

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL

Commission "Migrations internationales et droit international"

Membres du Comité

Professeur Dr Thibaut Fleury Graff (France) : Coprésident
Professeur Dr Vasilka Sancin (Slovénie) : Coprésident
Dr Funmilola Abioye (Afrique du Sud) : Co-rapporteur
Dr Sanzhuan Guo (Australie) : Co-rapporteur

Professeur Docteur Sabine Corneloup (France)
Docteur Cristiano d'Orsi (Afrique du Sud)
Emellin de Oliveira (Portugal)

Docteur Eefje de Volder (Pays-Bas)
Professeur Docteur Anuscheh Farahat (Allemagne)
Mme Mariana Ferolla Vallandro do Valle (Brésil)
Professeur Michael Lysander Fremuth (Allemagne)
Docteur Jean-Pierre Gauci (Royaume-Uni)
Professeur Takami Hayashi (Japon)
Docteur Vera Honuskova (République tchèque)

Professeur Francesca Ippolito (Italie)
Professeur Iliriana Islami (Albanie)
A/Professeur Mary Anne Kenny (Australie)
Suppléant : Professeur associé Kate Ogg

Docteur Neza Kogovsek Salamon (Slovénie)
Mme Rita Lynce de Faria (Portugal)
Professeur Iris Goldner Lang (Croatie)

Professeur Docteur Alexis Marie (France)
Docteur Tamás Molnár (Hongrie)
Professeur Andreas Müller (Autriche)
Suppléant(e) : Mme Anna Bara Kharlamova (Autriche)

Mme Mary Catherine Murray (Irlande)

Mme Sanna Katariina Mustasaari (Finlande)

Suppléant(e) : Mme Katja Karjalainen
Professeur James A. R. Nafziger (Amérique)
Professeur Kaoru Obata (Japon)
Professeur Marta Pertegás (Pays-Bas)
Suppléant : Professeur Jan Wouters (Belgique ; Pays-Bas)

Docteur Giulia Raimondo (Suisse)
Professeur Jaya Ramji-Nogales (Amérique)
Docteur Hélène Raspail (France)
[Docteur Adel-Naim Reyhani \(Candidat de la coprésidence\)](#)
Docteur Adela Schmidt (Allemagne)
Professeur Elena Sciso (Italie)

Rapport intermédiaire : Le droit d'entrer¹

I. Introduction

1.1 Vue d'ensemble

1. Les migrations sont de plus en plus complexes. Elles sont de plus en plus déterminées et influencées par les changements qui affectent le monde actuel. Les conflits, le changement climatique, la dégradation de l'environnement et les inégalités de développement font par exemple partie de ces nouveaux facteurs de migrations, régulières ou non. De ce fait, en 2024, on estime que près de 300 millions de personnes dans le monde auront besoin d'une aide humanitaire et d'une protection en raison de conflits, d'urgences climatiques et d'autres facteurs.² En 2021, on comptait environ 281 millions de migrants internationaux, soit 3,6 % de la population mondiale.³ Par rapport à 1990, où les migrations internationales représentaient 2,9 %, ⁴, le nombre relatif de migrants a augmenté. Il s'agit toutefois d'une minorité relativement faible de la population mondiale : demeurer dans son pays de naissance reste la norme.⁵ Cette moyenne générale cache cependant de nombreuses disparités : ainsi, bien que le nombre de migrants internationaux ait augmenté dans toutes les régions, l'Europe et l'Asie enregistrent une hausse plus importante que les autres régions. L'Europe et l'Asie ont accueilli respectivement environ 87 et 86 millions de migrants internationaux en 2021, soit 61 % du nombre total de migrants.⁶
2. Le comité sur les migrations internationales et le droit international a été créé pour élaborer des recommandations sur les questions clés relatives à la réglementation juridique internationale des migrations en l'absence d'un instrument multilatéral global et juridiquement contraignant sur le sujet. Il vise à se concentrer sur les questions liées à l'admission, au séjour et au départ des migrants internationaux du point de vue du droit international public et privé. Un point de départ important pour la détermination du cadre juridique international pertinent, et la réflexion sur ses améliorations possibles, est la question des conditions selon lesquelles les migrants internationaux possèdent ou non le droit d'entrer sur le territoire d'un État étranger. En l'absence d'un ensemble complet de règles internationales sur cette question, ce premier rapport intermédiaire du Comité propose quelques réflexions qui sous-tendent le débat juridique sur le droit d'entrer afin de stimuler les discussions, et ce dans le but d'élaborer des recommandations qui seront reflétées dans le rapport final.
3. Ce rapport intermédiaire comprend cinq sections. La première, introductive, définit certains termes clés et replace le droit d'entrer dans le contexte de la souveraineté des États et des questions de compétence de ceux-ci. La deuxième section porte sur le cadre juridique international du droit d'entrer, avec une brève discussion sur le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés, puis se concentre sur les traités, le droit

¹ Ce premier Rapport intermédiaire du Comité de l'ADI sur les migrations internationales et le droit international a été préparé sur la base des contributions de Funmi Abioye, Mariana Ferolla Vallandro do Valle, Thibaut Fleury Graff, Michael Lysander Fremuth, Jean-Pierre Gauci, Sanzhuan (Sandra) Guo, Tamas Molnár, Andreas Müller, James Nafziger, Kaoru Obata, Giulia Raimondo, Jaya Ramji-Nogales, Adel-Naim Reyhani, Vasilka Sancin (par ordre alphabétique).

² OIM, "Global Appeal 2024" <<https://www.iom.int/key-migration-terms>>.

³ OIM, "Rapport sur les migrations mondiales" (2022) <<https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>>.

⁴ Ibid 23.

⁵ Ibid 21.

⁶ OIM (n 3), 24.

international coutumier, les principes généraux du droit et la *soft law*, en relation avec le droit international des migrations. La troisième section porte sur le droit d'entrer des ressortissants et la quatrième sur le droit d'entrer des étrangers, y compris les étrangers qui entrent dans "leur propre pays" sans en être les ressortissants, le principe de non-refoulement, le regroupement familial et les apatrides. Enfin, la dernière section est consacrée à la lutte contre la discrimination dans le contexte du droit d'entrer.

1.2 Définition des termes-clés

4. Ce rapport intermédiaire adopte la définition du terme "étranger" figurant dans le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers (projet d'articles) de la Commission du droit international (CDI), qui se réfère à "un individu qui n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se trouve".⁷ Cette notion inclut les ressortissants étrangers et les apatrides, mais pas ceux qui ont, en plus de la nationalité de l'État concerné, une ou plusieurs autres nationalités.⁸

5. Le terme "migrants", bien qu'il ne soit pas défini juridiquement, est compris dans ce rapport conformément à la définition proposée par l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), à savoir

[...] une personne qui s'éloigne de son lieu de résidence habituel, que ce soit à l'intérieur d'un pays ou au-delà d'une frontière internationale, de manière temporaire ou permanente, et pour diverses raisons.⁹

6. Toutefois, seules seront prises en compte ici les migrations internationales. Dans le cadre de ce rapport, le terme "migrant international" désigne "une personne qui quitte son pays de résidence habituelle, de manière temporaire ou permanente". La définition du "migrant international" utilisée ici est donc plus large que celle du Département des affaires économiques et sociales des Nations unies (UNDESA)¹⁰ qui exclut certaines formes de migrations internationales, à savoir celles dues aux "loisirs, vacances, visites à des amis et à des parents, affaires, traitements médicaux ou pèlerinages religieux",¹¹ et implique une période de séjour d'au moins un an.¹²

7. Ce rapport adopte la définition de l'OIM de la "migration internationale", selon laquelle ce terme désigne le :

Mouvement de personnes qui quittent leur lieu de résidence habituelle pour se rendre dans un pays dont elles n'ont pas la nationalité, franchissant par conséquent une frontière internationale.¹³

⁷ CDI, "Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers" (2014) UN Doc A/69/10, article 2.

⁸ *Ibid.*, article 5.

⁹ OIM, "*Droit international de la migration : Glossaire sur la migration* (2019)132.

¹⁰ Définition du Département des affaires économiques et sociales des Nations unies (UNDESA) : "toute personne qui change de pays de résidence habituelle", UNDESA, *Recommandations sur les statistiques des migrations internationales, Révision 1* (Publications des Nations unies, 1998), paragraphe 32 ; voir également OIM "Termes clés de la migration", *ibid.*

¹¹ OIM, "Termes clés de la migration" (n 9).

¹² UNDESA (n 10) paragraphe 36.

¹³ "Termes clés de la migration" de l'OIM (n 9) ; OIM, *Droit international de la migration* (n 9) 113.

8. Ce rapport n'a pas l'intention de définir tous les termes pertinents dans le cadre du mandat du Comité, tels que "sans-papiers"¹⁴, "migrants en situation vulnérable",¹⁵ "travailleurs migrants" et "traite des êtres humains", pour n'en citer que quelques-uns. Cependant, il convient de définir deux catégories de migrants, notamment pertinentes pour ce rapport : les demandeurs d'asile et les réfugiés. Le terme "demandeur d'asile" a été défini par l'OIM comme "[u]ne personne qui recherche une protection internationale"¹⁶ tandis que le terme "réfugiés" a été défini à l'article 1(A) de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de 1951 sur les réfugiés) telle qu'amendée par le Protocole de 1967 à la Convention de 1951 sur les réfugiés (Convention sur les réfugiés ou RMC). Il est généralement admis que tous les réfugiés étaient des demandeurs d'asile, mais tous les demandeurs d'asile ne sont pas des réfugiés. Les réfugiés sont ceux qui sont reconnus par la Convention de 1951 sur les réfugiés, comme toute personne qui :

...craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, n'ayant pas de nationalité et se trouvant hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner...¹⁷

1.3. Le droit d'entrer, la souveraineté et la juridiction de l'État

9. Le droit d'entrer sur le territoire d'un État en droit international peut être examiné sous quatre angles au moins. Premièrement, d'une manière générale, un État souverain n'a pas l'obligation d'accorder des visas et de permettre aux étrangers d'entrer sur son territoire. Deuxièmement, la demande d'asile peut constituer une exception aux règles générales du droit international qui ne reconnaissent pas le droit d'entrer des étrangers. Troisièmement, il existe un droit d'entrer dans son propre pays¹⁸, même si la signification de "son propre pays" est sujette à débat. Quatrièmement, le droit d'entrer est également lié aux questions d'expulsion.
10. La migration est un domaine dans lequel la souveraineté des États demeure prégnante, alors même que son importance est atténuée dans le contexte du droit international des droits de l'Homme. Ainsi, en dehors des quelques hypothèses dans lesquelles le droit international établit, généralement par des traités régionaux ou bilatéraux, un droit d'entrer et/ou de circuler librement, comme dans le cas des Accords de Schengen par exemple, les États demeurent libres d'accorder ou non le droit d'entrer sur leur territoire.¹⁹
11. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies (Comité des droits de l'homme ou CDH) a clairement indiqué, à propos du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

¹⁴ Voir Jaya Ramji-Nogales, " 'The Right to Have Rights' : Undocumented Migrants and State Protection" (2015) 63 University of Kansas Law Review 1045, 1049. Voir aussi : OIM, *Droit international de la migration* (n 9) 223-224.

¹⁵ Voir Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), *Principles and Guidelines, supported by Practical Guidance, on the Human Rights Protection of Migrants in Vulnerable Situations* (2018).

¹⁶ "Termes clés de la migration" de l'OIM (n 9), OIM, *Droit international de la migration* (n 9) 14.

¹⁷ Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés (adoptée le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954) (Convention sur les réfugiés), article 1(A).

¹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), art 12(4).

¹⁹ Voir Vincent Chetail, *International Migration Law* (Oxford University Press 2019) 13.

(PIDCP), que ce traité "ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État partie".²⁰

12. En outre, la question du droit d'entrer ne peut être découplée de celle de la portée de la juridiction étatique. Découlant de la souveraineté des États, le concept de juridiction revêt une importance cruciale pour les droits des migrants liés à l'accès au territoire d'un État. La juridiction peut en effet être considérée comme une "*condition sine qua non*" - un "critère de seuil" – pour étudier le droit d'entrer.²¹ Un droit potentiel d'entrer des migrants ne peut pas émerger, et ne peut donc pas être violé *ab initio*, si la juridiction de l'État à l'égard du migrant considéré n'est pas établie. Ce n'est qu'une fois cette compétence établie que les droits et obligations prévus par différents instruments, y compris le principe de *non-refoulement*, peuvent constituer une base juridique invocable à l'encontre d'un État.
13. Bien que la compétence territoriale soit toujours considérée comme la forme première et originale de compétence, la position dominante sur l'applicabilité extraterritoriale des principaux traités relatifs aux droits de l'homme,²² qui est naturellement importante pour les droits des migrants en ce qui concerne l'entrée sur le territoire d'un État, est établie,²³ notamment par le critère du "contrôle effectif" d'une région ou d'une personne à l'étranger par un État.²⁴ Cependant, les interprétations de la juridiction diffèrent de manière critique entre les différents domaines juridiques, instruments et organes judiciaires.²⁵ Ainsi, des environnements institutionnels, normatifs et politiques distincts ont conduit le CDH et les organes interaméricains de défense des droits de l'homme, par exemple, à adopter une perspective plus large que celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).
14. Si le CDH suit généralement le critère du "contrôle effectif", il a reconnu la compétence extraterritoriale dans les cas où un État agit comme "un maillon de la chaîne de causalité qui

²⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15, "La situation des étrangers au regard du Pacte", [5], Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.9 (vol 1) (11 avril 1986).

²¹ La notion de "critère de seuil" a été particulièrement soulignée dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), laquelle note par exemple que "l'exercice de la compétence est une condition nécessaire pour qu'un État contractant puisse être tenu responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui donnent lieu à une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention". Voir par exemple Cour EDH, *Catan et autres c. Moldova et Russie*, 43370/04, 8252/05 et 18454/06, 19 octobre 2012, paragraphe 103. Cette conception diffère donc celle généralement usitée en droit international, où elle décrit généralement les limites de la compétence juridique d'un État.

²² Voir par exemple Ralph Wilde, "Legal "Black Hole" ? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights" (2005) 26(3) Michigan Journal of International Law 739.

²³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés Avis consultatif de 2004* [2004] CIJ Rec., p.136 ; voir aussi : *RDC c. Ouganda* [2000] CIJ Rec., p.111 ; *Géorgie c. Fédération de Russie (mesures provisoires)* [2008] CIJ Rec. ; *Chypre c. Turquie* CEDH, Requêtes n° 6780/74 et 6950/75 ; Robert K. Goldman, "Extraterritorial Application of the Human Rights to Life and Personal Liberty, including Habeas Corpus, during Situations of Armed Conflict", in Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Edward Elgar Publishing 2013) 104, 106. Il convient toutefois de noter que l'application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme est controversée. Voir : Ralph Wilde, "The Extraterritorial Application of the International Human Rights Law on Civil and Political Rights", in Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds) *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge 2014) 635.

²⁴ Violeta Moreno-Lax, Daniel Ghezelbash et Natalie Klein, "Between Life, Security and Rights : Framing the Interdiction of "Boat Migrants" in the Central Mediterranean and Australia" (2019) 32(4) Leiden Journal of International Law 715, 721. Voir également, confirmant principalement ce point de vue, la Cour EDH dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique*, Appl. no. 3599/18, 5 mai 2020.

²⁵ Voir, par exemple, Violeta Moreno-Lax et Cathryn Costello, "The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights : From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model", in Steve Peers et al (eds), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights* (Hart Publishing 2014) 1657.

rendrait possible des violations dans une autre juridiction".²⁶ Le risque de violation doit être une conséquence nécessaire et prévisible sur la base des connaissances de l'État à ce moment-là.²⁷ Sur cette base, le Comité des droits de l'homme a par exemple estimé que l'Italie avait exercé sa juridiction sur plus de 200 migrants dont le navire avait coulé dans la région SAR de Malte en se fondant sur la notion de "relation spéciale de dépendance" et qu'elle avait violé leur droit à la vie.²⁸

II. Cadre juridique international du droit d'entrer

15. Cette section passera en revue les sources pertinentes du droit international, y compris les traités et instruments mondiaux et régionaux. L'objectif de ce rapport est en effet et tout d'abord d'identifier les normes et principes pertinents du droit international des migrations concernant le droit d'entrer. La section présente d'abord le droit international des droits de l'homme, puis le droit international des réfugiés. Chaque sous-section traite des instruments mondiaux et régionaux.

2.1 Droit international des droits de l'homme

2.1.1 Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), 1948

16. La DUDH²⁹ présente un ensemble de droits qui peuvent bénéficier directement aux migrants.³⁰

L'article 13, paragraphe 2, prévoit que

Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays.

L'article 14 prévoit que

1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile dans d'autres pays.
2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et principes des Nations unies.

L'article 15, paragraphe 1, stipule que

Tout individu a droit à une nationalité.

17. Comme toute résolution de l'AGNU, la DUDH n'est pas juridiquement contraignante. Elle a néanmoins servi de base au développement du droit conventionnel pertinent, comme nous le verrons plus loin. Plus important encore, certains auteurs considèrent que les articles 13, 14

²⁶ HRCttee, *Mohammad Munaf c. Roumanie* (30 juillet 2009) CCPR/C/96/D1539/2006, para. 14.2.

²⁷ Ibid. Voir aussi *A.R.J. c. Australie*, CCPR/C/60/D/692/1996 ; *Roger Judge c. Canada*, CCPR/C/78/D/829/1998 ; *Samuel Lichtensztein c. Uruguay*, CCPR/C/OP/2 (1990) para. 102 ; *Alzery c. Suède* (10 novembre 2006) CCPR/C/88/D/1416/2005.

²⁸ HRCttee, *A.S. et autres c. Italie et Malte*, CCPR/C/130/D/3042/2017 et Vues de l'Italie, CCPR/C/128/D/3043/2017 du 27 janvier 2021.

²⁹ UNGA Res 217 (10 décembre 1948) A/RES/217 (III).

³⁰ Marie-Bénédicte Dembour, "L'étranger dans l'imaginaire social des textes fondateurs", in Marie-Bénédicte Dembour (ed) *Quand les humains deviennent des migrants : Étude de la Cour européenne des droits de l'homme avec un contrepoint interaméricain* (Oxford University Press 2015) 52.

et 15 de la DUDH ont atteint le statut de droit international coutumier, liant de ce fait tous les États.³¹

2.1.2 Principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme

18. Parmi les neuf principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, les huit suivants sont tous pertinents concernant le droit d'entrer :³²
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD) ;³³
 - Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ;
 - Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ;³⁴
 - Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ;³⁵
 - Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT) ;³⁶
 - Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) ;³⁷
 - Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) ;³⁸ et
 - Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (ICRMW).³⁹
19. Il convient de noter que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contient pas de droit général d'entrer sur un territoire.⁴⁰ Au contraire, l'article 12 PIDCP stipule que :
1. Toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.
 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.
 3. Les droits susmentionnés ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi, qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public,

³¹ Voir, par exemple, V. Chetail, *International Migration Law* (n19), 79 ; William A Schabas, *The Customary International Law of Human Rights* (Oxford University Press 2021) ; Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", (1995) 25 Georgia Journal of International and Comparative Law 287.

³² En ce qui concerne le statut de ratification de ces traités, voir UN Treaty Collections, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en>.

³³ ICERD (adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969) 660 UNTS 195.

³⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976) 993 UNTS 3.

³⁵ Convention internationale sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981) 1249 UNTS 13.

³⁶ Convention contre la torture (adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987) 1465 UNTS 85.

³⁷ Convention internationale des droits de l'enfant (adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990) 1577 UNTS 3.

³⁸ Convention relative aux droits des personnes handicapées (adoptée le 30 mars 2007, entrée en vigueur le 3 mai 2008) 2516 UNTS 3.

³⁹ Convention des Nations Unies pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs famille (adoptée le 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1er juillet 2003) 2220 UNTS 3. Il convient de noter que la plupart des États membres de cette convention se trouvent en Afrique et en Amérique latine.

