elle prévoit la mise en place de chambres territoriales pour rapprocher les demandeurs d'asile de leurs juges. Ces chambres territoriales doivent juger les recours des demandeurs d'asile résidant dans leur ressort.

17 - La loi a néanmoins prévu que certains recours resteraient jugés par des chambres spécialisées à Montreuil en fonction du pays d'origine du demandeur ou des langues utilisées. La spécialisation géographique, déjà mise en œuvre au sein de la Cour depuis 2019, permet d'avoir des rapporteurs et des formations de jugement avec une meilleure connaissance des pays connaissant des situations géopolitiques complexes et évolutives. La spécialisation linguistique vise à répondre à la difficulté de trouver des interprètes compétents sur l'ensemble du territoire.

18 - La Cour a fixé la liste des pays d'origine et des langues relevant des chambres spécialisées de Montreuil par une décision du 2 septembre 2024¹¹. Elle a retenu douze pays présentant des situations particulièrement complexes : Burundi, Erythrée, Ethiopie, Irak, Libye, Népal, Rwanda, Syrie, Territoires palestiniens, Ukraine et Yémen. Elle a retenu une longue liste de langues. Mais la vingtaine de langues les plus usitées à la Cour relèvent de la compétence des chambres territoriales. Au total, 85 % des recours relèvent de la compétence des chambres territoriales.

19 - La loi a également réaffirmé l'existence de formations collégiales et leur composition spécifique faisant intervenir le représentant en France du Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés. Mais elle a prévu une compétence de principe du juge unique. Cette généralisation visait à la fois à réduire les délais de jugement et à répondre à un risque de ne pouvoir trouver des juges assesseurs dans l'ensemble des chambres territoriales.

20 - Par ailleurs, la loi a prévu que les juges assesseurs proposés par le représentant en France du Haut-commissaire des Nations

unies pour les réfugiés seraient formellement nommés par le vice-président du Conseil d'État, ce qui est de nature à renforcer la place au sein de la Cour de ces juges assesseurs connaissant parfaitement les problématiques de l'asile.

3. La Cour nationale du droit d'asile a rapidement mis en place la réforme souhaitée par le législateur

21 - Le pouvoir réglementaire est intervenu sans délai pour mettre en œuvre la réforme votée par le Parlement par un décret du 8 juillet 2024¹².

22 - La Cour a ouvert des chambres territoriales dès le mois de septembre 2024 à Lyon, Bordeaux, Nancy et Toulouse. Pour ce faire, elle a pu compter sur l'appui des cours administratives d'appel qui ont mis à disposition des salles d'audience et des bureaux pour accueillir les équipes des chambres composées d'une vingtaine de personnes dont un président permanent et un chef de chambre. La moitié de ces équipes a été constituée d'agents exerçant déjà à la Cour. L'autre moitié a été constituée par des recrutements de nouveaux agents. La Cour a également recruté des présidents de formation de jugement et des juges assesseurs avec l'aide du Conseil d'État et du représentant en France du Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés. La Cour a également pu s'appuyer sur le soutien de ses prestataires d'interprétariat pour recruter localement des interprètes. Elle a également bénéficié de l'engagement important des bâtonniers des barreaux du ressort des chambres territoriales pour mobiliser et former de nouveaux avocats en matière de droit d'asile.

23 - Depuis la mise en service des chambres territoriales, plus de 270 audiences s'y sont déjà tenues et plus de 2 100 affaires y ont été enrôlées. Ces audiences se déroulent de manière fluide. Les interrogations sur les difficultés à trouver des membres de formation de jugement et des interprètes de qualité semblent levées. On constate également que les renvois sont moins nombreux devant les chambres territoriales qu'à Montreuil, ce qui semble confirmer qu'une plus grande proximité de la justice de l'asile permet de faciliter l'accès au juge pour des demandeurs qui se trouvent souvent dans une situation de précarité difficile. La mise en place des chambres territoriales s'est faite dans un contexte d'amélioration des délais de jugement de la Cour qui se rapprochent dorénavant d'un délai de cinq mois, qui est le délai fixé par la loi pour juger les recours relevant de la procédure normale.

24 - L'extension de compétence du juge unique a eu, à ce stade, des effets plus limités. Il convient toutefois de relever que le législateur a retenu un critère souple en prévoyant que la Cour peut décider qu'une affaire sera examinée par une formation collégiale si elle pose une question qui le justifie. Or, dès lors qu'une affaire justifie l'intervention d'une formation de jugement, elle nécessite souvent le triple regard d'une formation collégiale au regard de la complexité des recours. Et la capacité de recruter des juges assesseurs au sein des chambres territoriales a permis d'y organiser des audiences collégiales. Les audiences à juge unique ne représentent qu'entre 25 et 30 % des audiences organisées. Elles continuent à concerner principalement des demandes faisant l'objet d'une procédure accélérée.

25 - Il convient toutefois de relever que la loi permet dorénavant d'audiencer en juge unique des recours concernant des pays pour lesquels les taux de protection sont importants notamment en cas de conflit armé d'une violence exceptionnelle. Les demandeurs de ces pays peuvent, en effet, bénéficier de la protection subsidiaire

9. CNDA, *Rapport annuel 2024*, 3 février 2025, <[://www.cnda.fr/publications/rapports-d-activite/rapport-annuel-2024](http://www.cnda.fr/publications/rapports-d-activite/rapport-annuel-2024)>.

10. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

11. Décision du Président de la Cour en date du 2 septembre 2024 portant fixation des pays d'origine et des langues utilisées relevant des chambres spécialisées situées à Montreuil.

12. Décret n° 2024-800 du 8 juillet 2024 pris pour l'application de l'article 70 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration et relatif à l'organisation et à la procédure applicable devant la Cour nationale du droit d'asile.

prévue par le droit européen en raison du risque encouru du seul fait de leur présence sur le territoire concerné par ce conflit. Dans un tel cas de figure, le juge se contente souvent de contrôler que le demandeur provient bien de ce territoire. Il lui est évidemment toujours loisible si l'affaire présente une complexité plus importante, et pose notamment des questions au regard de la Convention de Genève, de renvoyer l'affaire devant une formation collégiale. Ainsi, la plupart des recours présentés par des demandeurs haïtiens sont dorénavant jugés par un juge unique car ils soulèvent la question de la violence aveugle exceptionnelle que connaît actuellement Port-au-Prince et certains départements de Haïti.

26 - La Cour a également tiré toutes les conséquences des nouvelles modalités de nomination des juges assesseurs choisis par l'Agence des Nations unies pour les réfugiés (HCR). La Cour nationale du droit d'asile et le HCR ont conclu un accord pour encadrer et renforcer leur partenariat historique. Le HCR continue d'assurer la sélection des candidats juges assesseurs qui sont nommés par le vice-président du Conseil d'État. La Cour a pris en charge la gestion des juges assesseurs à compter du 1^{er} janvier 2025. La Cour peut s'appuyer sur le HCR en matière d'informations géopolitiques et d'orientations de protection. Et le HCR participe au socle commun de formation initiale organisé pour l'ensemble des présidents de formation et juges assesseurs.

27 - De manière plus générale, c'est l'ensemble du dispositif de formation de la Cour qui a été revu à cette occasion. Au-delà du socle commun de formation, les nouveaux présidents de formation de jugement participent pendant six mois à des audiences, en

qualité d'assesseurs, avec des présidents expérimentés. Cela leur permet de mieux appréhender les spécificités de l'audience devant le juge de l'asile marquées par l'importance de l'oralité et les rôles essentiels de l'interprète et de l'avocat. La Cour a également revu son activité de formation continue en mettant en place une possibilité de suivre à distance les formations organisées par le centre de recherche et de documentation, notamment en matière géopolitique, aux rapporteurs et aux membres des formations de jugement des chambres territoriales.

28 - Le premier bilan de la réforme de la Cour nationale du droit d'asile paraît donc globalement positif. Le rapprochement des juges et des requérants, qui est un élément de la qualité de la justice de l'asile, ne remet pas en cause les autres facteurs essentiels de cette qualité : collégialité, qualité de la défense, qualité de l'interpréariat, maîtrise des délais de jugement et harmonisation de la jurisprudence. Au vu de ce bilan positif, la Cour ouvrira deux nouvelles chambres territoriales à Marseille et Nantes en septembre 2025.

29 - En mettant en œuvre cette réforme en quelques mois, la Cour nationale du droit d'asile a démontré sa faculté d'adaptation. Cette aptitude au changement doit beaucoup à l'engagement des juges et des agents de la Cour mais aussi des acteurs essentiels de la justice de l'asile que sont les interprètes et les avocats. Elle doit également beaucoup au choix du législateur de faire évoluer la Cour sans remettre en cause les fondements d'un modèle français de la justice de l'asile qui s'inscrit dans l'histoire mais dont l'efficacité est aujourd'hui reconnue au niveau européen. ■

11 L'application de l'asile interne imposée par le pacte européen sur la migration et l'asile : de nouveaux critères dans l'analyse des demandes d'asile en France



Pierre VERCELLETTO,
Attaché d'administration de l'État,
spécialiste de l'asile

Introduction

1 - La Convention relative au statut des réfugiés signée à Genève le 28 juillet 1951 (Convention de Genève), établit les critères selon lesquels une personne fuyant son pays d'origine peut bénéficier d'une protection internationale dans un État tiers. Le droit international des réfugiés est ainsi « conçu pour apporter une protection de substitution à des personnes exposées à des atteintes graves ¹ ». Son objectif consiste à proposer une solution alternative lorsque l'État d'origine ne remplit pas ses obligations de protection envers ses ressortissants ².

2 - Parmi les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié, le Pacte européen sur la migration et l'asile, voté au niveau de l'Union européenne (UE), imposera, en 2026, l'application de la notion d'asile interne à tous les États membres. Il est à noter que des appellations variées, mais recouvrant globalement la même réalité, existent : certains auteurs parleront d'« *internal flight alternative* (« IFA ») » ou « *internal relocation alternative* (« IRA ») » ou encore d'« *internal protection alternative* (« IPA ») ³ ». Ces choix sémantiques reflètent la volonté des États de mettre l'accent soit sur une capacité à relocaliser des individus, soit sur la disponibilité d'une protection ⁴ dans le pays d'origine qui justifierait le refus du statut de réfugié.

3 - Ainsi, se pose la question de savoir comment ce concept peut être appréhendé dans le traitement des demandes d'asile. Cette étude analysera les fondements de l'asile interne (1) avant d'exposer les éléments constitutifs (2). Puis, elle se penchera sur les conséquences, en France, du Pacte européen (3), avant de conclure (4).

1. Les fondements de l'asile interne : des interprétations différentes de la Convention de Genève

4 - La théorie de l'asile interne s'explique par des interprétations différentes de l'article 1.A.2) de la Convention de Genève. On peut distinguer deux grandes positions sur l'application ou non de l'asile interne.

5 - D'une part, l'un des premiers arguments avancés, par ceux qui sont défavorables à appliquer cette notion, est qu'elle n'est « nullement mentionnée ⁵ » dans la Convention de Genève. De plus, l'université de droit du Michigan a proposé des lignes directrices en matière d'asile interne ⁶, pour réduire et encadrer strictement le recours à cette notion. Premièrement, les lignes directrices indiquent que cette notion ne doit jamais être utilisée pour refuser une protection internationale dans le cadre d'une procédure de demande d'asile accélérée ou manifestement infondée ⁷. Ensuite, il est important de vérifier, dans un premier temps, si un demandeur d'asile a des craintes fondées de persécutions, dans au moins certaines régions de son pays d'origine, avant de s'interroger sur l'asile interne, dans un deuxième temps ⁸. L'idée ici est de ne pas conclure à un refus de protection internationale au motif qu'il existerait une possibilité d'asile interne sans même instruire le fond de la demande ; car l'autorité en charge de la demande d'asile doit avoir une vision claire et précise des risques encourus par un demandeur d'asile ⁹. Les auteurs de ces lignes directrices rappellent également que la Convention de Genève vise les personnes qui sont à la fois hors de leur pays de nationalité et avec un besoin de protection. De là, ils en déduisent que ce texte ne cherche pas à déterminer les droits applicables à un demandeur d'asile dans son pays d'origine ¹⁰.

1. Table ronde d'experts de San Remo organisée par le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés et l'institut international de droit humanitaire, 6-8 septembre 2001, San Remo (Italie). Sixième partie, HATHAWAY James C. et FOSTER Michelle, « La Protection des Réfugiés en Droit International : la possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne comme aspect de la procédure de détermination du statut de réfugié (6.1) », [://www.unhcr.org/fr-fr/media/la-protection-des-refugies-en-droit-international-la-possibilite-de-protection-interne](http://www.unhcr.org/fr-fr/media/la-protection-des-refugies-en-droit-international-la-possibilite-de-protection-interne).