⁴⁰ William Schabas et Manfred Nowak, *Nowak's CCPR Commentary : Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* (3e édition révisée 2019), art. 12, paragraphe 58.

la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.

20. L'article 5(d)(ii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale stipule que :

Les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun, sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, à l'égalité devant la loi, notamment dans la jouissance des droits suivants : (ii) le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de *revenir dans son pays (c'est nous qui soulignons)* ;

21. En ce qui concerne spécifiquement les enfants, l'article 10 de la CDE stipule que⁴¹

1. Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les demandes présentées par un enfant ou ses parents en vue d'*entrer dans* un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de *revenir dans leur propre pays*. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention (*c'est nous qui soulignons*).

22. Pour les femmes, l'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) est particulièrement pertinent pour le droit d'entrer sur le territoire par le biais de l'égalité des droits en termes de nationalité :

1. Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.

2. Les États parties accordent à la femme des droits égaux à ceux de l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants.

23. Pour les personnes handicapées, l'article 18 de la CDPH sur la "liberté de circulation et la nationalité" stipule que

⁴¹ Il convient de noter que 196 États ont ratifié la CDE.

1. Les États Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit de circuler librement, le droit de choisir librement leur résidence et le droit à une nationalité, et ils veillent notamment à ce que les personnes handicapées :

- a) Aient le droit d'acquérir une nationalité et de changer de nationalité et ne soient pas privées de leur nationalité arbitrairement ou en raison de leur handicap;
- b) Ne soient pas privées, en raison de leur handicap, de la capacité d'obtenir, de posséder et d'utiliser des titres attestant leur nationalité ou autres titres d'identité ou d'avoir recours aux procédures pertinentes, telles que les procédures d'immigration, qui peuvent être nécessaires pour *faciliter l'exercice du droit de circuler librement*;
- c) Aient le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur;
- d) Ne soient pas privées, arbitrairement ou en raison de leur handicap, *du droit d'entrer dans leur propre pays*.

2. Les enfants handicapés sont enregistrés aussitôt leur naissance et ont dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître leurs parents et d'être élevés par eux (nous soulignons).

24. On peut également soutenir que le fait de priver arbitrairement des personnes de leur nationalité/citoyenneté, ce qui entraînerait la perte de leur droit d'entrer, au moins dans leur propre pays, peut constituer une "peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant", interdit par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.⁴²
25. En outre, la Convention contre la torture et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contiennent des dispositions implicites et explicites sur le non-refoulement⁴³, ce qui n'est évidemment pas sans lien avec le droit d'entrer. Ce point sera abordé dans la section suivante sur le principe de *non-refoulement*.
26. Quant à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, elle n'a pas encore été largement acceptée : seuls 59 États⁴⁴ l'ont ratifiée, parmi lesquels ne figure aucun des principaux pays d'immigration du Nord de la planète. En raison de la réticence des États à ratifier et à mettre en œuvre ses dispositions, cette Convention n'a eu jusqu'à présent qu'une importance pratique limitée.⁴⁵
27. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille n'envisage la question de la migration que dans un contexte économique (voir la définition des "travailleurs migrants" à l'article 2, paragraphe 1, qui exige

⁴² Emily Schilling, *Banished, But Not Forgotten : An International Law-Based Criticism of Australia's Citizenship Stripping Law against Foreign Terrorist Fighters* (thèse de maîtrise, Flinders University, 2021). Voir également le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 7 ; la Convention contre la torture, art. 16.

⁴³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 7 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3.

⁴⁴ La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille compte 59 États membres au 17 février 2024, voir : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CMW&Lang=en.

⁴⁵ Paul de Guchteneire et Antoine Pécoud, "Introduction : La Convention des Nations unies sur les droits des travailleurs migrants", dans Ryszard Cholewinski, Paul de Guchteneire et Antoine Pécoud (eds), *Migration and Human Rights : The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights* (Cambridge University Press 2009) 1 ; voir également Alan Desmond (ed), *Shining New Light on the UN Migrant Workers Convention* (Pretoria University Law Press 2017).

une activité salariée future, actuelle ou passée) et n'aborde donc qu'une seule dimension de la migration.

28. Ce texte ne prévoit pas de droit d'entrer dans l'État de son choix, et établit une distinction entre les personnes en situation régulière et celles en situation irrégulière, distinction qui repose notamment sur la question de savoir si elles ont été autorisées à entrer en vertu du droit national ou du droit international applicable. Comme l'indique l'article 5 :

Aux fins de la présente Convention, les travailleurs migrants et les membres de leur famille :

- a) Sont considérés comme pourvus de documents ou en situation régulière s'ils sont autorisés à entrer, séjourner et exercer une activité rémunérée dans l'État d'emploi conformément à la législation dudit État et aux accords internationaux auxquels cet État est partie;
- b) Sont considérés comme dépourvus de documents ou en situation irrégulière s'ils ne remplissent pas les conditions prévues à l'alinéa a du présent article.

29. Il convient de noter que le comité de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et le comité de la Convention relative aux droits de l'enfant ont publié deux observations générales conjointes :

- (a) Observation générale conjointe no 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales⁴⁶ ;
- (b) Observation générale conjointe no 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour⁴⁷

30. Le droit d'entrer et de rester sur un territoire est limité à l'État d'origine des migrants (Article 8(2) de la Convention internationale pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants) et ne concerne pas l'État de destination. En outre, la liberté de circulation est limitée aux migrants en situation régulière sur le territoire de l'État d'emploi (article 39). Par conséquent, la question de savoir si un travailleur migrant a le droit d'entrer dans un État pour y travailler ne repose pas sur un droit subjectif, mais sur la décision politique de l'État concerné. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille n'envisage aucune procédure spécifique concernant l'admission des travailleurs migrants et ne crée aucune obligation directe pour les États parties d'accueillir les travailleurs migrants. C'est ce qu'indique explicitement l'article 79, selon lequel :

“Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au droit de chaque État partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leur famille. En ce qui concerne les autres questions relatives au statut juridique et au

⁴⁶ Doc. ONU : CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22.

⁴⁷ Doc. ONU : CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

traitement des travailleurs migrants et des membres de leur famille, les Etats parties sont liés par les limitations imposées par la présente Convention”.

31. Les articles 34 et 35 réitèrent ce principe. L'article 34 souligne l'obligation des migrants de se conformer aux "lois et règlements", y compris ceux relatifs au statut administratif, tandis que l'article 35 rejette explicitement tout droit à la régularisation en cas de situation irrégulière ;⁴⁸ et lorsque les États parties envisagent de régulariser les migrants, ils doivent tenir compte, *entre autres*, des circonstances de l'entrée (article 69, paragraphe 2). De même, l'article 17(3), en abordant la question de la détention "pour violation des dispositions relatives à la migration", implique le droit des États d'adopter et d'appliquer leur politique migratoire.
32. Ainsi, alors même que la ratification de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille est souvent associée à une "perte de souveraineté nationale", l'on voit qu'elle ne restreint en rien la souveraineté des États, puisque ceux-ci conservent le monopole de l'accès à leur territoire et à leur marché du travail.⁴⁹ Si le droit d'émigrer (article 8, paragraphe 1) mais pas celui d'immigrer peut être considéré comme une asymétrie, il trouve cependant son origine dans la volonté d'assurer la souveraineté des États.⁵⁰

2.1.3 Traités régionaux sur les droits de l'homme

33. La plupart des régions ont mis en place leur propre système, substantiel et juridictionnel, de protection des droits de l'homme : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH),⁵¹ la Convention américaine des droits de l'homme (CADH),⁵² la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP),⁵³ la Charte arabe des droits de l'homme (CADH),⁵⁴ ou encore la Déclaration des droits de l'homme de l'ANASE (CDH-ANASE), qui n'est pas juridiquement contraignante.⁵⁵ Il faut également mentionner la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CFR),⁵⁶ dont le champ d'application fonctionnel est toutefois plus limité que celui des autres conventions relatives aux droits de l'homme (elle ne s'applique qu'aux institutions de l'Union et aux Etats lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union : article 51 de la CFR), même si ses dispositions substantielles peuvent aller au-delà de la protection offerte par la législation internationale en matière de droits de l'homme.

⁴⁸ Athanasia Georgopoulou, Tessa Antonia Schrempf & Denise Venturi, "Putting Things into Perspective : The added value of the substantive Provisions of the ICMW" in Alan Desmond (ed), *Shining New Light on the UN Migrant Workers Convention* (Pretoria University Law Press 2017) 129, 135.

⁴⁹ Sheetal Sheena Sookrajowa & Antoine Pécoud, "United Nations Migrant Workers Convention" in S Ratuva (ed), *The Palgrave Handbook of Ethnicity* (2019) <https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-0242-8_142-1>.

⁵⁰ Georgopoulou, Schrempf et Venturi (n 48) 133.

⁵¹ Convention européenne des droits de l'homme (adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953) 213 UNTS 221.

⁵² Convention américaine des droits de l'homme (adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978) 1144 UNTS 123.

⁵³ Convention africaine des droits de l'homme et des peuples (adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986) 1520 UNTS 217.

⁵⁴ Charte arabe des droits de l'homme (adoptée le 22 mai 2004, entrée en vigueur le 15 mars 2008).

⁵⁵ Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN, adoptée par les chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'ASEAN à Phnom Penh (Cambodge) le 12 novembre 2012, disponible à l'adresse suivante : <<https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>>.

⁵⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par le Parlement européen.

34. Aucune de ces conventions et aucun de ces instruments ne prévoit le droit d'entrer dans un État de son choix, alors que tous contiennent le droit d'entrer dans son propre État (article 3, paragraphe 2, du protocole n° 4 à la CEDH, article 22, paragraphe 5, de la CADH, article 12, paragraphe 2, de la CADHP, article 27, paragraphe 2, de la CADH arabe, article 15 de la CADH de l'ANASE). Le protocole n° 4 à la CEDH et la CADH restreignent par ailleurs ce droit aux *ressortissants* de l'État, et non uniquement à ceux dont celui-ci constitue "leur pays".

2.2 Droit international des réfugiés

35. La convention de 1951 sur les réfugiés, complétée par son protocole de 1967, reste la pierre angulaire du droit international public en matière de protection des réfugiés et constitue le point de référence de la plupart des dispositions juridiques relatives à la protection internationale en vertu du droit supranational, régional et national.
36. L'enjeu ici est de coupler le besoin urgent des réfugiés d'entrer sur un territoire où ils seront protégés des persécutions, avec le fait que tout le territoire de la planète est contrôlé ou revendiqué par des gouvernements qui, dans une mesure plus ou moins grande, en restreignent l'accès aux non-citoyens.⁵⁷ Alors que certains affirment que le principe de *non-refoulement* pourrait exiger des États qu'ils accordent l'entrée sur leur territoire aux personnes demandant une protection internationale (sans parler explicitement d'un droit correspondant)⁵⁸, et que d'autres affirment que l'article 33 de la Convention sur les réfugiés établit au moins une obligation limitée d'admettre le réfugié,⁵⁹ puisque l'admission est normalement le seul moyen d'éviter la conséquence alternative et inadmissible de l'exposition au risque,⁶⁰ d'autres affirment que cet article contient une présomption de droit d'entrer, permettant de protéger les intérêts vitaux des demandeurs d'asile.⁶¹
37. Plusieurs instruments régionaux traitent également de la protection internationale des personnes fuyant les persécutions, et en élargissent le champ matériel d'application par rapport à la convention de 1951. C'est le cas de la convention de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) de 1969 régissant les aspects spécifiques des problèmes des réfugiés en Afrique (convention sur les réfugiés africains ou convention sur les réfugiés de l'OUA)⁶² et de la déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés et la protection des personnes fuyant les conflits armés et autres situations de violence en Amérique latine (déclaration de Carthagène)⁶³, qui appliquent le terme "réfugié" :

⁵⁷ James C Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press 2021) 313.

⁵⁸ UNHCR 'The principle of non-refoulement under international human rights law', 2 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> ; UNHCR, "Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, and its 1967 Protocol", para. 8.

⁵⁹ Thoms Gammeltoft-Hansen et James Hathaway, "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence" (2015) University of Michigan Law School Scholarship Repository.

⁶⁰ Hathaway (n 57) 339 ; Gregor Noll, "Seeking Asylum at Embassies : A Right to Entry under International Law ?" (2005) 17(3) International Journal of Refugee Law 542, 572.

⁶¹ Asher Hirsch et Nathan Bell, "Le droit d'avoir des droits en tant que droit d'entrer : Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime", (2017) 18(4) Human Rights Review 417, 429 ; Hathaway (n 57) 339.

⁶² Convention de l'OUA sur les réfugiés (adoptée le 10 septembre 1969, entrée en vigueur le 20 juin 1974) 1001 UNTS 45.

⁶³ Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, 22 novembre 1984.

A "toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est contrainte de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité" (article 1, paragraphe 2, de la convention de l'OUA sur les réfugiés)

Aux "personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public" (Point III.3, Déclaration de Carthagène).

38. Quant au droit de l'Union européenne, il ajoute au statut de réfugié une protection internationale *sui generis*, appelée "protection subsidiaire", qui peut être accordée aux personnes exposées à un risque grave de peine de mort, d'exécution, de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, ou à une violence aveugle dans des situations de conflits armés internationaux ou internes (directive "qualification",⁶⁴, article 15). La "directive sur la protection temporaire"⁶⁵ prévoit pour sa part une protection spécifique en cas d'afflux massif de personnes fuyant, notamment, un conflit armé. La guerre d'agression russe contre l'Ukraine a démontré son importance, puisqu'elle a été activée quelques jours seulement après le déclenchement de l'agression.

2.3 Droit international des migrations

2.3.1 Traités multilatéraux et/ou organisations

39. Les traités multilatéraux pertinents en matière de droit international des migrations sont dispersés dans diverses branches du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés.
40. Différents types de migrations ou de migrants peuvent avoir été inclus dans différents traités multilatéraux et impliquer différentes organisations internationales. Par exemple, la migration aux fins d'emploi constitue une part importante de l'agenda mondial de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi que l'affirme la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable (mise à jour en 2022).⁶⁶ L'OIT, fondée en 1919⁶⁷ et comptant 190 États membres en mai 2023, "a l'obligation ... d'élaborer des principes et des lignes directrices ... en matière de politique et de pratique des migrations de main-d'œuvre dans le cadre général du travail décent et de la justice sociale pour une mondialisation

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Voir Conférence internationale du travail, Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099766/lang--en/index.htm>.

⁶⁷ Technique juridique tout à fait unique, la Constitution de l'OIT a été incorporée dans le traité de Versailles et dans d'autres traités de paix conclus pour mettre fin légalement à la Première Guerre mondiale [au chapitre XIII de ces traités dans chaque cas]. L'OIT est ensuite devenue la première agence spécialisée des Nations unies en 1946.

équitable".⁶⁸ Les conventions de l'OIT constituent donc une autre source de droit international de la migration, y compris le droit d'entrer.

41. Le rôle de l'OIM, avec ses 175 États Membres (au 20 février 2024) et huit autres États ayant le statut d'observateur, ainsi que de nombreuses organisations internationales et non gouvernementales⁶⁹, a évolué au fil du temps afin de gérer de manière adéquate les migrations internationales dans un contexte de changements fréquents et de réalités géopolitiques. L'OIM a notamment élargi son action dans le domaine humanitaire.⁷⁰ Les amendements apportés à sa Constitution en 1987 comprennent une définition plus large des personnes auxquelles l'organisation peut fournir des services relatifs à la migration, étendant ainsi son champ d'action potentiel à la fourniture de services de migration aux réfugiés et aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (PDI).⁷¹ Pourtant, l'OIM n'a pas de mandat explicite pour protéger les droits des migrants, y compris des réfugiés et des personnes déplacées. De nombreux États membres considèrent l'absence de mandat formel de protection de l'organisation comme un atout majeur - et l'OIM s'est vu confier de nombreuses tâches que ses États membres sont réticents à accomplir eux-mêmes.⁷² Dans le cas de l'élaboration éventuelle d'un nouveau traité visant à réglementer les migrations internationales, l'OIM jouerait ainsi assurément un rôle important dans les négociations.
42. Compte tenu des besoins des athlètes internationaux, qui traversent régulièrement les frontières pour s'entraîner ou participer à des compétitions dans différents pays, il convient de mentionner également le rôle du Comité international olympique (CIO), gardien des Jeux et du Mouvement olympiques, créé en 1894.⁷³ La charte constitutionnelle du CIO est pertinente pour le droit d'entrer.⁷⁴ Le CIO affirme à plusieurs reprises sa mission de promotion et de protection de l'universalité et de l'harmonie internationale par la solidarité des athlètes en compétition.⁷⁵ Le CIO s'appuie principalement sur les comités d'organisation locaux qui ont été autorisés par les Comités Nationaux Olympiques (CNO). En vertu de la Règle 36 de la Charte, le CIO conclut un accord tripartite (un "Contrat d'accueil olympique") avec l'organisateur local sélectionné et le CNO du pays concerné. Ce rapport intermédiaire comprendra une discussion dans la section suivante (section 5) sur la discrimination et le droit d'accès des athlètes russes en tant que brève étude de cas.

⁶⁸ Bureau international du travail, *Une approche fondée sur les droits* (Organisation internationale du travail 2010).

⁶⁹ Site web de l'OIM : <<https://www.iom.int/members-and-observers>>.

⁷⁰ Megan Bradley, "L'Organisation internationale pour les migrations (OIM) : Gaining Power in the Forced Migration Regime" (2017) 33 *Refuge* 99.

⁷¹ Jürgen Bast, "International Organization for Migration (IOM)" in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford University Press 2010) para 6 ; Richard Perruchoud, "Persons Falling Under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to Whom the Organization May Provide Migration Services" (1992) 4(2) *International Journal of Refugee Law* 205, 211-212.

⁷² Jan Klabbers, "The International Organization for Migration, State-making and the Market for Migration" (2019) 32 *Leiden Journal of International Law* 383.

⁷³ Comité international olympique, *Aperçu général*, <<https://olympics.com/ioc/overview>>.

⁷⁴ La Charte olympique (dernière réédition en 2020) est l'instrument de base du Mouvement olympique. Elle comprend une brève introduction, un préambule, sept principes fondamentaux et 61 règles détaillées, dont beaucoup sont assorties de règlements administratifs.

⁷⁵ Voir par exemple la Charte olympique, principes fondamentaux 1, 2 et 3. La Règle 1 établit que "[l]e but du Mouvement olympique est de contribuer à l'édification d'un monde pacifique et meilleur par l'éducation de la jeunesse au moyen du sport pratiqué conformément à l'Olympisme et à ses valeurs".

43. Les dispositions et arrangements pertinents de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)⁷⁶ et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) peuvent également être utiles lors de l'examen du droit d'entrer.⁷⁷

2.3.2 Arrangements régionaux

44. Au niveau régional, les accords européens, africains et américains seront brièvement évoqués. Il n'existe pour l'instant aucun dispositif de ce type en Asie, et le présent rapport n'abordera donc pas cette région.

2.3.2.1 Europe

45. L'UE est une organisation d'intégration régionale composée de 27 États membres, plus l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse, qui participent également au régime juridique décrit ci-dessous sur la base d'accords d'association avec l'UE. Au sein de l'UE, il existe un droit individuel à la liberté de circulation et de séjour (y compris le droit d'entrer sur le territoire des autres États membres de l'UE) pour les citoyens de l'Union (c'est-à-dire les personnes possédant la nationalité d'un État membre de l'UE) et les membres de leur famille. Ce droit était déjà garanti dans les traités fondateurs de l'UE, et est aujourd'hui inscrit à l'article 45 CDFUE ainsi qu'aux articles 21, 46 et 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

L'article 45 CDFUE sur la liberté de circulation et de séjour prévoit que

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.
2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément au traité instituant la Communauté européenne, aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire d'un État membre.

À l'origine, le droit à la liberté de circulation et de séjour était subordonné à l'exercice d'une activité économique par l'individu concerné (notamment en tant que salarié ou entrepreneur). Cependant, suite à l'adoption d'une série de directives européennes, de la création de la citoyenneté de l'Union par le traité de Maastricht, et d'une jurisprudence dynamique de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le droit à la liberté de circulation et de séjour a été étendu pour couvrir également la mobilité non économique (par exemple, pour les étudiants ou les personnes retraitées). L'acte législatif le plus important en la matière (outre les garanties susmentionnées dans les traités de l'UE) est la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.⁷⁸

⁷⁶ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (adopté le 30 octobre 1947, entré en vigueur le 1er janvier 1948), 55 UNTS 187 (GATT).

⁷⁷ Voir, par exemple, V. Chetail, *International Migration Law* (n 19) 95.

⁷⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO 2004 L 158/77.

46. En outre, le traité d'Amsterdam de 1997,⁷⁹ révisant les traités fondateurs de l'UE, a inséré un nouveau domaine relevant de la compétence de l'Union intitulé "Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes". Après les réformes apportées par le traité de Lisbonne,⁸⁰ ce domaine fait désormais partie du titre V [Espace de liberté, de sécurité et de justice] du TFUE⁸¹ et de son chapitre 2 [Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration]. Ce dernier a également conféré à l'UE de nouvelles compétences dans le domaine de l'intégration des ressortissants de pays tiers, c'est-à-dire des citoyens n'appartenant pas à l'Union (article 79, paragraphe 4, du TFUE). Le traité sur l'Union européenne (TUE)⁸² fait également référence, en termes généraux, à "un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène" (article 3, paragraphe 2, du TUE). En conséquence, la compétence de l'UE couvre depuis plus de 20 ans les mesures prises dans les domaines de l'asile, de l'immigration et de la protection des droits des ressortissants de pays tiers, des contrôles aux frontières extérieures et des visas. Les nombreux actes de droit dérivé de l'UE, adoptés sur la base de diverses dispositions du chapitre susmentionné du TFUE, n'est pas reproduite ou énumérée ici en raison de leur nature juridique *sui generis* (il ne s'agit pas de traités internationaux en soi, mais d'actes dérivés des institutions de l'UE) et de leur nombre même, qui s'élève à plus de 60 règlements, directives et décisions actuellement en vigueur.⁸³
47. Outre les dispositions pertinentes du TFUE et du TUE, il faut également mentionner que le traité d'Amsterdam a intégré l'accord de Schengen de 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières intérieures⁸⁴ et la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990⁸⁵ (*l'acquis de Schengen*⁸⁶) dans l'ordre juridique de l'UE. Le régime Schengen couvre aujourd'hui tous les États membres de l'UE (à l'exception de l'Irlande) ainsi que l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse, qui sont intégrés à l'espace Schengen en vertu d'accords d'association avec l'UE.
48. Enfin, au niveau européen, de nombreux accords ont également été conclus par les pays nordiques depuis les années 1950. Ces accords⁸⁷ permettent aux citoyens de ces pays -

⁷⁹ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes [1997] JO C 340/1.

⁸⁰ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (adopté le 13 décembre 2007) [2007] JO C 306/1.

⁸¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée telle que modifiée par le traité de Lisbonne (adopté le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009)) [2012] JO C 326/47.

⁸² Traité sur l'Union européenne (version consolidée telle que modifiée par le traité de Lisbonne (adopté le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009)) [2012] JO C 326/13.

⁸³ Pour plus d'informations sur l'*acquis* de l'UE relatif aux frontières, à l'asile et à la migration, voir par exemple Daniel Thym, *European Migration Law* (Oxford University Press 2023) ; Kay Hailbronner et Daniel Thym (eds), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary* (3rd edn, CH Beck/Hart/Nomos 2022) ; et Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law : Volume I : EU Immigration and Asylum Law* (4e édition, Oxford University Press 2016).

⁸⁴ Accord 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 (adopté le 14 juin 1985) [2000] JO L 239/13.

⁸⁵ 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 (adoptée le 19 juin 1990) [2000] JO L 239/19.

⁸⁶ L'*acquis* de Schengen désigne un ensemble de règles et de législations relatives à l'accord de Schengen, y compris l'accord de Schengen, la convention de Schengen et d'autres accords et règles.

⁸⁷ Par exemple, l'accord concernant un marché du travail nordique commun, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.norden.org/en/treaties-and-agreements/agreement-concerning-common-nordic-labour-market>>.

Islande, Danemark, Norvège, Suède et Finlande - de voyager, de résider et de s'installer dans un autre pays de cet espace sans aucun document de voyage (par exemple, un passeport ou une carte d'identité nationale) ou permis de séjour, ainsi que d'occuper un emploi.

2.3.2.2 Afrique

49. Au sein de l'Union africaine (UA), les objectifs d'intégration économique et régionale ont donné lieu à des dispositions sur le droit d'entrer. L'accord établissant la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECA) est entré en vigueur en 2019,⁸⁸ tandis que son protocole sur la libre circulation des personnes ("protocole sur la libre circulation") n'a pas suscité autant d'intérêt et n'est toujours pas entré en vigueur.⁸⁹ Le protocole sur la libre circulation a été adopté en 2018 et définit la "libre circulation" comme suit : "Les ressortissants d'un État membre ont le droit d'entrer, de séjourner, de circuler librement et de sortir du territoire d'un autre État membre, conformément aux lois, règlements et procédures de l'État membre d'accueil".⁹⁰
50. Le cadre de politique migratoire pour l'Afrique de l'UA et son plan d'action (2018-2030) ont également pour objectif "d'harmoniser les régimes de contrôle de l'immigration des États membres et d'œuvrer à l'établissement d'une zone sans visa à l'échelle du continent".⁹¹
51. Au niveau sous-régional, des accords tels que la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la Communauté de l'Afrique de l'Est (EAC) cherchent à faciliter l'intégration économique régionale en promouvant la libre circulation des personnes.⁹² Ces dispositions donnent donc lieu à un droit d'entrer pour les citoyens des pays membres de ces organismes.⁹³ De même, dans la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA), le protocole sur la facilitation de la libre circulation des personnes, élaboré en 2005, n'est pas encore entré en vigueur en raison d'un nombre insuffisant de ratifications.⁹⁴

2.3.2.3 Amérique latine⁹⁵

⁸⁸ Accord établissant la zone de libre-échange continentale africaine, ouvert à la signature le 31 mars 2018 (entré en vigueur le 30 mai 2019). En août 2023, 47 des 54 pays africains ont ratifié cet accord, voir <<https://www.tralac.org/resources/infographic/13795-status-of-afcfta-ratification.html>>.

⁸⁹ Protocole au traité instituant la Communauté économique africaine relatif à la libre circulation des personnes, aux droits de résidence et d'établissement, ouvert à la signature le 29 janvier 2018. La ratification du protocole peut être consultée à l'adresse suivante : <<https://au.int/en/treaties/protocol-treaty-establishing-african-economic-community-relating-free-movement-persons>>. Il est à noter que seuls trois pays l'ont ratifié : Niger, Rwanda et Mali.

⁹⁰ Protocole sur la libre circulation, article 6 - Droit d'entrée.

⁹¹ Union africaine, *Cadre politique migratoire pour l'Afrique et Plan d'action (2018-2030)*, disponible sur <https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/other_documents/35316-doc-au-mpfa_2018-eng.pdf>. Voir également : Steven Gordon, "Mass Preferences for the Free Movement of People in Africa : A Public Opinion Analysis of 36 Countries" (2021) 50(1) *International Migration Review* 270.

⁹² Voir généralement Aderanti Adepoju, Alistair Boulton et Mariah Levin, "Promoting Integration through Mobility : Free Movement under ECOWAS' UNHCR paper, disponible sur <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/49e479c811.pdf>>.

⁹³ Ibid. Les initiatives de la CEDEAO comprennent l'abolition de l'obligation de visa ainsi qu'un passeport uniforme pour les ressortissants des États membres..

⁹⁴ Nicaius A Check, "Free Movement of Persons, Right of Residence and Right of Establishment and Agenda 2063 : What Policy Options of South Africa" (2022) 13(1) *African Journal of Public Affairs* 129.

⁹⁵ Il convient de noter que cette section est censée aller au-delà des droits de l'homme et de la législation sur l'asile et les réfugiés et qu'elle n'inclut donc pas la Convention de Montevideo de 1933 sur l'asile politique et le refuge, en vertu de laquelle le droit d'asile a été établi. De plus amples détails seront inclus dans un futur rapport.

52. L'Organisation des États américains (OEA) compte trente-cinq États parties, dont vingt-cinq ont ratifié la CADH.⁹⁶ Comme indiqué précédemment au point 2.1.3, l'article 22(5) de la CADH reconnaît le droit d'entrer dans son pays de nationalité, mais il n'existe pas de droit général d'entrer dans un autre pays dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme. En 1996, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a créé le poste de rapporteur sur les droits des migrants et le poste de rapporteur sur les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.⁹⁷
53. Il existe également plusieurs instruments sous-régionaux qui régissent les migrations. Par exemple, l'accord de 2002 sur la résidence des ressortissants des États parties au MERCOSUR accorde aux ressortissants de neuf pays le droit de résider et de travailler dans tous les autres États membres.⁹⁸ La Communauté andine autorise les citoyens de quatre États membres, la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou, à résider et à travailler légalement dans les mêmes conditions que les ressortissants nationaux pendant une période pouvant aller jusqu'à deux ans ; elle accorde également des droits en matière d'éducation et de regroupement familial.⁹⁹
54. Un autre exemple est le traité révisé de Chaguaramas établissant la Communauté des Caraïbes et incluant la création d'un marché unique.¹⁰⁰ Son article 46 accorde le droit de chercher un emploi dans les États membres à certaines catégories de travailleurs qualifiés : diplômés, artistes, musiciens, athlètes professionnels et journalistes. En conséquence, pèse sur les États parties des obligations de facilitation de la circulation de ces personnes, y compris "l'élimination de l'exigence de passeports" et "l'élimination de l'exigence de permis de travail".¹⁰¹ Toutefois, le traité n'accorde pas un droit d'entrer *absolu*, car les États membres peuvent toujours limiter ce droit en se fondant sur "l'intérêt public".¹⁰²

2.3.3. Traités bilatéraux

55. Chaque État est libre de négocier avec ses pairs des accords bilatéraux reconnaissant un droit d'entrer sur, ou un accès facilité à, son territoire pour les ressortissants de l'autre État partie. Sans préjudice des exigences du droit international, ces États peuvent définir les critères et les conditions pour qu'un tel droit soit établi.

⁹⁶ Les États membres de l'OEA sont Antigua-et-Barbuda, l'Argentine, les Bahamas, la Barbade, le Belize, la Bolivie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, la Dominique, la République dominicaine, l'Équateur, El Salvador, la Grenade, le Guatemala, la Guyane, Haïti, le Honduras, la Jamaïque, le Mexique, le Nicaragua et le Panama, Guyana, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Suriname, Trinidad-et-Tobago, États-Unis, Uruguay et Venezuela.

⁹⁷ Commission interaméricaine des droits de l'homme, "Mobilité humaine : Normes interaméricaines", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 (31 décembre 2015) aux paragraphes 76-77. Le premier était à l'origine connu sous le nom de Rapporteurs sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille ; son champ d'application a été élargi en 2012 pour couvrir tous les migrants.

⁹⁸ Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Paraguay, Pérou et Uruguay. Diego Acosta et Jeremy Harris, *Migration Policy Regimes in Latin America and the Caribbean : Immigration, Regional Free Movement, Refuge and Nationality* (Banque interaméricaine de développement 2022) 36.

⁹⁹ Décision n° 878, Statut andin de la migration, 12 mai 2021. Voir également Acosta et Harris (n 98) 19.

¹⁰⁰ Le traité a été adopté le 5 juillet 2001 (entré en vigueur le 1er janvier 2006). Tous les États membres du CARICOM, à l'exception de la Barbade, ont ratifié le traité. Voir également Acosta et Harris (n 99) 21.

¹⁰¹ Traité révisé de Chaguaramas instituant la Communauté des Caraïbes et comprenant le marché unique, <https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf>, art. 46(1) et 46(2).

¹⁰² Ibid art 46(3).

56. Du fait de l'impossibilité d'énumérer tous les accords bilatéraux pertinents, ce rapport ne mentionnera qu'un échantillon d'exemples regroupés dans différentes catégories, en fonction de l'objet principal et du but de ces traités :

- a) Accords d'exemption de visa. Par exemple, l'UE a conclu des accords d'exemption de visa avec un grand nombre de pays, tels que le Brésil et les Émirats arabes unis.¹⁰³
- b) Accords de libre-échange, tels que l'accord de libre-échange ou de partenariat économique entre l'Australie et 17 autres pays, dont le Royaume-Uni, les États-Unis, Singapour, la Chine, le Japon et la Corée du Sud.¹⁰⁴ Ces accords bilatéraux comprennent généralement des dispositions sur la mobilité des personnes entre les pays, avec l'avantage d'une plus grande liberté de circulation. Par exemple, les demandeurs de visa parrainés par l'employeur et originaires de ces pays signataires d'un accord de libre-échange peuvent bénéficier d'une période de visa plus longue pour séjourner et travailler en Australie, par rapport aux demandeurs originaires de pays non signataires d'un accord de libre-échange.¹⁰⁵
- c) Accords de travail : ces accords règlent les possibilités pour les ressortissants d'un État partie d'entrer sur le territoire d'un autre État partie à des fins de travail et les conditions de travail dans le pays d'accueil. Les accords bilatéraux de travail et les accords de réadmission sont les types d'accords bilatéraux les plus souvent mentionnés par les États dans leurs rapports volontaires sur la mise en œuvre du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Ces accords peuvent englober tous les types de travailleurs migrants potentiels et effectifs ou ne réglementer la migration de main-d'œuvre que dans des domaines spécifiques.¹⁰⁶ Un rapport publié par l'OIT en 2015 a identifié 358 accords de ce type en vigueur, et analysé les caractéristiques de 144 d'entre eux.¹⁰⁷
- d) Accords de réadmission : ils sont décrits comme des "instruments techniques qui apportent des améliorations procédurales à la coopération entre les administrations

¹⁰³ UE, "Accords d'exemption de visa", EUR-Lex, disponible à <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/visa-waiver-agreements.html#:~:text=The%20visa%20waiver%20agreements%20referred,during%20a%20180%2Dday%20period>>.

¹⁰⁴ Ministère australien des affaires étrangères et du commerce, About Free Trade Agreements, disponible sur <<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/jaepa/japan-australia-economic-partnership-agreement>>.

¹⁰⁵ Par exemple, le visa de catégorie 482 en vertu de la loi australienne sur les migrations de 1958 (Cth).

¹⁰⁶ Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador (n 2) art 2 ; accord sur la coopération en matière de travail pour le recrutement de travailleurs domestiques entre le ministère des Affaires indiennes d'outre-mer de la République de l'Inde et le ministère du Travail du Royaume d'Arabie saoudite (adopté le 2 janvier 2014). Kenya, "Kenya Voluntary Country Review Report on the Implementation of the Principles and Objectives of Global Compact on Migration (GCM)" (ministère de l'Intérieur et de la Coordination du gouvernement national 2020) 16 <<https://migrationnetwork.un.org/resources/kenya-gcm-voluntary-national-report-regional-review-africa>>

(mentionnant l'accord bilatéral avec le Royaume-Uni sur les travailleurs du secteur de la santé) ; Philippines, "Philippines' Submission of the Voluntary GCM Review" (ministère des Affaires étrangères, Bureau du sous-secrétaire aux affaires des travailleurs migrants 2020) 5 <https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/docs/philippines_voluntary_gcm_survey_report.pdf> mentionnant un accord bilatéral avec Israël sur le recrutement et le déploiement d'aides-soignants et de travailleurs hôteliers) ; Moldavie, "National Voluntary Review Report on the Status of Implementation of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration by the Republic of Moldova" (2022) 7 <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/imrf-moldova.pdf>> (mentionnant un accord bilatéral avec Israël sur les travailleurs du secteur de la construction).

¹⁰⁷ OIT, "Accords bilatéraux et protocoles d'accord sur la migration des travailleurs peu qualifiés" (Genève, 2015) 14.

de deux pays (ou plus) impliquées dans le processus de réadmission des ressortissants de l'un sur le territoire de l'autre".¹⁰⁸ Ces types d'accords sont le plus souvent conclus entre des États européens.¹⁰⁹ Néanmoins, on trouve également des accords de réadmission impliquant des États africains,¹¹⁰ latino-américains,¹¹¹ et asiatiques.¹¹²

- e) Accord bilatéral lié au changement climatique : le traité Australie-Tuvalu Falepili¹¹³ constitue un exemple positif¹¹⁴ dans cette catégorie en ce qui concerne la mobilité due au changement climatique. L'article 3 du traité stipule que :

¹⁰⁸ Commission européenne, "Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Évaluation des accords de réadmission de l'UE" COM (2011) 76 final (23 février 2011) 10.

¹⁰⁹ Pour les États membres de l'Union européenne (UE), l'Union elle-même a été mandatée pour conclure des accords de réadmission avec les États non-membres de l'UE. Néanmoins, les États membres concluent souvent des protocoles bilatéraux pour mettre en œuvre les accords de réadmission de l'UE. REM, "Accords bilatéraux de réadmission" (Inform, septembre 2022) 2-4. Exemples d'accords de réadmission entre États européens : Accord entre le gouvernement de la République d'Arménie et le gouvernement du Royaume de Suède concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (adopté le 7 novembre 2008) ; Accord entre le gouvernement de la République d'Arménie et le gouvernement du Royaume de Norvège concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (adopté le 29 janvier 2010) ; Accord entre le gouvernement de la République d'Arménie et le gouvernement de la Fédération de Russie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (20 août 2010) ; Bélarus, "Examen volontaire de la mise en œuvre du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières par la République du Bélarus " (ministère des Affaires étrangères 2020) 12 <https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/docs/belarus_en.pdf> (mentionnant un accord bilatéral avec l'Ukraine) ; Russie, " Informations sur les progrès accomplis dans la mise en œuvre du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières " (2020) 10 <https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/docs/in_7517_russian_federation_eng.pdf>

(mentionnant des accords bilatéraux avec l'UE, la Norvège, la Suisse, le Liechtenstein, l'Islande, l'Arménie, le Danemark, l'Ouzbékistan, la Turquie, le Kazakhstan, l'Ukraine, le Bélarus, la Serbie et la Bosnie-Herzégovine) ; Moldavie, "Rapport national d'examen volontaire sur l'état de la mise en œuvre du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières par la République de Moldavie" (2022) 7 <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/imrf-moldova.pdf>> (mentionnant des accords bilatéraux avec le Danemark, la Norvège, la Macédoine du Nord, la Serbie, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Turquie, l'Albanie, la Géorgie, le Kazakhstan et l'Ukraine) ; Kazakhstan, "National Voluntary Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration Review" (2021) 23 <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/imrf_kazakhstan.pdf> (mentionnant des accords bilatéraux avec l'Allemagne, la Suisse, la Tchéquie, la Lettonie, la Lituanie, la Russie, la Norvège, la Biélorussie, la Hongrie, les pays du Benelux, la Moldavie, et la Pologne). Comité des travailleurs migrants, "Observations finales sur le deuxième rapport périodique de l'Algérie" (25 mai 2018) Doc ONU CMW/C/DZA/CO/2 para 57.

¹¹⁰ Comité des travailleurs migrants, "Observations finales sur le deuxième rapport périodique de l'Algérie" (25 mai 2018) Doc ONU CMW/C/DZA/CO/2, para 57.

¹¹¹ "Acuerdo Operativo entre la Dirección Nacional de Migraciones de la República Argentina y la Subsecretaría de Interior de la República de Chile sobre Cooperación en los Controles Migratorios Fronterizos" (adopté le 23 septembre 2008) art 5 ; "Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa relativo a la Readmisión de Nacionales en Situación Irregular" (adopté le 1er février 1995) ; "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa, relativo a la Readmisión de Personas en Situación Irregular" (adopté le 16 juillet 1998).