2. *Ibid.*

3. GHRAINNE Bríd Ní, « *The Internal Protection Alternative* » in COSTELLO Cathryn, FOSTER Michelle, et MCADAM Jane, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2020, p. 2-3, [://ssrn.com/abstract=3657038](http://ssrn.com/abstract=3657038).

4. *Ibid.*

5. CHETAIL Vincent, « La réforme française de l'asile : prélude à la banalisation du droit des réfugiés », *Journal de Droit International*, 2004, Vol. 131, No. 3, p. 851, [://ssrn.com/abstract=1645147](http://ssrn.com/abstract=1645147).

6. « *The Michigan guidelines on the Internal Protection Alternative* », *Michigan Journal of International Law*, 1999, Vol. 21, n° 1, [://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1383&context=mjil](http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1383&context=mjil).

7. *Ibid.*, § 25.

8. *Ibid.*, § 12.

9. *Ibid.*

10. GHRAINNE Bríd Ní, « *The Internal Protection Alternative Inquiry and Human Rights Considerations – Irrelevant or Indispensable?* », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, n° 1, 2015, p. 29, [://ssrn.com/abstract=3657191](http://ssrn.com/abstract=3657191).

6 - Par ailleurs, le droit international n'exige pas que l'asile soit le dernier recours¹¹. C'est-à-dire qu'on ne peut attendre d'une personne menacée qu'elle ait épuisé toutes les ressources dans son propre État avant de demander l'asile. Enfin, ces mêmes auteurs ajoutent que l'asile interne ne doit pas être vu comme une clause non-écrite d'exclusion pour justifier un refus de protection. À cet égard, les clauses d'exclusions sont énumérées de manière exhaustive dans la Convention de Genève¹².

7 - D'autre part, des États, comme le Royaume-Uni¹³, se montrent favorables à retenir l'asile interne dans leur jurisprudence. Selon eux, les lignes directrices de Michigan sont une application extensive de la Convention de Genève qui va au-delà de l'intention des auteurs¹⁴. Ainsi, lorsqu'il est démontré, par l'autorité en charge d'étudier la demande d'asile, que le demandeur d'asile a accès à une « véritable protection à l'intérieur de son propre pays, le statut de réfugié n'a pas besoin d'être accordé¹⁵ ». Selon les tribunaux nationaux qui reconnaissent l'asile interne¹⁶, il est possible de refuser un statut de réfugié si l'individu peut obtenir une protection en se rendant dans une zone désignée et en l'absence de « crainte fondée » dans ladite zone pour justifier l'application de l'asile interne¹⁷. En appliquant l'asile interne, l'autorité en charge de la demande s'interroge également sur l'existence d'une zone sûre à l'intérieur de l'État d'origine du demandeur pour justifier un refus de protection.

2. Les éléments constitutifs de l'asile interne

8 - En septembre 1979, à la demande des États membres, le Comité exécutif du Programme du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) a publié un Guide¹⁸, afin d'« offrir des orientations aux fonctionnaires gouvernementaux [...] chargés d'appliquer la définition du réfugié¹⁹ ». Le paragraphe 91 de ce document est communément reconnu comme la source de la notion d'asile interne²⁰ :

La crainte d'être persécuté ne doit pas nécessairement s'étendre à l'ensemble du territoire du pays dont l'intéressé a la nationalité. En cas de conflit entre des ethnies ou en cas de troubles graves équivalant à une situation de guerre civile, les persécutions dirigées contre un groupe ethnique ou national particulier peuvent être limitées à une partie du pays. En pareil cas, une personne ne se verra pas refuser le statut de réfugié pour la seule raison qu'elle aurait pu chercher un refuge dans une autre partie du même pays si, compte tenu de toutes les circonstances, on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle agisse ainsi.

9 - Également, le HCR, par ses prises de positions²¹, ajoute qu'il faut prendre en compte le caractère « raisonnable²² » de la réinstallation interne, dans un territoire « sûr²³ » où la protection de l'individu doit être « durable²⁴ ». Le HCR utilise ces adjectifs sans pour autant préciser comment ils se rapportent à la Convention de Genève²⁵. Dès lors, les États et les organisations régionales ont interprété librement la notion d'asile interne lors du traitement des demandes d'asile.

10 - Au niveau européen, les articles 7 et 8 de la Directive UE « Qualification » du 29 avril 2004²⁶, refondue par la directive du 13 décembre 2011²⁷, précisent les différents critères de cette notion. Sur ce point l'article 8, paragraphe 1, indique que :

Les États membres peuvent déterminer qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale lorsque, dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays.

11 - Selon la lettre de ce texte, il s'agit d'une possibilité pour les États membres de l'appliquer et non une obligation²⁸.

12 - Au niveau français, la directive « Qualification », qui a été transposée en droit interne à l'article L. 513-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pose deux impératifs. Le premier est que l'asile interne ne doit pas avoir pour conséquence d'exposer un individu à de nouvelles persécutions ou menaces graves sur le territoire défini. Le deuxième est qu'il appartient à « l'autorité de détermination d'apporter la démonstration de la possibilité d'un asile interne approprié à la situation personnelle de l'intéressé²⁹ ». La charge de la preuve ne pèse donc pas sur le demandeur qui n'a pas à justifier pourquoi il ne pourrait pas retourner dans telle zone sûre. Cet article précise que c'est une faculté³⁰ de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) de considérer cette possibilité lors de l'analyse d'une demande d'asile. Dans le reste de l'UE, la Slovaquie, par exemple, a aussi transposé en droit interne cet article, à la nuance près qu'envisager l'asile interne est une obligation et non une option dans l'analyse d'une demande d'asile³¹.

13 - Il est clair qu'appliquer l'asile interne signifie mener une instruction pour conclure à un refus de protection internationale à certaines conditions : la zone désignée est accessible au demandeur, sûre, et lui offre une protection durable.

14 - Concernant l'accessibilité de la zone indiquée, le Conseil constitutionnel français souligne que l'asile peut être refusé par l'OFPRA « qu'après s'être assuré que l'intéressé peut, en toute sûreté, accéder à une partie substantielle de son pays d'origine, s'y

11. UNHCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/04, 23 juillet 2003.

12. GHRAINNE Bríd Ní, *op. cit.*, 2015, p. 43-44.

13. Royaume-Uni, Comité judiciaire de la Chambre des Lords, *Januzi (FC) (Appelant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 15 février 2006.

14. GHRAINNE Bríd Ní, *op. cit.* 2915, p. 46.

15. Table ronde d'experts de San Remo organisée par le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés et l'institut international de droit humanitaire, *op. cit.*

16. Canada, Cour fédérale du Canada, *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* 10 novembre 1993.

17. Australie, Cour fédérale d'Australie, *Harjit Singh Randhawa vs. The Minister for Immigration Local Government and Ethnic Affairs*, n° NG994, 11 août 1994.

18. UNHCR, « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/1P/4/FRE/REV.1, 1979.

19. Avant-propos de TURK Volker *in* « Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés », Guide, HCR/1P/4/FRE/REV.3, décembre 2011.

20. Table ronde d'experts de San Remo organisée par le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés et l'institut international de droit humanitaire, *op. cit.*

21. UNHCR, « *Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum – (The So-Called « Internal Flight Alternative » or « Relocation Principle »)* », Position Paper, Février 1999.

22. *Ibid.*, § 2.

23. *Ibid.*, § 7.

24. *Ibid.*, § 14.

25. GHRAINNE Bríd Ní, *op. cit.*, 2020.

26. Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

27. Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

28. UNHCR, « *Asylum in the European Union : A Study of the Implementation of the Qualification Directive* », Rapport, 2007.

29. CRR, 20 juill. 2004, n° 448586.

30. Cons. const., décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, considérant 15.

31. UNHCR, *op. cit.* 2007.

établir et y mener une existence normale³² ». Cette dimension pratique garantit au demandeur d'asile de ne pas s'exposer à des persécutions ou menaces graves en cas de retour. Sur ce point, le Conseil d'État impose que l'autorité de détermination définisse la partie du territoire concernée³³. Ainsi, l'accès à une zone de réinstallation interne ne doit pas être entravé par des « obstacles insurmontables³⁴ » tant physiquement que juridiquement³⁵. En d'autres termes, si la zone prévue n'est pas accessible par le demandeur, alors on ne peut exiger qu'il y cherche une protection contre les persécutions³⁶.

15 - S'agissant du caractère sûr de la zone désignée, il est nécessaire de s'assurer que l'asile interne permette une protection effective du risque de persécution³⁷. En effet, s'il s'agit d'un acteur étatique cela suppose qu'il n'ait aucune influence en dehors du territoire où il exerce son autorité. De plus, cela revient à se questionner sur l'incapacité d'un État à exercer son pouvoir sur l'ensemble de son territoire. Toutefois, dans le cas d'un agent persécuteur non-étatique, il est important de vérifier que celui-ci ne soit pas en capacité de poursuivre le demandeur d'asile sur le territoire prévu, d'une part, et que le demandeur puisse obtenir la protection de l'État, d'autre part³⁸. Sur ce point, en l'absence de cadre clair pour définir ce qu'est une zone sûre, l'identification d'une telle région est laissée à la libre appréciation des États. Par exemple, l'Allemagne et la Slovaquie considèrent que la plupart des régions russes peuvent constituer une zone sûre pour un asile interne dans le cas des demandeurs d'asile tchéchènes, alors que la France estime que l'asile interne n'est pas applicable pour ces groupes³⁹. Aussi, il existe des divergences au sein même des États, entre les différentes institutions chargées de l'étude des demandes d'asile.

16 - Enfin, l'installation du demandeur dans une autre partie de son État d'origine doit être pérenne. Ce critère engage à une analyse prospective de l'autorité en charge de la demande d'asile. Il faut alors tenir compte de la situation individuelle de chaque individu (sexe, âge, niveau d'instruction, santé, relations familiales, appartenance ethnique...) et du respect des droits de l'homme fondamentaux pour que la zone envisagée puisse être considérée comme une « hypothèse raisonnable⁴⁰ ». On peut noter que les approches européennes et françaises sont alignées avec celle du Guide du HCR. Cependant, l'application de l'asile interne, au niveau européen, est en train d'évoluer avec l'adoption du Pacte sur la migration et l'asile.

3. L'asile interne à l'aune du Pacte européen sur la migration et l'asile : des conséquences nouvelles sur la pratique française

17 - Le 10 avril 2024, le Pacte sur la migration et l'asile a été adopté par le Parlement européen⁴¹. Dans cet ensemble de normes, le nouveau règlement relatif aux conditions que doivent remplir les demandeurs d'asile pour être reconnus réfugiés⁴² abroge la précédente directive « Qualification ». L'article 8 consacré à l'« alternative de protection à l'intérieur du pays » impose à tous les États membres d'étudier la possibilité de l'asile interne⁴³. Il s'agit d'un changement radical dans la mesure où jusqu'à présent, les États membres étaient libres d'envisager ou non cette possibilité dans l'étude d'une demande d'asile.

18 - Or, en France, pour le moment, l'asile interne n'est pas appliqué au niveau de l'OFPRA et ne l'est qu'avec parcimonie au niveau de la CNDA⁴⁴, sans pour autant qu'une jurisprudence claire s'établisse. Dans ces conditions, « il sera nécessaire de prévoir des moyens humains et matériels suffisants, ainsi qu'une montée en compétences via la formation des personnes impliquées⁴⁵ » tout en tenant compte que la Commission européenne souhaite que le pacte soit « opérationnel d'ici à la mi-2026⁴⁶ ».

19 - En pratique, retenir un possible asile interne nécessite d'identifier la nature de l'agent persécuteur (étatique ou non), de définir préalablement quelles zones de quels pays seront considérées comme sûres et enfin, de s'assurer que « les critères d'éligibilité⁴⁷ » s'appliquent à un demandeur. Considérer une alternative de protection contre les persécutions suppose, de la part de l'autorité responsable de la détermination⁴⁸, une analyse casuistique. De plus, il sera nécessaire pour les États membres d'exploiter les « informations sur les pays d'origines fournies par l'AUEA⁴⁹ » ; afin de tenir compte au moment de la prise de décision « des conditions générales qui prévalent dans cette partie du pays et de la situation personnelle du demandeur⁵⁰ ».

32. Cons. const., décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, considérant 17.

33. CE, 11 fév. 2015, n° 374167.

34. UNHCR, *op. cit.*, HCR/GIP/03/04, 2003.

35. *Ibid.*

36. GHRAINNE Bríd Ní, « Safe Zones and the Internal Protection Alternative », *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, Vol. 69, n° 2, p. 347, [://ssrn.com/abstract=3578292](https://ssrn.com/abstract=3578292).

37. *Ibid.*

38. UNHCR, *op. cit.*, HCR/GIP/03/04, 2003.

39. GHRAINNE Bríd Ní, *op. cit.*, 2020, p. 2.

40. UNHCR, *op. cit.* HCR/GIP/03/04, 2003.

41. Conseil de l'Union européenne, « Le Conseil adopte le pacte de l'UE sur la migration et l'asile », communiqué de presse, 14 mai 2024, [://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-pact-on-migration-and-asylum/](https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-pact-on-migration-and-asylum/).

42. Règlement (UE) n°2024/1347 du 14 mai 2024 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire et au contenu de cette protection, modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et abrogeant la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, JO L.

43. Selon le paragraphe 1 de l'article 8 : « Lorsque ni l'État ni ses agents ne sont les acteurs des persécutions ou des atteintes graves, l'autorité responsable de la détermination examine, dans le cadre de l'évaluation de la demande de protection internationale, si le demandeur n'a pas besoin d'une protection internationale parce qu'il peut, en toute sécurité et en toute légalité, effectuer le voyage vers une partie du pays d'origine et obtenir l'autorisation d'y pénétrer et que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'y établisse [...] ». L'usage du présent de l'indicatif est une marque de l'impératif. Tandis que l'article 8, paragraphe 1, de la directive « qualification », indiquait que « Dans le cadre de l'évaluation de la demande de protection internationale, les États membres **peuvent déterminer** qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale lorsque dans une partie du pays d'origine [...] ».

44. Pour exemple récent v. CNDA, 25 nov. 2022, « M. A. » n° 21061849.

45. Forum réfugié, « Quelles mise en œuvre en France du Pacte européen sur la migration et l'asile ? », France, 11 octobre 2024, [://www.forumrefugies.org/s-informer/publications/articles-d-actualites/en-france/1560-quelle-mise-en-oeuvre-en-france-du-pacte-europeen-sur-la-migration-et-l-asile-](https://www.forumrefugies.org/s-informer/publications/articles-d-actualites/en-france/1560-quelle-mise-en-oeuvre-en-france-du-pacte-europeen-sur-la-migration-et-l-asile-).

46. Commission européenne, « Plan commun de mise en œuvre du pacte sur la migration et l'asile », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 12 juin 2024.

47. Règlement (UE) n°2024/1347 du 14 mai 2024, *op. cit.*, § 33 du préambule.

48. Règlement (UE) n°2024/1347 du 14 mai 2024, *op. cit.*, art. 8.

49. Commission européenne, « Plan commun de mise en œuvre du pacte sur la migration et l'asile », *op. cit.*, p. 23.

50. Règlement (UE) n°2024/1347 du 14 mai 2024, *op. cit.*, art. 8, § 4.

20 - Eu égard à tous ces éléments, cela conduira à une instruction plus approfondie de la demande d'asile. Sur ce point, le Pacte européen indique clairement que c'est à l'État d'accueil de justifier un refus de protection sur la base de l'asile interne et, dans ce cas, de permettre à un demandeur de produire les preuves pour le contester⁵¹. L'article 8, « Alternative de protection à l'intérieur du pays », précise aussi que l'autorité en charge de la demande doit étudier l'asile interne quand l'agent persécuteur est non-étatique. En revanche, il pose une présomption « qu'une protection effective n'est pas disponible pour le demandeur⁵² » quand les acteurs de persécutions sont l'État ou ses agents. Cette présomption peut être renversée « s'il est clairement établi que le risque de persécution ou d'atteinte grave émane d'un acteur dont le pouvoir est claire-

51. *Ibid.*, § 33 du préambule.

52. *Ibid.* art. 8, § 1 et 2.

ment limité à une zone géographique déterminée ou si l'État ne contrôle lui-même que certaines parties du pays⁵³ ».

4. Conclusion

21 - L'appréhension de l'asile interne soulève donc de nouvelles interrogations et doit faire l'objet d'un cadre précis pour éviter des interprétations trop divergentes parmi les États membres. Sa mise en place va avoir des conséquences sur l'allongement des délais d'instructions des demandes d'asile concernées. Et surtout, son application va accroître le niveau d'exigences pour reconnaître une protection internationale puisqu'il impose d'analyser de nouveaux critères qui peuvent justifier un refus de protection. ■

53. *Ibid.*

Chapitre IV

Droit des mineurs étrangers



12 Rapatriement des enfants français de Syrie : le respect de l'état de droit n'est pas une option



Marion LARCHÉ,
Maître de conférences en droit public à l'Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne (IREDIÉS)

Prologue

Dans les ténèbres des camps de Roj et Al-Hol

« À partir de quel âge on n'est plus un enfant ? Et on ne mérite plus la compassion des gens parce qu'on est responsable ? ».¹

1 - 126. Tels des fantômes, ils déambulent parmi des jeux rouillés, entre les allées bordées de barbelés, sans voix, ni horizon. Encerclés par la violence, déscolarisés, prisonniers d'une suspicion sans fin, ils sont 126 enfants français à manquer, quotidiennement, des soins les plus élémentaires et à subir des conditions d'existence inhumaines². En 2021, 79 enfants auraient perdu la vie dans le camp de Roj, soit 35 % des personnes décédées. Certains sont nés dans ces camps du Nord-Est syrien, d'autres y sont arrivés très jeunes, si bien que ces « prisons à ciel ouvert » sont leur seul environnement connu³. Condamnés au choix de leurs parents de rejoindre l'État islamique (l'EI), leur destin est désormais suspendu à l'autorisation et à l'organisation de leur retour sur le territoire français. Derrière leurs visages, leurs histoires et leurs indicibles souffrances, une avocate, Marie Dosé, défenseure infatigable de leur cause et combattante acharnée du respect de leurs droits. Passés de représentants d'une grave menace sécuritaire⁴ à l'oubli, leur sort n'émeut plus. Rares sont désormais les articles de presse à s'y

intéresser⁵ et le sujet, chassé par d'autres actualités, a déserté l'arène et l'agenda politiques⁶.

2 - Ce silence ne doit pas être exclusivement déduit d'une forme de désintérêt généralisé. Au contraire, bien des institutions internationales⁷, européennes⁸ et nationales⁹ s'étaient saisies avec force de la question. Certaines d'entre-elles n'ont d'ailleurs rien perdu de leur détermination à faire bouger les lignes, à l'image du Parlement européen¹⁰, du Conseil national des barreaux¹¹ ou encore de Fionnuala Ní Aoláin, ancienne Rapporteuse spéciale des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme. Dans le cadre d'une visite organisée *proprio motu* dans les camps en 2023, cette dernière constatait la violation systémique des droits humains, y compris des normes de *jus cogens*¹². Tout en soulignant les efforts « non négligeables » déployés par un certain nombre d'États¹³, elle insistait pour que « les enfants

1. Benzine Rachid, *Voyage au bout de l'enfance*, Le Seuil, 2022, p. 76.
2. Pour un éclairage complet de la situation, v. le rapport produit par Médecins sans frontières, « *Between two fires. Danger and desperation in Syria's Al-Hol Camp* », 2022. Le journal *Le Monde* a publié le 14 mars 2019 un reportage photo dénonçant les conditions dans les camps. Celui-ci révèle des visages d'enfants amaigris, mutilés et entassés dans des tentes : Geai Laurence, Sallon Hélène, « Les visages des enfants du djihad en Syrie », *Le Monde* [en ligne], [consulté le 21 juin 2025], [://www.lemonde.fr/international/article/2019/03/14/syrie-les-visages-des-enfants-du-djihad_5435766_3210.html](http://www.lemonde.fr/international/article/2019/03/14/syrie-les-visages-des-enfants-du-djihad_5435766_3210.html).
3. Pour rappel, ces camps furent d'abord envisagés comme des camps de déplacés fuyant les attaques de l'État islamique (EI). En mars 2019, la prise de Baghouz par la coalition anti-EI et ses alliés transforme leur vocation première. Ils sont désormais destinés à détenir les femmes capturées par les forces kurdes et leurs alliés, ainsi que leurs enfants.
4. En 2019, alors que l'État français envisageait de rapatrier ses ressortissants détenus en Syrie, un sondage d'opinion effectué par Odoxa pour *France Info* et *Le Figaro*, fit basculer la position du gouvernement. Avec 67 % des sondés opposés au retour des enfants français, la crainte sécuritaire l'emporta sur l'impératif humanitaire, et le gouvernement s'engagea dans une politique de rapatriements ponctuels « au cas par cas ». V. Odoxa, « Les Français approuvent massivement le jugement des djihadistes par l'Irak et ne veulent pas voir leurs enfants revenir », 28 février 2019.
5. Soulignons que *l'Humanité* a récemment consacré un article à ce sujet : Mousaoui Rosa, « Des innocents que leurs parents criminels ont emmené sur un terrain de guerre » : l'interminable cauchemar des enfants de djihadistes français », *L'Humanité* [en ligne], 13 mars 2025 [consulté le 21 juin 2025], [://www.humanite.fr/monde/conflit-syrien/des-innocents-que-leurs-parents-criminels-ont-emmenes-sur-un-terrain-de-guerre-linterminable-cauchemar-des-enfants-de-djihadistes-francais](http://www.humanite.fr/monde/conflit-syrien/des-innocents-que-leurs-parents-criminels-ont-emmenes-sur-un-terrain-de-guerre-linterminable-cauchemar-des-enfants-de-djihadistes-francais).

6. En juin 2024, la Délégation aux droits de l'enfant de l'Assemblée nationale a créé, sous la présidence de Perrine Goulet, un groupe de travail sur les modalités de la prise en charge des enfants de retour de zone irako-syrienne. À ce jour, le site Internet de l'Assemblée nationale ne permet pas de prendre connaissance des travaux effectués dans ce cadre.
7. Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'Homme, « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 8 mai 2019, France, rapport n°A/HRC/40/52/Add.4.
8. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 2169 (2020) adoptée le 30 janvier 2020, « Obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits » ; Parlement européen, Résolution sur les droits de l'enfant adoptée le 26 novembre 2019 (2019/2876 RSP) et Résolution adoptée le 11 mars 2021 (2021/2576 RSP).
9. Défenseur des droits, 22 mai 2019, décision n° 2019-129 ; CNCDH, avis du 25 septembre 2019 (A-2019-4).
10. Le Parlement européen a réitéré sa demande « aux États membres de rapatrier tous les enfants européens, en leur apportant le soutien et les moyens de réinsertion dont ils ont besoin », Recommandation du Parlement européen du 28 février 2024 au Conseil, à la Commission et au vice-Président de la Commission concernant la situation en Syrie (2023/2052(INI)).
11. Celui-ci a adopté une résolution le 21 mai 2024 appelant au rapatriement des enfants français détenus en Syrie. V. Conseil National des Barreaux, « Le CNB appelle au rapatriement des enfants français détenus en Syrie et une meilleure prise en charge en France », 21 mai 2024, [consulté le 21 juin 2025], [://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/le-cnb-appelle-au-rapatriement-des-enfants-francais-detenus-en-syrie-et-une-meilleure-prise-en-charge](http://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/le-cnb-appelle-au-rapatriement-des-enfants-francais-detenus-en-syrie-et-une-meilleure-prise-en-charge).
12. Rapport soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies lors de la Soixante-dix-huitième session, « Promotion et protection des droits humains et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 10 octobre 2023, A/78/520.
13. 364 enfants sont rentrés de la zone irako-syrienne depuis 2019. Bilan d'action soumis le 29 décembre 2023 (Secrétariat du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Document DH-DD-(2024)42) ; « Syrie : les 364 enfants de djihadistes rapatriés ne « posent aucune difficulté particulière » », *Ouest France* [en ligne], [consulté le 8 juillet 2025], [://www.ouest-france.fr/terrorisme/syrie-les-364-enfants-de-djihadistes-rapatriés-ne-posent-aucune-difficulté-particulière-7f5°2530-7007-11ef-bf8c-5742d8eb2cd3](http://www.ouest-france.fr/terrorisme/syrie-les-364-enfants-de-djihadistes-rapatriés-ne-posent-aucune-difficulté-particulière-7f5°2530-7007-11ef-bf8c-5742d8eb2cd3).