¹¹² Kazakhstan (n 109) 23 (mentionnant des accords bilatéraux avec le Kirghizistan et le Tadjikistan) ; Russie (n 109) 10 (mentionnant des accords bilatéraux avec le Vietnam, le Kirghizistan et la Mongolie) ; "MoU of return and readmission of persons signed between Sri Lanka and Australia", *News Cutter* (en ligne, 21 décembre 2021) <<https://www.newscutter.lk/sri-lanka-news/mou-of-return-and-readmission-of-persons-signed-between-sri-lanka-and-australia-21122021-16231/>>.

¹¹³ "Australia-Tuvalu Falepili Union Treaty", disponible sur <<https://www.dfat.gov.au/geo/tuvalu/australia-tuvalu-falepili-union-treaty>>.

¹¹⁴ Voir également quelques analyses critiques de l'accord : Clare Francis, "The Deal That Exposes the Global North's Flawed Approach to Climate Migration", *Foreign Policy* (14 décembre 2023), disponible à l'adresse <<https://foreignpolicy.com/2023/12/14/australia-tuvalu-pacific-islands-climate-migration-deal/>>.

L'Australie permet, par une procédure d'accès spécifique, aux citoyens de Tuvalu d'entrer en Australie, et leur accorde la possibilité :

- (a) De vivre, étudier et travailler en Australie ;
- (b) D'Accéder à l'éducation et à la santé en Australie, ainsi qu'à des revenus importants et à un soutien familial à l'arrivée.

2.3.4. Droit international coutumier

57. Bien qu'il ait été avancé que la liberté de circulation et le droit de migrer existaient en vertu du droit naturel,¹¹⁵ il n'existe ni pratique étatique ni *opinio juris* soutenant l'argument selon lequel un droit général d'entrer sur un territoire de son propre choix existerait en vertu du droit international coutumier.¹¹⁶ Tout au contraire, comme l'illustrent les politiques migratoires, les exigences en matière de visa et les contrôles aux frontières, la pratique des États est dominée par leur souveraineté en la matière, si bien que seul un groupe très limité de personnes peut revendiquer un droit d'entrer.¹¹⁷
58. Dans son projet d'articles de 2014, la CDI, chargée de la codification et du développement progressif du droit international, n'a pas abordé la question de l'existence d'un droit d'entrer coutumier, alors même que l'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle aborde notamment la question de l'articulation entre le principe de non-refoulement à la frontière et le droit d'être admis. Or, la CDI tend plutôt à exclure cette question du droit d'entrer du champ d'application du principe de non-refoulement tel qu'il est garanti pour les réfugiés.¹¹⁸ La CDI limite son interprétation du principe de non-refoulement à la seule "expulsion"¹¹⁹, terme qui exclut assurément, à la différence de celui de "non-refoulement", tout droit d'entrer. Si la CDI avait considéré que le droit d'entrer existait, elle l'aurait formulé explicitement dans son projet d'articles.
59. Néanmoins, il est important de souligner que le principe de *non-refoulement*, est généralement reconnu comme faisant partie du droit international coutumier.¹²⁰

¹¹⁵ Maximilian Ernst, "International Migration as Absolute Natural Law : An Inquiry into International Migration from the Perspective of Legal Philosophy" (2016) 8(1) *Yonsei Journal of International Studies* 14.

¹¹⁶ Voir : William A Schabas, *The Customary International Law of Human Rights* (Oxford University Press 2021), chapitre 6 - Libertés fondamentales, section G : Mobilité et asile.

¹¹⁷ Voir également Alessia di Pascale, "Exceptional Duties to Admitens", in Richard Plender (ed) *Issues in International Migration Law* (Brill/Nijhoff 2015) 214 ; Jean Francois Flauss, "Entre souveraineté nationale et droits de l'homme" in Jean-Yves Carlier (ed), *L'étranger face au droit : XXes Journées d'études juridiques Jean Dabin* (Bruylant 2010) 45.

¹¹⁸ Voir Commission du droit international, *Projet d'articles*, articles 1 et 2 et leurs commentaires, 3-50.

¹¹⁹ Ibid, articles 23 et 24.

¹²⁰ Voir toutefois, *contra*, Hathaway (n 57). D'autres voix s'élèvent pour dire que le principe de non-refoulement a acquis le statut de *jus cogens*. Voir en ce sens, par ex. : Jean Allain, "The Jus Cogens Nature of Non-refoulement" (2001) *International Journal of Refugee Law* 533. Les membres de la commission ont des points de vue différents sur cette question. Il convient de noter que certains pays asiatiques n'ont pas encore ratifié la Convention de 1951 sur les réfugiés, comme l'Inde, le Bangladesh, la Mongolie, la Malaisie et l'Indonésie, que certains n'ont pas encore ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme la Chine, et que certains n'ont encore ratifié ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni la Convention de 1951 sur les réfugiés, comme la Malaisie et Singapour.

60. Enfin, le présent rapport reconnaît l'existence possible d'un droit international coutumier régional potentiellement pertinent pour le droit d'entrer, tel que le cas de la reconnaissance de l'asile diplomatique en Amérique latine.¹²¹

2.3.5 Principes généraux du droit

61. Pour qu'un droit général d'entrer librement sur le territoire d'un État existe en tant que principe général de droit, il faudrait prouver qu'un principe, une règle ou un droit est largement accepté dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier, et pourrait de ce fait être transféré au niveau international pour y être appliqué afin de combler un vide juridique ou de contribuer à l'interprétation d'une autre source juridique. Cependant, il n'existe aucune preuve qu'un tel droit général d'entrer soit largement accepté ou répandu dans les systèmes juridiques nationaux. En conséquence, les principes généraux du droit ne sont pratiquement jamais discutés en relation avec le droit d'entrer dans le droit international (de la migration).
62. La question reste de savoir si l'existence d'exigences en matière de visa dans presque tous les pays en ce qui concerne le droit d'entrer signifie qu'il existe un principe général de droit selon lequel un visa ou un permis ou une procédure régulière est nécessaire pour la réalisation du droit d'entrer. En revanche, certains auteurs suggèrent qu'il pourrait exister un principe général de droit relatif à l'interdiction de l'expulsion collective.¹²²

2.3.6 Droit souple

63. Les normes non-contraignantes revêtent une importance particulière pour le développement et l'interprétation du droit international des migrations.
64. La plus importante norme non contraignante¹²³ concernant le droit d'entrer élaborée récemment est la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants¹²⁴, qui a été suivie par l'adoption en 2018 du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (Pacte mondial sur les migrations)¹²⁵ et du Pacte mondial sur les réfugiés.¹²⁶ Le Pacte mondial sur les migrations entend donner une connotation plus positive à la migration, couvre toutes les dimensions de la migration internationale de manière holistique et globale, et contient une série de 23 objectifs et engagements visant à mieux régir la migration, sur la base de la coopération et de la solidarité internationales.
65. Le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés sont bien établis, et il existe un large éventail de normes non contraignantes dans ces deux branches du droit international.¹²⁷

¹²¹ Par exemple, *Affaire de l'asile (Colombie/Pérou)*, CIJ Rec.(20 novembre 1950) ; Convention de La Havane sur l'asile, ouverte à la signature le 20 février 1928, série OEA (entrée en vigueur le 21 mai 1929) ; C Neale Ronning, *Diplomatic Asylum : Legal Norms and Political Reality in Latin American Relations* (Martinus Nijhoff 1965).

¹²² Maurice Kamto, "Expulsion des étrangers : troisième rapport sur l'expulsion des étrangers ", [115], <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_581.pdf>.

¹²³ Voir le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (n 125) 4.

¹²⁴ Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants (2016) Doc ONU A/RES/71/1.

¹²⁵ Le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 2018, voir UN Doc A/RES/73/195.

¹²⁶ Pacte mondial sur les réfugiés (2018) UN Doc a/73/12.

¹²⁷ Par exemple, Michèle Olivier, "The Relevance of 'Soft Law' as a Source of International Human Rights" (2002) 35(2) *Comparative and International Law in South Africa* 289 ; voir généralement Alexander Betts "Soft law and the Protection of Vulnerable Migrants" (2010) 24 *Georgetown Immigration Law Journal* 532, et Andrew T Guzman et Timothy L Meyer, "International Soft Law" (2010) 2(1) *Journal of Legal Analysis* 171, 210-213.

66. L'un de ces instruments juridiques est le Guide conjoint sur le sauvetage en mer publié par le HCR, l'Organisation maritime internationale (OMI) et la Chambre internationale de la marine marchande (ICS), qui fournit des orientations importantes sur l'application du principe de *non-refoulement* dans la situation particulière du sauvetage en mer.¹²⁸ Il est à noter qu'un autre comité de l'ILA travaille sur ces questions spécifiques.¹²⁹
67. En outre, les rapports du rapporteur spécial des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants méritent une attention particulière. Institué en 1999, ce rapporteur spécial fournit un examen thématique annuel de ces questions.¹³⁰ Publié en 2018, le rapport sur les "pratiques de retour" est particulièrement pertinent pour le droit d'entrer.¹³¹

¹²⁸ HCR, OMI et ICS, "Sauvetage en mer : A Guide to Principles and Practice as Applied to Refugees and Migrants" 9 et 14, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.refworld.org/policy/opguidance/unhcr/2015/en/104994>>.

¹²⁹ Comité de l'ILA sur la protection des personnes en mer, créé le 18 juin 2023, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/protection-of-people-at-sea>.

¹³⁰ Le rapporteur spécial actuel est M. Gehad Madi (2023-2026). La liste des rapports annuels peut être consultée sur le site web de l'UNOHCHR : <<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-migrants/annual-reports>>.

¹³¹ Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, 2018, UN Doc : A/HRC/38/41.

III. Le droit d'entrer des nationaux

68. La DUDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques établissent le droit d'entrer des ressortissants sur le territoire de leur Etat de nationalité. L'article 13, paragraphe 2, de la DUDH stipule que "toute personne a le droit de retourner dans son pays". L'article 12(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule quant à lui que "[n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays".
69. Comme indiqué ci-dessus, les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme reconnaissent également que les ressortissants ont le droit d'entrer dans leur pays. Le protocole n° 4 de la CEDH, tout comme CADH par exemple, établissent le droit de tout individu d'entrer sur le territoire de "l'État dont il est ressortissant".
70. La question de savoir dans quelle mesure les termes "son pays" ou "son propre pays" vont au-delà du pays dont une personne est ressortissante sera examinée dans la section IV du présent rapport. En attendant, personne ne nie que "son propre pays" inclut au moins le pays dont quelqu'un a la nationalité.
71. Reflétant en partie seulement la DUDH, les dispositions du PIDCP sont cependant plus restrictives. Non seulement les rédacteurs ont intentionnellement omis d'inclure toute référence à l'asile¹³², mais l'article 12(4) est formulé de manière négative, dès lors qu'il prévoit que "Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays", c'est-à-dire qu'il établit un lien explicite entre le droit et sa restriction éventuelle et, par conséquent, souligne les compétences respectives des États. En outre, la liberté de circulation interne visée à l'article 12, paragraphe 1, est également définie de manière restrictive, ce droit n'étant accordé qu'aux personnes se trouvant "légalement sur le territoire d'un État".
72. Cette section aborde quatre questions : (1) qui sont les ressortissants ? (2) les restrictions au droit d'entrer des ressortissants ; (3) le retour des réfugiés dans leur propre pays ; et (4) les récentes pratiques de déchéance de nationalité pour des raisons de sécurité.

3.1 Qui sont les nationaux ?

73. Si le droit à une nationalité est important pour l'étude du droit d'entrer dès lors que les ressortissants sont investis du droit de retourner dans leur pays en vertu de l'article 13, paragraphe 2, de la DUDH, l'article 15 de la DUDH ne garantit pas le droit à une nationalité spécifique ou librement choisie, mais uniquement : (1) le droit d'acquérir une nationalité et (2) le droit de conserver sa nationalité et d'en changer.¹³³
74. Souvent, la question de savoir si une personne est ressortissante d'un pays donné n'est pas controversée. Toutefois, la question peut être litigieuse dans certains cas, notamment lorsque la loi sur la citoyenneté d'un pays peut être contestée, comme la loi sur la citoyenneté de 1982

¹³² Michael Lysander Fremuth, "Access Denied ? - Human Rights Approaches to Compensate for the Absence of a Right to Be Granted Asylum" (2020) 4(1) University of Vienna Law Review 79, 87.

¹³³ Voir Sanzhuan Guo, "Advantages and Disadvantages of Dual Citizenship", in Jean-Denis Mouton et Peter Kovac (eds) *The Concept of Citizenship in International Law* (Brill 2018) 131, 139 ; Voir aussi : Mirna Adjami et Julia Harrington, "The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights" (2008) 27 Refugee Survey Quarterly 93, 101.

du Myanmar,¹³⁴ ou la loi australienne sur la déchéance de nationalité,¹³⁵ ou lorsqu'une personne a perdu sa nationalité intentionnellement ou non, et parfois même à son insu.¹³⁶

75. La question de savoir si une personne est la ressortissante ou citoyenne d'un pays dépend du droit interne de l'État. Toutefois, la souveraineté de l'État d'inclure ou d'exclure certaines personnes en tant que nationaux est limitée par le droit international. C'est en partie la raison pour laquelle la loi de 1982 sur la citoyenneté du Myanmar a été fortement critiquée par la communauté internationale, du fait de la discrimination qu'elle introduit quant à l'accès à la nationalité pour les Rohingyas.¹³⁷
76. Le critère du "lien effectif/réel" établi dans l'affaire *Nottebohm*¹³⁸ est toujours applicable en droit international, mais il est de plus en plus contesté, en particulier lorsqu'il n'y a qu'une seule nationalité en jeu. L'application de ce critère pourrait-elle aller jusqu'à limiter le droit au retour à certains ressortissants seulement, tels les "ressortissants résidents" ou ceux qui ont un "lien substantiel" avec leur État ?¹³⁹ Les citoyens résidents et les détenteurs de passeports non-résidents peuvent en effet être traités différemment dans la pratique.¹⁴⁰ Dans certains États, les personnes peuvent perdre leur nationalité en raison d'une résidence de longue durée à l'étranger.¹⁴¹

3.2 Restrictions au droit d'entrer des nationaux

77. Le droit des ressortissants d'entrer dans leur propre pays n'est pas un droit absolu mais est soumis à des restrictions – telles que celles prévues par l'article 12(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voire à des dérogations – tel que le prévoit entre autre l'article 4 du même texte.¹⁴²
78. Ainsi et par exemple, pendant la pandémie de Covid-19, le droit des ressortissants de retourner dans leur pays a été limité, voire supprimé. De nombreux États, sur tous les continents, ont adopté des lois et politiques visant à limiter le retour de leurs ressortissants dans leur pays

¹³⁴ 1982 Loi sur la citoyenneté de la République de l'Union du Myanmar.

¹³⁵ Australian Citizenship Amendment (Citizenship Repudiation) Act 2023 (Cth).

¹³⁶ Par exemple, les ressortissants chinois peuvent perdre "automatiquement" leur nationalité chinoise s'ils ont volontairement obtenu la nationalité d'un autre pays et se sont "installés" dans ce pays. Toutefois, le moment où cette perte "automatique" de la nationalité se produit n'est pas clair. Voir : Sanzhuan Guo et Tim McFarland, "Dual Nationality and National Belonging : A Case Study of Chinese Diaspora in Indonesia from 1949 to 1960s" (2023) *Revue Européenne des Migrations Internationales* 155, 158.

¹³⁷ Voir Sanzhuan Guo et Madhav Gautam "Stateless Rohingyas in Bangladesh and Refugee Status : Global Order and Disorder under International Law", in Leon Wolff et Danielle Ireland-Piper (eds) *Order and Disorder in the 21st Century* (Routledge 2018) 83.

¹³⁸ *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ Rec., 6 avril 1955.

¹³⁹ Rosalyn Higgins, "The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and leave a Country" (1973) 49(3) *International Affairs* 341, 349.

¹⁴⁰ Ibid 341.

¹⁴¹ Voir Mai Takeuchi, "Japan to Cut Off Japanese ? Protecting the Ties between Japan and the Japanese Citizens Who are Successful Overseas" <https://www.rieti.go.jp/en/columns/s24_0008.html>.

¹⁴² En ce qui concerne les limitations et les dérogations aux droits de l'homme, voir par ex. : Adam McBeth, Justine Nolan et Simon Rice, *Le droit international des droits de l'homme* (Oxford University Press, 2nd édition, 2017) 112-117.

d'origine.¹⁴³ Selon l'OIM, un total de 272 restrictions d'entrer liées à la COVID-19 avaient été adoptées au 27 juillet 2020.¹⁴⁴

79. Ces limitations ont-elles été "arbitraires" au sens de l'article 12(4) ? Selon le Comité des droits de l'homme :

La référence à la notion d'arbitraire dans ce contexte vise à souligner qu'elle s'applique à toute action de l'État... ; elle garantit que même les ingérences prévues par la loi doivent être conformes aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et doivent, en tout état de cause, être raisonnables dans les circonstances particulières. Le Comité considère qu'il existe peu de circonstances, voire aucune, dans lesquelles la privation du droit d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable.¹⁴⁵

80. Il convient de souligner que l'article 12, paragraphe 3, du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui concerne "la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui", ne limite pas les droits visés à l'article 12, paragraphe 4.¹⁴⁶ D'autre part, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'interdit pas les dérogations à l'article 12. L'article 4(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que :

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

81. La légalité, au regard du droit des droits de l'homme, de ces mesures et d'autres mesures restreignant ou entravant le retour des ressortissants dans leur pays est néanmoins contestée.¹⁴⁷ Le droit d'entrer dans le pays dont on a la nationalité en vertu de la CADH et de la CEDH ne prévoit pas expressément de limitations et n'est pas non plus nuancé par la formulation selon laquelle nul ne peut être *arbitrairement* privé de ce droit. Par conséquent, il est douteux que ces dispositions puissent faire l'objet de limitations. Même dans les traités qui autorisent expressément des restrictions au droit d'entrer, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme, de telles mesures doivent respecter le principe de proportionnalité. Ainsi, par exemple, en 2021, un groupe de ressortissants australiens a déposé une plainte devant le Comité des droits de l'Homme, affirmant que les restrictions d'entrée imposées par l'Australie en réponse à la pandémie

¹⁴³ Guofu Liu, "COVID-19 and the Human Rights of Nationals Abroad" (2020) 114 AJIL Unbound 317, 318.

¹⁴⁴ OIM, *Global Mobility Restriction Overview* (27 juillet 2020) <https://dtm.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1461/files/reports/DTM-Covid19%20Global%20Overview%20Output%2027.07.2020%20Final.pdf> ; voir également Liu (n 143).

¹⁴⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, [21].

¹⁴⁶ En ce qui concerne la relation entre l'article 12(4) et l'article 12(3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 12(3) fait référence aux "droits susmentionnés", c'est-à-dire aux droits visés à l'article 12(1) et à l'article 12(2), plutôt qu'à l'article 12(4). Cela signifie que la "sécurité nationale", "l'ordre public", "la santé ou la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui" ne peuvent être invoqués pour refuser le droit d'entrer dans son propre pays.

¹⁴⁷ Regina Jefferies, Jane McAdam et Sangeetha Pillai, "Can We still Call Australia Home ? The Right to Return and the Legality of Australia's COVID-19 Travel Restrictions" (2021) 27(2) Australian Journal of Human Rights 211.

violaient l'article 12(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁴⁸ Ce test de proportionnalité s'applique également concernant la CEDH et la CADH.