[soient] retirés de toute urgence des installations dans lesquelles ils risquent une mort imminente sachant qu'ils y sont exposés à des maladies contagieuses sans avoir accès à des traitements adéquats ni à une alimentation appropriée¹⁴ ». Malgré ces prises de position officielles, il convient de constater que l'œuvre de dénonciation collective a réduit en intensité. Sans doute, l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *H.F. et autres contre France*¹⁵, le 14 septembre 2022, n'y est pas étranger. Provoquant de vives réactions dans les médias et largement commenté par la doctrine spécialisée¹⁶, l'arrêt adopté par la formation solennelle mit en lumière les défaillances de l'État français et la violation de ses engagements conventionnels. Ce constat fut d'ailleurs partagé par deux comités onusiens, le Comité des droits de l'enfant¹⁷ et le Comité contre la torture¹⁸. Ainsi, depuis cette victoire de la cause des droits de l'enfant dans les prétoires, tout semble se dérouler *comme si* le problème était définitivement résolu ; *comme si* la condamnation unanime de la pratique française par les instances internationales avait suffi à mettre un terme à la tragédie humaine se jouant dans les camps de Roj et d'Al-Hol. Or, c'est survaloriser la puissance de l'acte de juger et minimiser la phase, fondamentale, de l'exécution des décisions rendues.

3 - La force des conventions internationales de protection des droits de l'Homme, en particulier du droit de la Convention européenne, se mesure tout autant, si ce n'est davantage, dans l'application de la jurisprudence des organes institués pour en assurer le respect que dans leurs constats de violation. C'est là que réside le curseur de l'effectivité de la justice internationale. Là où les arrêts et constatations qualifient les défaillances au regard des standards internationaux de protection des droits, la réception de la jurisprudence dans l'ordre interne, tant dans l'enclenche judiciaire que dans celle législative, révèle l'aptitude et la volonté des autorités étatiques à se conformer aux décisions du juge international, et ce faisant à demeurer des États de droit(s). Plus encore, de l'attitude des États au stade de l'exécution, dépendent la crédibilité des organes internationaux, l'effectivité et la sauvegarde des droits fondamentaux, et *a fortiori* la légitimité du droit international des droits de l'Homme.

4 - Il n'est dès lors pas vain de se pencher sur les suites qui ont été données à ces affaires. Le contexte le commande pour au moins deux raisons. D'une part, parce que des enfants français subissent encore les conditions dramatiques de ces camps¹⁹. D'autre part, parce que celles-ci se détériorent sous l'influence des bouleversements politiques et géopolitiques majeurs récents. En effet, le sort de ces enfants est intrinsèquement lié à la chute du régime de Bachar al-Assad survenue en décembre 2024, combinée à la

suppression inattendue des financements humanitaires américains par l'administration Trump, qui aggrave d'ores et déjà la situation sanitaire et alimentaire dans les camps²⁰ tout en ajoutant une forte dose d'incertitude quant au traitement qui leur sera réservé²¹. Cette tragédie humanitaire, dont les ressorts ont été décrits avec justesse par le sociologue Farhad Khosrokhavar²², est aussi celle de l'État de droit. Si la cause de ces enfants a, dans un contexte marqué par l'obsession sécuritaire, alimenté de vifs débats et déchaîné les opinions publiques, elle matérialise aussi une opposition d'une tout autre nature : celle des autorités politiques au(x) droit(s). Car, les réponses apportées par le gouvernement étaient et demeurent insatisfaisantes. La mise en lumière de ces défaillances s'est déroulée en trois actes : par la dénonciation de l'État du droit par les organes internationaux (I), l'application insuffisante des décisions adoptées (II) et la condamnation par les juridictions internes (III). À chacune de ces étapes, c'est la résilience de l'État de droit qui est interrogée.

1. Acte I. L'éclairage conventionnel : la fondamentalité de l'État de droit

5 - Face à la friolité de l'opinion publique, le gouvernement français a, pendant plusieurs années et avec d'autres États européens²³, fait le choix de la politique du retour « au cas par cas ». En ce sens, entre 2019 et 2022, seuls certains enfants, en particulier les orphelins, purent rejoindre le territoire français. Dans la plupart des cas, les demandes de rapatriement formulées par les familles étaient ignorées du Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et de la présidence de la République. Ces silences, assimilés à des décisions implicites de rejet, furent contestés en vain devant les juridictions administratives²⁴. La théorie de l'acte de gouvernement permit tant de couvrir d'une immunité juridictionnelle le rejet de ces demandes que de faire barrage à la saisine du Conseil constitutionnel²⁵. La rhétorique, bien ancrée dans la jurisprudence, fut implacable : « L'annulation d'un acte non détachable de la conduite des relations internationales de la France [soulève] des questions qui ne sont pas susceptibles, par leur nature, d'être portées devant la juridiction administrative ». Ayant épuisé toutes les voies de recours internes, les familles portèrent leurs espoirs jusqu'aux organes internationaux de protection des droits de l'Homme.

6 - Rejoignant le cortège d'institutions politiques dénonçant de longue date la situation « apocalyptique²⁶ » des enfants détenus

14. Rapport soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies lors de la Soixante-dix-huitième session, « Promotion et protection des droits humains et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 10 octobre 2023, A/78/520, § 79.

15. *H. F. et autres c. France*, n° 24384/19 et al, CEDH, 14 septembre 2022.

16. Burgogue-Larsen Laurence, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2023, n° 3, p. 118 ; Godefroy Aurélien, « Le rapatriement des ressortissants français détenus par les kurdes dans le Nord-Est syrien », *RDLF*, 2023, chron. n° 41 ; Larché Marion, « Le rapatriement des enfants français de Syrie devant la justice internationale : symphonie ou polyphonie des organes de contrôle ? », *RTDH*, 2023, n° 135, p. 629-644 ; Milano Laure, « L'inconventionnalité du refus de rapatriement des familles de djihadistes », *JCP G.*, 2022, n° 39, p. 1093 ; Pastor Jean-Marc, « La France condamnée par la CEDH dans l'affaire des familles détenues en Syrie », *AJDA*, 2022, n° 30, p. 1711.

17. Comité des droits de l'enfant, 8 février 2022, *F. B. et autres c. France*, communications n° 77/2019 et al.

18. Comité contre la torture, 16 novembre 2022, *L.V. et conjoints c. France*, communication n° 922/2019.

19. Près de 40 000 personnes y sont encore enfermées. 80 % des personnes détenues dans les camps sont de nationalité irakienne et syrienne. Le camp ne compte plus aucun enfant de nationalité belge et allemande. V. Amnesty international, « Syrie. Après la défaite de l'État islamique, il est urgent de mettre fin au système privatif illégalement de liberté des dizaines de milliers de personnes », 20 mai 2025.

20. Plusieurs ONG présentes sur le terrain ont alerté des effets directs de cette suppression, notamment Amnesty international, « Syrie. Après la défaite de l'État islamique, il est urgent de mettre fin au système privatif illégalement de liberté des dizaines de milliers de personnes » [en ligne], 20 mai 2025, [consulté le 21 juin 2025], <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2025/05/syria-new-urgency-to-end-unlawful-detention-system-holding-tens-of-thousands-of-people-following-islamic-state-defeat/> et Human Rights Watch, « Nord-Est de la Syrie : les détenus des camps confrontés à un avenir incertain » [en ligne], 7 février 2025, [consulté le 21 juin 2025], <https://www.hrw.org/fr/news/2025/02/07/nord-est-de-la-syrie-les-detenus-des-camps-confrontes-un-avenir-incertain>.

21. Le 10 mars 2025, les Forces démocratiques syriennes ont conclu un accord selon lequel toutes les institutions civiles et militaires du nord-est de la Syrie devraient être intégrées à l'administration de l'État syrien, aujourd'hui dirigé par un gouvernement intérimaire.

22. Khosrokhavar Farhad, *Les enfants de la mort : les enfants français du djihad*, Rue de Seine, 2025.

23. Ce fut le cas des Pays-Bas. À l'inverse, la Finlande et la Norvège ont procédé à des rapatriements massifs.

24. CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668 ; CE, 9 septembre 2020, n° 439520.

25. Il fut invoqué devant le Conseil d'État que l'impossibilité pour le juge administratif d'examiner le refus des autorités de rapatrier s'analysait en une violation du droit à un recours effectif et de l'article 16 de la DDHC. Le Conseil d'État refusa toutefois de renvoyer la QPC au prétexte que la théorie de l'acte de gouvernement, en tant que création prétorienne, n'était fondée sur aucun acte législatif (CE, 9 septembre 2020, n° 439520).

26. Selon le vocabulaire utilisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

dans les camps du Nord-Est syrien et l'inaction des autorités françaises, le Comité des droits de l'enfant, le Comité contre la torture et la Cour européenne des droits de l'homme condamnèrent de concert l'état du droit existant. La stratégie contentieuse du gouvernement, tissée autour d'arguments opérationnels, fut sans grande surprise similaire dans les enceintes onusienne et européenne. Les conseils de l'État invoquèrent l'impossibilité matérielle de procéder au rapatriement en raison d'un double obstacle : l'obtention difficile du consentement des mères et de l'accord des autorités du Nord-Est syrien d'une part, et la dangerosité de mener pareilles opérations d'autre part. Ces éléments furent toutefois balayés tour à tour par les Comités et la Cour, la pratique française démontrant à elle seule qu'il ne s'agissait pas là d'obstacles dirimants²⁷.

7 - D'une plume particulièrement acérée, les comités constatèrent, en s'appuyant sur la preuve de la capacité de l'État à agir, la nationalité des enfants et la parfaite connaissance de leur situation par les autorités, un manquement de l'État à son obligation de protection contre des traitements inhumains et dégradants²⁸. Le Comité des droits de l'enfant affirma sans ambages que la Convention imposait à l'État « de protéger ces enfants contre un risque imminent de violation de leur droit à la vie et de leur droit de ne pas être soumis aux traitements cruels, inhumains et dégradants²⁹ ». Quelques mois plus tard, le Comité contre la torture suivit ses traces en considérant que l'État partie avait « l'obligation positive de les protéger », bien qu'il « ne soit pas à l'origine des violations subies par ses nationaux faute de compétence territoriale³⁰ ». Ainsi, et sans aller jusqu'à dégager une obligation générale de rapatriement, le Comité des droits de l'enfant recommanda explicitement au gouvernement de prendre « des mesures positives et urgentes [...] pour effectuer le rapatriement des enfants victimes³¹ ». Plus attaché à reconnaître une obligation de moyens qu'une obligation de résultat, le Comité contre la torture, invita, pour sa part, « l'État partie à continuer ses efforts pour assurer le rapatriement des proches des requérants³² ».

8 - L'approche de la Cour européenne fut, quant à elle, plus réservée puisqu'elle refusa, au prétexte d'une absence de lien juridictionnel entre la situation subie par les enfants et l'État défendeur, de se prononcer sur l'existence d'un traitement inhumain et dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention³³. Malgré cet évitement, elle prit la peine d'indiquer que « les conditions générales dans les camps » étaient « incompatibles avec les normes de droit international humanitaire³⁴ ». Loin de la désunion ou de la dissonance, ces trois décisions révèlent davantage une complémentarité bienvenue entre ces différents organes. En effet, à la condamnation explicite de la situation matérielle des enfants dans les camps par les comités conventionnels s'ajoute celle de l'arbitraire

et des insuffisances procédurales de la pratique française par la Cour européenne. Pour ce faire, la Grande chambre esquissa une interprétation inédite de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 selon lequel « nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ». Après avoir mis en exergue que la situation dans les camps se rapprochait « d'une zone de non-droit³⁵ » et se caractérisait par un risque d'atteinte à l'intégrité physique des enfants³⁶, elle considéra que l'examen des demandes de retour effectué par l'exécutif et l'inexistence d'un contrôle juridictionnel de ces décisions étaient entachés d'arbitraire, et ainsi contraires aux exigences de l'État de droit. Pour la Cour, non seulement les mesures affectant les droits fondamentaux doivent être soumises à une procédure contradictoire devant un organe indépendant, mais les requérants doivent également pouvoir, même sommairement, prendre connaissance des motifs de la décision qui doit s'appuyer sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, par cet arrêt, le juge du Palais des droits de l'Homme invita l'État à substituer à la politique du silence celle de la transparence et de la motivation.

2. Acte II. La désillusion politique : le mépris de l'État de droit

9 - Qu'impliquaient concrètement les constats des organes internationaux pour les autorités françaises ? Si la portée des constatations des comités onusiens, en tant qu'instruments de *soft law*, reste limitée malgré quelques tentatives institutionnelles d'asseoir leur valeur normative³⁷, leur aura incitative est bien réelle, si bien que les États entendent, généralement, tirer les leçons des constats de violation³⁸. Sans ambiguïté, les arrêts de la Cour européenne sont, selon les termes clairs de l'article 46 de la Convention, obligatoires. Précisons qu'il n'appartient pas à la juridiction strasbourgeoise d'indiquer les mesures à adopter pour se conformer à ses arrêts. En la matière, les États jouissent d'une ample marge d'appréciation, marge dont les contours sont dessinés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, organe politico-diplomatique chargé de suivre, par l'institution d'un dialogue constant avec les autorités nationales, l'exécution des arrêts. Pour autant, la lecture attentive de l'arrêt *H.F.* imposait le réexamen des demandes de retour et de prévoir, en droit interne, une voie de recours assurant que la décision de l'exécutif respecte l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle ne soit pas entachée d'arbitraire³⁹.