3.3 Retour des réfugiés dans leur pays de nationalité¹⁴⁹

82. Se pose également la question de savoir si les réfugiés ont, sur ce fondement, le droit de retourner dans leur pays d'origine. Par exemple, après l'incident de la place Tiananmen en 1989, de nombreux Chinois se sont rendus à l'étranger et se sont vu reconnaître le statut de réfugié. Or, aujourd'hui encore, leur retour en Chine reste difficile. Parmi d'autres, Human Rights Watch défend depuis longtemps le droit des réfugiés à retourner dans leur pays d'origine et affirme que ces droits lient les États et les gouvernements.¹⁵⁰ Cependant, l'article 13(2) de la DUDH et l'article 12(4) du PIDCP sont-ils suffisants pour établir un tel droit ? Que se passe-t-il si un pays n'a pas encore ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et n'appartient à aucun régime régional de protection des droits de l'homme, comme la Chine ? Faut-il considérer qu'il existerait un droit coutumier au retour ?
83. Étant donné que les réfugiés restent des ressortissants de leur pays d'origine, ils conservent le droit de retourner dans "leur pays", conformément à l'article 12, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à d'autres garanties pertinentes en matière de droits de l'homme. Cela peut même s'appliquer en cas de perte de nationalité, car les réfugiés répondent souvent aux critères supplémentaires établis dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme (notamment le fait d'avoir des "liens personnels et familiaux étroits" : voir *infra*). En outre, il convient de tenir compte du fait que le HCR reconnaît le rapatriement volontaire, c'est-à-dire le retour des réfugiés dans leur pays d'origine (après l'intégration locale et la réinstallation dans un autre pays) comme l'une des solutions durables pour les réfugiés. Le Comité des droits de l'homme reconnaît également que "le droit au retour est de la plus haute importance pour les réfugiés qui cherchent à se faire rapatrier volontairement".¹⁵¹
84. Il y a eu un débat sur la question de savoir si, à la lumière des travaux préparatoires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit au retour pourrait ne pas s'appliquer en cas de déplacement de groupes ou de populations entières.¹⁵² Cependant, l'opinion dominante semble être que ni le texte du PIDCP ni ses travaux préparatoires ne limiteraient la protection de l'article 12(4) à des cas individuels.¹⁵³ Ainsi, le droit au retour existe également dans les situations de déplacement massif. En outre, le Comité des droits de l'homme considère que l'article 12(4) du Pacte international relatif aux droits civils et

¹⁴⁸ Comité des droits de l'homme, communication n° 3915/2021 (aucun avis n'a encore été rendu sur cette affaire à l'heure où ces lignes sont écrites). Voir aussi l'analyse d'Aziz Tuffi Saliba et Mariana Ferolla V. do Valle, "Stranded at the Border : An Analysis of the Legality of International Travel Restrictions Adopted by States in the COVID-19 Pandemic in Light of the Right to Return to One's Country" (2021) 38(1) Wisconsin International Law Journal 39

¹⁴⁹ Il convient de noter que cette section n'a pas abordé le cas des réfugiés palestiniens de longue durée en raison de la complexité de la question et de l'espace limité dont elle dispose. Voir par ex. Sur cette question Marjoleine Zieck, 'Refugees and The Right to Freedom of Movement : From Flight to Return' (2018) 39 Michigan Journal of International Law 19 ; Don Peretz, *Palestinians, Refugees, and the Middle East Peace Process* (US Institute of Peace Press, 1993).

¹⁵⁰ Human Rights Watch, "Human Rights Watch Policy on the Right to Enter", <<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/israel/return/>>.

¹⁵¹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, paragraphe 19.

¹⁵² Voir Ruth Lapidoth, "Legal Aspects of the Palestinian Refugee Question", Jerusalem Letter / Viewpoints (septembre 2002), ft 11, <<https://www.jcpa.org/jl/vp485.htm>>.

¹⁵³ Manfred Nowak, *Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques : CCPR Commentary* (2nd édition révisée, 2005) 284.

politiques "implique en premier lieu l'interdiction des transferts forcés de population ou des expulsions massives vers d'autres pays".¹⁵⁴

3.4 Droit d'entrer, déchéance de nationalité et problèmes de sécurité

85. Les États peuvent parfois déchoir de leur nationalité certains groupes de personnes, comme ce fut le cas par exemple pour les Coréens au Japon, qui se sont vus retirer la nationalité japonaise en 1952.¹⁵⁵ Dans le cadre de la lutte récente contre le terrorisme, plusieurs pays ont adopté des lois de déchéance de nationalité, notamment le Royaume-Uni et l'Australie.¹⁵⁶ La question de savoir si un ressortissant peut être exilé à titre de sanction légale est également revenue sur le devant de la scène.¹⁵⁷
86. Quant aux liens entre sécurité, terrorisme et droit d'entrer, se pose aussi la question du droit de retour des nationaux partis commettre des actes terroristes, ou s'entraîner à de tels actes, à l'étranger, et de leurs épouses et enfants. Certains des États les plus touchés par le phénomène - y compris des États européens - ont adopté des stratégies hétérogènes, voire contradictoires, en ce qui concerne le rapatriement de ces combattants terroristes¹⁵⁸. Tout retour de ces personnes sera probablement accompagné d'une enquête criminelle, d'une surveillance, d'une réhabilitation, d'une protection des enfants et d'une sauvegarde des intérêts de la sécurité publique. Dans l'affaire *Begum*, la Cour suprême du Royaume-Uni a suspendu la décision de déchéance de la citoyenneté britannique "jusqu'à ce que la requérante puisse jouer un rôle effectif dans la procédure sans que la sécurité du public ne soit compromise".¹⁵⁹
87. Dans des affaires concernant le rapatriement d'enfants de Syrie dont les parents étaient liés à des activités terroristes dans ce pays, le Comité des droits de l'enfant a interprété le droit d'être admis dans le pays d'origine en fonction de la nécessité de prévenir les risques pour le droit de l'enfant à la vie et le droit de ne pas subir de mauvais traitements.¹⁶⁰ Si les considérations relatives à un procès équitable n'ont pas été jugées primordiales (par exemple dans l'affaire *Begum*), l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que l'interdiction et la prévention des mauvais traitements ont été pris en compte par le Comité. La situation est encore plus complexe lorsque la personne a quitté le pays alors qu'elle était enfant, mais qu'elle est devenue adulte depuis.¹⁶¹

¹⁵⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, paragraphe 19.

¹⁵⁵ Voir Onuma Yasuaki, "Interplay Between Human Rights Activities and Legal Standards of Human Rights : A Case Study on the Korean Minority in Japan" (1992) 25 Cornell International Law Journal 515.

¹⁵⁶ UK Immigration Act 2014 ; Australian Citizenship Amendment (Allegiance to Australia) Act 2015 (Cth). Voir aussi : Tamara Laine, 'Passing the Buck' (2017) 12(2) Journal of Peacebuilding and Development 22, 25 et 27.

¹⁵⁷ On peut trouver quelques discussions sur la question : Nowak (n 153), 283.

¹⁵⁸ Francesca Capone, 'Les enfants (et les épouses) des combattants étrangers d'ISIS : Quelles obligations pour les États de nationalité ?' (2019) QIL 60, 69, 70

¹⁵⁹ *Begum c. Secretary of State for the Home Department* [2020] 7 HRLR 161. Pour plus d'informations sur cette affaire, voir : Nishita Jha, "The Whole World Is Debating Whether 'ISIS Brides' Should Go Home. But Yazidi Women Want Them Brought to Justice", *Buzzfeed* (2019) <<https://www.buzzfeednews.com/article/nishitajha/isis-yazidi-shamima-begum-hoda-muthana>> ; Alison Harvey, "Shamima Begum Supreme Court judgment : Quelles sont les implications pour les cas d'apatridie ? Réseau européen sur les apatrides (2 mars 2021) disponible sur <<https://www.statelessness.eu/updates/blog/shamima-begum-supreme-court-judgment-what-are-implications-statelessness-cases>>.

¹⁶⁰ HRCttee, *S.N. et al c. Finlande*, UN Doc CRC/C/91/D/100/2019 (12 septembre 2022) ; HRCttee, *S.B. et al c. France*, UN Doc CRC/C/89/D/77/2019, CRC/C/89/D/79/2019, CRC/C/89/D/109/2019 (8 février 2022).

¹⁶¹ Voir par exemple la décision de la CEDH dans l'affaire *H.F. et autres c. France* (14 sept. 2022, n°24384/19 et 44234/20) 2(b) & 2(c)(ii), où la Cour n'a trouvé aucune obligation pour les États parties à la CEDH de rapatrier ses propres ressortissants mais seulement une obligation de prendre une décision refusant le rapatriement et une possibilité de contester cette décision devant une Cour.

88. Il est évident que le droit d'entrer des personnes suspectées ou condamnées pour des actes terroristes, et des membres de leur famille, est lié à d'autres questions de droit international, telles que l'apatridie, la nationalité et les droits de l'homme, et qu'il doit faire l'objet de recherches et de rapports supplémentaires.

IV. Le droit d'entrer des étrangers

89. En droit international public, un étranger n'a pas le droit d'entrer dans un autre pays sans l'autorisation du pays d'accueil.¹⁶² Cette section examinera d'abord brièvement le droit d'entrer des étrangers en général, puis se concentrera sur quatre scénarios spécifiques : (1) les étrangers relevant de la catégorie "son propre pays" ; (2) le droit d'entrer en vertu du principe de *non-refoulement* ; (3) le regroupement familial ; et (4) le droit d'entrer pour les apatrides.

4.1 Introduction

90. Les États peuvent légalement faire une distinction entre les individus sur la base de leur nationalité pour décider s'ils seront autorisés à entrer ou non sur leur territoire¹⁶³. Toutes les personnes ne sont cependant pas égales face à ce droit souverain de l'État. En effet, certains passeports sont considérés comme plus "forts" que d'autres, tels que ceux de l'Australie, des États-Unis, du Japon, de Singapour, de la Corée du Sud et de certains États membres de l'UE comme la France, l'Allemagne et l'Italie. Ils permettent d'accéder légalement, au moins pour des séjours de courte durée, aux territoires d'un grand nombre de pays tiers sans demander de visa ou seulement une autorisation électronique gratuite ou peu onéreuse. On peut donc en conclure que les personnes possédant ces nationalités pourraient migrer vers ces pays tiers sans courir le risque d'emprunter une route migratoire dangereuse. Il convient également de noter que ces nationalités, qui sont favorisées dans le processus migratoire, sont aussi les moins touchées par l'exil potentiel.¹⁶⁴
91. Une fois qu'un étranger se trouve sur le territoire d'un État, celui-ci n'a pas le droit de l'expulser arbitrairement.¹⁶⁵
92. Un domaine qui mérite d'être approfondi est celui des anciens ressortissants/résidents et de leur droit à retourner/entrer dans le pays d'origine. Le pays d'origine peut ne plus être "leur propre pays", mais ils peuvent encore avoir des liens particuliers avec celui-ci. Certains pays peuvent accorder un traitement préférentiel à leurs anciens ressortissants. Par exemple, la Chine envisage de délivrer des "cartes Hua Yi" aux Chinois ethniques qui ont obtenu la nationalité d'un autre pays.¹⁶⁶ La question qui se pose ici est de savoir où se situe la limite de "leur propre pays" et s'il est possible de créer une autre catégorie entre les ressortissants et les non-ressortissants pour lesquels l'État est "leur propre pays".

¹⁶² Higgins (n 139) 344.

¹⁶³ Thomas Spijkerboer, "Reconceptualising the Externalisation of Migration Control" (2018) 20(4) European Journal of Migration and Law 452, 467.

¹⁶⁴ Voir aussi : l'accès à la nationalité comme moyen de surmonter/contourner les règles migratoires moins favorables : les passeports dorés (programmes de citoyenneté des investisseurs) afin de bénéficier des régimes d'exemption de visa (par exemple, la nationalité de Saint-Christophe-et-Niévès pour l'entrée légale dans l'UE et aussi le cas de Malte).

¹⁶⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 13.

¹⁶⁶ Il s'agit d'une politique envisagée plutôt que d'une pratique juridique. Il semble qu'il y ait des obstacles à la mise en œuvre complète d'une telle politique. Voir : Guo et McFarland (n 136), 156.

4.2 Droit d'entrer dans "son propre pays" pour les non-nationaux

93. Comme indiqué précédemment, le droit d'entrer dans "son propre pays" peut être étendu aux non-ressortissants.
94. Si certaines dispositions de traités régionaux, comme l'article 3, paragraphe 2, du protocole 4 de la CEDH et l'article 22, paragraphe 5, de la CADH, limitent le droit d'entrer aux ressortissants nationaux,¹⁶⁷ ni la DUDH ni le PIDCP n'invitent à une interprétation aussi restrictive.
95. La DUDH ne prévoit toutefois pas le droit de "chacun" d'entrer ou de retourner dans le pays de son choix, mais limite le droit au retour à "son pays". Si l'expression "son pays" englobe indubitablement les citoyens, elle est suffisamment large pour couvrir d'autres catégories de personnes ayant une relation stable avec le pays concerné, telles que les personnes titulaires d'un permis de séjour ou même les personnes ayant des liens factuels étroits.¹⁶⁸ En tout état de cause, cela conduit à un nombre limité de pays dans lesquels une personne peut être autorisée à entrer. Le refus d'un droit d'entrer général et inconditionnel peut également être déduit de l'article 13, paragraphe 1, de la DUDH, qui n'accorde la liberté de circulation et de résidence qu'à l'intérieur des frontières de chaque État.
96. Depuis l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la signification de l'expression "son propre pays" figurant à l'article 12, paragraphe 4, a fait l'objet d'un débat. Les *travaux préparatoires* relatifs à cette disposition montrent que cette formulation a été introduite par la délégation australienne dans le but exprès d'étendre le droit d'entrer aux personnes qui ne sont pas formellement des ressortissants du pays mais qui y ont établi leur "foyer".¹⁶⁹ Certaines délégations se sont expressément opposées à ce raisonnement et ont affirmé que cette disposition ne devait s'appliquer qu'au pays de nationalité,¹⁷⁰ tandis que d'autres, moins nombreuses, ont soutenu la position de l'Australie.¹⁷¹ Malgré cela, la formulation "son propre pays" a été conservée dans le texte final du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁶⁷ Schabas (n 40), art. 12 par. 61.

¹⁶⁸ Voir Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, Doc ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. Même si l'interprétation est basée sur l'article 12(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, elle montre que le terme "son pays" en vertu de la DUDH peut, en principe, englober cette interprétation plus expansive.

¹⁶⁹ Commission des droits de l'homme des Nations unies, projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme, Doc. E/CN.4/SR.151 paragraphes 49, 52.

¹⁷⁰ A savoir les Philippines, les Etats-Unis, l'Egypte, le Canada, le Pakistan, le Japon, l'Inde, le Royaume-Uni et la Tchécoslovaquie. Voir les comptes rendus dans : *ibid.* paragraphes 54, 58, 59 ; Troisième Commission, Article 12 du projet de Pacte sur les droits civils et politiques, U.N. Doc. A/C.3/SR.954 (12 novembre 1959) paragraphe 25 ; Troisième Commission, Article 12 du projet de Pacte sur les droits civils et politiques, U.N. Doc. A/C.3/SR.956 (13 novembre 1959) paragraphes 1, 30 ; Troisième Commission, Article 12 du projet de Pacte sur les droits civils et politiques, U.N. Doc. A/C.3/SR.957 (16 novembre 1959) paragraphes 1, 13, 19 ; Troisième Commission, Article 12 du projet de Pacte sur les droits civils et politiques, U.N. Doc. A/C.3/SR.958 (17 novembre 1959) paragraphe 5.

¹⁷¹ Il s'agit du Chili et de l'Arabie Saoudite. Voir à ce sujet le document de l'ONU : Doc. ONU E/CN.4/SR.151, *supra* note XX, para. 53 ; Doc. A/C.3/SR.957, *supra* note XX, para. 25.

97. En raison de ces opinions divergentes, la question de savoir si les *travaux préparatoires* confirment¹⁷² ou rejettent¹⁷³ la proposition selon laquelle l'expression "son propre pays" doit être interprétée comme étant plus large que le pays dont une personne a la nationalité reste discutée. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme a depuis repris cette interprétation plus large et affirme dans l'observation générale n° 27 que l'article 12, paragraphe 4 englobe également les personnes qui, en raison de leurs liens particuliers avec le pays, ne peuvent être considérées comme de simples étrangers.¹⁷⁴ Ainsi, malgré une approche initialement restrictive,¹⁷⁵ le Comité des droits de l'homme estime depuis 2011 qu'une personne ayant des liens étroits et durables avec un pays peut considérer ce pays comme le sien aux fins du droit d'entrer, même si elle n'en a jamais acquis la nationalité.¹⁷⁶

98. À cet égard, le Comité des droits de l'homme fait valoir ce qui suit :

Les termes du paragraphe 2 de l'article 12 ne font pas de distinction entre les nationaux et les étrangers ("nul ne peut être ..."). Ainsi, les personnes autorisées à exercer ce droit ne peuvent être identifiées qu'en interprétant l'expression "son propre pays".⁹ La signification des termes "son propre pays" est plus vaste que celle du "pays de sa nationalité". Elle n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite; l'expression s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays, ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Tel serait par exemple le cas de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international et de personnes dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale dont elles se verraient refuser la nationalité. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 12 se prête en outre à une interprétation plus large et pourrait ainsi viser d'autres catégories de résidents à long terme, y compris, mais non pas uniquement, les apatrides privés arbitrairement du droit d'acquérir la nationalité de leur pays de résidence. Étant donné que d'autres facteurs peuvent dans certains cas entraîner la création de liens étroits et durables entre un individu et un pays, les États parties devraient fournir dans leurs rapports des informations sur les droits des résidents permanents de retourner dans leur pays de résidence.¹⁷⁷

99. Ce point de vue a déjà été développé par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Stewart c. Canada*, dans laquelle il a été affirmé que

¹⁷² Higgins (n 139) ; Stig Jagerskiold, "The Freedom of Movement" in Louis Henkin (ed), *The International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia Univ Press 1981) ; Nowak (n 153) ; Kathleen Lawland, "The Right to Return of Palestinians in International Law" (1996) 8 *International Journal of Refugee Law* 532.

¹⁷³ Jamil Ddamulira Mujuzi, "Le droit d'entrer dans son propre pays : Le conflit entre la jurisprudence du Comité des droits de l'homme et les travaux préparatoires de l'art. 12(4) of the ICCPR", (2021) 10 *International Human Rights Law Review* 75, 122.

¹⁷⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, paragraphe 20, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (2 novembre 1999).

¹⁷⁵ Dans la décision très critiquée *Stewart c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a considéré que le fait que le requérant n'ait jamais demandé la nationalité canadienne, bien que les critères pour ce faire ne soient pas arbitraires, était une circonstance qui l'empêchait de réclamer la protection de l'article 12(4). Comité des droits de l'homme, *Stewart c. Canada*, paragraphes 12.5-12.9, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993 (16 décembre 1996). Voir également Comité des droits de l'homme, *Canepa c. Canada*, para. 11.3, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (20 juin 1997) ; Comité des droits de l'homme, *Madaffer c. Australie*, para. 9.6, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001 (26 août 2004).

¹⁷⁶ Comité des droits de l'homme, *Nystrom c. Australie*, 7.4, U.N. Doc. CCPR/C/102/D/1557/2007 (1er septembre 2011).

¹⁷⁷ Comité des droits de l'homme, CCPR Observation générale n° 27 : Article 12, Doc ONU : CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para. 20.