10 - Il serait démesuré de dénoncer, sans nuance, la passivité des autorités suite à la triple condamnation actée par les organes internationaux. Mais il serait également fallacieux de considérer l'affaire close, et les décisions correctement exécutées. Les signaux envoyés à l'issue des contentieux étaient pourtant assez encourageants puisque d'une part, le Quai d'Orsay avait indiqué ne pas avoir attendu la réponse de la Grande chambre de la Cour pour organiser le retour des enfants et, d'autre part, certains des enfants au cœur de ces affaires furent rapidement rapatriés⁴⁰. Ainsi, en juillet 2022, soit avant le prononcé de l'arrêt, et comme pour anticiper

27. Premièrement, les dirigeants du Rojava ont exprimé à plusieurs reprises leur souhait que tous les étrangers détenus dans les camps soient rapatriés par leurs États de nationalité. Deuxièmement, l'État français avait déjà pu rapatrier des enfants (principalement orphelins) avec succès, sans avoir signalé d'incidents particuliers. D'ailleurs, il annonça en juillet 2022, soit après les constatations du Comité et l'audience à la Cour (septembre 2021), le retour de 35 enfants. V., not. le communiqué du Quai d'Orsay : Ministère de L'Europe et des affaires étrangères, « Rapatriement d'enfants et de mères du nord-est syrien (5 juillet 2022) » [en ligne], 5 juillet 2022, [consulté le 21 juin 2025], [://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/syrie/evenements/actualites-2022/article/rapatriement-d-enfants-et-de-meres-du-nord-est-syrien-05-07-22](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/syrie/evenements/actualites-2022/article/rapatriement-d-enfants-et-de-meres-du-nord-est-syrien-05-07-22).

28. Les Comités conclurent à la violation de l'article 2 de la Convention contre la torture et des articles 6 et 37 (a) de la CIDE.

29. Convention relative aux droits de l'enfant, 23 février 2022, § 6.9.

30. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2 mars 2023, § 7.5.

31. *Op. cit.*, § 8, nous soulignons.

32. *Op. cit.*, § 9, nous soulignons.

33. Pour une comparaison plus détaillée des divergences de raisonnement entre ces trois organes, nous nous permettons de renvoyer à notre propre commentaire : « Le rapatriement des enfants français de Syrie devant les organes internationaux de protection des droits de l'homme : symphonie ou polyphonie ? », *RTDH*, 2023, n° 135, pp. 629-644.

34. *H. F. et autres c. France*, n° 24384/19 et 44234/20, CEDH, gr. ch., 14 septembre 2022, § 266, nous soulignons.

35. *Idem*, § 265.

36. *Idem*, § 271.

37. Par exemple, le Comité des droits de l'homme considère que « ses constatations présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire » (Observations générales n° 33, Obligations des États parties au Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 25 juin 2009, § 11).

38. Touzé Sébastien, « L'exécution des constatations des comités conventionnels des Nations Unies », *RGDIP*, 2017, n° 3, pp. 645-660.

39. Sur ce point, la Cour estima que les motifs de la décision de refus devraient s'appuyer « sur une base factuelle suffisante et raisonnable » et devraient « être tirés de considérations impérieuses d'intérêt public ou de difficultés d'ordre juridique, diplomatique et matériel » (*Op. cit.*, § 276).

40. Les proches des requérants A.D. et J.D. ont été rapatriés le 20 octobre 2022. En revanche, les proches des requérants H.F. et M.F. ont reçu une notification de refus de rapatriement le 14 décembre 2022, faute d'être parvenu à les localiser (Document DH-DD(2024)1467).

(adoucir ?) les conclusions de la Cour, 40 enfants avaient déjà pu rejoindre le territoire français. Un mois après l'arrêt, en octobre 2022, 35 enfants suivaient leurs traces et furent accueillis par leurs familles à Villacoublay. Par ailleurs, la satisfaction équitable accordée aux quatre requérants de l'affaire *H.F.* fut payée dans le délai de trois mois imparti par la Cour⁴¹. La bonne foi de l'État subsista jusqu'en 2023 puisque dans une déclaration du 4 juillet, le Quai d'Orsay annonça avoir « procédé à une nouvelle opération de retour sur le territoire national d'enfants et de mères qui se trouvaient dans les camps du Nord-Est de la Syrie ». Mais depuis cette date, aucun autre rapatriement n'a été effectué malgré la promesse de l'ancien Garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti, d'en faire « une priorité⁴² ». La distance entre les actes et les discours s'est alors progressivement creusée et l'espoir s'est dissipé.

11 - D'après les différents bilans d'action transmis par le gouvernement au Comité des ministres, dont le dernier date de mars 2025⁴³, la cessation des rapatriements depuis 2023 serait justifiée par le refus des mères restées dans les camps du Nord-Est syrien de rentrer avec leurs enfants⁴⁴. Outre le flou entourant les modalités selon lesquelles le consentement des mères est recueilli, défaut particulièrement mis en évidence par la Défenseure des droits⁴⁵, c'est la persistance des réponses elliptiques, voire inexistantes, des autorités gouvernementales aux demandes de retour qui se heurte frontalement aux exigences de la Cour. En effet, la Défenseure des droits et l'ONG *Avocats sans frontières*⁴⁶, qui ont toutes deux déposé des observations devant le Comité, ont attiré l'attention de celui-ci sur deux pratiques : le silence des autorités face à de nouvelles demandes de retour d'une part, et la formalisation de décisions de refus de rapatriement stéréotypées et dépourvues d'éléments factuels suffisants d'autre part. Incontestablement, ces deux pratiques s'éloignent de l'horizon conventionnel fixé par la Cour qui exige un examen individualisé des demandes, prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est la raison pour laquelle le Comité des ministres n'a toujours pas mis fin, deux ans et demi après, au processus de surveillance de l'arrêt *H.F.* qui avait été placé d'emblée sous le sceau d'une surveillance soutenue en raison de sa complexité. En effet, celui-ci a considéré, dans sa dernière décision, qu'aucune conclusion définitive ne pouvait être tirée « sur l'existence ou l'absence de contrôle indépendant des décisions concernant les demandes de rapatriement⁴⁷ ». En réalité, ce constat fut prononcé dans l'attente de l'issue des procédures administratives enclenchées contre de nouvelles décisions de refus de rapatriement.

3. Acte III. Le dialogue judiciaire : la résistance de l'État de droit

12 - Les récentes décisions du Tribunal administratif de Paris et de la Cour administrative d'appel ont conforté non seulement l'attitude prudente adoptée par le Comité des ministres lors de l'évaluation des bilans d'action présentés par la France mais également l'inconventionnalité manifeste des refus de rapatriement. Toutes deux saisies des décisions de refus de rapatriement d'enfants détenus dans les camps de Roj et d'Orkesh par le Ministère des affaires étrangères, les juridictions administratives ont donné corps à la jurisprudence de la Cour européenne. Les exigences posées par le juge du Palais des droits de l'Homme et l'impérativité de sa jurisprudence furent magistralement exposées par la Cour administrative d'appel de Paris, le 27 février 2025⁴⁸, et le Tribunal administratif de Paris qui lui emboîta le pas le 13 mars 2025⁴⁹. À l'unisson, les juges rappelèrent que conformément à l'article 46 de la Convention européenne, « la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne [...] condamnant un État partie à la convention implique, en principe, que cet État prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation⁵⁰ ».

13 - Ce rappel élémentaire, destiné à placer les autorités face à leurs engagements conventionnels, ne fut pas le seul camouflet essuyé par le gouvernement. Suivant la ligne tracée dans l'arrêt *H.F.*, les deux juridictions administratives rejetèrent, de manière inédite, l'application de la théorie de l'acte de gouvernement brandie telle une évidence par le Ministre de l'Europe et des Affaires étrangères pour échapper au contrôle du juge administratif. Mais, pour les juridictions administratives, l'immunité juridictionnelle, dans ces cas exceptionnels où des enfants « vivent depuis plusieurs années [...] dans des conditions de dénuement, d'insalubrité et d'insécurité extrêmes⁵¹ », ne vaut plus. Dans ce contexte, le Tribunal affirma avec force que l'exigence d'examen individuel des demandes de retour découlait « des concepts de légalité et d'État de droit⁵² ». En toute logique, puisque le Ministre n'avait produit aucune pièce à l'appui des allégations selon lesquelles la requérante aurait refusé les rapatriements, le Tribunal annula la décision de rejet et lui ordonna de réexaminer la demande⁵³. Le coup porté à l'application automatique de la théorie de l'acte de gouvernement est sévère et le front juridictionnel commun pour faire avancer la cause des droits, réel.

14 - Ce n'est pas la première fois que le juge administratif est contraint de placer le gouvernement face à son refus, délibéré, de tirer les leçons de la jurisprudence de la Cour et du caractère impératif de ses décisions. L'on se souvient de l'effroi provoqué après l'ordonnance du Conseil d'État du 7 décembre 2023 par laquelle il dû acter le non-respect d'une mesure provisoire adoptée par la Cour visant à empêcher l'expulsion d'un ressortissant ouzbègue. Ce mépris insensé de l'État de droit fut assumé, dans le silence assourdissant du plus haut sommet de l'État, par le Ministre de l'Intérieur en exercice qui s'obstina à défendre publiquement son expulsion « malgré les décisions des uns et des autres⁵⁴ ». Force est d'admettre qu'il ne s'agit pas d'épiphénomènes. Ces épisodes de défiance se multiplient, tout en s'inscrivant plus largement dans le déploiement d'une rhétorique offensive qui gagne en intensité

41. Bilan d'action soumis le 29 décembre 2023 (Secrétariat du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Document DH-DD-(2024)42).

42. Il fut interpellé le 9 mai 2023 par le député Dominique Potier au sujet de l'accélération du processus de rapatriement. Question écrite n° 7882, publication de la réponse au Journal Officiel du 20 juin 2023, p. 5607.

43. Secrétariat du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Document DH-DD(2024)1467.

44. Bilan d'action soumis le 29 décembre 2023 (Secrétariat du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Document DH-DD-(2024)42), § 25.

45. La défenseure des droits, Claire Hédon, a déposé une communication devant le Comité des ministres ainsi que l'y autorise la Règle 9.2 des Règles du Comité des ministres : « les ONG et les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'Homme à transmettre des observations sur l'exécution des arrêts ». Cette communication, déposée le 14 février 2024, met en lumière que les décisions de refus formulées aux familles apportent « peu d'éléments [...] sur l'absence de consentement de la mère au retour en France (formalisation par écrit du consentement et des motifs de refus) » (DH-DD(2024)249, § 15).

46. L'ONG a déposé deux communications, la première en mars 2024 (DH-DD(2024)160) et la seconde en mars 2025 (DH-DD(2025)124).

47. CM, 1492^e réunion, 12-14 mars 2024 (DH), H46-12, § 5.

48. CAA Paris, formation plénière, 27 février 2025, n° 23PA04014.

49. TA Paris, 4^e section, 1^{ère} ch., 13 mars 2025, n° 2416572.

50. TA Paris, 4^e section, 1^{ère} ch., 13 mars 2025, n° 2416572, § 3.

51. CAA Paris, formation plénière, 27 février 2025, n° 23PA04014, § 8.

52. TA Paris, 4^e section, 1^{ère} ch., 13 mars 2025, n° 2416572, § 4.

53. Précisons que la Cour administrative d'appel n'a pas été jusqu'à cette conclusion puisqu'elle a finalement rejeté la requête au motif que celle-ci critiquait seulement la compétence de la directrice des Français à l'étranger pour prendre la décision de refus.