[...] l'existence d'un lien formel avec l'État n'est pas pertinente ; le Pacte s'intéresse ici aux liens personnels et affectifs forts qu'un individu peut avoir avec le territoire où il vit et avec les circonstances sociales qui s'y déroulent. C'est ce que protège l'art. 12 paragraphe 4.¹⁷⁸

100. Au fil du temps, le Comité des droits de l'homme a concrétisé son interprétation et a jugé, par exemple dans l'affaire *Nystrom et al. c. Australie*,¹⁷⁹ , que les termes "son propre pays" impliquent des considérations telles qu'une résidence de longue durée, des liens personnels et familiaux étroits et l'intention de rester, la langue parlée, ainsi que l'absence de tels liens dans d'autres pays.¹⁸⁰
101. Certains membres du Comité des droits de l'homme, minoritaires cependant, ont indiqué que la personne en question devrait au moins, en cas de refus de leur demande d'acquisition du statut de résident permanent, avoir épuisé les voies de recours internes avant de pouvoir invoquer avec succès la violation de l'article 12, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁸¹
102. L'élargissement progressif du champ d'application de l'expression "son propre pays" reflète l'évolution de la signification de la citoyenneté et de la nationalité, qui ne sont plus aujourd'hui aussi pertinentes que par le passé pour la détermination des droits fondamentaux. De plus en plus, la plupart des droits énoncés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont exercés par les personnes relevant de la juridiction d'un État partie, quel que soit leur statut juridique. D'un point de vue politique, la notion de "son propre pays" est perçue par certains comme dépassée dès lors que nombreux sont ceux qui affirment avoir des liens étroits avec plus d'un pays¹⁸² - quand d'autres continuent de considérer que l'interprétation "humanitaire" du Comité¹⁸³ est en conflit avec l'historique de la rédaction de l'article 12, paragraphe 4, qui soutiendrait au contraire la limitation de son champ d'application aux seuls ressortissants.¹⁸⁴
103. Il existe donc une tendance, du moins dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁸⁵, à inclure non seulement les citoyens, mais aussi d'autres personnes ayant des liens étroits avec un certain État, dans le droit d'entrer dans leur "propre État".

4.3 Droit d'entrer en vertu du principe de *non-refoulement*

104. Le terme "principe de *non-refoulement*" a été utilisé dans le droit international en relation avec différentes normes, généralement issues de traités, qui se rapportent à l'obligation des États de ne pas renvoyer un individu vers un territoire où il serait exposé à certains traitements. Toutefois, la portée et le contenu exacts du principe de *non-refoulement* dépendent du cadre juridique spécifique considéré dans une situation donnée.

¹⁷⁸ Comité des droits de l'homme, *Stewart c. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993 (1er novembre 1996), paragraphe 5.

¹⁷⁹ Comité des droits de l'homme, *Nystrom et al. c. Australie*, UN Doc CCPR/C/102/D1557/2007, décision du 18 juillet 2011.

¹⁸⁰ Comité des droits de l'homme, *Nystrom et al. c. Australie*, UN Doc CCPR/C/102/D1557/2007, décision du 18 juillet 2011, paragraphe 7.4 ; Schabas (n 40) art. 12 paras. 63.

¹⁸¹ Comité des droits de l'homme, *Abdilahi Ahmed Elmi c. Canada*, opinion conjointe des membres du Comité Carlos Gómez Martínez et Vasilka Sancin (partiellement dissidente), UN Doc CCPR/C/136/D/3649/2019 (1er novembre 2022) para 5.

¹⁸² Schabas (n 40) art. 12 para. 69.

¹⁸³ Mujuzi (n 173) 123.

¹⁸⁴ Ibid 122.

¹⁸⁵ Les cas au-delà du PIDCP comprennent, par exemple, *Amnesty International c. Zambie* (2000) Communication 212/98, AHRLR 325 (ACHPR 1999).

105. En vertu du droit des réfugiés, le principe de *non-refoulement* s'applique uniquement aux réfugiés et aux demandeurs d'asile.¹⁸⁶ Dans le cadre des droits de l'homme, le principe de *non-refoulement* s'applique à tous les individus, qu'ils aient ou non demandé ou obtenu le statut de réfugié. En conséquence, le principe de *non-refoulement* en vertu du droit des droits de l'homme signifie qu'une personne ne peut pas être renvoyée, mais il ne signifie pas que cette personne doive se voir accorder le statut de réfugié et bénéficier de tous les droits qui reviennent aux réfugiés. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient une interdiction implicite et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants contient une interdiction explicite de *refoulement* applicable à tous les individus, mais uniquement lorsqu'il existe un risque de torture tel que défini dans la convention.¹⁸⁷ En vertu du droit international humanitaire, le principe ne s'applique qu'à certaines catégories de personnes touchées par des conflits armés.¹⁸⁸
106. Ainsi, en fonction des règles applicables à chaque situation, le principe protégera les individus contre différents dangers qui peuvent ne pas être couverts par d'autres corpus législatifs, tels que le risque de peine de mort, de châtement cruel ou d'enrôlement d'enfants et de leur participation à des hostilités, que le danger pour la personne soit fondé sur des motifs discriminatoires ou non. Alors que le droit des réfugiés reconnaît certaines exceptions étroitement définies au principe de *non-refoulement*, ce principe est absolu dans d'autres corpus juridiques.¹⁸⁹
107. Le *refoulement* peut également avoir lieu indirectement. Bien que le pays concerné n'envoie la personne en question que vers un "pays sûr", ce dernier peut la renvoyer dans le pays où elle risque d'être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ainsi, par exemple, en 2011, l'Australie a conclu un accord avec la Malaisie prévoyant le transfert de 800 demandeurs d'asile de l'Australie vers la Malaisie en échange du transfert de 4 000 réfugiés reconnus de la Malaisie vers l'Australie, mais étant donné que la Malaisie n'a pas encore ratifié la Convention sur les réfugiés et ne reconnaît pas le statut de réfugié dans son droit interne, l'accord a été jugé illégal par la Haute Cour d'Australie.¹⁹⁰ Il s'agit d'un *refoulement* "indirect" ou "en chaîne". Cela démontre également que le principe de *non-refoulement* n'entraîne pas le droit d'entrer dans le pays de son choix.
108. En droit international des réfugiés, le principe de *non-refoulement* s'applique aux cas de rejet à la frontière d'un État. Il s'applique également lorsque les États agissent de manière extraterritoriale, notamment lors d'opérations d'interception ou de sauvetage en haute mer, par exemple.¹⁹¹ Il a également été avancé que dans le contexte de la fermeture des frontières ou des opérations de *refoulement*, le principe s'applique en raison de l'objectif de l'État d'exercer

¹⁸⁶ Étant donné la nature déclaratoire du statut de réfugié, les demandeurs d'asile ont droit à la protection du GRC jusqu'à ce que leur demande soit rejetée. Cette nature déclaratoire est expliquée dans HCR, *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*, UN Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.3 (2011).

¹⁸⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 7 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3.

¹⁸⁸ Quatrième convention de Genève, art. 45, 49, 127.

¹⁸⁹ Tamas Molnar, "The Principle of Non-Refoulement Under International Law : Its Inception and Evolution in a Nutshell" (2016) 1 Corvinus Journal of International Affairs, disponible sur <<https://ssrn.com/abstract=2807437>>.

¹⁹⁰ *Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship* [2011] HCA 32 ; Michelle Foster, 'The Implications of the Failed "Malaysian Solution" : The Australian High Court and Refugee Responsibility Sharing at International Law' (2012) 13(1) *Melbourne Journal of International Law* 395.

¹⁹¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) "Le Centre haïtien des droits de l'homme et autres contre les États-Unis, affaire 10.675", rapport n° 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rév. à 550 (1997).

un contrôle effectif sur le mouvement physique des migrants.¹⁹² Ainsi, le principe de *non-refoulement* ne permet pas de refouler les demandeurs d'asile ou de leur refuser l'entrée dans un État si la sécurité et l'intégrité de ces personnes peuvent être menacées de quelque manière que ce soit.

109. Malgré le droit au *non-refoulement*, le droit de demander l'asile énoncé dans la DUDH n'a jamais été codifié dans un traité juridiquement contraignant, à l'exception du TFUE et de la CFR.¹⁹³ Cette situation, ainsi que l'échec de la tentative, dans les années 1970, d'élaborer une *déclaration sur l'asile territorial*, a laissé un vide en matière d'accès légal à une protection, car si les réfugiés sont protégés contre le *refoulement* ils sont en revanche dépourvus du droit d'entrer légalement dans un État pour la solliciter.¹⁹⁴
110. Ainsi, bien que le statut de réfugié ne dépende pas de la reconnaissance par un État,¹⁹⁵ la convention n'accorde ni le droit de *recevoir l'asile* ni le droit d'entrer sur le territoire d'un État donné. Le droit international public ne prévoit pas de droit général à l'*octroi de l'asile*.¹⁹⁶ L'article 31 de la convention sur les réfugiés demande seulement aux États de ne pas "imposer de sanctions en raison de leur entrée ou de leur présence illégale". Enfin, et conformément aux garanties générales en matière de droits de l'homme, la liberté de circulation des réfugiés est limitée à la circulation interne, ainsi qu'aux personnes légalement présentes sur le territoire concerné.¹⁹⁷ Les deux dispositions s'opposent également à un droit *implicite* à la libre entrée.
111. Un droit d'entrer peut émerger une fois que la personne s'est vu accorder l'asile,¹⁹⁸ ce qui peut se produire même lorsque les personnes séjournent encore à l'étranger. Cependant, il n'existe aucune obligation incontestée de délivrer un visa humanitaire pour permettre les demandes d'asile dans les États de destination¹⁹⁹ En conséquence, la plupart des demandeurs d'asile ne peuvent déposer leur demande de protection qu'après être entrés en contact avec la juridiction de l'État de destination, que ce soit aux frontières, dans les eaux territoriales ou - sous certaines conditions²⁰⁰ - en haute mer. L'obligation essentielle de l'État est le *non-refoulement*, et non l'admission ou l'octroi de la résidence ;²⁰¹ par conséquent, une personne peut être protégée contre l'expulsion ou le renvoi même si elle est entrée illégalement sur le territoire d'un État.

¹⁹² Rapport du rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Conseil des droits de l'homme, 2018, disponible à l'adresse <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Torture/A_HRC_37_50_EN.pdf>, paragraphes 13 et 39.

¹⁹³ TFUE, article 78 ; CFR, article 18.

¹⁹⁴ Voir notamment : Asher (n 61) 418 ; AGNU, "Rapport sur les moyens de remédier à l'impact sur les droits de l'homme des refoulements de migrants sur terre et en mer : Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Felipe González Morales", UN Doc A/HRC/47/30 (2021). En Australie, la *loi sur les migrations de 1958* (Cth) a été modifiée afin de créer des "lieux offshore excisés" aux fins de la loi sur l'immigration, de sorte que les demandeurs d'asile n'atteignent pas le territoire australien. Voir : Migration Act 1958 (Cth), s 5(1).

¹⁹⁵ Andreas Zimmermann (ed), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* : A Commentary (Oxford University Press 2011), 260. Note : Ce commentaire a une nouvelle version en 2024.

¹⁹⁶ Michael Lysander Fremuth, "Access Denied ? - Human Rights Approaches to Compensate for the Absence of a Right to Be Granted Asylum", (2020) 4(1) University of Vienna Law Review 79, 87.

¹⁹⁷ Convention relative au statut des réfugiés, article 26.

¹⁹⁸ Noll, *ibid* (n 60) 572 ; voir aussi Asher *ibid*, (n 61) 429.

¹⁹⁹ Voir la décision de la CJUE dans l'affaire *X.X. et autres c. Belgique*, 7 mars 2017 (n°C-638/16 PPU), et la décision de la CEDH dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique*, 5 mai 2020 (n°3699/18).

²⁰⁰ Cp. CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* (2012) app. no. 27765/09.

²⁰¹ OIM & Aleinikoff, *International Legal Norms and Migration : An Analysis*, International Dialogue on Migration No. 3 (2002), pp. 29 et suivantes.

112. Après la naturalisation d'un réfugié, que les États de destination sont invités à faciliter dans la mesure du possible (article 34 de la Convention de 1951), les anciens réfugiés bénéficieraient du droit d'entrer des citoyens, comme indiqué plus haut dans le présent rapport sur le droit des ressortissants nationaux d'entrer dans leur propre pays. Compte tenu de la longue durée du séjour des réfugiés dans le pays de destination, une autre question, qui n'a pas été clairement abordée ni tranchée jusqu'à présent, serait de savoir si ces personnes - toujours sous le statut de réfugié - peuvent développer des liens avec le pays respectif suffisamment étroits pour considérer l'État de destination comme leur "propre État", conformément au droit de l'homme à (ré)entrer dans le pays.
113. Au niveau régional, la situation est similaire. La plupart des systèmes régionaux ne reconnaissent pas un droit explicite d'entrer pour demander l'asile. Une exception pourrait être la Convention africaine sur les réfugiés, qui prévoit que les États parties doivent "faire tout ce qui est en leur pouvoir, dans le cadre de leurs législations respectives, pour accueillir les réfugiés et assurer l'établissement de ceux d'entre eux qui, pour des raisons sérieuses, ne peuvent ou ne veulent pas retourner dans leur pays d'origine ou de nationalité".²⁰² En outre, l'article 2, paragraphe 3, dispose que "nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion, qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté serait menacée...".²⁰³
114. L'accent mis sur les bénéficiaires de ce droit en tant que "personnes" en élargit considérablement le champ des bénéficiaires. Cela semble inclure non seulement les personnes remplissant les conditions d'octroi du statut de réfugié, mais plus largement toute autre personne. En outre, il semblerait que la localisation géographique de ces personnes ne soit pas pertinente en vertu de cette disposition : les États parties à cette convention ont l'obligation d'admettre toute personne qui atteint leurs frontières et qui, "pour des raisons bien fondées", ne souhaite retourner dans son pays.

4.4 Le droit d'entrer et le regroupement familial

115. Le droit au regroupement familial vise à permettre la réunification d'un non-ressortissant et de sa famille sur le territoire de l'État d'accueil.²⁰⁴ Corollaire du principe de l'unité familiale, il est établi et protégé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques,²⁰⁵ le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,²⁰⁶ et la Convention relative aux droits de l'enfant,²⁰⁷ dans lesquels la famille est reconnue comme l'unité fondamentale de la société et a droit à la protection et à l'assistance. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille²⁰⁸ et son préambule²⁰⁹ contiennent des termes similaires. En ce qui concerne le

²⁰² Convention africaine sur les réfugiés, article 2(1).

²⁰³ Ibid, art II.3.

²⁰⁴ Frances Nicholson, "Le 'droit essentiel' à l'unité familiale des réfugiés et autres personnes ayant besoin d'une protection internationale dans le contexte du regroupement familial" (HCR, 2018) <<https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/2018/en/122578>>.

²⁰⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 23(1).

²⁰⁶ CIEDR, art 10(1).

²⁰⁷ CDE, art. 9, 10 et 22.

²⁰⁸ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 44.

²⁰⁹ ICRPD, annexe 1.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), l'article 10, paragraphe 1, exige des États parties qu'ils accordent "une protection et une assistance aussi large que possible [...] à la famille [...] en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation des enfants à charge". Selon le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n°19, le droit de fonder une famille implique, en principe, la possibilité de vivre ensemble".²¹⁰

116. Si ces instruments, en règle générale, n'établissent pas un droit au regroupement familial en tant que tel, ils imposent plutôt aux États des obligations procédurales visant à en faciliter le processus. L'article 10 de la CDE formule clairement cette obligation lorsqu'il exige que les demandes de regroupement familial présentées par un enfant ou ses parents soient traitées "d'une manière positive, humaine et rapide". L'article 44 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille impose quant à lui aux États de "faciliter" le regroupement familial des travailleurs migrants en situation régulière. Des obligations de ce type figurent également dans le droit international humanitaire, où l'article 26 de la quatrième convention de Genève prévoit que les parties au conflit doivent faciliter les recherches effectuées par les membres des familles dispersées en raison du conflit, "dans le but de reprendre contact les uns avec les autres et de se rencontrer, si possible". L'article 74 du protocole additionnel I aux conventions de Genève exige expressément des États et des parties au conflit qu'ils facilitent le regroupement des familles dispersées du fait des conflits armés. L'article 4, paragraphe 3, point b), du protocole additionnel II exige en outre des parties à des conflits armés non internationaux qu'elles prennent "toutes les mesures appropriées [...] pour faciliter le regroupement des familles temporairement séparées".
117. Au niveau régional, il est intéressant de noter que les dispositions relatives au droit au regroupement familial sont parfois formulées en des termes encore plus forts. La déclaration de Carthagène de 1984 reconnaît ainsi que "le regroupement familial constitue un principe fondamental en ce qui concerne les réfugiés et qu'il devrait être la base du régime de traitement humanitaire dans le pays d'asile".²¹¹ La CIADH, dans un avis consultatif de 2002 affirmant ce principe, a imposé aux États l'obligation non seulement de s'abstenir d'actes impliquant la séparation des familles, mais aussi de prendre des mesures positives pour maintenir l'unité de la famille.²¹²

²¹⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19 : Article 23 (La famille) Protection de la famille, droit au mariage et égalité des époux (27 juillet 1990), [5] ; voir également la partie B de l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, sur le principe de l'unité de la famille (qui est annexé à la CDE de 1951),

²¹¹ Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, 22 novembre 1984, disponible à l'adresse : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>.

²¹² Nicholson 11 ; Avis consultatif sur la condition juridique et les droits de l'homme de l'enfant, OC-17/02, Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), 28 août 2002, <<http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,4268c57c4.html>>, 36. Dans un avis consultatif ultérieur en 2014, la CIADH a statué que dans les cas d'enfants non accompagnés ou séparés de leur famille, les États devraient essayer de retrouver les membres de la famille - Avis consultatif OC-21/14, Droits et garanties des enfants dans le contexte de la migration et/ou ayant besoin d'une protection internationale, OC-21/14, CIADH, 19 août 2014, <<http://www.refworld.org/docid/54129c854.html>>, 105. Voir également l'article 9(2) de l'Accord de 2002 sur le séjour des ressortissants des États du Mercosur, qui régit les États du Mercosur et leurs États membres associés, prévoit un droit au regroupement entre les migrants qui sont ressortissants d'un État membre et les membres de leur famille qui ne le sont pas, sur présentation de certains documents.

118. Quant à la directive européenne sur le regroupement familial²¹³, elle établit une série de procédures et d'exigences permettant aux ressortissants de pays tiers de bénéficier du regroupement. Des conditions plus favorables au regroupement s'appliquent aux ressortissants de pays tiers qui sont résidents de longue durée dans les États membres de l'UE²¹⁴ ou qui y résident aux fins d'un emploi hautement qualifié,²¹⁵ ainsi qu'aux bénéficiaires d'une protection temporaire.²¹⁶ La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant permet également le regroupement de certains membres de la famille avec des travailleurs migrants réguliers par le biais de la même procédure que celle par laquelle ces travailleurs ont été admis dans le pays d'accueil, pour autant que le travailleur soit en mesure de fournir à la famille des conditions de logement minimales.²¹⁷ En Afrique, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant prévoit également une obligation de recherche et de regroupement familial à l'égard des enfants et de leurs parents ou proches, si la séparation résulte d'un déplacement dû à des conflits armés ou à des catastrophes naturelles.²¹⁸
119. Outre ces dispositions qui traitent expressément du regroupement familial, ce processus a également trouvé un soutien par le biais du droit à la vie familiale et de la protection de la famille, tel que protégé par les principaux instruments internationaux et régionaux en matière de droits de l'homme.²¹⁹ Le raisonnement est le suivant : la vie familiale exigeant une interaction, une intimité et, par conséquent, une forme de cohabitation sociale et de vie commune,²²⁰ les tribunaux et les organes conventionnels ont, sous certaines conditions, reconnu un droit au regroupement familial.²²¹ Comme l'a déclaré le Comité des droits de l'homme, bien que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques "ne reconnaisse pas aux étrangers le droit d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État partie", dans certaines circonstances, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte même en ce qui concerne l'entrée ou la résidence, par exemple lorsque des considérations de [...] respect de la vie familiale entrent en ligne de compte".²²² Ainsi, dans ces cas, "un refus de regroupement familial peut être considéré comme une ingérence arbitraire ou illégale dans le droit à la vie familiale en vertu de l'article 17 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques]".²²³ Ce raisonnement général, selon lequel la protection de la vie familiale peut exiger d'un État qu'il autorise le regroupement familial sur son territoire, a également été approuvé par la Cour européenne des droits de l'homme,²²⁴ le comité de la Convention sur

²¹³ Directive 2003/86/CE.