54. Propos tenus le 13 décembre 2022 dans le cadre d'une interview diffusée sur la chaîne C-NEWS.

et en visibilité à l'égard de la figure judiciaire. Sur le continent européen comme ailleurs, les attaques à l'encontre de l'État de droit fleurissent dans le discours des responsables politiques, au point d'en saper tant les fondements conceptuels que les mécanismes institués pour le protéger. Que la défiance se traduise par la « montée du populisme anti-judiciaire⁵⁵ » ou l'étiollement, plus ou moins déguisé, des contre-pouvoirs, la crise de l'État de droit est

désormais profonde. Souvenons-nous pourtant, à travers la fine plume de l'académicien François Sureau, que « *l'État de droit, dans ses principes et ses organes, a été conçu pour que ni les désirs du gouvernement ni les craintes des peuples n'emportent sur leur passage les fondements de l'ordre politique, et d'abord la liberté*⁵⁶ ».■

55. Pour reprendre la formule percutante de Christophe Soulard lors d'un entretien accordé à *Médiapart* le 7 juin 2025. V. Arfi Fabrice, Deléan Michel, « Le premier juge de France s'alarme de la montée d'un « populisme anti-judiciaire »

» [en ligne], *Médiapart*, 7 juin 2025, [consulté le 21 juin 2025], [://www-mediapart-fr.scpo.idm.oclc.org/journal/france/070625/le-premier-juge-de-france-s-alarme-de-la-montee-d-un-populisme-anti-judiciaire](http://www-mediapart-fr.scpo.idm.oclc.org/journal/france/070625/le-premier-juge-de-france-s-alarme-de-la-montee-d-un-populisme-anti-judiciaire).

56. Sureau François, *Sans la liberté*, Gallimard, 2019.

13 La conventionalité du dispositif de premier accueil des mineurs non accompagnés en question



Corentin BAILLEUL,
Responsable du pôle plaidoyer et programmes
France, UNICEF France

1 - Les mineurs non accompagnés sont les enfants qui ont moins de 18 ans et qui se trouvent sans représentants légaux sur le territoire national. Ils étaient 31 100 à être accueillis par les Conseils départementaux au 31 décembre 2023¹, et 19 370 à être confiés sur décision judiciaire au cours de l'année 2023².

2 - Conformément à l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ratifiée par la France, les États sont soumis à une obligation de protection à l'égard des mineurs non accompagnés qui relèvent de leur juridiction. Les obligations d'accueil et de prise en charge de l'État français à l'égard des mineurs non accompagnés au titre de la protection de l'enfance sont également inscrites en droit interne³. Pourtant, dès 2013, on assiste à l'élaboration progressive d'un cadre réglementaire dérogatoire et spécifique pour la prise en charge des mineurs non accompagnés. Ce dernier porte principalement sur leur mise à l'abri, l'évaluation de leur minorité et de leur isolement ainsi que leur répartition sur le territoire national. Les lois du 14 mars 2016⁴, du 10 septembre 2018⁵ et du 7 février 2022⁶ ont entériné ces évolutions en leur apportant une base législative.

3 - Dès la création du dispositif spécifique, plusieurs institutions relèvent de graves violations des droits des mineurs non accompagnés, en particulier dans les procédures d'accès à une prise en charge au titre de la protection de l'enfance⁷. L'un des principaux points noirs du dispositif tient à l'absence de recours suspensif

contre les décisions d'admission au bénéfice de l'aide sociale à l'enfance (ASE) des conseils départementaux.

1. L'absence de recours effectif : point noir du dispositif

4 - L'alinéa VI de l'article R. 221-11 du code de l'action sociale et des familles (CASF) prévoit que « s'il estime que la situation de la personne [se déclarant mineure et non accompagnée] ne justifie pas la saisine de l'autorité judiciaire, [le président du conseil départemental] notifie à cette personne une décision de refus de prise en charge [...] Dans ce cas, l'accueil provisoire d'urgence [...] prend fin ». Il apparaît que, selon ces dispositions, l'évaluation peut notamment prendre « fin » avec cette « décision de refus de prise en charge » du président du conseil départemental, et que par défaut, l'accueil provisoire d'urgence prend fin dès qu'une décision de refus de prise en charge est délivrée, en dépit de tout recours judiciaire exercé par la personne évaluée majeure. En pratique, il est mis fin immédiatement à la prise en charge des mineurs sans aucune autre solution, dès la notification de la décision de refus et aucune disposition ne prévoit un droit au recours effectif au sens suspensif.

5 - Lorsqu'un juge des enfants est saisi d'une demande fondée sur l'article 375 du code civil, à la suite d'un refus de prise en charge par un conseil départemental, le recours n'a pas d'effet suspensif. Le juge n'est soumis à aucun délai pour examiner la requête, et la mise en place de mesures provisoires prévues à l'article 375-5 du même code reste facultative.

6 - En pratique, la décision d'assistance éducative intervient souvent longtemps après la saisine. Selon le rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés du 15 février 2018, le délai moyen de traitement d'une requête en assistance éducative est de quatre mois au niveau national⁸. Le Défenseur des droits est régulièrement alerté sur des situations où la première audience devant le juge des enfants a lieu plus de six, voire dix mois après le dépôt de la requête. Dans certains cas, le mineur est même devenu majeur au moment où le juge statue. Certaines décisions du Défenseur des droits⁹ font état d'une absence d'audience pendant plus de 17 mois. À ces délais peuvent encore s'ajouter ceux de l'appel et le cas échéant de la cassation.

1. Observatoire de la décentralisation et de l'action sociale, « Dépenses sociales et médico-sociales des départements en 2023 », *La lettre de l'ODAS*, juin 2024.
2. Direction de la Protection judiciaire de la jeunesse, « Mission nationale mineurs non accompagnés – Rapport annuel d'activités 2023 », 2024.
3. L'article L. 112-3 du code de l'action sociale et des familles (CASF) dispose que « la protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ». Une telle mission incombe donc au service de l'aide sociale à l'enfance institué dans chaque conseil départemental, sous le contrôle du juge des enfants, respectivement en application des articles L. 112-3 du CASF et 375 du code civil. Ce dernier prévoit que « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées ».
4. Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.
5. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.
6. Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants.
7. Commission nationale consultative des droits de l'homme, « Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national », 26 juin 2014 ; Défenseur des droits, « Les mineurs non accompagnés au regard du droit », 3 février 2022 ; Cour des comptes, « La protection de l'enfance : une politique inadaptée au temps de l'enfant », 30 novembre 2020 ; UNICEF France et al., « Mettre fin aux violations des droits des mineurs isolés : 90 propositions pour une meilleure protection », janvier 2023.

8. IGAS, IGA, IGJ et ADF, « Rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés », 15 février 2018, p. 41.
9. Défenseur des droits, Décision n° MDE-2016-241, 20 septembre 2016 ; Défenseur des droits, Décision n° MDE-2016-242, 16 septembre 2016 ; Défenseur des droits, Décision n° 2020-148, 16 juillet 2020 ; Défenseur des droits, Décision n° 2021-249, 19 novembre 2021.

Dans de nombreux cas, ces recours sont alors considérés comme dépourvus d'objet en raison de la longueur de la procédure¹⁰.

7 - Depuis une décision du Conseil d'État en date du 4 juin 2020, il est établi que le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, peut ordonner à un département de maintenir l'accueil provisoire d'un jeune non admis au bénéfice de l'ASE. Cette injonction n'est toutefois possible que si deux conditions sont réunies : « lorsqu'il lui apparaît que l'appréciation portée par le département sur l'absence de qualité de mineur isolé de l'intéressé est manifestement erronée et que ce dernier est confronté à un risque immédiat de mise en danger de sa santé ou de sa sécurité¹¹ ». Cependant, cette procédure reste difficilement accessible en pratique. D'une part, de nombreux mineurs ne disposent pas de l'accompagnement nécessaire pour engager un tel recours. D'autre part, les critères exigés - à savoir une erreur manifeste d'appréciation et un risque immédiat de mise en danger - sont particulièrement stricts. En conséquence, peu de jeunes peuvent effectivement bénéficier de la poursuite de leur accueil malgré l'introduction d'un recours.

8 - Il apparaît clairement que, dans la grande majorité des cas, le principe de présomption de minorité cesse donc de s'appliquer dès lors que le conseil départemental refuse la prise en charge du jeune. Cette situation est d'autant plus préoccupante que, selon le rapport précité de la mission bipartite, « la dispersion extrême des taux de reconnaissance de minorité d'un département à l'autre suggère des disparités de pratiques importantes » et que « la crainte de décisions erronées n'est pas infondée¹² ».

9 - Le même rapport souligne par ailleurs que « parmi l'ensemble des recours judiciaires examinés en 2016 et 2017 à Paris, un jugement sur deux avait infirmé l'évaluation initiale et ordonné une admission à l'ASE (jugements en première instance et en appel)¹³ », ce qui illustre l'ampleur des divergences entre les décisions administratives et les décisions judiciaires. Plus récemment, une enquête menée par la Coordination Nationale Jeunes Exilé-es en Danger¹⁴ (CNJED), réalisée le 20 mars 2024 auprès d'une centaine d'associations et collectifs répartis dans 83 départements, met en lumière des écarts significatifs dans les taux de reconnaissance de minorité par les juges des enfants. Selon cette enquête, environ 60 % des jeunes ayant engagé un recours juridictionnel ont finalement été reconnus comme mineurs.

10 - En pratique, l'absence de recours suspensif place les jeunes déclarés majeurs dans une situation de grande vulnérabilité, tant sur le plan social que sanitaire. Dans de nombreux cas documentés par le Défenseur des droits¹⁵, ces jeunes se retrouvent « en errance, sans hébergement ni prise en charge éducative, dans l'attente du prononcé de la décision du juge des enfants ». Cette période d'attente, sans protection ni accompagnement, aggrave leur précarité et compromet gravement leur bien-être.

11 - Entre octobre et novembre 2023, une enquête menée par quatre associations auprès de jeunes ayant contesté un refus de prise en charge par l'ASE à Paris révèle une situation extrêmement préoccupante pour les 128 personnes interrogées¹⁶. Il en ressort que « la grande majorité des jeunes ne dispose pas de solutions d'hébergement ou de logement, ce qui les plonge dans une situation de grande précarité. Depuis le refus de la reconnaissance de

leur minorité, 91% des jeunes interrogés [avaient] dormi uniquement à la rue ou en campement¹⁷ ».

12 - L'accès à l'alimentation est tout aussi alarmant : « une grande majorité de jeunes (92%) [était] en situation de faim sévère ou modérée ». L'indice domestique de la faim utilisé dans l'enquête révèle « les plus hauts scores rapportés par Action contre la Faim (ACF) sur l'ensemble des enquêtes menées depuis 2019 en France¹⁸ ». Enfin, plusieurs rapports soulignent la forte prévalence de troubles psychiques et de pathologies chez ces jeunes, conséquence directe de leurs conditions de vie extrêmement précaires.

2. Des condamnations claires du Comité des Droits de l'Enfant

13 - Dès ses premières observations finales concernant le rapport de la France en 1994 et à chaque nouvelle itération depuis, le Comité des droits de l'enfant exprime de larges préoccupations sur le traitement des mineurs non accompagnés en France¹⁹. En juin 2023, le Comité se dit profondément préoccupé par « les pratiques arbitraires d'évaluation de l'âge ». Il recommande notamment d'« aligner la procédure d'évaluation de l'âge sur le principe de la présomption de minorité et donner à la personne concernée la possibilité de contester le résultat de la détermination de l'âge par le biais d'une procédure judiciaire. Pendant la durée de cette procédure, la personne concernée doit se voir accorder le bénéfice du doute et être traitée comme un enfant - et donc être maintenue dans le système de protection de l'enfance²⁰ ».

14 - Le 3^e protocole de la CIDE, instaurant un mécanisme de plaintes individuelles en cas de violation des droits de l'enfant, constitue une occasion nouvelle de voir le Comité se prononcer sur le traitement des mineurs non accompagnés²¹. Deux décisions intervenues depuis illustrent de manière emblématique les violations constatées depuis de nombreuses années²².

15 - Dans l'affaire *S.E.M.A c. France*, le Comité des droits de l'enfant a été saisi par un jeune pakistanais arrivé en France en août 2019. Sa minorité a été évaluée lors d'un entretien sans représentant légal ni traducteur dans sa langue maternelle. Malgré la présentation d'un acte de naissance, l'association en charge de l'évaluation a conclu à sa majorité, invoquant son apparence physique et des incohérences dans ses propos. Le juge des enfants, saisi sur le fondement de l'article 375 du code civil, a écarté les documents d'identité (acte de naissance original et carte d'identité pakistanaise) sans procéder à une vérification auprès des autorités pakistanaises. Il a prononcé un non-lieu à assistance éducative le 4 décembre 2019.

16 - Le jeune a fait appel et présenté de nouveaux éléments : acte de naissance légalisé, carte d'identité originale et copie de passeport. L'audience a été reportée au 12 janvier 2021, soit après sa majorité, sans qu'aucune mesure provisoire de protection ne soit mise en place. Finalement, la cour d'appel a reconnu l'authenti-

10. V. par exemple Cass., 1^{re} civ., 5 sept. 2018, pourvoi n° 18-17.311.

11. CE, 4 juin 2020, n° 440686.

12. IGAS, IGA, IGJ et ADF, « Rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés », *op. cit.*

13. *Ibid.*, p. 24.

14. Coordination Nationale Jeunes Exilé-es En Danger, « Mineur-es non accompagnés refusés ou en recours de minorité : recensement national du 20/03/2024 », avril 2024.

15. Notamment dans la décision Défenseur des droits, MDE-2016-052 du 26 février 2016 relative à l'accès aux droits et à la justice des mineurs isolés étrangers.

16. Action contre la faim et al., « Enquête auprès des jeunes en procédure de reconnaissance de minorité à Paris », octobre/novembre 2023.

17. *Ibid.*, p. 4.

18. *Ibid.*

19. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales : France », CRC/C/FRA/CO/6-7, 4 décembre 2023 ; Comité des droits de l'enfant, « Observations finales : France », CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016 ; Comité des droits de l'enfant, « Observations finales : France », CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2019 ; Comité des droits de l'enfant, « Observations finales : France », CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004 ; Comité des droits de l'enfant, « Observations finales : France », CRC/C/15/Add.20, 20 avril 1994.

20. Comité des droits de l'enfant, CRC/C/FRA/CO/6-7, *op. cit.*, p. 14.

21. Ce protocole a été signé par la France le 20 novembre 2014. Le législateur a, par la loi n° 2015-1463 du 12 novembre 2015, autorisé pleinement sa ratification, décidée le 7 janvier 2016 sans aucune réserve ni déclaration venant en amoindrir la portée. Il est enfin entré en vigueur le 7 avril 2016, et le décret n° 2016-500 du 22 avril 2016 en porte publication.

22. *S.E.M.A c. France*, CRC/C/92/D/130/2020, Comité des droits de l'enfant, 25 janv. 2023 ; *U.A c. France*, CRC/C/96/D/132/2020, Comité des droits de l'enfant, 21 mai 2024.

cité des documents et confirmé sa minorité. Entre-temps, le jeune, resté à la rue, a saisi le Comité des droits de l'enfant, qui a ordonné des mesures provisoires. Celles-ci n'ont été appliquées que le 31 décembre 2020, jour de ses 18 ans, lorsqu'il a été mis à l'abri et a reçu une aide provisoire jeune majeur. Il n'a donc jamais bénéficié de la protection due à un mineur.

17 - Dans ses constatations du 25 janvier 2023²³, le Comité a conclu que la procédure de détermination de l'âge n'avait pas respecté les garanties prévues par la CIDE, constatant des violations des articles 3, 12, 20 et 37, ainsi que de l'article 6 du troisième protocole facultatif. Le Comité recommande notamment à la France :

- de garantir que toute procédure visant à déterminer l'âge de jeunes gens affirmant être mineurs est conforme à la Convention » ;
- d'« assurer la célérité de la procédure de détermination de l'âge et adopter des mesures de protection [...] en les traitant comme des enfants et en les reconnaissant tous les droits sous la Convention » ;
- de « veiller à ce que, en cas de litige concernant la minorité d'un enfant, il existe un recours efficace et accessible [...] et à ce que les jeunes qui prétendent avoir moins de 18 ans soient considérés comme des enfants [...] pendant toute la procédure ».

18 - Dans l'affaire *U.A. c. France*, le Comité des droits de l'enfant est cette fois saisi de la situation d'un mineur non accompagné resté plusieurs mois sans aucune prise en charge en France, en dépit de décisions du juge des enfants et du tribunal administratif enjoignant au département de procéder à sa mise à l'abri. À la suite de ces décisions, une évaluation sociale est réalisée par le département et conclut à sa majorité, sans qu'il soit assisté d'un représentant légal et sans que son acte de naissance original soit pris en compte. Le juge des enfants met alors fin à sa prise en charge, en s'appuyant notamment sur cette évaluation et sur un rapport d'analyse documentaire qui relevait l'absence de traduction de l'acte de naissance.

19 - La décision du juge des enfants a été confirmée en appel, sans qu'aucune expertise documentaire des nouveaux éléments produits ne soit ordonnée, ni que les autorités pakistanaises ne soient sollicitées pour vérification. Face à cette situation, l'intéressé a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel. Il a également saisi le procureur de la République afin qu'une analyse documentaire soit diligentée et qu'une mesure de mise à l'abri soit prononcée dans l'attente. Une nouvelle demande de mise à l'abri a également été adressée au conseil départemental. C'est dans ces conditions que le Comité se prononce et condamne la France pour violation des articles 3, 8, 12, 20, 28 et 37 de la CIDE, ainsi que l'article 6 du protocole additionnel. Le Comité formule alors des recommandations très proches de celles déployées dans la décision *S.E.M.A. c. France* en mentionnant - plus explicitement encore - le principe de présomption de minorité.

20 - Cette position du Comité des droits de l'enfant transpose, au cas français, des exigences qu'il a déjà relevées dans d'autres décisions²⁴ et les précise.

3. L'inertie du gouvernement français —

21 - Ces décisions n'ont pas été suivies d'effet. L'État était tenu d'informer le Comité des mesures prises, afin de donner effet à ses constatations, dans un délai de 180 jours à compter du prononcé des décisions. Plusieurs organisations - dont l'UNICEF France - appellent alors publiquement le gouvernement à appliquer ces décisions en réformant son dispositif de premier accueil afin d'assurer la prise en charge des mineurs non accompagnés jusqu'à

ce qu'une décision de justice en dernier ressort soit rendue. Le 17 juin 2023, une tribune de 24 responsables associatifs²⁵, publiée dans le journal *Le Monde*, a interpellé la Première ministre afin que le gouvernement français respecte la décision et le délai fixé par le Comité. Dans une décision de suivi des jurisprudences du 5 mars 2025²⁶, le Comité note - pour l'affaire *S.E.M.A. c. France*, « que l'État partie n'a pas pris de mesures suffisantes pour donner suite à ses constatations. ».

4. L'analyse en contrepied de la Cour européenne des droits de l'homme —

22 - Dans un arrêt du 16 janvier 2025²⁷, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est saisie par un requérant se déclarant mineur isolé qui a vu sa minorité contestée par le département à l'issue d'un entretien d'évaluation au cours duquel il n'avait pas présenté de document d'état civil. Un examen médico-légal a été réalisé, à la suite duquel le procureur de la République a prononcé un non-lieu à assistance éducative. Privé de toute prise en charge, le requérant s'est retrouvé à la rue, y compris durant la période de confinement liée à la pandémie de Covid-19. Il a saisi le juge des enfants et introduit un référé-liberté devant le tribunal administratif, qui a rejeté sa demande.

23 - Saisie d'une demande de mesures provisoires, la CEDH a enjoint à l'État français de lui garantir un hébergement et une alimentation pendant toute la durée du confinement. Il a alors été orienté vers le dispositif d'hébergement d'urgence (115). Le Conseil d'État, saisi en appel, a conclu à un non-lieu, estimant que le requérant bénéficiait désormais d'une prise en charge par l'État.

24 - Parallèlement, le requérant a contesté devant le tribunal administratif la décision du département mettant fin à sa prise en charge. Ce recours a été rejeté, au motif qu'un recours devant le juge des enfants était disponible, et que le requérant, en tant que mineur non reconnu, n'avait pas qualité pour présenter une demande indemnitaire. Il a finalement quitté la ville et s'est retrouvé de nouveau sans abri. Plus de trois mois après sa saisine, le juge des enfants a rendu un non-lieu à assistance éducative, décision qui a été infirmée six mois plus tard par la cour d'appel.

25 - Dans cette affaire, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), considérant qu'en l'espèce, la présomption de minorité dont bénéficiait le requérant a été renversée (par les résultats de l'évaluation sociale et de l'examen médical) dans des conditions qui l'ont privé de garanties procédurales suffisantes. Elle mentionne notamment les conditions de remise des conclusions de l'évaluation administrative, l'absence de motivation du non-lieu à assistance éducative, et le caractère incomplet de la mention des voies et délais de recours.

26 - Cependant, et de manière pour le moins surprenante, la Cour juge que le cadre juridique interne comporte « en principe » des garanties procédurales répondant aux exigences de l'article 8. Par ailleurs, la Cour rejette le grief fondé sur la violation de l'article 13 relatif au droit à un recours effectif combiné à l'article 8 de la CESDH en considérant que la combinaison des recours offerts en droit interne remplit les exigences de la CESDH.

27 - Selon la Cour, le requérant a bénéficié en pratique de recours effectifs. Celle-ci considère que la possibilité de recourir au référé-liberté et la possibilité pour le juge des enfants de prononcer des mesures provisoires sur le fondement de l'article 375-5 du code

23. Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant la communication n° 130/2020.

24. *A.L. c. Espagne*, Comité des droits de l'enfant, *Décision*, CRC/C/81/D/16/2017, 31 mai 2019 ; *R.K. c. Espagne*, Comité des droits de l'enfant, *Décision*, CRC/C/83/D/21/2017, 4 février 2020.

25. Tribune collective publiée dans le journal *Le Monde*, « La procédure de détermination de l'âge des mineurs isolés étrangers doit être en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant », 17 juin 2023.

26. Comité des droits de l'enfant, « Rapport d'étape sur la suite donnée aux communications émanant de particuliers », adopté par le Comité à sa quatre-vingt-dix-huitième session, 5 mars 2025.

27. *A.C. c. France*, n° 15457/20, CEDH, 16 janvier 2025.

civil suffit à considérer que les recours internes remplissent les exigences de la CIDE, bien que tous deux ne soient pas totalement opérants (voir *supra*).

28 - Enfin, la Cour rejette le grief fondé sur la violation de l'article 3 de la CESDH considérant que pour admettre que le seuil de gravité de l'article 3 est atteint, elle doit pouvoir s'appuyer sur des éléments factuels suffisamment solides, qu'elle considère comme n'étant pas réunis en l'espèce²⁸.

5. Une position attendue du Conseil d'État

29 - À la suite de la décision *S.E.M.A.c. France* et de l'inaction du gouvernement pour y donner suite, sept associations - dont UNICEF France - ont adressé une demande à la Première ministre visant à abroger les articles R. 221-11 à R. 221-15-9 du CASF, qui encadrent les conditions d'accueil et d'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille. Les associations estiment que ces dispositions réglementaires contreviennent manifestement aux articles 3, 8, 12, 20 (§1) et 37 (a) de la CIDE, comme l'a souligné le Comité des droits de l'enfant dans sa décision du 25 janvier 2023²⁹, complétée depuis par celle du 21 mai 2024³⁰.

30 - La Première ministre n'a ni accusé réception de cette demande en précisant les délais et voies de recours, ni apporté de réponse. Ce silence vaut décision implicite de rejet.

31 - Les associations ont donc engagé un recours³¹ contre cette décision implicite, ainsi que contre le décret n° 2023-1240 du 22 décembre 2023 qui modifie les modalités de mise à l'abri et d'évaluation de la minorité et de l'isolement des personnes se déclarant mineures non accompagnées. Le Conseil d'État devra donc se prononcer de manière explicite sur la conformité du dispositif de premier accueil et d'évaluation des mineurs non accompagnés au regard de la CIDE.

32 - Les décisions du 25 janvier 2023 et du 21 mai 2024 rendues par le Comité des droits de l'enfant s'imposent au pouvoir réglementaire. D'une part, parce que ce Comité est l'interprète authentique de la CIDE³² et, d'autre part, parce que le troisième proto-

cole facultatif à la Convention confère un effet contraignant à ses constatations.

33 - La jurisprudence du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies constitue une référence indiscutable pour l'interprétation des garanties conventionnelles, notamment en matière d'intérêt supérieur de l'enfant³³. Le Comité, doté d'une mission comparable à celle d'une juridiction internationale, peut être saisi par des particuliers ou leurs représentants en cas de violation des droits garantis par la CIDE³⁴. Après examen, il transmet ses constatations et recommandations aux parties concernées³⁵. Sa jurisprudence établit clairement que ces constatations imposent non seulement une réparation effective des violations constatées, mais aussi l'adoption de mesures structurelles pour éviter leur répétition³⁶.

34 - Comme le souligne la doctrine, « les États ont nécessairement accepté la compétence des Comités, soit à propos de leur contrôle sur rapport par la ratification des Conventions, soit à propos du contrôle sur plainte par la ratification des Protocoles facultatifs ou l'émission de déclarations à cette fin. Dès lors, il est difficilement concevable de ne reconnaître à ces organes et ces compétences qu'un rôle consultatif³⁷ ».