²¹⁴ Directive 2003/109/CE du Conseil de l'UE, article 16.

²¹⁵ Directive 2002/1883, article 17.

²¹⁶ Directive 2001/55/CE du Conseil, article 15.

²¹⁷ Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, articles 9 et 12.

²¹⁸ Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, article 25(2)(b).

²¹⁹ Art. 17 (Interdiction des immixtions arbitraires ou illégales dans sa famille), art. 23 (Protection de la famille), PIDCP art. 24 (Protection de l'enfant) ; art. 17 para. 1 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969 (CADH) ; art. 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; art. 33 de la Charte arabe des droits de l'homme (CADH) ; art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ; Charte sociale européenne de 1961 et Charte sociale européenne révisée de 1996, art. 16.

²²⁰ Jastram/Newland, "Family Unity and Refugee Protection" dans Feller et al (eds), *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) p. 566.

²²¹ Voir par exemple Conseil de l'Europe, Réunification familiale pour les réfugiés et les enfants migrants, Normes et pratiques prometteuses (2020) 19, en référence aux articles 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²²² Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15 du CCPR : La situation des étrangers au regard du Pacte (1986), paragraphe 5. 5.

²²³ Vincent Chetail, "The Transnational Movement of Persons under General International Law", dans Vincent Chetail et Céline Bauloz (eds) *Research Handbook on International Law and Migration* (Edward Elgar Publishing) 42 ; voir également Bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme, Migration Papers, Family Reunification (2005) p. 7.

²²⁴ *Tanda-Muzinga c. France*, requête n° 2260/10 (CEDH 10 juillet 2014).

le droit des personnes handicapées,²²⁵ et le comité de la Convention relative aux droits de l'enfant.²²⁶

120. Plusieurs aspects doivent être pris en considération et mis en balance pour établir un droit d'entrer aux fins de regroupement familial.
121. Tout d'abord, ce droit dépend de la définition de la notion de famille, car seuls les membres de la famille peuvent prétendre au regroupement. Le Comité des droits de l'homme rappelle que le terme "famille", aux fins du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, doit être compris au sens large comme incluant tous ceux qui constituent une famille au sens où l'entend la société concernée.²²⁷ La protection d'une telle famille n'est pas nécessairement obérée par l'absence de liens formels de mariage, en particulier lorsqu'il existe une pratique locale de mariage coutumier. Le droit à la protection de la vie familiale n'est pas non plus nécessairement écarté par la séparation géographique, l'infidélité ou l'absence de relations conjugales.²²⁸ En l'absence d'une définition standard, le CDH accepte une certaine marge d'appréciation des États pour définir ce qui constitue une famille (entre une conception "nucléaire" et une conception "élargie").²²⁹
122. En ce qui concerne les couples hétérosexuels non mariés, une certaine preuve de l'existence d'une relation stable peut être exigée.²³⁰ En ce qui concerne les couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou liés par une forme de partenariat civil, la situation est très différente. Alors que dans certains pays et régions du monde, les couples de même sexe bénéficient de l'égalité de traitement ou d'une forme de partenariat enregistré²³¹ - en particulier en vertu de la Convention américaine des droits de l'homme et de la Convention européenne, dont les cours respectives ont adopté une interprétation assez progressiste de la famille en suivant l'évolution sociale²³² - dans d'autres régions où l'homosexualité est taboue et stigmatisée, qu'elle soit

²²⁵ CDPH, *Bendsten c. Danemark* (31 août 2018) Doc ONU CRPD/C/20/D/39/2017.

²²⁶ CRC, *Y.B. et N.S. c. Belgique* (27 septembre 2018) UN Doc CRC/C/79/D/12/2017.

²²⁷ Comité des droits de l'homme, CCPR Observation générale n° 16 : Article 17 (Droit à la vie privée), Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et à la protection de l'honneur et de la réputation (8 avril 1988), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 21.

²²⁸ Comité des droits de l'homme, *Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nébol c. France* (16 juillet 2004) CCPR/C/81/D/1179/2003, para. 6.4.

²²⁹ Comité des droits de l'homme, CCPR Observation générale n° 19 : Art. 23 (La famille) - Protection de la famille, droit au mariage et égalité des époux (1990) [2].

²³⁰ *Marckx c. Belgique*, CEDH (1979), app. no 6833/74, paragraphe 31 ; *Johnston et autres c. Irlande*, CEDH app. no 9697/82 (1986), paragraphe 56 ; *Atala-Riffo et ses filles c. Chili*, CIDPH (arrêt du 24 février 2012), paragraphe 56 ; *Atala-Riffo et ses filles c. Chili*, CIADH (arrêt) (24 février 2012), para. 174 ; *HRCtee, Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nébol c. France* (16 juillet 2004) CCPR/C/81/D/1179/2003, [6.4].

²³¹ Voir ILGA World, World Map - Legal Recognition of Same-sex Couples (marriage equality and civil unions) (March 2023), image numérique, <https://ilga.org/sites/default/files/marriage-equality-civil-unions-ilga-world.png> ; *Mendos, Lucas Ramón et alii* : State-Sponsored Homophobia - Global Legislation Overview Update (2020), ILGA, édition mise à jour, 277.

²³² *Atala Riffo et ses filles c. Chili (fond, réparations et dépens)* (Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 239, 24 février 2012) ; *CIADH Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*, avis consultatif OC-24/17, Ser A n° 24 (24 novembre 2017).

En outre, la Cour européenne des droits de l'homme interprète le concept de vie familiale comme un concept autonome. En conséquence, elle s'interroge sur l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, CEDH (1979), app. no 6833/74, para. 31). Les facteurs pris en compte par la Cour sont les suivants : le fait que les requérants vivent (*Johnston et autres c. Irlande*, CEDH, app. n° 9697/82 (1986), para. 56) ou s'ils ont des enfants ensemble, ou encore la durée de la relation (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, § 36), CEDH (1997) app. n° 21830/93). Selon cette conception, la notion de famille inclut également les couples non mariés de sexe opposé (*Paradiso et Campanelli c. Italie*, CEDH, (2017) no 25358/12, para. 140 ; *Oliari et autres c. Italie*, CEDH (2015) app. nos 18766/11 et 36030/11, [130]).

criminalisée ou non, toute reconnaissance d'une famille de même sexe est rejetée.²³³ Cela peut également concerner les enfants adoptés par l'un des partenaires ou par les deux. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (PACE) a reconnu dans sa recommandation de 2004 sur la mobilité humaine et le regroupement familial que "le concept de "famille" sous-jacent à celui de regroupement familial n'a pas été défini au niveau européen et varie notamment en fonction de la valeur et de l'importance attachées au principe de dépendance".²³⁴ Dans ce contexte, la PACE a invité les États membres du Conseil de l'Europe à interpréter le concept de "famille" comme incluant "les membres de la famille de fait (famille naturelle), par exemple [...] le partenaire ou les enfants naturels, ainsi que les personnes âgées, les infirmes ou les personnes dépendantes".²³⁵ De même, pour les Amériques, la CADH a adopté une approche qui va au-delà de "la notion traditionnelle d'un couple et de ses enfants" pour inclure d'autres membres de la famille de sang et d'autres personnes sans lien biologique qui partagent des "liens personnels étroits".²³⁶ Quelle que soit la définition adoptée, le principe de non-discrimination continue de s'appliquer en tant que garantie transversale, de sorte que les définitions discriminatoires de la "famille" sont inadmissibles.²³⁷

123. Deuxièmement, la seule qualité de membre d'une famille d'un étranger séjournant de manière régulière sur le territoire d'un État n'entraîne pas un droit d'entrer automatique. Même si certains invitent les États à "admettre sur [leur] territoire les membres de la famille des personnes qui y résident"²³⁸ et à prévoir une évaluation individuelle en ce sens²³⁹, il est généralement admis que le droit à la vie privée et familiale "pris isolément, ne saurait être considéré comme imposant à un État une obligation générale de respecter le choix du pays de résidence matrimoniale d'un couple marié ou d'autoriser le regroupement familial sur son territoire".²⁴⁰ Ce n'est donc qu'en "fonction des circonstances particulières des personnes concernées et de l'intérêt général"²⁴¹ qu'un tel droit pour être reconnu. Certaines évolutions plus générales doivent cependant être mentionnées.
124. Ainsi, le Comité des droits de l'homme s'est principalement intéressé aux cas d'éloignement et a défini certains critères pour en analyser la licéité, notamment "la durée du séjour et le lien de la famille avec le pays où vit [la personne concernée], l'aspect pratique d'un retour dans le pays d'origine, les relations sociales et les conditions de travail des membres de la famille dans le pays d'accueil".²⁴² Dans l'affaire *Gonzalez c. Guyane*, qui concernait un couple

²³³ Cf. ILGA, World map - criminalisation of consensual same-sex sexual acts (March 2023), image numérique, consultée le 1er juin 2023 : https://ilga.org/sites/default/files/criminalisation-consensual-same-sex_sexual-acts-ilga-world.png ; Mendos, Lucas Ramón et alii : State-Sponsored Homophobia - Global Legislation Overview Update (2020), ILGA, édition mise à jour, p. 113 et suivantes.

²³⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1686 (2004) : *Mobilité humaine et droit au regroupement familial*, [8] et [9].

²³⁵ Ibid, [8] et [9].

²³⁶ Avis consultatif OC-21/14, Droits et garanties des enfants dans le contexte migratoire et/ou ayant besoin d'une protection internationale, OC-21/14, CIADH, 19 août 2014, [272].

²³⁷ Comme décidé notamment par la CDPH, "Bendsten c. Danemark" (31 août 2018) UN Doc CRPD/C/20/D/39/2017.

²³⁸ PACE (n 63).

²³⁹ PACE (n 63).

²⁴⁰ *Jeunesse c. Pays-Bas*, CEDH (2014) app. n° 12738/10, para. 107 ; *Biao c. Danemark*, CEDH (2016) app. no. 38590/10, para. 117 ; *Ahmut c. Pays-Bas*, CEDH (1996) app. n° 21702/93, para. 67.

²⁴¹ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, CEDH (1985) app. n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81 paras. 67 et 68 ; *Gül c. Suisse*, CEDH, 1996, app. n° 23218/94, para. 38 ; *Ahmut c. Pays-Bas*, CEDH (1996) para. 63, app. n° 21702/93, para. 63 ; *Priya c. Danemark*, CEDH (2006) no. 13594/03 ; *Osman c. Danemark*, CEDH (2011) app. no. 38058/09 para. 54 ; *Berisha c. Suisse*, CEDH (2013) app. no. 948/12 para. 60 ; *Rodrigues da Silva, Hoogkamer c. Pays-Bas*, CEDH (2007) app. no. 50435/99, paragraphe 39 ; ces affaires concernaient le droit de séjourner, mais les hypothèses générales concernant le regroupement familial peuvent être généralisées.

²⁴² Bureau du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, Migration Papers, Family Reunification (2005) p. 7.

incapable de jouir de son droit à la vie familiale ailleurs, le Comité des droits de l'homme a estimé que le refus des autorités guyanaises d'accorder un permis de séjour au mari cubain d'une ressortissante guyanaise constituait une violation de l'article 17(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, étant donné qu'il était évident que le couple ne pouvait pas vivre à Cuba et que la Guyane n'avait "pas indiqué où ils pourraient vivre en tant que couple".²⁴³

125. En outre, dans le cadre du Pacte mondial sur les migrations de 2018, les États ont abordé la question de l'unité familiale et se sont engagés à faciliter l'accès aux procédures de regroupement familial pour les migrants, quel que soit leur niveau de qualification, par des mesures appropriées qui favorisent la réalisation du droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en réexaminant et en révisant les exigences applicables, par exemple en matière de revenus, de compétences linguistiques, de durée de séjour, d'autorisation de travail et d'accès à la sécurité sociale et aux services.²⁴⁴

4.4.1 Conjoint

126. Comme indiqué ci-dessus,²⁴⁵ la protection de l'unité familiale et de la vie de famille figure dans de nombreux traités internationaux et régionaux qui s'appliquent à tous, y compris aux réfugiés et aux demandeurs d'asile, à tous les stades du déplacement.²⁴⁶
127. Les dispositions relatives au regroupement s'appliquent également aux relations entre époux, bien que le type et la nature de la relation doivent être tels qu'ils sont compris dans la société concernée. Les conjoints issus de mariages de droit commun, de mariages traditionnels ou religieux, de mariages par procuration, de mariages polygames, de partenariats entre personnes du même sexe et d'autres types de relations sont traités différemment en termes de droit au regroupement familial (et donc, potentiellement, de droit d'entrer), sur la base de considérations différentes de la part des États. La jurisprudence proactive de l'UE donne un aperçu de la pratique des États européens à cet égard. En ce qui concerne les partenariats civils, l'exigence d'une cohabitation d'un an ou plus est appliquée avant que le partenaire ne soit considéré comme un "conjoint". Cette condition peut être levée si le couple a un enfant ensemble. La preuve d'une telle cohabitation (par exemple, un certificat de mariage ou autre) peut être difficile à fournir dans le cas des réfugiés. Certains pays appliquent une exigence stricte de mariage formel et un document légal attestant d'une relation conjugale est donc

²⁴³ Comité des droits de l'homme, *Gonzalez c. République de Guyane*, CCPR/C/98/D/1246/2004 (21 mai 2010).

²⁴⁴ Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (A/RES/73/195), Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2018, 21(i).

²⁴⁵ Frances Nicholson, "Le droit à la vie familiale et à l'unité familiale des réfugiés et autres personnes ayant besoin d'une protection internationale et la définition de la famille appliquée" (Série de recherche sur les politiques juridiques et de protection du HCR n° 35, 2018).

²⁴⁶ L'article 16, paragraphe 3, de la DUDH, l'article 23, paragraphe 1, du PIDCP, l'article 10, paragraphe 1, du PIDESC, l'article 44 de la CMW, la CDE et l'annexe 1 de la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) contiennent des dispositions similaires.

nécessaire aux fins du regroupement familial,²⁴⁷ tandis que d'autres ont une approche plus souple où les mariages civils, religieux et coutumiers sont reconnus.²⁴⁸

128. Les conjoints issus de mariages par procuration, où l'une des parties n'est pas présente à la cérémonie, sont courants dans certains pays, où ils sont considérés comme valides. Il est important de tenir compte des sensibilités culturelles et d'éliminer les craintes de mariages forcés lors de l'évaluation des "conjoints" dans ces cas. L'Irlande, le Royaume-Uni et les Pays-Bas considèrent par exemple que ce type de mariage donne lieu à une vie de famille et qu'il peut donc être pris en considération au titre du regroupement.²⁴⁹
129. Dans le cas des conjoints issus de mariages polygames, compte tenu du fait que les normes internationales désavouent la polygamie,²⁵⁰ de telles unions ont été jugées contraires à l'article 5 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Certains États ne reconnaissent pas les mariages polygames et, dans ces États, les demandes de regroupement de conjoints issus de ces mariages n'aboutiront pas.²⁵¹ Dans les États qui reconnaissent ce type de mariage, des modalités de demande de regroupement sont mises en place pour déterminer lequel des époux du regroupant serait considéré comme éligible au regroupement familial. En général, en Europe, dans les Amériques et en Nouvelle-Zélande, un seul conjoint est autorisé à rejoindre le bénéficiaire d'une protection internationale. Dans ces cas, les autres conjoints ne peuvent pas bénéficier du regroupement familial.²⁵²

²⁴⁷ Autriche, Estonie, Italie, Roumanie et autres. En Pologne, seuls les couples dont le mariage est reconnu par la loi polonaise sont acceptés. Dans l'affaire *Hassan and Another v Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2010] IEHC 426, Irlande : High Court, 25 novembre 2010, disponible à l'adresse : http://www.refworld.org/cases,IRL_HC,58a6e7d04.html, paras. 16 et 20, la Haute Cour irlandaise a estimé, à propos d'un mariage religieux, que lorsqu'une relation fondée sur la cohabitation et l'exclusivité a subsisté entre les deux parties en question pendant une période substantielle, le demandeur de regroupement familial peut être considéré comme un "conjoint dans un mariage subsistant". Voir généralement Frances Nicholson, "The 'Essential Right' to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification", (UNHCR 2018) 164.

²⁴⁸ En Belgique, par exemple, dans le cas d'un mariage religieux ou coutumier, le conjoint n'obtiendra qu'un visa humanitaire pour entrer dans le pays d'accueil du réfugié.

²⁴⁹ *Hamza and Another v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, [2013] IESC 9, Irlande : Supreme Court, 27 février 2013, disponible à l'adresse : http://www.refworld.org/cases,IRL_SC,512e0a242.html ; Voir *Uitspraak 201601089/1/V1*, Pays-Bas : Conseil d'État, 2017, ci-dessus fn. 294, dans lequel le secrétaire d'État n'a pas contesté que le demandeur et le parrain étaient mariés avant leur entrée aux Pays-Bas et qu'il existait donc une relation familiale légale ; *QJ (Algérie) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWCA Civ 1478, Royaume-Uni : Court of Appeal (England and Wales), 21 décembre 2010, disponible à l'adresse : http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,4d2b1ee72.html ; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, SC/31/2005, Royaume-Uni : Special Immigration Appeals Commission (SIAC), 22 mars 2010, disponible à l'adresse : http://www.refworld.org/cases,UK_SIAC,4bab727e2.html. Les deux affaires britanniques concernaient l'expulsion et dans les deux cas, le couple avait des enfants. Voir également *MM & Ors, R (On the Application Of) v. Secretary of State for the Home Department*, [2014] EWCA Civ 985, Royaume-Uni : Court of Appeal (England and Wales), 11 juillet 2014, disponible à l'adresse : http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,53d8da9f4.html, où l'un des trois appelants était un réfugié reconnu du Liban cherchant à faire venir au Royaume-Uni sa femme libanaise qu'il avait épousée par procuration.

²⁵⁰ Voir la position du Comité des droits de l'homme selon laquelle la polygamie devrait être abolie car cette pratique porte atteinte à la dignité de la femme et est discriminatoire à l'égard des femmes dans HRCttee, CCPR General Comment No. 28 : Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), 29 mars 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, disponible à l'adresse : <http://www.refworld.org/docid/45139c9b4.html>, paragraphe 24.

²⁵¹ L'Australie ne reconnaît pas les mariages polygames dans sa loi sur le mariage et aucune des parties d'une union polygame ne répondrait donc à la définition d'un conjoint ou d'un partenaire de fait dans le cadre d'une demande de regroupement familial en Australie.

²⁵² Voir la directive européenne sur le regroupement familial, article 4(4) ; Turquie : Loi sur les étrangers et la protection internationale, 2013, article 34(2).