35 - En ratifiant ce protocole, le législateur et le pouvoir réglementaire ont donc accepté de se soumettre à l'interprétation de la CIDE donnée par le Comité des droits de l'enfant. Ne pas respecter cette interprétation reviendrait à vider de sa substance l'engagement international pris par la France.

36 - Dans ces conditions, le Conseil d'État se prononcera donc sur la force contraignante ou « recommandatoire » des décisions du Comité des droits de l'enfant, tout en articulant son raisonnement avec celle accordée aux arrêts de la CEDH. L'enjeu est important et la décision du Conseil d'État attendue, tant les violations constatées sont récurrentes et d'une gravité incontestable. Le sort de milliers d'enfants que l'État a la responsabilité de protéger est en jeu. ■

28. V. l'analyse de l'association Infomie sur ce point : InfoMIE, « Analyse sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant les mineurs isolés étrangers », [:/www.infomie.net](http://www.infomie.net).

29. *S.E.M.A.c. France*, CRC/C/92/D/130/2020, *préc. cit.*

30. *U.A.c. France*, CRC/C/96/D/132/2020, *préc. cit.*

31. UNICEF, « Atteintes aux droits des mineurs isolés en France : 27 associations saisissent le Conseil d'État », 14 mai 2024, [:/www.unicef.fr/article/atteintes-aux-droits-des-mineurs-isoles-en-france-27-associations-saisissent-le-conseil-detat](http://www.unicef.fr/article/atteintes-aux-droits-des-mineurs-isoles-en-france-27-associations-saisissent-le-conseil-detat).

32. Le Comité, institué par l'article 43 de la CIDE, est composé de « dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé

par la présente Convention », élus par les États parties et siégeant à titre personnel. Sa mission principale est de veiller à l'application de la Convention, notamment en examinant les rapports des États et en formulant des recommandations pour garantir le respect effectif des droits de l'enfant.

33. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même s'y réfère régulièrement (voir notamment *Maumousseau et Washington c. France*, CEDH, n°39388/05, 6 déc. 2007, § 66).

34. Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications adopté le 19 décembre 2011, art. 5.

35. *Ibid.*, art.10.

36. Ainsi, le Comité a affirmé que « l'État partie est tenu d'assurer à l'auteur une réparation effective », mais aussi qu'« il a également l'obligation de veiller à ce que [ces violations] ne se reproduisent pas » (voir CRC, 25 janv. 2023 ; CRC/C/94/D/89/2019, 19 sept. 2023).

37. FERRERO Julie, « Faut-il prendre les comités conventionnels au sérieux ? », *RDLF*, 2022, chron. n° 10.

Annexe.

<p>Dans sa décision rendue le 1^{er} juillet 2025, le Conseil d'État a rejeté le recours formulé par les associations requérantes. Le Conseil d'État précise que les dispositions de la CIDE « ne confèrent pas de caractère contraignant aux « constatations » que le Comité des droits de l'enfant institué par l'article 43 de la Convention relative aux droits de l'enfant transmet à un État partie, sur le fondement du protocole facultatif à cette Convention établissant une procédure de présentation de</p>	<p>communications et, d'autre part, que la puissance publique a pour obligation de protéger et de prendre en charge les mineurs présents sur le territoire national qui sont privés du soutien de leur famille. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures. Le Conseil d'État rejette tous les moyens soulevés par les associations</p>	<p>et se cantonne à rappeler des dispositions aujourd'hui largement inopérantes en pratique :</p> <ul style="list-style-type: none"> ● La possibilité pour le jeune de saisir le juge des enfants et d'obtenir des mesures de protection provisoire pendant l'instance. ● La possibilité de saisir en urgence le juge des référés. ● La possibilité de se faire accompagner durant la procédure d'évaluation par la personne de leur choix y compris par un avocat - qui restera très largement hypothétique en 	<p>l'absence d'un véritable droit à une assistance juridique tout au long de cette procédure. Le Conseil d'État ne dit d'ailleurs pas un mot sur l'assistance d'un représentant légal durant la procédure.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● La garantie de la prise en compte des documents d'état civil dans le « faisceau d'indices » permettant au département d'évaluer la minorité - « sans leur accorder un poids déterminant » - alors qu'au contraire leur primauté devrait valoir.
---	--	--	--

À propos de...

La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'École de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui vingt-huit numéros. Un vingt-neuvième est en préparation.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.



LexisNexis®

La sélection en droit social LexisNexis, votre alliée au quotidien

LA RÉFÉRENCE

CODE DU TRAVAIL 2026
Bernard Teyssié
Août 2025



DROIT DE LA PROTECTION SOCIALE
Patrick Morvan
Juin 2025

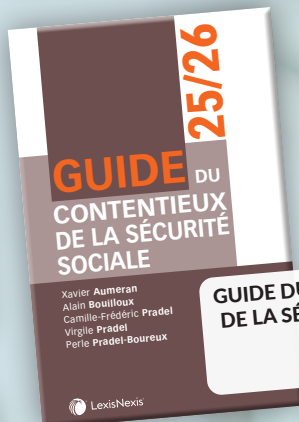


INTRODUCTION AU DROIT DU TRAVAIL
Bernard Teyssié

INTRODUCTION AU DROIT DU TRAVAIL
Bernard Teyssié - Octobre 2024



RESTRUCTURATIONS EN DROIT SOCIAL
Patrick Morvan
Mai 2024



GUIDE DU CONTENTIEUX DE LA SÉCURITÉ SOCIALE 2024/2025
Juillet 2025



LES MÉTAMORPHOSE DU DROIT DU TRAVAIL
Bernard Teyssié
Avril 2025



CODE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE 2026
Philippe COURSIER
Août 2025



Robert Badinter

L'œuvre d'un juste

“

Un jour,
je vous parlerai
de la Justice...

Robert Badinter, 1985

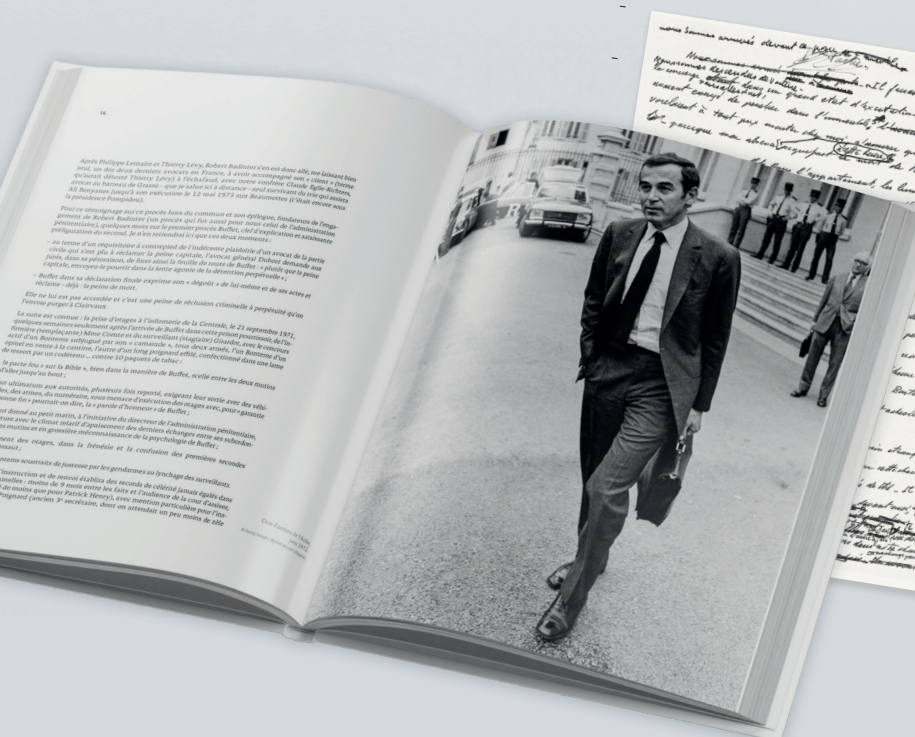
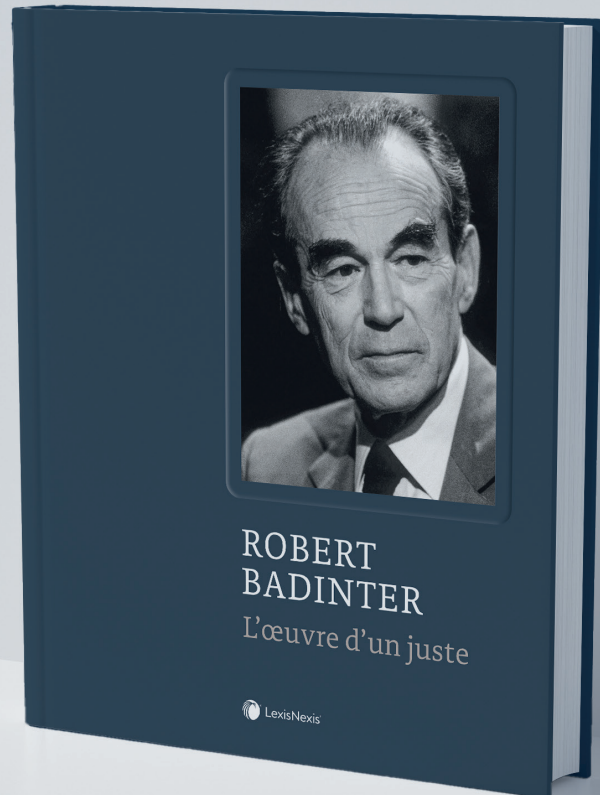
”

“

Avec ce livre,
nous avons tenté
d'en parler pour lui

Antoine Lyon-Caen
et Jean-Marc Sauvé, 2024

”



Récits de vie inédits, archives originales
et photographies d'époque.

27 grands témoins racontent l'empreinte
d'un homme de progrès et célèbrent un
héritage juridique intemporel.

Sous la direction
d'Antoine Lyon-Caen et Jean-Marc Sauvé,
avec le soutien bienveillant d'Élisabeth Badinter

Février 2025

Les Codes bleus LexisNexis LA PUISSANCE JURIDIQUE



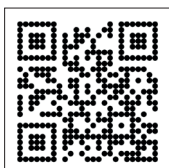
RÉFÉRENCE • EXCELLENCE • PERTINENCE

L'EXCELLENCE À PETIT PRIX

► Code civil : **20 €**

► Code de procédure civile, Code de commerce, Code pénal, Code de procédure pénale : **35 €**

Parution 18 juin 2025.



Retrouvez toute la collection Code bleu
sur notre boutique en ligne store.lexisnexis.com/fr-fr

Choix de jaquettes amovibles
pour personnaliser vos codes



Explorez les enjeux juridiques liés à l'essor du numérique !



● **Les cyberrisques**

Olivier de Maison Rouge - novembre 2024

● **IA générative et professionnels du droit**

Yannick Meneceur - novembre 2024

● **Les contrats électroniques**

Jérôme Huet, Anne Danis-Fatôme - octobre 2024

● **Blockchain et crypto-actifs**

Dominique Legeais - mars 2025

● **Smart cities**

Jean-Bernard Auby - janvier 2025

● **Droit international et européen du numérique**

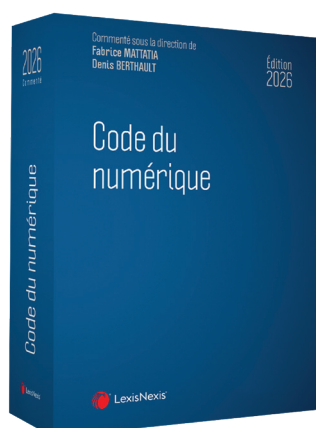
Philippe Achilléas - août 2025

PAR QUI ?

Rédigés par **des experts reconnus dans leurs domaines respectifs**, ces ouvrages offrent une analyse approfondie et des perspectives éclairées sur les défis juridiques posés par le numérique.

POUR QUI ?

Ils s'adressent aux professionnels du droit, aux décideurs, aux développeurs, aux gestionnaires des risques et toute personne impliquée dans la gestion des enjeux juridiques et technologiques du monde numérique.



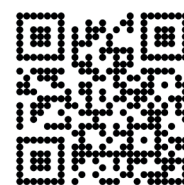
EXCLUSIVITÉ LEXISNEXIS !

Code du numérique 2026

Commenté sous la direction de Fabrice Mattatia et Denis Berthault par une équipe d'auteurs spécialistes

- Quatre parties : données, outils numériques, activités numériques, obligations transversales
- Nouveau chapitre : Accessibilité.

5^e éd., 1780 pages, septembre 2025



store.lexisnexis.com/fr-fr