130. Les relations entre personnes de même sexe, comme indiqué ci-dessus, sont reconnues comme pouvant constituer une vie familiale et une unité familiale dans certains États et pas dans d'autres. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme reconnaissent ces unions et, par conséquent, un couple homosexuel, dans une relation stable, pourrait prétendre au regroupement familial de la même manière qu'un couple hétérosexuel.²⁵³ Toutefois, comme indiqué, certains pays ne reconnaissent pas les relations homosexuelles dans le cadre du regroupement familial.²⁵⁴

4.4.2 Les enfants

131. Plusieurs problèmes ont été rencontrés en ce qui concerne les enfants et leur droit d'entrer. Tout d'abord, les enfants en situation de handicap peuvent rencontrer des difficultés pour obtenir un visa du pays de destination et, parfois, leur handicap peut même empêcher leurs parents d'obtenir un visa, ce qui a une incidence directe sur leur droit d'entrer dans le pays. En Australie, la question de savoir si les enfants handicapés devraient obtenir un visa pour entrer ou rester en Australie est devenue une question politique.²⁵⁵ Deuxièmement, dans certains pays, la majorité pénale est à 16 ans, parfois même 14, ce qui peut les empêcher de satisfaire aux tests de moralité du pays de destination, étant donné qu'il est généralement exigé des candidats à l'entrée qu'ils aient un casier judiciaire vierge pour obtenir un visa.
132. Les enfants, en tant que catégorie particulière, bénéficient de protections en matière de regroupement familial en vertu de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Elle impose aux États parties l'obligation de veiller à ce qu'un enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré et, lorsqu'une telle séparation a eu lieu, de s'assurer que des efforts sont faits pour réunir la famille. En outre, les demandes de réunification concernant ou affectant des enfants doivent être traitées "avec humanité et diligence".²⁵⁶ Le Comité des droits de l'enfant a souligné que tous les efforts doivent être faits pour rendre un enfant non accompagné à ses parents, sauf si une telle séparation peut être dans "l'intérêt supérieur" de l'enfant lui-même, en tenant pleinement compte du droit de l'enfant à exprimer son point de vue.²⁵⁷ En cas de risque raisonnable qu'un tel retour porte atteinte aux droits de l'enfant, les États sont autorisés à faire une pause dans ces tentatives de réunification. D'autres dispositions connexes de la CIDE imposent des obligations supplémentaires aux États, qui doivent veiller à ce que des mesures soient prises pour assurer la protection de l'enfant à cet égard.²⁵⁸
133. Il est important de noter que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe général des droits de l'homme qui doit être respecté dans toutes les questions et décisions relatives au

²⁵³ Voir les affaires *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, CEDH, 24 juin 2010, disponible à l'adresse : <http://www.refworld.org/docid/4c29fa712.html>, paras. 92-94 ; *P.B. et J.S. c. Autriche*, Requête n° 18984/02, CEDH, 22 juillet 2010, disponible sur : <http://www.refworld.org/docid/5852b79e4.html>, para. 30 ; *X. et autres c. Autriche*, Requête n° 19010/07, CEDH, Grande Chambre, 19 février 2013, para. 95, <<http://www.refworld.org/docid/5852c33f4.html>>.

²⁵⁴ Certains États d'Europe de l'Est (Estonie, Lettonie, Lituanie), d'Asie et d'Afrique.

²⁵⁵ Australian Lawyers for Human Rights, "Over 100 Organisations and Experts Call on Federal Government to End Australia's Discrimination against Migrants with Disabilities", 21 mars 2023, disponible sur <<https://alhr.org.au/welcoming-disability/>>.

²⁵⁶ Convention relative aux droits de l'enfant, articles 9 et 10.

²⁵⁷ 2005 Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et séparés en dehors de leur pays d'origine.

²⁵⁸ L'article 16 garantit qu'un enfant n'est pas "soumis à des immixtions arbitraires ou illégales" ; l'article 18 respecte la "responsabilité commune des deux parents dans l'éducation de l'enfant" ; l'article 22 oblige les États à coopérer avec les initiatives de recherche des familles "afin d'obtenir les informations nécessaires à la réunification avec leur famille".

regroupement familial des enfants.²⁵⁹ Ce principe s'étend également aux considérations relatives au droit de l'enfant à la vie familiale. L'article 3 de la CIDE exige explicitement des États qu'ils veillent à ce que "dans toutes les décisions qui concernent les enfants [...] l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale". Également pertinent pour la question du regroupement familial, l'article 9 de la CIDE garantit le droit des enfants à vivre avec leurs parents.²⁶⁰ L'article 10, paragraphe 1, contient une obligation procédurale de traiter rapidement les demandes de regroupement familial, ainsi que l'obligation d'éviter les conséquences négatives pour les membres de la famille. En outre, l'article 22 contient des obligations spécifiques en ce qui concerne les enfants réfugiés et demandeurs d'asile. Ces normes plus protectrices à l'égard des enfants ont également été appliquées dans le cadre d'autres instruments, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.²⁶¹

134. Sur la base de l'article 5 CIDE, le Comité des droits de l'enfant estime que le terme "famille" "doit être interprété au sens large pour inclure les parents biologiques, adoptifs ou nourriciers ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté comme prévu par la coutume locale". En outre, le Comité a déclaré que les protections prévues à l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la séparation des enfants de leurs parents s'étendent également "à toute personne détenant un droit de garde, aux principaux responsables légaux ou coutumiers, aux parents nourriciers et aux personnes avec lesquelles l'enfant entretient des relations personnelles étroites".²⁶² Cela inclut par exemple les liens familiaux de *facto* formés entre un enfant et ses tuteurs dans le cadre de la kafala.²⁶³
135. Le Comité des droits de l'enfant a en outre déclaré que le regroupement familial dans le pays d'origine ne devrait pas être poursuivi lorsqu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou lorsqu'il existe un "risque raisonnable" qu'un tel retour conduise à la violation des droits fondamentaux de l'enfant.²⁶⁴ Ce risque est incontestablement attesté par l'octroi du statut de réfugié ou par une décision des autorités compétentes sur l'applicabilité des obligations de *non-refoulement* (y compris celles découlant de l'article 3 de la Convention contre la torture et des articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). En conséquence, l'octroi du statut de réfugié constitue un obstacle juridiquement contraignant au retour dans le pays d'origine et, par conséquent, au regroupement familial dans ce pays.²⁶⁵
136. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné les besoins particuliers des enfants et a analysé, au cas par cas, si un juste équilibre avait été trouvé entre les intérêts des individus et ceux de l'État, en tenant compte de l'âge des enfants, de leur dépendance à l'égard de leurs parents, ainsi que de la situation dans le pays d'origine.²⁶⁶ La Cour a clairement indiqué que les intérêts des enfants doivent être pris en compte de manière significative dans

²⁵⁹ Article 8 CEDH, et article 5 de la directive sur le regroupement familial de l'UE.

²⁶⁰ Un droit très similaire est inscrit à l'article 18 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

²⁶¹ A/58/40 Vol. I (2003) 64, 85, *Winata c. Australie*, Communication No 93/2000, 26 juillet 2001, para 7.3 ; Comité des droits de l'homme, *El-Hichou c. Danemark*, Communication No. 1554/2007, UN Doc. ONU CCPR/C/99/D/1554/2007 (20 août 2010), para. 7.4 et 8.

²⁶² Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 para. 1), 29.5. 2013, CRC/C/GC/14, paras. 59 et s.

²⁶³ CRC, 'Y.B. et N.S. c. Belgique' (27 septembre 2018) UN Doc CRC/C/79/D/12/2017.

²⁶⁴ Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 para. 1), 29.5. 2013, CRC/C/GC/14, paras. 59 et s.

²⁶⁵ *Comité des droits de l'enfant*, Observation générale n° 6, Traitement des enfants non accompagnés et séparés en dehors de leur pays d'origine (2005), paragraphe 82.

²⁶⁶ CEDH, *affaire M.A. c. Danemark*, requête n° 6697/18 (9 juillet 2021).

le cadre du regroupement familial.²⁶⁷ Les préoccupations générales concernant le contrôle des migrations ne peuvent pas l'emporter sur les considérations relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'évaluation de cet intérêt doit être effectuée par des fonctionnaires dûment formés sur la base de critères fondés sur les droits de l'enfant.²⁶⁸

4.4.3 Les parents

137. Le terme "parents" a été interprété au sens large comme incluant "les parents biologiques, adoptifs ou nourriciers ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme le prévoit la coutume locale".²⁶⁹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a interprété ces droits dans un certain nombre de décisions qui considèrent les parents adoptifs et nourriciers comme faisant partie de l'unité familiale,²⁷⁰ et, à ce titre, couverts par les dispositions relatives au regroupement familial (examinées ci-dessus). Les États sont tenus de fixer les conditions d'admission des parents d'un migrant qui réside légalement dans le pays d'accueil.
138. Le droit des parents d'entrer sur le territoire d'un État pour rejoindre leurs enfants, souvent adultes, a des implications pour les soins aux personnes âgées et d'autres prestations sociales, et le pays d'accueil pourrait donc ne pas être disposé à accorder ce droit. Il n'existe cependant pas de convention internationale sur les droits des personnes âgées, et certains États n'hésitent pas à faire attendre les parents pendant 12 à 29 ans pour obtenir un visa parental.²⁷¹

4.5 Droit d'entrer et apatrides

139. Les apatrides sont des personnes qui n'ont la nationalité d'aucun pays.²⁷² En vertu du droit international actuel, le principe de *non-refoulement* ne s'applique pas aux apatrides en tant que tels. Le principe de *non-refoulement* peut s'appliquer si les apatrides sont également des demandeurs d'asile ou des réfugiés, ou s'ils doivent être protégés pour d'autres raisons, comme indiqué au point 4.3.
140. D'autre part, les apatrides peuvent avoir le droit de retourner dans "leur propre pays", même si ce pays n'est pas celui dont ils ont la nationalité. Il est ainsi reconnu, par exemple, que les Rohingyas apatrides devraient avoir le droit de retourner au Myanmar, en gardant à l'esprit

²⁶⁷ Par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], Requête n° 12738/10 (3 octobre 2014).

²⁶⁸ Cp. CDH, "Lignes directrices relatives à la procédure de l'intérêt supérieur : Évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant" (2021), 44 ; Université de Florence <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2020/05/eNACT_Handbook_Best-interest-of-the-child-compresso.pdf>.

²⁶⁹ 2017 Observation générale conjointe du Comité CMW et du Comité CRC " Observation générale conjointe sur les principes généraux concernant les droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales ", paragraphe 27, se référant au Comité CRC, Observation générale n° 14, 2013, paragraphe. 59.

²⁷⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Pini et autres c. Roumanie* (22 septembre 2004), paras. 143-148. Voir aussi Cour EDH, *Topčić-Rosenberg c. Croatie*, Requête no. 19391/11 (14 novembre 2013) <<http://www.refworld.org/docid/5852bb034.html>>, para. 38 ; Moretti et Benedetti c. Italie, Requête no. 16318/07, Cour EDH, 27 avril 2010, <<http://www.refworld.org/docid/5852a94d7.html>>, par. 48-52.

²⁷¹ Voir le délai de traitement des demandes de visa pour les parents en Australie : <<https://immi.homeaffairs.gov.au/visas/getting-a-visa/visa-processing-times/family-visa-processing-priorities/parent-visas-queue-release-dates>>.

²⁷² Convention de 1954 relative au statut des apatrides, ouverte à la signature le 26 avril 1954, UNTS, art. 1. Voir également, Melbourne University, Factsheet, 'An Overview of Statelessness', disponible sur <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0007/3489676/Statelessness_overview_factsheet_Sept_2020.pdf>.

qu'ils ne devraient pas y être renvoyés de force.²⁷³ La discussion de la section 4.2 peut être utile pour déterminer si un pays est le propre pays d'un apatride.

V. Le droit d'entrer et la discrimination

141. Cette section comprend une discussion générale sur le droit d'entrer et la discrimination, à propos de laquelle les prochains rapports du Comité fourniront plus de détails.
142. L'augmentation du taux de migration internationale a entraîné une hausse marquée de la discrimination et de la violence à l'encontre des migrants,²⁷⁴ y compris dans l'évaluation et l'octroi du droit d'entrer. Si le droit international reconnaît aux Etats le droit de contrôler les entrées sur son territoire, il n'en demeure par moins que ce droit peut être exercé de manière discriminatoire.²⁷⁵
143. La situation d'une personne au regard du droit de séjour sur le territoire d'un État n'est pas l'un des motifs explicitement mentionnés comme motif prohibé de discrimination, bien qu'il puisse être invoqué au titre de la clause générale relative aux "autres situations" qui ne peuvent donner lieu à des discriminations. En effet, l'article 2(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques demande aux États parties de s'engager :

à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance *ou de toute autre situation* (italiques ajoutées)

L'article 26 du Pacte stipule en outre que

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

144. Quant à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, il stipule que :

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

²⁷³ Par exemple, Amnesty International, "Rohingya Repatriation : What Happens Next ?", disponible sur <<https://www.amnesty.org.au/rohingya-repatriation-what-happens-next/>>.

²⁷⁴ OIT *et al* (2001), "Migration internationale, racisme, discrimination et xénophobie" dans *Rapport sur la migration mondiale* (2022), 9, disponible sur <publications.iom.int>.

²⁷⁵ Guy Aitchison, "Border-Crossing : Immigration Law, Racism and Justified Resistance" (2023) 71(3) *Political Studies* 597, 599.

145. En outre, la situation d'un migrant au regard du droit de séjour a été reconnue comme un motif de discrimination interdit, notamment par la CIADH (²⁷⁶) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).²⁷⁷
146. La discrimination, bien que souvent minimisée et le plus souvent niée par les autorités, est observée dans la gestion des migrations sous de nombreuses formes, notamment la race, le sexe, la nationalité, la religion, l'âge et d'autres formes. Souvent, les ressortissants de différents pays peuvent être traités différemment en ce qui concerne l'obtention d'un visa pour entrer dans un pays de destination. Cette discrimination survient plus généralement à tous les stades de la migration, que ce soit à l'arrivée, pendant le séjour ou lors du processus de retour.
147. Si les contrôles d'immigration peuvent parfois différencier les nationalités pour diverses raisons, cette distinction ne doit pas donner lieu à du racisme, de la xénophobie ou toute autre forme de discrimination fondée sur le sexe. C'est pourtant le cas lorsque les procédures visant des groupes ethniques particuliers deviennent arbitraires ou manquent de transparence, ou lorsque la procédure de demande d'entrer elle-même est rendue aussi pénible que possible pour certaines nationalités, afin de dissuader les personnes souhaitant entrer sur un territoire.²⁷⁸
148. L'article 3 de la Convention sur les réfugiés prévoit expressément qu'elle doit être appliquée à tous les réfugiés "sans distinction de race, de religion ou de pays d'origine". Il est ainsi interdit aux États de créer différentes catégories de réfugiés en fonction de leur race, de leur religion ou de leur pays d'origine. La discrimination fondée sur le sexe ou le simple fait d'être réfugié a en revanche été explicitement exclue du champ d'application de l'article 3.
149. Il est important de noter que la discrimination ne nécessite pas d'intention spécifique ni d'être directe et évidente, mais peut résulter de l'application de normes et de pratiques qui, bien que formulées de manière neutre, ont des effets disproportionnés sur des groupes particuliers, entravant l'exercice de leurs droits.²⁷⁹ Les situations de discrimination structurelle, dans lesquelles des groupes historiquement marginalisés sont placés dans une position désavantageuse par rapport au reste de la société dans l'exercice de leurs droits, ont été abordées en particulier par la CIADH.²⁸⁰ Néanmoins, ces considérations n'ont jamais été appliquées par les organes internationaux de défense des droits de l'homme dans le cadre de pratiques potentiellement discriminatoires régissant l'entrée des migrants dans un État d'accueil. Il est donc nécessaire d'approfondir la discussion sur ces situations et sur les limites

²⁷⁶ *Famille Pacheco Tineo c. État plurinational de Bolivie (Objections préliminaires, fond, réparations et frais)* Cour interaméricaine des droits de l'homme Ser C No 272 (25 novembre 2013) para 129.

²⁷⁷ CDESC, "Devoirs des États à l'égard des réfugiés et des migrants en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels", 13 mars 2017, UN Doc E/C/12/2017/1, paragraphes 6-7, 11.

²⁷⁸ OIT et al, "Migration internationale, racisme, discrimination et xénophobie", Document de travail, préparé pour la Conférence mondiale de 2001 contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée,

⁷, <efaidnbmnibpcajpcglclefindmkaj/https://publications.iom.int/system/files/pdf/international_migration_racism.pdf>.

²⁷⁹ Comme expliqué notamment dans CDESCR, Observation générale n° 20, UN Doc E/C.12/GC/20 (2 juillet 2009) para 10(b).

²⁸⁰ Notamment : *Affaire des travailleurs de l'usine de feux d'artifice de Santo Antônio de Jesus et leurs familles c. Brésil (Objections préliminaires, fond, réparations et frais)* Cour interaméricaine des droits de l'homme Ser C n° 407 (15 juillet 2020) ; *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) c. Honduras* Cour interaméricaine des droits de l'homme Ser C n° 432 (21 août 2021).

de la souveraineté des États lorsqu'il s'agit de décider quelles personnes peuvent entrer sur leur territoire.

150. La différence de traitement entre les citoyens et les non-citoyens est généralement perçue comme inhérente à la souveraineté de l'État, si bien que les dispositions internationales en matière de lutte contre la discrimination n'incluent généralement pas explicitement la nationalité parmi les motifs de discrimination interdits. Néanmoins, en vertu du droit international des droits de l'Homme, les distinctions fondées sur la nationalité mais dépourvues de justification objective et raisonnable peuvent être considérées comme illégales.²⁸¹ En outre, de telles distinctions peuvent également dénoter une discrimination raciale.²⁸² Ainsi, selon le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, un traitement inégal fondé sur la citoyenneté ou le statut migratoire constitue une discrimination raciale.²⁸³ À cet égard, l'émergence de l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité en tant que principe général du droit international des droits de l'homme est soulignée.²⁸⁴
151. Cette approche est toutefois sujette à débat. Notamment, l'article 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale inclut l'"origine nationale" comme motif de discrimination, mais exclut explicitement du champ d'application de cet article les dispositions de la Convention relatives à la nationalité, à la citoyenneté ou à la naturalisation.²⁸⁵ L'"origine nationale" fait généralement référence au pays d'origine d'une personne et est incluse dans la plupart des normes internationales interdisant la discrimination. En revanche, le terme "nationalité" se réfère au lien juridique entre une personne et un État, et sa nature discriminatoire est moins bien établie. Les difficultés juridiques liées à ces deux termes et à leurs relations sont illustrées par les interprétations divergentes du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire *Qatar contre Émirats arabes unis*.²⁸⁶ Alors que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a estimé que l'"origine nationale" incluait la "nationalité" comme base de discrimination raciale²⁸⁷ la CIJ a interprété l'"origine nationale" comme une caractéristique inhérente et immuable distincte du lien juridique que traduit la notion de "nationalité" actuelle.²⁸⁸ Cette décision a été critiquée pour avoir érodé la protection de la CERD en ne tenant pas compte du fait que la nationalité peut dissimuler une discrimination raciale indirecte.²⁸⁹
152. Néanmoins, ces considérations ont été peu appliquées par les organes internationaux de défense des droits de l'homme dans le cadre de pratiques potentiellement discriminatoires régissant l'entrée des migrants dans un État d'accueil. Les algorithmes de visa, le profilage racial, les interdictions de voyager et les expulsions ont été contestés pour leur caractère

²⁸¹ Comité des droits de l'homme, *Ibrahima Gueye et autres c. France*, communication n° 196/198, CCPR/C/35/D/1985, 3 avril 1989 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Gaygusuz c. Autriche*, requête n° 17371/90, 16 septembre 1996.

²⁸² CERD, *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark*, Communication No 10/1997, UN Doc CERD/C/54/D/10/1997 (6 avril 1999).

²⁸³ CERD, Recommandation générale n° 30 : *Discrimination à l'égard des non-ressortissants*, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 2004, paragraphe 4.

²⁸⁴ Olivier De Schutter, *Liens entre migration et discrimination* (Commission européenne 2016) 103.

²⁸⁵ CERD, article 1(3).

²⁸⁶ CERD, *Recevabilité de la communication interétatique présentée par le Qatar contre les Émirats arabes unis*, CERD/C/99/4, 27 août 2019 ; CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, Objections préliminaires, 4 février 2021.

²⁸⁷ CERD, (n 25) paragraphe 63.

²⁸⁸ CIJ (n 25) paragraphe 81.

²⁸⁹ Cathryn Costello et Michelle Foster, "Race Discrimination Effaced at the International Court of Justice" (2021) 115 *American Journal of International Law* 339.

discriminatoire à l'égard des ressortissants et des migrants sur la base de motifs interdits. Les contrôles préalables à l'obtention des visas et d'autres politiques migratoires ont fait l'objet de litiges pour discrimination religieuse et raciale, mais leur succès reste limité.²⁹⁰

²⁹⁰ Catherine Briddick et Cathryn Costello, "Symposium on Undoing Discriminatory Borders" (2021) 115 AJIL Unbound 328.